

ISSN: 2037-6677

# DPCE ONLINE

n. 4-2018



**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@gmail.com](mailto:dpceonline@gmail.com)  
Sito internet: [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.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

Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia Depasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi

#### 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 Piscivano.

#### Redazioni territoriali

La Rivista si vale del contributo di [45 redazioni territoriali](#), incardinate in altrettanti atenei italiani.

#### Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerken (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 Karagyozeva (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Nogueira Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

## Indice dei contributi

### EDITORIALE

- Al crocevia tra scontro politico e regole costituzionali: l'approvazione del bilancio statunitense e il blocco dell'attività amministrativa* p. XI

### SAGGI

- L. A. Nocera**, *La tutela del diritto alla terra dei popoli indigeni in America latina tra carenze applicative e difficile implementazione della giurisprudenza della Corte IDH: il caso del Paraguay* p. 797
- D. Pamelin**, *Il diritto alla protezione della salute della persona straniera in Francia: fondamento giuridico, differenziazione legale, status sociale* p. 821
- G. E. Polizzi**, *Studio preliminare del diritto di istruzione in Argentina* p. 847
- G. Sardi**, *L'impatto della Brexit sull'esecuzione del mandato di arresto europeo dal Regno Unito* p. 863
- A. Somma**, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità* p. 873
- D. Zecca**, *Tutela dell'integrità dell'informazione e della comunicazione in rete: obblighi per le piattaforme digitali fra fonti comunitarie e disciplina degli Stati membri* p. 889

### SEZIONE MONOGRAFICA

- S. Bagni**, *Introduzione* p. 913
- G. Pavani**, *Il diritto comparato e lo studio delle forme alternative di giustizia* p. 915
- R. Louvin**, *Le molte vie della giustizia ambientale: modelli a confronto* p. 929
- S. Fraudatario**, *Dai diritti dei popoli ai diritti della natura. La voce dei tribunali di opinione* p. 943
- D. Amirante**, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India* p. 955
- P. Viola**, *"Giustizia sociale" e Public Interest Litigation nell'evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici* p. 977
- S. Bagni**, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana* p. 989
- A. Rinella**, *Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative* p. 1005
- M. C. Locchi**, *La complessità del "rendere giustizia" di fronte alla sfida del diritto interculturale* p. 1015
- M. F. Cavalcanti**, *Giurisdizione religiosa: la questione islamica in Canada e Stati Uniti* p. 1029
- M. Nicolini**, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell'Africa australe* p. 1045
- E. Andreoli**, *Recognising traditional marriages: pluralismo ordinamentale, diritto e giustizia nell'Africa coloniale* p. 1055
- P. P. Grández Castro**, *La Constitución que emerge: las voces acalladas de las comunidades originarias en el discurso constitucional peruano de comienzos del siglo XXI* p. 1065
- E. Buono**, *Pluralismo jurídico igualitario: il mandato costituzionale "inascoltato" nel modello boliviano di cooperazione intergiurisdizionale* p. 1079
- L. Estupiñán Achury, M. Romo**, *La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de sur y pluralismo* p. 1093

### CASI E QUESTIONI

- S. Gerotto**, *Il voto svizzero sull'"Iniziativa per l'autodeterminazione": brevi note sul rapporto tra diritto interno e diritto internazionale nell'ordinamento elvetico* p. 1113
- L. Montanari**, *Il sistema della Cedu e le resistenze nazionali: dal referendum svizzero*

<i>un'indicazione in controtendenza</i>	p. 1125
<b>S. Rodriquez</b> , <i>La mancata «Swissexit» tra spinte sovraniste, consultazioni referendarie e strappi (ricuciti?) con Bruxelles</i>	p. 1137

## NOTE E COMMENTI

<b>P. Addis</b> , <i>Diritto alle indennità post-licenziamento e condizione di disabilità</i>	p. 1151
<b>A. Caprotti</b> , <i>L'effettività del principio di non discriminazione sul luogo di lavoro: un discorso in continua evoluzione</i>	p. 1159
<b>A. Circolo</b> , <i>“Notifica” non vale a dire “recesso”. La decisione della Corte di giustizia sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo in vista della Brexit</i>	p. 1169
<b>A. Correr</b> , <i>La CGUE sulla tutela del consumatore nella repressione delle pratiche commerciali scorrette</i>	p. 1177
<b>F. Danini</b> , <i>La tutela del dato personale alla prova dell'attività di predicazione religiosa: libertà di proselitismo o diritto alla privacy?</i>	p. 1185
<b>A. Nato</b> , <i>Corte di Giustizia ed esportabilità per motivi di studio dell'assistenza personale dei cittadini europei disabili attraverso la tutela della libertà di circolazione e soggiorno</i>	p. 1191
<b>A. Perelli</b> , <i>Coppie di fatto e libertà di circolazione</i>	p. 1201
<b>N. Carillo-Santarelli</b> , <i>The Autonomous Justiciability of the Right to Health and Supervision of Immediate Obligations of States in the Inter-American Human Rights System</i>	p. 1207
<b>M. Marciante</b> , <i>Il diritto alla verità nel sistema CADU: note sul caso Herzog y otros vs. Brasil</i>	p. 1217
<b>L. Paladini</b> , <i>La lunga marcia verso l'attuazione delle riparazioni disposte nel caso del massacro di El Mozote</i>	p. 1225
<b>M. M. Winkler</b> , <i>What's in a cake? A note on Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission</i>	p. 1235
<b>M. Bucarella</b> , <i>Il Global Compact for Migration: una svolta per il futuro della migrazione internazionale?</i>	p. 1241
<b>C. Regali Costa Do Amaral</b> , <i>Il programma di governo di Jair Bolsonaro: tra anacronismi storici e contraddizioni</i>	p. 1249
<b>C. Vidal Prado</b> , <i>Sfiducia costruttiva in Spagna?</i>	p. 1263
<b>F. Longo</b> , <i>La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez</i>	p. 1267

## RASSEGNE COMPARATE

<b>C. Sartoretti</b> , <i>La dottrina statunitense in tema di diritti nel biennio 2017-2018</i>	p. 1275
<b>I. Spigno</b> , <i>La dottrina canadese in tema di diritti nel biennio 2017-2018</i>	p. 1285
<b>D. E. Tosi</b> , <i>La dottrina spagnola in tema di diritti nel biennio 2017-2018</i>	p. 1293

## Al crocevia tra scontro politico e regole costituzionali: l'approvazione del bilancio statunitense e il blocco dell'attività amministrativa

1. – Già il nome ha un suono vagamente sinistro; e sembra non precludere a nulla di buono. Si tratta dello *shutdown*, il blocco dell'attività amministrativa federale, che si determina quando il Congresso non approva – il termine è però da intendersi in senso lato – tempestivamente il bilancio della Federazione.

Si tratta di un fenomeno piuttosto ricorrente nella storia costituzionale degli Stati Uniti, soprattutto delle decadi più recenti. L'immagine dei cartelli posti di fronte ai musei, che avvisano – con laconica formula: *Important. Government shut-down* – del blocco dell'attività amministrativa e quindi della temporanea sospensione del servizio è divenuta l'incubo di ogni inquilino dello Studio ovale, all'approssimarsi del primo di ottobre, data di inizio del nuovo esercizio di bilancio pubblico.

Ogni Presidente, nel bene o nel male, ha infatti dovuto farvi i conti. Si racconta, ad esempio, della preoccupazione e forse della mortificazione di Barak Obama, di fronte al *Rose Garden announcement* del 30 settembre 2013: «In the event of a government shutdown, hundreds of thousands of these dedicated public servants who stay on the job will do so without pay. And several hundred thousand more will be immediately and indefinitely furloughed without pay. These Americans are our neighbors». Quel blocco dell'attività amministrativa durò sedici giorni. Fu necessario mettere in congedo forzato 850.000 dipendenti pubblici federali – vale a dire circa il 40% della *civilian Federal work-force* –, per un totale aggregato di sei milioni e mezzo di giornate lavorative “perse” e non retribuite. Nel complesso, una perdita dello 0,3% del PIL, almeno stando alle stime dell'Ufficio per il bilancio della Casa Bianca. Anche se, finora, il record lo detiene l'amministrazione Clinton. Nel 1995, ad un primo blocco dal 13 al 19 novembre 1995, ne seguì un altro, dal 15 dicembre al 6 gennaio: i due periodi insieme danno lo *shutdown* più lungo della storia degli Stati Uniti d'America.

2. – «Nell'interesse di una vita sana dello Stato conviene adottare provvedimenti legislativi attraverso cui vengano ridotte al minimo le possibilità di conflitti che si determinano sulla base del diritto del bilancio in parlamento. Il più importante

palliativo è il riconoscimento legislativo di situazioni provvisorie delimitate temporalmente». Lo scriveva già Jellinek, nel suo celebre testo sul bilancio. E nel diritto pubblico statunitense un rimedio di tal fatta esiste e conosce annuali applicazioni. Si tratta delle *continuing resolutions*, la versione statunitense dell'esercizio provvisorio, che sono ormai la regola ad ogni esercizio, come l'esercizio provvisorio fu la regola nell'Italia repubblicana, nel periodo precedente alla legge del 1978.

Tuttavia, al pari di questo, esse non possono ottenere un risultato più significativo rispetto al semplice slittamento nel tempo di un problema che, nell'esperienza di oltre Atlantico, ha nella gran parte dei casi natura propriamente politico-costituzionale. Infatti, quando le maggioranze del Congresso sono strabiche e, come accade nella grande parte dei casi, quando al Senato la parte politica allineata al Presidente non ha quella particolare maggioranza, pari a sessanta voti, per poter approvare una *cloture motion*, che è l'unico strumento efficace contro l'ostruzionismo dell'opposizione, la dialettica partitica finisce per scaricarsi sull'approvazione di un documento – vale a dire il *presidential budget* – che al contempo ha una caratura politica del tutto particolare e riveste un ruolo del tutto strategico per il funzionamento dell'amministrazione federale. Di conseguenza, se lo strabismo non trova una composizione politica – e il Congresso non riesce ad approvare gli *Appropriation Acts* che autorizzano la spesa pubblica – non vi è soluzione: il Presidente – come ha scritto un noto commentatore italiano (Manzella) – si trova «senza i soldi neppur per pagare i custodi della statua della Libertà».

## XII

---

È quanto sembra emergere dall'art. 1, sec. 9, della Costituzione, a mente del quale «no money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law». A partire dall'*opinion* dell'*Attorney General* Benjamin R. Civiletti, del 1980, della disposizione costituzionale viene data un'interpretazione assai restrittiva, in controtendenza rispetto alla prassi già esistente. Non che prima non ci fossero mai stati *funding gaps*, ma in nessun caso il Governo aveva ritenuto di disporre il blocco dell'attività amministrativa, che continuava invece ad essere coperta da risorse pregresse. Ma negli anni '80 le cose cambiano, e nel 1982 il Congresso emenda l'*Antideficiency Act*, il quale, nella versione vigente, dispone il blocco totale dell'attività amministrativa (*shutdown*), con la messa in congedo forzata (*furlough*) dei dipendenti pubblici. Il testo, addirittura, prevede sanzioni a carattere penale per i funzionari che dovessero disporre spese senza copertura, pur restando una serie di eccezioni giustificate da esigenze riconducibili a ragioni di «safety of human life or the protection of property».

3. – Per il Presidente Trump non si tratta del primo *shutdown*. Già l'anno scorso aveva dovuto gestire un blocco durato dal 19 gennaio alla notte del 23. E, con differenze marginali, il copione di quest'anno non sembra essere particolarmente diverso: il tentativo di una conciliazione con una *Continuing Resolution*,

un'opposizione democratica più agguerrita che mai, senza che la maggioranza repubblicana disponesse dei voti necessari per una *cloture motion* – insomma, un duello allo sfinitimento, con minacce presidenziali in stile Trump tra cui, nel gennaio 2018, anche quella di una *nuclear option*, sul modello della nomina di Gorsuch, la quale non è però possibile per i procedimenti legislativi quale senz'altro è l'*Appropriation Process*. Alla fine, si era tirato avanti con altre *Continuing Resolution*, fino a quando – tra cessioni reciproche, e passi indietro presidenziali – non si era riuscito ad approvare un *Omnibus Appropriation Act*, il 23 marzo.

Quest'anno, Trump un mezzo successo in realtà già l'ha portato a casa. In controtendenza rispetto ai ritardi dell'esperienza più recente, il Congresso ha approvato in tempo già cinque dei dodici *Appropriation Acts* previsti dalle regole di contabilità pubblica, tra cui quello in materia di difesa e quello in materia di *Labor, Health and Human Services, and Education*. Lo stallo di questi giorni, dunque, è solo parziale, e ad esso ha posto inizialmente rimedio una *Continuing Resolution*, destinata ad offrire copertura alla spesa inizialmente solo fino al 7 dicembre, poi fino al 21. Il tentativo di prorogare l'esercizio provvisorio fino all'8 febbraio si è arenato al Senato, costringendo il Governo federale a dichiarare – il 22 dicembre – il secondo *shutdown* dell'era Trump.

4. – L'esperienza di questo primo biennio induce a tratteggiare poi un quadro a tinte fosche per l'anno a venire, quando le elezioni di *mid term* avranno avuto occasione di incidere sulla composizione delle due Assemblee del Congresso. Certo, la necessità di trovare l'accordo di una House of Representatives a maggioranza democratica potrebbe indurre la Presidenza ad un atteggiamento più conciliante e, quindi, a ricercare un accordo più ampio sulle politiche federali, in modo da prevenire una conflittualità che altrimenti potrebbe condurre a una lunga paralisi dell'amministrazione, con conseguenze economiche e sociali importanti. In altri termini, una posizione di maggiore debolezza del Presidente potrebbe favorire un rapporto più equilibrato tra poteri. Tuttavia, le dinamiche più recenti del sistema politico sembrano preludere a un epilogo diverso, in cui ciascun soggetto porrà in essere una strategia tesa a sfruttare, nella misura massima possibile, le proprie prerogative costituzionali, al fine di accrescere la propria influenza e di incidere significativamente sull'indirizzo politico e, al contempo, di frenare l'attivismo delle proprie controparti istituzionali.

D'altra parte, il bilancio pubblico costituisce da sempre uno dei terreni privilegiati non solo della lotta politica, ma anche della definizione degli equilibri tra gli organi della forma di governo. In particolare, si tratta di un ambito in cui il dato giuridico formale si salda con le regolarità che sovrintendono al funzionamento del sistema politico, con l'esito di produrre quegli equilibri concreti tra istituzioni che definiscono, sulla base delle prescrizioni della costituzione formale, i rapporti tra i poteri dello Stato liberaldemocratico.

In un periodo caratterizzato da rivolgimenti importanti nella strutturazione dei sistemi politici occidentali, rivolgimenti di cui la figura stessa dell'attuale

Presidente degli Stati Uniti costituisce di certo espressione, il processo di approvazione del bilancio promette quindi di essere il terreno, sul quale si le attuali tensioni del sistema politico si scontreranno e sul quale troveranno forse composizione.

# La tutela del diritto alla terra dei popoli indigeni in America latina tra carenze applicative e difficile implementazione della giurisprudenza della Corte IDH: il caso del Paraguay

di Laura Alessandra Nocera

**Abstract:** *The protection for the land rights of indigenous peoples in Latin America between a lack of application and a difficult implementation of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: the case of Paraguay* – Despite being one of the first Latin-American countries to introduce in its own constitution the protection of indigenous peoples (1992), Paraguay is still far from implementing the constitutional parameter of protection. After three different decisions of Inter-American Court of Human Rights (2005, 2006, 2010), only few legislative dispositions provided for the reintegration of indigenous communities in their traditional lands. The Inter-American Court of Human Rights condemned the country in 2016 for its unjustified delay to apply Court's decisions.

797

**Keywords:** Human rights, Indigenous peoples, Land rights, Reintegration, Inter-American Court.

## 1. Premessa

Il Paraguay è uno degli Stati latino-americani più compositi dal punto di vista etnico. La mescolanza etnica, la storia complessa, caratterizzata da guerre e cambiamenti drammatici degli assetti politico-istituzionali e la pressoché totale assenza di una cultura dominante hanno prodotto in Paraguay condizioni uniche per la valorizzazione della cultura e della lingua indigene e per la preservazione dei costumi tradizionali.

Dai censimenti ufficiali<sup>1</sup> è possibile notare che, a fronte di una popolazione di 6.755.756 abitanti (dato in continua crescita), solo l'1,7% appartiene a comunità indigene e, quindi, circa 115.944 individui. Tuttavia, questi sono ripartiti in 496 comunità che risiedono in 218 villaggi e 711 insediamenti e che appartengono a 18 o 20 gruppi indigeni diversi e a 5 famiglie linguistiche<sup>2</sup>. Le comunità indigene del

---

<sup>1</sup> Il dato è aggiornato al *Censo Nacional de Población y Viviendas* del 2015, pubblicato su *Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos. Diagnóstico socio-demográfico (DGEEC)*, <[www.dgeec.gov.py](http://www.dgeec.gov.py)>. I dati statistici sull'attuale percentuale di popolazione di origine indigena e sulla popolazione che parla lingue indigene sono aggiornati al *Censo Nacional de Población y Viviendas* del 2002 e al *Censo Nacional de Población y Viviendas* del 2012, pubblicati su *Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos. Diagnóstico socio-demográfico (DGEEC)*, <[www.dgeec.gov.py](http://www.dgeec.gov.py)>.

<sup>2</sup> A. Torres Romero, *Cultura y educación indígena su marco jurídico en Paraguay*, in A. Palmisano e P. Pustorino (cur.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Roma,

Paraguay vivono prevalentemente nel Chaco Boreál (dipartimento di Alto Paraguay) e nelle regioni più orientali, confinanti con il Brasile (dipartimenti di Alto Paraná, Itapúa, Canindeyú, Amambay e Concepción)<sup>3</sup>.

Diversamente da quanto si riscontra nel dato ufficiale, però, gran parte della popolazione conosce e parla correntemente la lingua indigena *guaraní*, comunemente preferita allo spagnolo-castigliano. Le percentuali variano molto tra il contesto urbano e quello rurale e comprendono anche un'elevata diffusione del bilinguismo: circa il 72% della popolazione di lingua spagnola vive nelle città a fronte di un esiguo 27% che risiede nelle aree rurali, mentre la popolazione di lingua *guaraní* è quasi equamente distribuita (il 45% abita contesti prettamente rurali, ma ben oltre il 54% vive nelle città). Queste cifre così discordanti sono dovute alla particolare storia di questo Paese, che ha sempre favorito e agevolato una grande mescolanza etnica (*mestiza* o *mezcla*): oggi, le cifre ufficiali sono concordi nel ritenere che circa il 95% della popolazione nazionale sia “meticcica”, ovvero con origini miste europee e amerindie.

## 2. La questione indigena in Paraguay

### 2.1. Dalla decolonizzazione alla Costituzione liberale del 1870

Il rapporto tra la classe dominante spagnola e le comunità indigene ha subito diverse evoluzioni nella storia paraguaiana<sup>4</sup>. Dopo un primo incontro/scontro di civiltà in epoca coloniale spagnola, la relazione con gli indigeni durante la formazione dello Stato indipendente paraguaiano è diventata il vero fulcro per la ricerca e la costruzione di una nuova “nazionalità”, caratterizzante il cosiddetto “orgoglio paraguagio”. All'indomani della lotta per l'indipendenza dall'Impero spagnolo, avvenuta tra il 1810 e il 1811, con l'elaborazione della prima Costituzione, il vero problema della neonata Repubblica paraguaiana era costituito dalla volontà di creare un nuovo popolo nazionale con radici indipendenti e autonome dall'ex madrepatria e dalle nazioni circostanti, a prevalente presenza europea, e di proporre una classe dirigente del tutto rinnovata che andasse a sostituire l'élite di origini spagnole, mantenendo forti caratteristiche e peculiarità di sola matrice “paraguagia”. Per tali ragioni, i governi dittatoriali di De Francia<sup>5</sup> e dei López<sup>6</sup>, il cui costante scopo risiedeva nella creazione di una nuova identità paraguagia, incentivarono politiche

2008, 301 ss.

3 M. Chase Sardi, B. Susnik, *Los indios de Paraguay*, Madrid, 1995, 350-351.

4 Per i riferimenti storici di seguito citati, si rinvia a: O. Cabello Sarrubi, *Storia del Paraguay*, Roma, 1999; F. Fiorani, *I Paesi del Rio de la Plata: Argentina, Uruguay e Paraguay in età contemporanea (1865-1990)*, Firenze, 1992; P. Lambert, A. Nickson (cur.), *The Paraguay Reader: history, culture and politics*, Duke University, 2012.

5 José Gaspar Rodríguez de Francia (1766-1840) fu uno dei firmatari della Dichiarazione d'indipendenza paraguaiana nel 1811 e membro della Giunta superiore governativa in Paraguay dal 1811 al 1813. Eletto console nel 1813 insieme a Fulgencio Yegros, detenne il potere come dittatore dal 1814 fino alla morte nel 1840.

6 Carlos Antonio López (1792-1862) divenne console insieme ad Alonso dopo la morte di De Francia e fu, poi, eletto Presidente della Repubblica ininterrottamente dal 1844 fino alla sua morte nel 1862. Gli successe il figlio, Francisco Solano López (1827-1870) che instaurò una dittatura dal 1862 al 1870, quando morì durante la guerra contro la Triple Alleanza.

di autarchia e isolamento del Paese, controllando il flusso di entrate e uscite di persone e capitali. Nel frattempo, furono approvate dal Parlamento nazionale leggi che favorivano e, in taluni momenti, addirittura imponevano le unioni miste tra individui di origine spagnola e individui di origine indigena, così da fondere le due nazionalità presenti in un'unica grande "paraguagia": ad esempio, veniva considerata legittima, secondo il diritto paraguaiano, solo la prole nata da unioni miste, mentre era ritenuta illegittima la prole totalmente indigena e/o totalmente spagnola, a cui, quindi, si impediva anche il diritto all'eredità e alla successione legittima. Gli sforzi di creare un "orgoglio paraguagio" sono ancora oggi molto evidenti nella società paraguaiana, caratterizzata da un'elevata mescolanza, che, però, non ha affatto protetto gli elementi e i tratti indigeni della nazione, in quanto ne ha favorito il dissolversi all'interno di una società molto più complessa.

La travagliata vita della giovane Repubblica paraguaiana subì un profondo mutamento in seguito alla sconfitta militare nella guerra contro la *Triple Alianza* (Argentina, Uruguay e Brasile), combattuta tra il 1864 e il 1870. Si calcola che circa il 60-70% della popolazione perì in conseguenza alla sconfitta bellica e alla carestia successiva, mentre furono imposte al governo di Asunción notevoli cessioni di territorio in favore delle potenze vincitrici, determinando per sempre una nuova connotazione geografica dei confini del Paese: il territorio fu drasticamente ridimensionato a seguito di cessioni a favore di Brasile e Argentina e la nascente industrializzazione fu sostituita da un'economia agricola basata sulla diffusione del latifondo. Le potenze vincitrici, che occuparono il territorio paraguaiano, costrinsero il Parlamento ad abrogare il vecchio testo costituzionale, che prevedeva un governo gestito da due consoli, e ad approvare una nuova Costituzione nel 1870, che sanciva una netta separazione tra i poteri.

Anche il rapporto con gli indigeni, prima troppo inclusivo nella ferrea costruzione di un unico popolo meticcio, cambiò radicalmente, sviluppandosi su un livello di costante separazione tra la popolazione di origine europea e quella di origine indigena e di segregazione, volta a sradicare la caratteristica peculiare indigena dalla cultura e dall'identità nazionali. L'art.72, comma XIII, della nuova Costituzione liberale così elencava tra gli obiettivi dello Stato liberale la promozione della civilizzazione e della conversione al cristianesimo della popolazione indigena ("*conservar el trato pacífico con los Indios y promover la conversión al Cristianismo y a la civilización*"): i popoli indigeni erano considerati solo come popolazioni che, avendo un grado inferiore di civilizzazione e di sviluppo, dovevano essere necessariamente integrate all'interno della società nazionale, compito di cui era investita l'autorità centrale della Repubblica paraguaiana. Sia nel caso del "meticcio" imposto dall'autorità centrale, sia nel caso dell'integrazione forzata ai costumi europei, la soluzione aveva il medesimo esito: si tendeva ad annullare la componente indigena (e, talvolta, anche quella spagnola), stemperandola all'interno della popolazione nazionale, a scapito di quelle peculiarità tipiche della cultura nativa. Si parla, perciò, di "etnocidio culturale"<sup>7</sup>.

In base a questa interpretazione, le comunità indigene venivano sistematicamente spogliate della proprietà dei territori occupati storicamente,

---

7 V. Cabeldo Mallol, *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Madrid, 2004, 249-255.

perché prive di un titolo cartolare valido secondo il diritto occidentale che ne giustificasse la proprietà o, quanto meno, il possesso. La proprietà reclamata dalle comunità indigene si basava su di una genesi giuridica totalmente differente dalla tradizione liberale. Si trattava di un possesso *de facto*, privo di qualsiasi titolo cartaceo, ma acquisito unicamente attraverso l'immemore presenza storica sulla stessa terra da parte della comunità. Inoltre, si faceva riferimento a un diritto di proprietà "comunitario", la cui titolarità doveva spettare non a un singolo individuo, ma alla comunità.

## 2.2. Dall'instabilità politica d'inizio XX secolo al regime di Stroessner

Nei primi decenni del secolo XX, la stabilità politico-istituzionale del Paese iniziò a incrinarsi nuovamente sia a causa di una crisi interna, sia per una questione di confini con i Paesi limitrofi<sup>8</sup>. Nel 1922, un colpo di stato compromise l'assetto politico, dando inizio a un biennio di guerra civile, mentre la crisi economica e il malcontento interno trovavano uno sfogo comune nella contesa per il controllo del Gran Chaco, una vasta regione poco popolata, al confine tra Paraguay e Bolivia, erroneamente ritenuta ricca di petrolio e di altre risorse minerarie<sup>9</sup> e la cui occupazione avrebbe consentito, in ogni caso, il controllo del corso del fiume Paraguay e, quindi, a sua volta, uno sbocco sull'Atlantico. Fallite le trattative tra i due Stati<sup>10</sup>, nel 1932 scoppiò la Guerra del Chaco, il cui esito, il 10 giugno 1935, sebbene favorevole al Paraguay, determinò l'inizio della crisi del regime politico liberale paraguaiano. Infatti, il trattato di pace di Buenos Aires del 1938 riconobbe la vittoria del Paraguay, che aveva occupato militarmente quasi tutta la regione, e sancì il possesso di tre quarti del Chaco Boreal al Paraguay, mentre alla Bolivia rimase solo un quarto del territorio, corrispondente al corso del fiume Puerto Busch. L'enorme dispendio economico durante lo sforzo bellico, la devastazione di una porzione consistente del territorio paraguaiano<sup>11</sup> e le perdite umane non furono, però, ricompensate da una vittoria, a tutti gli effetti, "ottenuta solo sulla carta", cioè puramente formale, corredata da notevoli ripercussioni socio-economiche negative per la popolazione paraguaiana. Ad aumentare il malcontento generale, intervenne anche la scoperta, solo qualche anno dopo, della sopravvalutazione delle disponibilità delle fonti minerarie nel Chaco. La crisi

8 Per i riferimenti storici di seguito citati, si rinvia a: R. Nocera, A. Trento, *America latina, un secolo di storia. Dalla rivoluzione messicana a oggi*, Roma, 2013.

9 Per una interpretazione delle cause che portarono alla Guerra del Chaco, si rinvia a: L. Zanatta, *Storia dell'America latina contemporanea*, Roma, 2010.

10 La Bolivia sosteneva che la regione fosse parte della provincia spagnola della quale era diretta erede, mentre il Paraguay aveva già iniziato l'occupazione e la coltivazione delle terre contese, sostenendo fossero originarie dei popoli di etnia *guaraní* abitanti entro i confini nazionali. La peculiare indigena fu di notevole importanza per il successo del Paraguay nel conflitto bellico: l'esercito paraguaiano adottò tecniche e modalità di combattimento riconducibili alla cosiddetta *guerrilla* indigena, fatta di incursioni veloci e imboscate studiate sul territorio, mentre la lingua indigena *guaraní* si rivelò indispensabile come linguaggio segreto per le comunicazioni.

11 Le battaglie si svolsero, perlopiù, sul territorio paraguaiano, addirittura a pochi chilometri dalla capitale Asunción. Questo, se nel lungo periodo favorì la vittoria del Paraguay, ne compromise, però, le possibilità economiche future.

economica che ne seguì destabilizzò politicamente il Paese: si susseguirono una serie di colpi di stato e di conflitti interni fino alla guerra civile del 1947 e al *golpe*, il 4 maggio 1954, che portò al potere Alfredo Stroessner, generale veterano della Guerra del Chaco. Eletto Presidente della Repubblica paraguaiana otto volte senza alcuna interruzione, Stroessner rimase in carica fino al 3 febbraio 1989, quando un colpo di stato, supportato dal suo stesso partito e condotto dal generale Rodriguez Pedotti, lo estromise definitivamente. Il suo regime (cd. “stronato”) si caratterizzò per una politica fortemente repressiva nei confronti dei diritti umani e delle opposizioni. Nel 1967 fu promulgata una nuova Costituzione, la quarta dall’indipendenza del Paese. Pur mantenendo formalmente un’impronta democratica (l’art.1 definiva il Paraguay una Repubblica unitaria con un governo democratico rappresentativo), la nuova Costituzione conferì enormi poteri alle forze armate e di polizia, il cosiddetto Patronato Militare, e pose la difesa nazionale tra i principi tutelati dalla Costituzione. La politica macro-economica ebbe un’impronta conservatrice e autarchica: non trovò spazio la libera impresa e, nel frattempo, fu ostacolata la circolazione di flussi di denaro e di persone da e verso l’esterno, preservando le risorse e l’autonomia del Paese.

Per quanto riguarda le minoranze indigene, invece, con l’instaurarsi del regime di Stroessner, per la prima volta dopo l’approvazione della Costituzione del 1870, si iniziò a contemplare non solo l’esistenza della componente indigena, ma anche il possesso storico della proprietà delle terre. Durante lo “stronato”, infatti, fu istituito il Patronato Militare Indigeno (sostituito dal 1978 dal *Departamento de Asuntos Indígenas*) per gestire i rapporti tra lo Stato e le comunità indigene, mentre nel 1981 fu approvato l’*Estatuto de las Comunidades Indígenas* (legge n.904/1981), che riconosceva in capo alle comunità indigene un generico diritto di proprietà comunitaria delle terre ancestrali esente da tasse e tributi e inespugnabile da parte della pubblica amministrazione, che, anzi, si doveva far carico della loro distribuzione. Lo stesso *Estatuto* creava l’*Instituto Nacional del Indígena (INDI)*, tuttora operante in Paraguay con compiti di registro delle comunità indigene che richiedevano le terre e i territori considerati “storici”(artt. 31-32 legge cit.). La tutela introdotta dalla legislazione in questo periodo implicava ancora garanzie minime e formali, che non comportavano un vero e proprio riconoscimento della peculiarità indigena dal punto di vista culturale e giuridico, né attraverso il parametro costituzionale, né attraverso la legge ordinaria. Si pensi che lo stesso *Estatuto* definiva il termine *comunidad indígena* in modo piuttosto confuso come un gruppo di clan e famiglie con cultura, lingua e terra comuni<sup>12</sup>. Tale apertura, in ogni caso, merita di essere considerata come il primo tentativo di includere all’interno dell’ordinamento statale la tutela giuridica dei popoli indigeni e di riconoscere il particolare tipo di proprietà “comunitaria” delle terre storiche indigene. Si tratta, pertanto, di un’anticipazione di quanto sarà successivamente contemplato nella Costituzione democratica del 1992 e nella legislazione posteriore alla conclusione del regime autoritario.

---

12 M. Rosti, *L’esperienza normativa nei Paesi del MER.CO.SUR.*, in A. Palmisano e P. Pustorino (cur.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Roma, 2008, 209 ss.

### 3. La tutela dei diritti indigeni e della proprietà comunitaria della terra nella Costituzione del 1992 e nella legislazione attuativa

La Costituzione del 1992, nata con l'obiettivo di far transitare il Paese alla democrazia dopo il regime autoritario di Stroessner, definisce la Repubblica paraguaiana come una democrazia partecipativa, rappresentativa e pluralista, fondata sulla dignità umana e sulla multiculturalità delle diverse componenti abitanti il suo territorio (art.1). Per questo motivo, la Costituzione riconosce due lingue ufficiali del Paese, lo spagnolo e il *guaraní* (art.40). Le comunità indigene assumono un'importanza notevole nella costruzione della nuova democrazia paraguaiana. Identificate come "*grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo*", esse hanno diritto a partecipare alla vita nazionale "*conforme a sus usos consuetudinarios*" (art.62). La Costituzione non si limita solo a riconoscere la presenza delle comunità indigene, ma garantisce anche l'identità etnica e la preservazione dell'*habitat* indigeno, il ricorso alla consuetudine giuridica indigena per la risoluzione dei conflitti interni e l'autoregolamentazione delle comunità dal punto di vista politico, sociale ed economico. L'unico limite è individuato nella non contrarietà delle norme consuetudinarie indigene alle leggi statali e ai diritti umani fondamentali, riconosciuti dal testo costituzionale e dalle convenzioni internazionali (art.63). La partecipazione alla vita economica delle comunità, inoltre, è garantita dalla preservazione del patrimonio culturale e dell'*habitat* naturale dei popoli originari da qualsiasi forma di intervento statale in campo economico e da qualsiasi alienazione (art.65). Il testo costituzionale, infatti, legittima il diritto dei popoli indigeni alla proprietà comunitaria della terra, in accordo con la loro consuetudine giuridica, nelle proporzioni sufficienti alla preservazione e allo sviluppo della proprie condizioni di vita, mentre lo Stato si fa carico di distribuire gratuitamente le terre individuate come ancestrali e di renderle esenti dal pagamento di ogni sorta di tributo (art.64)<sup>13</sup>.

Dopo l'approvazione della nuova Costituzione, sono stati conclusi "accordi di armonizzazione" tra l'autorità centrale e le comunità native, al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali, ma anche la preservazione dell'identità culturale, del possesso delle terre storiche e della biodiversità dell'ambiente indigeno. Il Paraguay, infatti, è stato uno dei primi Stati latino-americani a ratificare la Convenzione OIL<sup>14</sup> n.169/1989<sup>15</sup> (con legge n.234/1993) e la Convenzione ONU

---

13 E. Prieto, *La repubblica del Paraguay e i diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (cur.), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Napoli, 2011, 195-224.

14 Con l'acronimo OIL s'intende l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, agenzia specializzata delle Nazioni Unite per la promozione della giustizia sociale e dei diritti umani in riferimento al lavoro. L'Organizzazione è nota anche con l'acronimo ILO (dall'inglese International Labour Organization) e OIT (dal francese Organisation Internationale du Travail e dallo spagnolo Organización Internacional del Trabajo).

15 La Convenzione OIL n.169/1989 sui diritti dei popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti è stata adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro delle Nazioni Unite nel 1989 in occasione della 76esima Conferenza generale dell'OIL ed è entrata in vigore il 5 settembre 1991. È, ad oggi, l'unico strumento legislativo internazionale di protezione dei diritti dei popoli indigeni e delle comunità tribali e ha elaborato gli *standard* normativi di base per la tutela internazionale dei diritti dei popoli indigeni e del diritto alla restituzione delle terre ancestrali, contemplando il diritto al consenso libero, previo e informato dei popoli

sulla Biodiversità (con la *Ley de Impacto Ambiental* n.294/1993). Inoltre, è stata approvata la legge n.352/1993 (cosiddetta *Ley de áreas silvestres protegidas*), che tutela i diritti dei popoli originari connessi alla preservazione della natura<sup>16</sup>. L'*Estatuto de las Comunidades Indígenas* (legge n.904/1981) è stato modificato in linea con la nuova tutela dei popoli indigeni prevista dalla Costituzione (leggi n.919/1996 e n.2199/2003).

Il problema relativo alla corretta individuazione delle terre indigene e alla loro successiva assegnazione, pur in assenza di un titolo cartaceo di proprietà, è stato risolto con l'approvazione da parte del Parlamento di un nuovo *Estatuto agrario* (legge n.1863/2002), con cui è stato creato l'*Instituto Nacional de la Reforma Agraria y de la Tierra (INDERT)*, che ha affiancato l'*Instituto Nacional del Indígena (INDI)* nell'individuare le terre ancestrali da distribuire e nell'identificare le comunità originarie che possono vantare un titolo su di esse. In base al nuovo *Estatuto*, le terre devono essere distribuite gratuitamente solo a quelle comunità che hanno avviato un procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica<sup>17</sup>. Il compito dell'*INDI* è di assicurare una corretta assegnazione delle terre ancestrali alle comunità indigene che ne reclamano il possesso. Su questa base, l'*INDI* ha adottato tre linee-guida principali attraverso le quali attivare il procedimento di assegnazione delle terre: il *Territorio*, la *Participación* e il *Desarrollo*. Le terre cosiddette "indigene" sono sottoposte, quindi, a una procedura di *individuación, demarcación e titulación*, prima che siano effettivamente assegnate alle comunità. A tal fine, a ogni comunità è domandato, anzitutto, di procedere alla registrazione dei propri dati presso il Registro dell'*INDI* e di richiedere la personalità giuridica alle autorità amministrative dello Stato. Solo le comunità a cui è stata riconosciuta la personalità giuridica possono attivarsi per chiedere il riconoscimento della proprietà ancestrale sulle terre originarie. Rimane salva la possibilità per l'autorità statale di procedere eventualmente ad esproprio per pubblica utilità, dietro pagamento di indennizzo alle comunità espropriate<sup>18</sup>. Lo

---

indigeni su qualsiasi questione concernente il possesso delle terre ancestrali. Pertanto, ogni Stato che la ratifica si impegna a garantire in modo efficace l'integrità fisica e spirituale dei popoli indigeni di fronte a qualsiasi forma di limitazione e/o di discriminazione nell'esercizio dei propri diritti. Inoltre, ha il merito di aver dato una maggiore chiarezza nel panorama internazionale al termine "popolo indigeno", come minoranza qualificata dalla caratteristica dell'originarietà in una terra, e al concetto di "terra ancestrale indigena", ovvero storica, in quanto occupata dagli avi in tempi immemori. La sua portata fortemente innovativa la pone, tuttora, come una delle fonti internazionali di riferimento per la tutela delle terre indigene e dei diritti dei popoli indigeni in generale, affiancata, oggi, dalla più recente Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (2007).

16 E. Prieto, *Derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en Países independientes*, 2006/2009, consultabile all'indirizzo internet <[www.iniciativa-amotocodie.org](http://www.iniciativa-amotocodie.org)>.

17 Per un riferimento sulla collocazione geografica delle comunità indigene e sulla situazione legale delle loro terre ancestrali in Paraguay (*tierras en proceso de titulación, tierras en tramite, tierras tituladas e tierras de situación legal desconocida*), si rinvia alla consultazione della mappa interattiva delle terre indigene paraguaiane, creata con dati forniti dalle istituzioni governative, da organizzazioni non governative, da comunità indigene e da ricerche indipendenti, e rinvenibile *online* all'indirizzo: <<http://my.gfwmapbuilder.org/v1.1.14/appid=d52147f58bbb46319217752955303b31&l=es>>.

18 In riferimento alla tutela costituzionale e legislativa dei diritti delle comunità indigene in

stesso *Estatuto agrario* ha creato la *Secretaria del Ambiente (SEAM)*, rivolta alla tutela della biodiversità dei territori abitati dagli indigeni, mentre la *Resolución* n.185/1998 del Governo ha istituito la *Dirección de Indigenismo* (dal 2002 denominata *Dirección de Derechos Étnicos*). Si è provveduto a dare un maggior impulso alla tutela delle terre ancestrali indigene con il decreto n.1945/2009 che ha istituito il *Programa Nacional de Atención Integral a los Pueblos Indígenas (PRO.NA.PI.)*, che, insieme all'*INDI*, dovrebbe rispondere alle esigenze e alle necessità delle comunità indigene.

Nel 2005 è stato riformato il Codice Civile (legge n.2775/2005), al fine di attribuire alle associazioni di diritto privato il diritto di acquisire direttamente la proprietà di terre. Tale novella ha incentivato la costituzione di diverse associazioni di diritto privato tra le comunità indigene, che hanno reclamato, anche in via giudiziale, il recupero delle terre ancestrali<sup>19</sup>. Una ulteriore innovazione è intervenuta anche nel sistema processual-penalistico (legge n.1268/1998), con l'introduzione del *Código Procesal Penal Paraguayo*, che prevede alcuni diritti ed effetti processuali specifici per le comunità indigene<sup>20</sup>.

#### 4. Gli interventi della Corte interamericana dei diritti umani in materia di diritto alla terra dei popoli indigeni

##### 4.1. Il caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 giugno 2005

Nonostante la presenza di numerose disposizioni, sia di livello costituzionale che di livello normativo, astrattamente rivolte a tutelare i diritti indigeni e a garantire la restituzione delle terre ancestrali alle comunità native, la Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDH) ha più volte sanzionato il Paraguay per la mancata attuazione delle stesse, oltre che per la mancata applicazione del diritto internazionale e convenzionale. L'intervento della Corte IDH si è verificato in tre casi distinti (*Yakye Axa vs. Paraguay 2005*, *Sawhoyamaya vs. Paraguay 2006* e *Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010*), relativi a tre comunità indigene abitanti il Chaco

---

Paraguay, si rinvia alla lettura dell'*Informe* del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (*Foro Permanente para las cuestiones indígenas*), pubblicato a New York il 19/30 aprile 2010 come documento E/C.19/2010/12/Add.2 (Paraguay) e consultabile online presso il sito <un.org>.

19 Un esempio è costituito dall'organizzazione non governativa *Tierraviva* per la difesa dei diritti indigeni e del diritto di proprietà comunitaria sulle terre ancestrali, costituitasi in associazione di diritto privato e, come tale, ricorrente innanzi alla Corte interamericana nei casi *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* e *Xákmok Kásek*.

20 L'art.27 del *Código Procesal Penal* afferma che: “*Se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que se declare la extinción de la acción penal ante el juez de paz. El juez de paz convocará a la víctima o a sus familiares, al imputado, al representante del Ministerio Público y a los representantes legales de la comunidad o, cuando ellos no hayan sido nombrados, a seis miembros de la comunidad elegidos por la víctima y el imputado, a una audiencia oral dentro de los tres días de presentada la solicitud, con el fin de verificar si se reúnen los requisitos previstos en este artículo y en la Constitución Nacional*”.

Boreál<sup>21</sup> e private del possesso delle proprie terre ancestrali.

Il caso *Yakye Axa vs. Paraguay*<sup>22</sup> ha riguardato una comunità indigena di etnia e lingua *Enxet*, nativa della regione del Chaco e composta da 319 elementi. Alla fine del XIX secolo, nel territorio occupato dalla comunità *Yakye Axa*, si erano stabiliti coloni non-indigeni, che acquistarono legittimamente dallo Stato la proprietà privata delle terre. Gli abitanti indigeni della regione continuarono a vivere nelle terre ancestrali, impiegandosi nella fattoria colonica di Loma Verde. Tuttavia, a seguito della rivendicazione del possesso, tra il 1986 e il 1993, la comunità *Yakye Axa* è stata privata della propria terra, costringendola a spostarsi dalla fattoria di Loma Verde alla fattoria di El Escribo. Il trasferimento forzato con l'ausilio delle forze armate è avvenuto in condizioni igienico-sanitarie talmente precarie da causare il propagarsi di diverse malattie e determinare la morte di 16 bambini. Nel 1996, diversi componenti della comunità decisero di tornare a Loma Verde, in quanto loro terra ancestrale e di abbandonare El Escribo, ancora priva di strutture e servizi socio-assistenziali. Per superare il blocco posto dalle autorità, gli indigeni occuparono il territorio circostante Loma Verde, impedendo il passaggio nella strada che collega Pozo Colorado a Concepción con gravi ripercussioni economiche. Per tutto questo tempo, alle famiglie indigene è stato negato l'accesso alle fonti alimentari, all'acqua e all'energia elettrica, oltre che la possibilità di usufruire del servizio educativo per i minori e dell'assistenza socio-sanitaria.

Negli anni, la comunità *Yakye Axa* ha presentato diversi ricorsi per la violazione del diritto costituzionale alla proprietà comunitaria indigena delle terre ancestrali senza, però, ottenere l'assegnazione delle terre reclamate che veniva subordinata al riconoscimento della personalità giuridica della comunità<sup>23</sup>. Di fronte a tali violazioni e nell'impossibilità di procedere ulteriormente a livello nazionale, nel 2000 la comunità *Yakye Axa* ha presentato ricorso alla Commissione interamericana, che ha riconosciuto l'ammissibilità dello stesso e l'ha trasmesso alla Corte per il giudizio di *amparo interamericano*<sup>24</sup>.

---

21 Il Chaco è una regione che si estende tra Paraguay, Brasile e Argentina, particolarmente ricca di risorse naturali e minerali e, per questo motivo, spesso al centro di liti giudiziarie tra privati e anche di scontri armati tra Stati. Il suo microclima sub-tropicale, inoltre, favorisce le coltivazioni intensive di soia e canna da zucchero e ha portato, con gli anni, alla creazione di latifondi, spesso gestiti da multinazionali.

22 *Fondo Reparaciones y Costas*. Sentenza del 17 giugno 2005. Serie C, n° 125 e 142. Sul caso *Yakye Axa vs. Paraguay* e sulla sua notevole importanza per la giurisprudenza della Corte interamericana, si rinvia a: A.D. Ramírez, *El caso de la comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, in *Revista IIDH*, 41(2005); I. Fuentes, *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, in *Revista CEJIL*, 2 (2006).

23 N. Posenato, *La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali*, DPCE Online, 1(2018), p.152.

24 L'articolo 67 della Convenzione americana dei diritti umani (CADH) dispone che le sentenze della Corte interamericana sono inappellabili e immediatamente esecutive all'interno degli ordinamenti nazionali degli Stati coinvolti nella controversia, in virtù di un dispositivo di adeguamento contenuto all'art.68 della stessa Convenzione. Per questo motivo, il particolare tipo di ricorso alla Corte interamericana è stato spesso definito come un ricorso estremo di *amparo* o, meglio, un *amparo interamericano* (o *internacional*). Sull'argomento, si

La Corte ha, anzitutto, considerato responsabile il Paraguay di una serie di violazioni dei diritti umani, viste le condizioni in cui era avvenuto il trasferimento forzato della comunità e le conseguenze che ne erano derivate. Secondo la Corte, sarebbero stati violati: il diritto alla vita, nella specie delle condizioni che garantiscono un livello degno di esistenza (art.4 Convenzione interamericana dei diritti umani); il diritto all'integrità personale (art.5) e alla libertà personale (art.7); il diritto alla salute, nella specie della precarietà delle condizioni igienico-sanitarie della comunità (art.10 Protocollo addizionale alla Convenzione); il diritto all'ambiente, nella mancanza di salubrità dell'ambiente in cui la comunità è stata costretta a vivere (art.11 Protocollo add.); il diritto all'alimentazione, nella mancanza di un adeguato sostegno alimentare alla comunità, con infauste conseguenze sui minori (art.12 Protocollo add.); il diritto all'educazione, nella negazione ai minori della comunità di un servizio educativo e scolastico continuo e adeguato alla propria età (art.13 Protocollo add.); il diritto alla cultura, nell'impossibilità per la comunità indigena di mantenere le proprie tradizioni e le proprie consuetudini (art.14 Protocollo add.). Delle conseguenze più dannose per i minori sarebbe responsabile lo Stato, secondo la Convenzione ADH (art.19) e gli altri trattati internazionali sulla protezione dei minori.

Inoltre, la Corte ha riconosciuto il Paraguay responsabile di non aver adottato misure adeguate per risolvere le rivendicazioni territoriali delle comunità indigene, così come disposto dall'art. 14.3 della Convenzione OIL n.169/1989, peraltro approvata e ratificata dal Paraguay con legge n.234/1993<sup>25</sup>. Questa disposizione internazionale, in connessione con gli artt. 8 e 25 della Convenzione americana dei diritti umani, obbliga ogni Stato firmatario a disporre tutte le misure adeguate affinché le comunità indigene possano acquisire le proprie terre ancestrali, presupposto e tutela della proprietà comunitaria, garantendo l'esecutività e la celerità delle procedure amministrative preposte, oltre alla tutela processuale e alle garanzie giudiziali<sup>26</sup>. Pertanto, lo Stato paraguaiano sarebbe internazionalmente responsabile, in relazione all'obbligo di rispettare i diritti protetti dalla Convenzione (contenuto all'art.1) e al dovere di adottare disposizioni di diritto interno in grado di adeguare i principi e le garanzie stabiliti dalla Convenzione (art.2).

Infine, non era stato garantito il diritto, riconosciuto dalla Costituzione, di ricorrere giudizialmente con *amparo constitucional* contro la decisione dell'*INDI* che non aveva reso effettiva la *titulación* e l'occupazione della terra ancestrale indigena<sup>27</sup>. Infatti, il riconoscimento della proprietà comunitaria della terra alla comunità *Yakye Axa* era stato subordinato al riconoscimento della sua personalità giuridica, procedimento gestito dall'*INDI* e per cui erano stati previsti tempi eccessivamente lunghi e termini irregolari. Ad avviso della Corte, per il riconoscimento della proprietà comunitaria indigena non sarebbe stato necessario il previo riconoscimento della personalità giuridica della comunità reclamante, in

---

rinvia più approfonditamente alla lettura di E. Rozo Acuña, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America latina*, Torino, 2006.

<sup>25</sup> *Fondo Reparaciones y Costas*. Sentenza del 17 giugno 2005. Serie C, n° 125 e 142, par.95.

<sup>26</sup> Idem, par.96.

<sup>27</sup> Idem, par.103.

quanto il diritto alla terra è qualificabile come un diritto preesistente a quello nazionale, a prescindere da qualsiasi riconoscimento della personalità giuridica<sup>28</sup>.

Nel merito, la Corte ha ripreso la dizione della Convenzione OIL n.169/1989, confermando che la “*estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras*”<sup>29</sup>. Il legame della comunità indigena con la terra deve essere letto, dunque, secondo la relazione spirituale tipica della cultura indigena, per cui la terra indigena non è solo un bene materiale, ma anche patrimonio culturale immateriale, da cui derivano tutte le tradizioni e le consuetudini giuridiche indigene, ivi compresa la proprietà comunitaria della terra<sup>30</sup>.

Pertanto, il comportamento dello Stato paraguaiano risulterebbe lesivo anche del diritto alla proprietà, così come tutelato dall’art.21 della Convenzione, che definisce il termine “*bienes*” come “*cosas materiales apropiables*”, nel senso di beni materiali, mobili o immobili, corporali o incorporali, suscettibili di avere un valore patrimoniale<sup>31</sup>. L’art.21 non prevede che la proprietà debba necessariamente corrispondere alla proprietà privata, ma estende la tutela a qualsiasi tipo di proprietà e, quindi, anche alla proprietà indigena sulle terre ancestrali che, benché differente dal concetto tradizionale di proprietà, deve essere protetta dal diritto interno perché connessa alla sopravvivenza della stessa comunità indigena che ne reclama il possesso continuo e storico, condizione necessaria per il mantenimento della sua cultura e delle sue tradizioni e, pertanto, qualificabile come diritto umano<sup>32</sup>. Per questo motivo, il diritto alla proprietà comunitaria indigena non può mai essere limitato se non per un interesse pubblico imperativo e secondo criteri di proporzionalità, compatibili con quanto disposto dalla Convenzione interamericana<sup>33</sup>. Peraltro, la Corte ha rimarcato come già la Costituzione paraguaiana del 1992 avesse contemplato la protezione della proprietà comunitaria indigena, garantendo l’inviolabilità delle terre che costituiscono patrimonio storico indigeno.

Nel caso afferente, la Corte, non ravvisando un interesse pubblico imperativo tale da giustificare la privazione a danno degli indigeni della loro terra ancestrale, ha condannato il Paraguay a garantire un indennizzo economico o, in alternativa, l’assegnazione di altre terre in modo da riparare la comunità indigena della perdita subita, creando anche un *Fondo de desarrollo comunitario* per il risarcimento<sup>34</sup>. La Corte ha, altresì, ordinato al Paraguay di conformarsi alle disposizioni internazionali e al dispositivo della sentenza, che costituisce *per se* una forma di riparazione per i componenti della comunità *Yakye Axa*, e di adottare quelle procedure necessarie perché possa essere garantita l’assegnazione effettiva delle terre tradizionali alle comunità indigene e la loro protezione giudiziale,

---

28 Idem, par.82.

29 Idem, par.131.

30 Idem, par.135.

31 Idem, par.137.

32 Idem, par.146.

33 Idem, par.145.

34 Idem, punto risolutivo 9.

eliminando, peraltro, l'obbligo della previa procedura di riconoscimento giuridico delle comunità indigene<sup>35</sup>.

#### 4.2. *Il caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, 29 marzo 2006*

L'anno successivo al caso degli *Yakye Axa*, il Paraguay è stato nuovamente condannato dalla Corte interamericana per aver violato il diritto alla proprietà indigena delle terre ancestrali della comunità *Sawhoyamaya* nel caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*<sup>36</sup>. Il popolo indigeno *Sawhoyamaya*, di lingua ed etnia *Enxet* e residente da tempo immemore nella regione del Chaco, era stato privato della propria terra ancestrale negli anni '30 del XX secolo, in seguito a un processo di espropriazione da parte dello Stato che aveva, poi, venduto la terra a privati per favorire la creazione di latifondi per la coltivazione della soia, da cui dipende tuttora l'economia del Paese. Nel 1991, circa 190 famiglie della comunità *Sawhoyamaya* hanno iniziato a far ritorno alla terra dei loro padri, rivendicandone la proprietà in quanto terra ancestrale intrinsecamente legata alla cultura e alla sopravvivenza della comunità stessa. Essendo stato negato l'accesso della comunità indigena al territorio rivendicato, le 190 famiglie indigene si sono stabilite ai margini della terra reclamata, occupando la strada per oltre venti anni in attesa che le autorità statali attivassero il procedimento regolare per il riconoscimento e la registrazione della personalità giuridica della comunità e, di conseguenza, per la demarcazione e l'assegnazione della terra ancestrale. Per tutto questo tempo, la comunità indigena *Sawhoyamaya* ha vissuto in condizioni degradanti, priva di mezzi di comunicazione e di assistenza adeguata sia dal punto di vista scolastico ed educativo, che socio-assistenziale e sanitario. Inoltre, è stato negato l'accesso alle fonti d'acqua e di energia elettrica, causando una penuria e un rischio di malattie elevato<sup>37</sup>.

La Corte ha dichiarato il Paraguay responsabile di non aver garantito un procedimento efficace nella *titulación* della proprietà indigena per un tempo irragionevolmente lungo, in violazione delle garanzie processuali e della protezione giudiziale, come tutelate dagli artt. 8 e 25, in relazione agli artt. 1 e 2, della Convenzione americana. Infatti, il procedimento indicato dall'*INDI* sarebbe illegittimo, secondo la Corte, perché l'assegnazione della proprietà indigena delle terre ancestrali è subordinata al riconoscimento della personalità giuridica delle comunità indigene, discriminare che risulterebbe, peraltro, annullato dalla Costituzione del 1992 che tutela il diritto indigeno alla proprietà comunitaria della terra storica come diritto preesistente al diritto nazionale e, quindi, meritevole di tutte le garanzie costituzionali del caso, ivi compreso il ricorso per *amparo constitucional*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Idem, punto risolutivo 10.

<sup>36</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentenza 29 marzo 2006, Serie C n° 146. Sul caso della comunità *Sawhoyamaya*, si rinvia a: E. Tramontana, *La dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani: il caso della Comunidad Indígena Sawhoyamaya c./ Paraguay*, in *Dir. Umani e Dir. Inter.*, 3(2007).

<sup>37</sup> N. Posenato, cit., p.153.

<sup>38</sup> *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentenza 29 marzo 2006, Serie C n° 146, par.94.

Inoltre, riprendendo quanto disposto nella sentenza contro il Paraguay dell'anno precedente, la Corte ha ravvisato una violazione del diritto di proprietà come tutelato dall'art.21 della Convenzione americana, oltre che il mancato rispetto della Convenzione OIL n.169/1989, in quanto il legame del popolo indigeno con la terra ancestrale giustificerebbe un modo di dominio diverso dalla proprietà privata (un *modus possidendi uti dominus*), ma egualmente meritevole della medesima tutela e di tutte le protezioni riconosciute a essa<sup>39</sup>. Disconoscere questo specifico modo di usare e godere dei propri beni tramandati storicamente dagli avi secondo la tradizione indigena porterebbe ad affermare, in modo erroneo, l'esistenza di un solo tipo possibile di proprietà, quello di matrice liberale ed europea, violando quanto riconosciuto a livello internazionale dalla Convenzione OIL n.169/1989 e tutelato anche dalle recenti riforme costituzionali latino-americane<sup>40</sup>.

È compito dello Stato fare in modo che tale restituzione sia possibile e che le comunità indigene ricorrenti siano soddisfatte. In ogni caso, qualora la restituzione delle terre di cui il popolo indigeno è stato privato non sia materialmente possibile per comprovati e fondati motivi, lo Stato dovrà assegnare terre alternative di uguali estensioni e qualità, individuate in accordo con la comunità indigena ricorrente<sup>41</sup>. Inoltre, lo Stato è obbligato ad adottare mezzi legislativi, amministrativi o di altra tipologia, adeguati per la creazione di un sistema efficace che gestisca le rivendicazioni di terre ancestrali da parte delle comunità indigene<sup>42</sup>. Il Paraguay è condannato anche a una serie di risarcimenti connessi alla restituzione delle terre indigene<sup>43</sup>.

In aggiunta, conformemente alla sentenza dell'anno precedente sul caso del popolo indigeno *Yakye Axa*, il Paraguay è ritenuto responsabile per una serie di violazioni di diritti umani, riconosciuti dalla Convenzione americana, oltre che dal diritto internazionale: così, il comportamento dell'autorità statale avrebbe interferito, secondo la Corte, sulle condizioni di vita della comunità *Sawhoyamaya*, di fatto ridotta all'indigenza, ledendo il diritto alla vita dei suoi componenti (art.4 Convenzione americana), la loro integrità personale (art.5), il diritto al riconoscimento della personalità giuridica (art.3) e i diritti dei minori, a causa della morte di 18 bambini per le esigue condizioni igienico-sanitarie (art.19).

---

39 Idem, par.118-120.

40 Pertanto, questo comporterebbe il diritto per le comunità indigene, legittime proprietarie delle loro terre ancestrali, a pretendere: l'equivalenza del possesso storico sulle terre ancestrali con il titolo cartaceo di proprietà; il riconoscimento ufficiale della proprietà e l'iscrizione al registro; il mantenimento del diritto di proprietà, anche se, per cause non imputabili alla propria volontà, ne avessero perduto l'effettivo possesso, salvo che non fossero state acquistate da altri in buona fede; il diritto di recuperare le terre illegittimamente requisite o di ottenere altre terre di uguale estensione e qualità delle terre perdute (Idem, par.128).

41 *Fondo, Reparaciones y Costas*: Sentenza 29 marzo 2006, Serie C n°.146, par.135.

42 Idem, punto risolutivo 12.

43 Tra i risarcimenti a cui è stato condannato il Paraguay, si ricorda: la somministrazione di beni e servizi di prima necessità per la sopravvivenza della comunità (*Caso Sawhoyamaya*, punto risolutivo 9); l'istituzione di un *Fondo de desarrollo comunitario* per la riparazione e il risarcimento delle comunità espropriate (Idem, punto risolutivo 7); l'agevolazione di una corretta procedura di registrazione e identificazione delle comunità indigene (Idem, punto risolutivo 11).

Nel 2014, il Parlamento paraguaiano ha approvato la legge n.5194/2014 (*Ley de restitución de las tierras de los Sawhoyamaya*), che, facendo riferimento alla condanna in sede interamericana, ha autorizzato le autorità a espropriare ai latifondisti e alle multinazionali, dietro indennizzo, 14.000 ettari di terreno da restituire alla comunità *Sawhoyamaya*, con il reinserimento nelle proprie terre originarie di ben 160 nuclei familiari<sup>44</sup>. Tuttavia, la legge non ha ancora avuto un'effettiva esecuzione e le famiglie indigene individuate come beneficiarie delle restituzioni sono state compensate solo in parte.

#### 4.3. Il caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010

Il Paraguay è stato nuovamente condannato da una decisione della Corte interamericana sul mancato riconoscimento della proprietà comunitaria indigena nel caso della comunità indigena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*<sup>45</sup>. La comunità ricorrente, denominata *Xákmok Kásek*, è, in realtà, un gruppo multietnico, composto da famiglie di etnia e lingua *Enxet, Sarapaná, Enlhet, Angaité e Toba-Qom*: mentre la comunità *Enlhet* ha abitato da tempo immemore la regione del Chaco (particolarmente, il Chaco Boreál orientale), tanto da considerarsi popolo originario del territorio, le comunità *Enxet, Sarapaná, Angaité e Toba-Qom* si sono stabilite nella zona corrispondente alle aree rurali di Pozo Colorado, Zalazar e Cora-í da tre/quattro generazioni, amalgamandosi con la comunità indigena originaria abitante la regione, grazie a somiglianze e affinità etnica, linguistica e storica. Di fatto, le diverse componenti indigene hanno dato vita a una nuova comunità, denominata, appunto, *Zglmao Kacet* o, secondo l'odierna traslitterazione, *Xákmok Kásek*, che era già stata riconosciuta da un decreto del Presidente del 1987 come appartenente all'etnia *Maskoy*, mentre nel 1994 l'*INDI* le aveva definitivamente accordato la personalità giuridica come appartenente all'etnia *Sarapaná* e, di conseguenza, aveva assegnato la terra già demarcata di Zalazar, in quanto terra ancestrale. Tuttavia, la comunità non era stata registrata come *Xákmok Kásek* (o con la vecchia ortografia *Zglmao Kacet*), ma come *Salazár*, dal nome del territorio occupato. Questa confusione burocratica nella registrazione ha bloccato il procedimento di assegnazione della terra ancestrale, impedendo, di fatto, alla comunità indigena l'acquisizione della proprietà comunitaria sulle terre rivendicate, a dispetto della corretta esecuzione della procedura. Infatti, la comunità indigena aveva avviato davanti all'*INDI* e all'*INDERT* la procedura richiesta per l'acquisizione di un territorio corrispondente a oltre 10.000 ettari (oltre 15.000 ettari secondo la valutazione eseguita dall'*INDI* nel 1997), ma, dopo anni di attesa, si era vista riconoscere solo una porzione minima, mentre gran parte del territorio ancestrale veniva distribuito a cooperative mennonite. Successivamente, la comunità era ricorsa nel 1999 al Senato della Repubblica per chiedere un provvedimento di esproprio forzato delle cooperative residenti sul legittimo territorio indigeno, come previsto dalla legge, ma ancora una volta la sua

<sup>44</sup> L.A. Nocera, *Paraguay. Approvata legge per la restituzione delle terre ancestrali alle popolazioni indigene Sawhoyamaya*, in *DPCE online*, 3(2014).

<sup>45</sup> *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentenza 24 agosto 2010, Serie C n° 214.

richiesta era stata rigettata. Ad aggravare la situazione era intervenuto un decreto del Presidente della Repubblica, datato 31 gennaio 2008, che aveva creato, in linea con una politica attenta ai problemi ambientali, un *Fondo de Conservación de Bosques Tropicales de Paraguay*, trasformando oltre 12.000 ettari delle terre reclamate in riserva naturale protetta per un tempo determinato di cinque anni. Contro tale decreto, la comunità indigena ha presentato ricorso per *amparo constitucional* innanzi alla Corte Suprema, tuttora sospeso in attesa della pronuncia della Corte interamericana<sup>46</sup>.

La comunità ha presentato ricorso innanzi alla Commissione interamericana nel 2001, ottenendo una raccomandazione specifica per lo Stato paraguaiano, ai sensi dell'art.50 della Convenzione (Report n.30/08), da cui si evince che non era stata assicurata una corretta applicazione del diritto indigeno alla proprietà comunitaria sulle terre tradizionali, in quanto la procedura per ottenere il riconoscimento di dette terre era stata avviata correttamente dalla comunità indigena nel 1990, secondo quanto previsto dalla legge n.904/1981, ma non aveva ancora trovato riscontro ed esito favorevole da parte delle autorità amministrative del Paraguay. Questo aveva comportato l'impossibilità per la comunità indigena ricorrente di avere accesso alle proprie terre e di prenderne possesso, con conseguente grossa perdita economica, oltre che una evidente lesione dei propri diritti umani. Vista la prolungata inerzia del Paraguay anche dopo le raccomandazioni ricevute in sede interamericana, la Commissione ha chiesto alla Corte di procedere contro lo Stato per la palese violazione del diritto di proprietà nei confronti delle comunità indigene ai sensi dell'art.21 della Convenzione americana, per la mancanza delle adeguate garanzie processuali e giudiziali del caso ai sensi degli artt. 8 e 25 e in relazione agli artt. 1 e 2 della Convenzione, oltre che per una serie di violazioni dei diritti umani lesi dal comportamento statale (il diritto alla personalità giuridica ex art.3, il diritto alla vita ex art.4, i diritti dei minori ex art.19).

Sulla scorta degli interventi precedenti, la Corte ha ritenuto il Paraguay responsabile internazionalmente per aver leso il diritto di proprietà disposto dall'art.21 della Convenzione, violando, al tempo stesso, anche la normativa interna, che già prevedeva il riconoscimento in capo alle comunità indigene delle terre ancestrali, e la Costituzione del 1992. Ancora una volta, la Corte interamericana, riprendendo la definizione del legame ancestrale tra popolo indigeno e terra originaria, che caratterizza l'esistenza anche culturale della componente indigena (sentenza *Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni v. Nicaragua*<sup>47</sup>), ha affermato la speciale relazione tra indigeni e territorio occupato

46 N. Posenato, cit., pp. 153-154.

47 *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua . Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentenza del 31 agosto 2001, Serie C n°.66 e n°.79. Nella sentenza, la Corte ha affermato che “*para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras [...]*” (par.149). Per un approfondimento sul caso *Awas Tingni*, il primo in cui la Corte si è pronunciata sul diritto indigeno alle terre storiche, si rinvia a: J.A. Amiott, *Environment, equality and indigenous peoples' land rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, in *Environmental Law*, 32 (2002); S.J. Anaya, C. Grossman, *The case*

da tempo immemore e trasmesso di generazione in generazione, rimarcando l'importanza della gestione comunitaria della terra indigena come *species* del diritto di proprietà tutelato dall'art.21 della Convenzione<sup>48</sup>. Si tratterebbe, inoltre, di un diritto preesistente che trova in sé la sua tutela, come già affermato nella sentenza *Yakye Axa vs. Paraguay*, e di cui lo Stato non può disporre liberamente, perché la sua formazione sarebbe antecedente a quella del diritto nazionale. È compito dello Stato garantire l'effettività di tale diritto, mettendo in atto tutti i procedimenti richiesti dal caso.

L'amministrazione paraguaiana, dunque, avrebbe palesemente leso il diritto di proprietà indigeno, compromettendo l'identità culturale della comunità stessa, che, come indicato dalla Convenzione OIL n.169/1989, si identifica nella terra ancestrale. Inoltre, avrebbe violato i diritti primari connessi all'esistenza della comunità indigena, quali il diritto alla salute, all'acqua, all'educazione, all'accesso ai servizi socio-assistenziali, all'alimentazione, etc<sup>49</sup>... Per questo motivo, la Corte ha condannato il Paraguay all'immediata demarcazione e delimitazione delle terre indigene reclamate, previa consultazione con la comunità indigena ricorrente, e alla loro conseguente restituzione, oltre all'attuazione di tutti quei mezzi normativi, amministrativi e di altra tipologia adatti a creare un sistema efficace per chiedere la restituzione delle terre ancestrali<sup>50</sup>. A tal fine, ha ordinato allo Stato la creazione di un *Fondo de desarrollo comunitario* che garantisca una riparazione economica alle comunità spossessate<sup>51</sup>.

Nelle more dell'esecuzione del giudizio, il Paraguay è stato, altresì, condannato ad adottare tutte le misure transitorie per proteggere i diritti fondamentali violati dalla mancata restituzione delle terre ancestrali indigene e a garantire la sopravvivenza economica e sociale della comunità tramite un'adeguata somministrazione di beni e servizi<sup>52</sup>. Di conseguenza, ha suggerito l'elaborazione di un eventuale studio e/o programma diretti a orientare tali prestazioni nel modo più corretto possibile<sup>53</sup>. Pertanto, l'amministrazione statale è stata invitata a creare un presidio sanitario permanente e una fitta rete di servizi e mezzi di comunicazione<sup>54</sup>.

In riferimento al decreto presidenziale che prevedeva la creazione su una parte delle terre indigene di un parco naturale protetto, la Corte ha chiesto al legislatore paraguaiano di adottare tutti quei mezzi necessari perché il decreto non

---

*of Awas Tingni v. Nicaragua: a new step in the international law of indigenous peoples*, in 19 *Arizona Jour. of Inter. and Comp. Law*, 1(2002); J.P. Vuotto, *Awas Tingni v. Nicaragua: International precedent for indigenous peoples*, in 22 *Boston Univ. Inter. Law Jour.*, 1(2004); L.J. Alvarado, *Prospects and challenges in the implementation of indigenous peoples' human rights in international law: lessons from the Case of Awas Tingni v. Nicaragua*, in 24 *Arizona Jour. of Inter. and Comp. Law*, 3(2007); F. Isa Gómez (ed.), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bilbao, 2003.

48 *Fondo, Reparaciones y Costas*: Sentenza 24 agosto 2010, Serie C n° 214, par.fi 85-87.

49 *Idem*, par.fi 90 e sgg.

50 *Idem*, punto risolutivo 25.

51 *Idem*, punto risolutivo 28.

52 *Idem*, punto risolutivo 19.

53 *Idem*, punto risolutivo 20.

54 *Idem*, punti risolutivi 21-22-23.

fosse di ostacolo alla vita e alla cultura della comunità indigena e, quindi, anche alla effettiva attivazione della sua proprietà comunitaria sulle terre ancestrali<sup>55</sup>.

Inoltre, in merito all'opposizione del Paraguay di non riconoscere un'unità culturale della comunità indigena ricorrente, che si sarebbe costituita come comunità multi-etnica, includendo componenti di lingua e origine indigene differenti, la Corte ha specificato che non è compito dell'autorità statale determinare l'identità indigena di una comunità, né assegnare uno specifico nome che la possa identificare, in quanto l'identificazione è un processo autonomo e indipendente della comunità stessa e dei suoi componenti che si riconoscono non solo nella medesima tradizione culturale, ma anche nella stessa ascendenza storica<sup>56</sup>. La particolare composizione etnica di ogni singola comunità indigena della regione del Chaco sarebbe, dunque, dovuta alle travagliate vicende storiche che si sono succedute in questa regione e che hanno spinto a ridisegnare le comunità indigene che vi abitano. Lo Stato, perciò, è obbligato a intervenire affinché i membri delle comunità indigene possano registrarsi e ottenere l'identificazione in quanto parte di una comunità<sup>57</sup>.

#### 4.4. I punti salienti rilevati dalla Corte IDH

In tutti e tre i casi decisi dalla Corte IDH contro il Paraguay, le comunità indigene ricorrenti lamentavano l'avvenuto spossessamento della propria terra ancestrale, per fatti accaduti in un periodo antecedente all'approvazione della Costituzione nel 1992<sup>58</sup>.

Nello specifico, la tutela del diritto consuetudinario alla proprietà ancestrale delle terre indigene si è posta in netto contrasto con gli interessi di una politica economica nazionale, basata prevalentemente sullo sfruttamento delle risorse naturali presenti nel sottosuolo e sulla coltivazione intensiva della soia, di cui il Paraguay è uno dei maggiori produttori al mondo. Di fatto, tutte e tre le comunità indigene non hanno potuto usufruire delle tutele previste dal testo costituzionale, perché ancora non approvato ai tempi dello spossessamento, né, tanto meno, sono state successivamente risarcite o reintegrate, sulla base della protezione derivante dal combinato disposto di Costituzione, legislazione indigena e diritto internazionale. Le comunità ricorrenti hanno sempre avviato la procedura per il riconoscimento della personalità giuridica e la *titulación* delle terre ancestrali indigene, al fine di richiederne l'assegnazione, come previsto dalla legge, ma, in tutti e tre i casi, si sono verificati omissioni o ritardi da parte delle autorità amministrative nella registrazione della comunità, nel riconoscimento della personalità giuridica delle comunità indigene reclamanti e nella delimitazione delle terre ancestrali. Così, non è stato possibile procedere con l'assegnazione delle terre alle comunità richiedenti, provocando una violazione del diritto alla proprietà

---

<sup>55</sup> Idem, punto risolutivo 26.

<sup>56</sup> Idem, par.37.

<sup>57</sup> Idem, punto risolutivo 24.

<sup>58</sup> Sulle condizioni di vita delle comunità indigene abitanti il Chaco si rinvia al Documento dell'OIL n.45 del 2009, denominato *Servidumbre por deudas y marginación en Chaco Paraguayo*, consultabile presso il sito <oit.org>.

comunitaria indigena che, secondo la Corte, avrebbe causato una infrazione sia del diritto nazionale che del diritto internazionale (Convenzioni OIL e Convenzione interamericana dei diritti umani).

In tutti e tre i casi, inoltre, la Corte ha ravvisato un difetto di “giustizia processuale”, per cui non è stato considerato ammissibile, anche se per motivi diversi, il ricorso di *amparo*, così da costringere le comunità a ricorrere al sistema interamericano (Commissione e Corte).

I tre casi su cui è intervenuta la Corte differiscono in un punto fondamentale. Nei casi *Yakye Axa* e *Sawhoyamaya* non era avvenuta alcuna individuazione, demarcazione e successiva assegnazione delle terre ancestrali alle comunità indigene, di fatto prive di personalità giuridica secondo la legge paraguayana e non era stata avviata la conseguente procedura di registrazione prevista innanzi all'INDI. Nel caso *Xákmok Kásek*, invece, la comunità indigena non solo aveva ottenuto la personalità giuridica, ma era anche stata registrata correttamente nel *Registro* dell'INDI come “comunità indigena originaria”. Tuttavia, a causa di un errore di trascrizione da parte delle autorità amministrative, non era stato possibile procedere all'attribuzione della personalità giuridica, impedendo, di fatto, l'assegnazione di un territorio già individuato e delimitato.

### 5. La supervisione sull'esecuzione delle sentenze della Corte IDH tra il 2015 e il 2017

Malgrado le tre sentenze della Corte interamericana abbiano condannato il Paraguay ad attivarsi per rendere effettiva la tutela dei popoli indigeni nel loro diritto alla terra ancestrale, tuttora la protezione accordata risulta solo a livello formale. La mancata esecuzione delle sentenze della Corte interamericana e la non corretta applicazione delle norme di diritto internazionale si accompagnano alla carenza di norme attuative delle disposizioni costituzionali e della legislazione ordinaria. Le istanze indigene di restituzione delle terre tradizionali danno ancora luogo a ricorsi e a procedimenti burocratico-amministrativi eccessivamente lunghi.

Nella sua funzione giurisdizionale di supervisione sull'esecuzione delle sentenze emesse<sup>59</sup>, la Corte interamericana è più volte intervenuta con risoluzioni relative al compimento dei dispositivi delle sentenze nei casi *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* e *Xákmok Kásek*, ravvisando l'inerzia dello Stato paraguaiano nell'attuare le disposizioni e le procedure adeguate per garantire la proprietà comunitaria della terra alle comunità indigene ricorrenti, così come da condanne della Corte.

Con Risoluzione del 24 giugno 2015, la Corte IDH ha determinato che, con l'eccezione di una leggera forma di riparazione nei confronti della comunità *Xákmok Kásek*<sup>60</sup>, il Paraguay non ha mai attuato alcuna forma di riparazione relativa

<sup>59</sup> Si tratta di una facoltà garantita dalla Corte dagli artt. 33, 62.1, 62.3 e 65 della Convenzione interamericana e dall'art.30 dello statuto della Corte e regolata dall'art.69 del regolamento della Corte.

<sup>60</sup> Nello specifico, la Corte aveva rilevato come lo Stato avesse rimosso gli ostacoli formali che si frapponevano all'assegnazione di circa 1.500 ettari di terreno alla comunità indigena.

all'identificazione, alla demarcazione e all'assegnazione delle terre tradizionali alle comunità indigene reclamanti<sup>61</sup>. Per questo motivo, la Corte ha chiesto allo Stato di pubblicare e trasmettere alle comunità ricorrenti le sentenze<sup>62</sup>, di realizzare un atto pubblico per il riconoscimento in capo al Paraguay della responsabilità internazionale<sup>63</sup> e di eseguire le riparazioni concernenti il pagamento dell'indennizzo da esproprio e l'eventuale rifusione di costi e spese<sup>64</sup>. La Corte ha, altresì, ordinato allo Stato di presentare un *Informe* congiunto sull'esecuzione delle sentenze dei tre casi, con lo scopo di indicare, nelle more della riparazione, i mezzi proposti per identificare e delimitare le terre indigene, in conformità con quanto disposto dall'art.68 della Convenzione. Infatti, l'obbligo di eseguire le decisioni della Corte per gli Stati include il dovere di informarla circa l'esecuzione delle norme convenzionali e dei dispositivi delle sentenze interamericane.

Nella stessa Risoluzione, la Corte si è riservata il compito di pronunciarsi, per l'anno successivo, sull'effettiva attuazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, dopo aver studiato in modo dettagliato non solo l'*Informe* annuale<sup>65</sup> presentato dalla Commissione, ma anche le informazioni documentate provenienti dallo Stato condannato, valutando, in caso, la possibilità di una visita ispettiva da parte di uno o più giudici della Corte sul territorio.

Inoltre, a seguito della Risoluzione del 2015, il Paraguay si è impegnato anche a porre diverse misure in grado di risolvere la questione indigena e di eseguire il dispositivo delle sentenze interamericane. Nello specifico, ha reso noto che era già al vaglio dell'*INDI* un progetto per l'esecuzione delle sentenze della Corte IDH e l'istituzione di un *Fondo de Desarrollo Comunitario* per il risarcimento delle comunità per le lesioni dei loro diritti fondamentali e per garantire la proprietà comunitaria indigena nel futuro. In merito all'esecuzione delle sentenze della Corte interamericana, il Paraguay ha approvato il decreto n.2290 del 29.06.2009, attraverso il quale è stata creata e integrata una rete di protezione dei diritti umani e del sistema interamericano, coordinata dal Ministro della Giustizia e del Lavoro e dal Viceministro per la Giustizia e i Diritti Umani. Nulla ancora è stato stabilito circa il reale stanziamento di un fondo comunitario, né esistono prove concrete in grado di assicurarlo. Allo stesso modo, non è stato disposto un nuovo censimento delle comunità indigene del Paraguay, né ha visto la luce il cosiddetto "*Proyecto Esfera*", promesso dal governo paraguaiano per il sostegno alimentare, sanitario e socio-assistenziale delle famiglie indigene. Nella realtà, i rappresentanti delle comunità indigene vittime delle lesioni statali hanno

---

61 *Casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek v. Paraguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 junio 2015, considerando 4-12 e 18.

62 Sentenza *Yakye Axa* 2005 punto risolutivo 12; sentenza *Sawhoyamaya* 2006 punto risolutivo 13; sentenza *Xákmok Kásek* punto risolutivo 17.

63 Sentenza *Xákmok Kásek* punto risolutivo 13.

64 Sentenza *Yakye Axa* 2005 punto risolutivo 13; sentenza *Sawhoyamaya* 2006 punto risolutivo 8; sentenza *Xákmok Kásek* punto risolutivo 27.

65 *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2 settembre 2016 (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II). Il documento è consultabile online in versione PDF all'indirizzo: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/informeanual2016rele.pdf>>.

dichiarato che nessuna misura è stata presa dall'amministrazione statale per garantire l'accesso ai servizi socio-assistenziali, educativi e sanitari e per assicurare la sopravvivenza delle famiglie indigene.

In seguito a quanto rilevato dalla risoluzione citata, la Corte è intervenuta con la Risoluzione dell'1 settembre 2016<sup>66</sup>, che ha ritenuto il Paraguay responsabile di non aver attuato il dispositivo delle sentenze interamericane dei tre casi in cui è stato sottoposto a giudizio e di non aver compiuto le disposizioni e le procedure stabilite dalle norme internazionali (i.e., Convenzione OIL n.169/1989 e Convenzione americana) per ristabilire e garantire le terre ancestrali agli indigeni. Pertanto, ha proposto allo Stato di accordarsi per l'invio di una visita ispettiva di membri della Corte interamericana al fine di trovare insieme soluzioni adeguate alle carenze e alle inerzie dell'amministrazione statale paraguaiana.

La visita di ricognizione si è compiuta regolarmente nelle giornate da lunedì 27 novembre a mercoledì 29 novembre 2017 ed è stata eseguita da una delegazione composta dal giudice della Corte interamericana L. Patricio Pazmiño Freire e dagli avvocati dell'*Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias* della Segreteria della Corte, Gabriela Pacheco Arias, Edward Perez e Lucia Aguirre Garabito<sup>67</sup>. Compito degli esperti incaricati dalla Corte era quello di elaborare e individuare strategie adeguate a risolvere la questione delle terre indigene delle comunità del Chaco, in modo da rendere effettiva la loro restituzione, oltre che lo stanziamento di fondi per la distribuzione dei servizi socio-assistenziali e sanitari. Recatisi nella regione del Chaco presso le comunità indigene dei casi discussi innanzi alla Corte nel 2005, 2006 e 2010, gli esperti hanno rilevato che la situazione della comunità *Yakye Axa* era immutata, visto che era costretta a vivere su un territorio esiguo a ridosso della strada. Le comunità indigene *Sawhoyamaya* e *Xákmok Kásek*, invece, vivevano nelle proprie terre ancestrali, così come reclamate con *amparo internacional* innanzi alla Corte IDH. Tuttavia, lo Stato non aveva ancora proceduto alla *titulación* delle terre nei loro confronti, rendendo, pertanto, i popoli indigeni che vi vivevano dei "possessori senza carta" (*poseores sine títulos*) o, meglio, senza titolo cartaceo di proprietà. Rimaneva molto debole il possesso delle terre tradizionali, in quanto non equiparabile a un diritto di proprietà.

Di conseguenza, non risulta che il governo paraguaiano avesse eseguito il dispositivo delle sentenze interamericane, né le risoluzioni attuative successive. Per cui, è stato chiesto alle autorità amministrative nazionali di rendere effettivo il parametro delle sentenze, in particolare: di emettere titolo cartolare di proprietà nei confronti delle comunità *Sawhoyamaya* e *Xákmok Kásek*, relativamente alle terre da loro acquisite come proprietà ancestrale e che sono regolarmente quantificate in ettari; di restituire le terre ancestrali alla comunità indigena *Yakye Axa*, come da dispositivo della sentenza, legittimandola al possesso della terra dietro l'emissione di un titolo cartolare di proprietà e di costruire una strada a spese statali che renda possibile alla comunità indigena l'accesso alle proprie terre ancestrali; di

---

66 *Casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek v. Paraguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 septiembre 2016.

67 Comunicado, CorteIDH\_CP-46/17.

somministrare beni e servizi di base necessari per la sopravvivenza dei membri delle comunità indigene per il periodo fra l'avvio della procedura di restituzione e l'effettiva entrata in possesso delle terre; di aumentare i finanziamenti destinati al fondo per le comunità indigene, corrispondendo rispettivamente le quantità di 950.000 dollari per gli *Yakye Axa*, 1.000.000 dollari per i *Sawhoyamaxa* e 700.000 dollari per gli *Xákmok Kásek*. Durante le visite presso le comunità indigene, sono stati sentiti i *leader* indigeni e accolte le loro rimostranze. È stata indetta un'udienza generale per la giornata del 30 novembre presso la sede del Ministero degli Esteri ad Asunción, alla quale hanno partecipato, oltre alle autorità nazionali, anche i rappresentanti delle comunità indigene e delle vittime dei tre casi. Al termine dell'udienza, si è giunti a un programma comune per dare attuazione al dispositivo delle sentenze interamericane e, quindi, intervenire rispetto alla questione delle terre indigene nel modo più celere ed efficace possibile<sup>68</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Pur essendo stato il Paraguay uno dei primi Paesi latino-americani a contemplare i diritti dei popoli indigeni e a tutelare a livello costituzionale il diritto indigeno alla terra ancestrale, si può rilevare un *deficit* di implementazione del quadro normativo e della giurisprudenza in materia che investe anche le disposizioni costituzionali. Tale ritardo si lega a un più generalizzato *deficit* democratico, di cui il Paese risente, a causa di un troppo lento rinnovamento delle cariche pubbliche, di una crisi economica crescente e di una burocrazia mai trasformata e, quindi, ancora troppo compromessa con il regime dittatoriale precedente.

Come visto sopra, le decisioni della Corte IDH seguono, dunque, il medesimo ragionamento, individuando, anzitutto, il diritto alla proprietà comunitaria indigena delle terre ancestrali come diritto fondamentale, previsto e tutelato dal diritto interno (Costituzione e leggi) e dal diritto internazionale (Convenzione OIL, Dichiarazione ONU e altre fonti di diritto internazionale pattizio) e protetto dal diritto convenzionale interamericano, a cui l'ordinamento paraguaiano è obbligato a conformarsi. Peraltro, l'interpretazione della Corte relativamente al diritto di proprietà è perfettamente in linea con altre decisioni della Corte riferite al diritto di proprietà indigeno sulle terre ancestrali e rispondente alla lettura più volte data dalla giurisprudenza interamericana in merito, in conformità con l'art.29 della Convenzione ADH (divieto di interpretazione restrittiva delle norme convenzionali e principio *pro homine*)<sup>69</sup>. In tal senso, si è espressa anche la giurisprudenza della Corte IDH sui popoli indigeni dopo il caso *Xákmok Kásek*, ribadendo come la questione indigena rappresenti un *unicum* in continua

---

68 La relazione della visita ispettiva e delle risultanze della Corte sono state pubblicate il 7 dicembre 2017 sul sito <[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)>. Sul punto, si rinvia anche alla consultazione dell'*Informe Anual* della Corte IDH, datato 23 dicembre 2017 e rinvenibile al sito <[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)>.

69 Si rinvia alla consultazione delle seguenti sentenze: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua 2001* (*Fondo Reparaciones y Costas*: Sentenza del 31 agosto 2001, Serie C n.66 e 79); *Pueblo Saramaka vs. Suriname 2007* (*Fondo Reparaciones y Costas*: Sentenza del 28 novembre 2007, Serie C n.172, 185); *Masacres de Rio Negro vs. Guatemala 2012* (*Fondo Reparaciones y Costas*: Sentenza del 4 settembre 2012, Serie C n.250).

evoluzione nella tutela delle terre ancestrali indigene e nella loro gestione *uti dominus* da parte delle comunità originarie<sup>70</sup>.

In particolare, nel più recente caso del popolo *Xucuru*, la Corte ha confermato l'interpretazione “*teleologica, favorevole all'individuo, dei diritti previsti e tutelati dalla CADU, anche con riguardo all'aspetto culturale della vittima*”, correlando il diritto alla proprietà della terra con il diritto alla vita e alla preservazione delle risorse per le generazioni future, con il medesimo approccio inaugurato proprio nel caso *Yakye Axa* relativamente all'identità culturale indigena<sup>71</sup>. Naturalmente, secondo consolidata giurisprudenza interamericana, rimane compito esclusivo dello Stato parte considerare se il diritto alla proprietà comunitaria dei popoli indigeni possa essere ritenuto “*gerarchicamente superiore al diritto alla proprietà privata*”, compiendo, dunque, un bilanciamento fra valori costituzionali, che spetta esclusivamente solo a un giudice interno<sup>72</sup>. In tal modo, dunque, ogni amministrazione nazionale è tenuta ad attuare il dispositivo della sentenza, in conformità alle rispettive norme nazionali. Nel caso della comunità indigena brasiliana *Xucuru* citata, infatti, sia la Corte IDH che l'amministrazione nazionale hanno rinviato a quanto stabilito dalla Corte Suprema Federale Brasiliana (caso *STF Ação popular. Demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol*, 19.03.2009), cioè il fatto che il diritto alla proprietà comunitaria indigena deve prevalere sempre sulla proprietà privata, in virtù di un legame storico e culturale che trova tutela anche a livello costituzionale (vedi art.231 Cost. Brasile). Così, in modo similare, è avvenuto anche nel caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nel quale la preminenza del diritto indigeno si fonda principalmente sul riconoscimento che ne dà la Costituzione ecuadoriana del 2007, uno dei testi costituzionali dell'area che ha accolto la nozione di “indigenità” e, quindi, la tutela dei diritti indigeni come principio fondamentale. Pertanto, tali Stati hanno attuato (o si apprestano ad attuare) quanto deciso dalla Corte IDH sulla base e in conformità a quanto disposto dalla normativa interna.

Anche nei casi esaminati relativi al Paraguay, l'amministrazione paraguayana sarebbe obbligata a riconoscere e rendere effettivo il diritto alla proprietà comunitaria indigena sulle terre ancestrali, proprio in riferimento al diritto interno dello Stato e, in particolare, alla tutela proveniente dal testo costituzionale. Tuttavia, come rilevato dalla Corte interamericana, la protezione garantita alle comunità indigene in Paraguay rimane meramente formale, mentre esistono ancora troppi limiti nel procedimento burocratico-amministrativo, perché tale

70 M. Marciante, *Tutela dei diritti dei popoli indigeni nel sistema CADU: note a margine della sentenza Pueblo Indígena Xucuru*, DPCE Online, 2(2018).

Si rinvia alla consultazione delle seguenti sentenze: *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo Reparaciones y Costas: Sentenza del 27 giugno 2012, Serie C n.245)*, *Pueblos Indígenas Kuna de Madugandí vs. Panama (Fondo Reparaciones y Costas: Sentenza del 14 ottobre 2014, Serie C n.284)*, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (Fondo Reparaciones y Costas: Sentenza dell'8 ottobre 2015, Serie C n.305)*, *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (Fondo Reparaciones y Costas: Sentenza del 25 novembre 2015, Serie C n.309)* e *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (Fondo Reparaciones y Costas: Sentenza del 5 febbraio 2018, Serie C n.346)*.

71 M. Marciante, cit., p.580.

72 Idem, p.581.

protezione possa diventare reale ed effettiva<sup>73</sup>. Le sentenze della Corte hanno avuto il merito di aprire una breccia nel farraginoso sistema paraguaiano, ordinando allo Stato di eseguire quanto disposto nei confronti delle comunità indigene ricorrenti, in conformità con quanto contemplato dal diritto sovranazionale della Convenzione americana, della Convenzione OIL n.169/1989 e, più recentemente, della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni del 2007, oltre che con quanto disposto dalla stessa Costituzione del Paraguay.

La giurisprudenza interamericana ha richiamato l'amministrazione nazionale al dovere di riparare gli errori di una politica che nel passato aveva provveduto ad alienare ed espropriare le terre ancestrali indigene. A tal fine, la Corte ha proposto allo Stato di ristabilire il principio della sovranità indigena sui territori ancestrali, risarcendo i danni già causati. Pertanto, la giurisprudenza interamericana si è caratterizzata per due profili principali: da un lato, la tutela dei diritti umani protetti dal diritto internazionale e dai principi costituzionali comuni; dall'altro lato, l'induzione della responsabilità statale per l'adozione di leggi, atti o fatti che violano i diritti fondamentali dei popoli indigeni. La riparazione a cui fa riferimento la giurisprudenza interamericana, quindi, deve essere effettiva, nel senso che devono essere messe in atto tutte le misure necessarie affinché cessi la situazione che provoca ingiustizia e sia ristabilito, al tempo stesso, lo *status quo ante*, comprendendo anche la compensazione economica per la perdita della terra ancestrale e il risarcimento pecuniario per le eventuali sofferenze subite.

---

73 Per un ulteriore approfondimento sulla giurisprudenza della Corte interamericana relativamente ai diritti di proprietà delle comunità indigene, si rinvia a: A.M. Russo, I. Wances Simón, *La Corte interamericana e il diritto alla propiedad comunal indígena: un'analisi nella prospettiva del riconoscimento e della diversità culturale*, in *Dir. Pub. Comp. ed Eur.*, 3(2017), 791-832; N. Posenato, cit, 107-130.

# Il diritto alla protezione della salute della persona straniera in Francia: fondamento giuridico, differenziazione legale, *status* sociale

di Diletta Pamelin

**Abstract:** *The right to health protection for foreigners in France: legal basis, legal differentiation, social status*—The present contribution aims to analyse, within the French legal system, the legal basis and the structure of the right to health protection recognized to foreigners, with particular attention to those who find themselves in a situation of irregularity with respect to the rules that regulate the possibility to entry or stay in the territory of the State. Despite the constitutional provision that recognise health protection to «tous», the existence of a difference between the citizens' and the foreigners' health protection will be evidenced, based on the criterion of regularity and residence stability. This will allow to highlight the structure and consequences of increasing health insecurity, and more generally social and legal insecurity of the foreigners, who makes their right to health legally different and effectively weaker.

821

**Keywords:** Health protection; Foreigners rights; Health inequalities; Migrant “illegality”; France Constitution.

## 1. Premessa

Il presente contributo si propone di analizzare, nell'ambito dell'ordinamento francese, il fondamento giuridico e la struttura del diritto alla protezione della salute riconosciuto alle persone straniere, con particolare attenzione a quelle che si trovano in situazione di irregolarità rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno sul territorio dello Stato<sup>1</sup>.

A fronte della previsione costituzionale in base alla quale la protezione della salute spetta a «tous», si constaterà l'esistenza di una differenza di regime fra la protezione della salute dei cittadini e quella riservata alle persone straniere, sulla base del criterio della regolarità e stabilità del soggiorno. Ciò condurrà a mettere in luce la struttura e le conseguenze della precarizzazione sanitaria, e più generalmente sociale e giuridica, della persona straniera, che rende la sua salute legalmente diversa e nei fatti più debole. Accanto ad alcuni profili relativi all'attualità della tematica, saranno evidenziate le riflessioni dottrinali relative alla costruzione dell'*homo juridicus* e di colui che, non facendo parte della comunità nazionale, è invece in principio escluso dal territorio e dai diritti: la persona straniera.

---

<sup>1</sup>Per recenti contributi della dottrina italiana su queste tematiche si vedano: V. Federico, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. La Francia*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; F. E. Grisostolo, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e Francia*, in *Rivista AIC*, 2, 2018.

## 2. Il fondamento del diritto alla protezione della salute nella Costituzione francese

### 2.1. Il Preambolo della Costituzione del 1958 e il suo valore giuridico

Nell'ordinamento francese, il fondamento costituzionale del diritto alla protezione della salute è rintracciabile nel testo dell'*alinéa* 11 del Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946, il quale sancisce che la Nazione «*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection<sup>2</sup> de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*» [corsivo di chi scrive]<sup>3</sup>.

La Costituzione del 1958, attualmente in vigore, rinvia nel suo Preambolo<sup>4</sup> ai diritti dell'uomo e ai principi di sovranità nazionale definiti dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, al Preambolo della Costituzione del 1946<sup>5</sup> e alla Carta dell'ambiente del 2004<sup>6</sup>. La validità giuridica di tale «*préambule-*

<sup>2</sup>Il concetto di diritto alla *protezione della salute* rintracciabile nel Preambolo non va confuso con quello di diritto *alla salute*. La distinzione tra le due nozioni è stata richiamata con chiarezza dal Consiglio di Stato in un'ordinanza del 2005 (Consiglio di Stato, *Juge des référés*, ordinanza n. 284803, 8 settembre 2005, in *Recueil Lebon 2005*) nella quale si afferma che «*si en raison du renvoi fait par le Préambule de la Constitution de 1958 au Préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas [...] que le droit à la santé soit au nombre des libertés fondamentales [...]*».

Circa le controversie dottrinali sul tema dell'esistenza di un vero e proprio diritto alla salute o, al contrario, del solo principio di protezione della salute, si vedano, *ex multis*, Ch. Sauvat, *Précision normative sur le droit à la santé*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 24, 2006, 53-58; C. Clément, *La santé et le référé administratif "Liberté fondamentale"*, in *Les Petites Affiches*, 228, 2005; Ch. Sauvat, *Réflexions sur le droit à la santé*, Aix-en-Provence, 2004, in particolare p. 217; J. Moreau, *Le droit à la santé*, in *AJDA*, 1998, 185 ss.; V. Saint-James, *Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Revue de droit public*, 1997, 457-485.

<sup>3</sup>L'*alinéa* 11 proclama dunque, al contempo, il principio della protezione della salute e quello della sicurezza sociale. Per un quadro del sistema di sicurezza sociale francese si rinvia a J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, 2015.

<sup>4</sup>«*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. [...]*».

<sup>5</sup>Esso riafferma a sua volta «*des droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789*» e «*les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*», affiancandovi la proclamazione di una serie di principi politici, economici e sociali «*particulièrement nécessaires à notre temps*». Fra questi ultimi rientra il paragrafo 11 dedicato, appunto, alla protezione della salute. Sul Preambolo del 1946 si vedano AA. VV., *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Y. Gaudemet dir., Paris, 2008; AA. VV. *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, G. Conac, X. Prétot, G. Teboul dir., Paris, 2001; G. Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, 1984, 322-328.

<sup>6</sup>Inserita nel Preambolo della Costituzione con la l. cost. n. 2005-205 del 1 marzo 2005. Il Consiglio costituzionale, adito in relazione alla l. n. 2008-595 del 25 giugno 2008 relativa agli organismi geneticamente modificati, ha successivamente stabilito, con la decisione n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, che «*l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle*» e «*qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif*».

croupion»<sup>7</sup> e dei testi da esso richiamati appare un elemento ormai acquisito. Con la nota decisione del Consiglio costituzionale n. 71-44 DC del 16 luglio 1971<sup>8</sup> infatti, per la prima volta<sup>9</sup>, il Preambolo e le fonti da esso richiamate vengono incluse nella Costituzione e assunte come parametri di giudizio<sup>10</sup>.

La decisione del 1971 determina dunque i pilastri del nuovo diritto costituzionale francese: il controllo di costituzionalità delle leggi, la supremazia della Costituzione, il *bloc de constitutionnalité*<sup>11</sup> e i diritti fondamentali<sup>12</sup>.

## 2.2. L'alinéa 11 del Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946. Il diritto di «tous» alla protezione della salute

Il valore costituzionale del Preambolo del 1946, e dunque dell'*alinéa* 11 in esso compreso, appare dunque ormai consolidato. Il Preambolo, oltre alla Dichiarazione del 1789, riafferma i «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica»<sup>13</sup> e proclama alcuni principi politici, economici e sociali «particolarmente necessari al nostro tempo». Questi sono qualificabili come *droits-créances*, diritti che impegnano lo Stato nella realizzazione di un obbligo di intervento positivo al fine di rispondere ad alcuni bisogni fondamentali, materiali e intellettuali, della vita umana<sup>14</sup>. Fra tali diritti rientra il già richiamato *alinéa* 11 sulla base del quale la Nazione «garantisce a tutti, in particolare al fanciullo, alla

<sup>7</sup>J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2018, 124.

<sup>8</sup>Inerente alla legge che completa le disposizioni degli articoli 5 e 7 della legge del 1 luglio 1901 relativa al contratto di associazione. Con la sua decisione il Consiglio censura parzialmente la disposizione legislativa nella parte in cui prevede l'istituzione di un controllo preventivo della legalità di un'associazione al momento della sua dichiarazione. La dottrina relativa alla presente decisione è estremamente estesa; si rinvia, *ex multis*, a *Liberté d'association* in P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva, A. Roux, L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 2016, 408-420; G. Boudou, *Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 2014 (n. 97), 5-120; F. Luchaire, *La décision du 16 juillet 1971*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. VII - 1991, Paris-Aix-en-Provence, 1993, 77-85; J. Robert, *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, estratto della *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, 1971, 1171-1200.

<sup>9</sup>Sebbene, come sottolineato da larga parte della dottrina francese, già nella decisione n. 70-39 DC del 19 giugno 1970 il Consiglio costituzionale avesse chiamato espressamente in causa il Preambolo della Costituzione. Si veda in proposito L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 1975, 257-266.

<sup>10</sup>La decisione si riferisce esplicitamente al Preambolo della Costituzione del 1958 («Vu la Constitution et notamment son préambule»), il quale a sua volta si rifà alla Dichiarazione del 1789, e, nel considerando numero 2, si evocano i «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», rinviando dunque indirettamente al Preambolo del 1946 e legittimando in tal modo il valore costituzionale di tali principi.

<sup>11</sup>Con tale espressione dottrinale si vuole indicare che «la Constitution ne se limite pas aux articles numérotés qui la composent dans ses différents titres, mais intègre les textes auxquels fait référence son Préambule. [...]» e dunque, di fatto, l'espressione «ne désigne donc pas autre chose que la Constitution ainsi comprise, et à laquelle le Conseil constitutionnel se réfère» (A. Le Divellec, M. de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, 2017, 28).

<sup>12</sup>L. Favoreu, *Destin d'une décision fondatrice*, in *La liberté d'association et le droit*, Paris, 2001, 31.

<sup>13</sup>Si tratta di un numero limitato di norme con valore costituzionale, derivanti da testi legislativi adottati durante le prime tre repubbliche francesi, la cui esistenza è appurata dal Consiglio costituzionale sulla base della sussistenza di specifici criteri (G. Drago, *Contentieux constitutionnel français* cit., 254 ss.).

<sup>14</sup>L. Gay, *Les "droits-créances" constitutionnels*, Bruxelles, 2007, 13.

madre e ai vecchi lavoratori, la protezione della salute<sup>15</sup>, la sicurezza materiale, il riposo e il tempo libero».

Il diritto alla protezione della salute è dunque, al contempo, un «principio particolarmente necessario al nostro tempo», secondo il testo del Preambolo del 1946, un «principio di valore costituzionale»<sup>16</sup>, ed è integrato nel *bloc de constitutionnalité*<sup>17</sup>.

Nonostante si tratti di un argomento di estremo rilievo, non ci si soffermerà in questa sede sui numerosi profili di ambiguità della disposizione sottolineati dalla dottrina<sup>18</sup>, che paiono affliggere, in generale, tutti i diritti sociali<sup>19</sup> e legittimarne la contrazione da parte del legislatore<sup>20</sup> che è dotato, in questo ambito, di un ampio margine di manovra<sup>21</sup>.

<sup>15</sup>Su cui *supra* nota 1.

<sup>16</sup>Consiglio costituzionale, decisione n. 80-117 DC del 22 luglio 1980, considerando n. 4: «la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la *protection de la santé* et de la sécurité des personnes et des biens, protection *qui*, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle» [corsivo di chi scrive]. La portata della protezione della salute era già stata precedentemente sottolineata dal Consiglio con decisione n. 77-92 DC del 18 gennaio 1978, la quale esaminava la non contrarietà di una legge al *droit à la santé* riconosciuto nel Preambolo del 1946 (considerando n. 2).

Successivamente, la decisione n. 89-269 DC del 22 gennaio 1990 definisce la protezione della salute un «objectif» che deve essere realizzato dal legislatore e dall'autorità di regolamentazione (considerando n. 26), mentre nella decisione n. 90-283 DC del 8 gennaio 1991, il Consiglio fa riferimento al valore costituzionale delle «exigences» di protezione della salute pubblica (considerando n. 15).

<sup>17</sup>Consiglio costituzionale, decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, nella quale si conferma l'integrazione dei principi del Preambolo del 1946 nel *bloc de constitutionnalité*, in particolar modo dei diritti sociali, fra i quali quelli riconosciuti dall'*alinéa* 11, e si afferma il valore costituzionale del principio della protezione della salute del bambino (considerando n. 10).

<sup>18</sup>Che si fondano sull'assenza di una chiara configurazione dei contenuti dei diritti riconosciuti e delle modalità di esecuzione degli stessi e sulla carenza di istituzione di organismi pubblici di assistenza volti a realizzare i principi enunciati.

<sup>19</sup>Sul tema della contrapposizione fra *droits-libertés* e *droits-créances* si vedano L. Gay, *Les "droits-créances" constitutionnels* cit., 35 ss.; F. Rangeon, *Droits-libertés et droits-créances: les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946*, in AA. VV., *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, 1996, 169-186; J. Rivero, *Les libertés publiques. Les droits de l'homme*, Paris, 1974, 118 ss.; G. Burdeau, *Les libertés publiques*, Paris, 1972.

<sup>20</sup>L'ampiezza e l'importanza del tema della programmaticità dei diritti sociali, della teoria della tutela del loro nucleo essenziale e della conseguente libertà del legislatore in materia, non permette in questa sede un adeguato richiamo dottrinale. Limitandosi ad una drastica sintesi si sottolinea come sia da più parti rilevata la natura "programmatica" e dunque relativa di tali diritti, che sarebbero costantemente suscettibili, diversamente dalle libertà fondamentali, di essere circoscritti o soppressi in funzione delle necessità di ordine pubblico o interesse generale. A tal proposito, *ex multis*, C. Denizeau, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?*, Paris, 1997, 49-50. Sul medesimo soggetto si rinvia a X. Prétot, *Alinéa 11*, in AA. VV., *Le Préambule de la Constitution de 1946* cit. Quest'ultimo afferma che, essendo l'ampiezza effettiva e l'evoluzione di tali principi, pur discendenti da una norma costituzionale, determinata dalla discrezionalità del legislatore, si generi il «caractère purement statutaire des droits à prestations» (p. 280); P. Egéa, *Les formes constitutionnelles de la santé*, in AA. VV., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors série, AFDS/2013; M.-L. Moquet-Anger, *Santé et Constitution: l'exemple français*, in AA. VV., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors série, AFDS/2013, 132.

<sup>21</sup>Si vedano, ad esempio, X. Prétot, *Alinéa 11* cit., 269 ss.; P. Egéa, *Les formes constitutionnelles de la santé* cit., 31 ss.; quest'ultimo, riferendosi all'indeterminatezza del testo dell'*alinéa* 11 e

Si sottolinea tuttavia, sin da ora, l'estrema importanza dell'elemento della discrezionalità del decisore politico, essenziale per comprendere al contempo l'evoluzione della titolarità differenziata del diritto alla protezione della salute a seconda dello *status* giuridico della persona e la «produzione legale del migrante illegale»<sup>22</sup>, che veicola l'accettazione sociale della debolezza di determinate categorie di soggetti nell'esercizio dei propri diritti (sul punto si tornerà *infra* par. 4).

Quanto al contenuto, si delinea un doppio volto del dispositivo costituzionale di cui all'*alinéa* 11, costituito da una dimensione individuale di diritto di credito nei confronti dello Stato e da una collettiva di protezione della salute pubblica<sup>23</sup>.

Resta infine da qualificare con maggior precisione l'identità dei «tous»<sup>24</sup> cui la Nazione assicura la protezione della salute<sup>25</sup>.

Sebbene la determinazione dei titolari di tale diritto sembri, stando alla lettera del paragrafo 11, un'operazione semplice ed immediata, la realtà è lontana dall'affermazione di una tutela universalistica ed egualitaria.

Il principale criterio di differenziazione, che gradua la titolarità del diritto alla protezione della salute, è costituito dal carattere del soggiorno, regolare o irregolare, sul territorio dello Stato e dalla sua durata<sup>26</sup>. A partire

---

alle variazioni terminologiche della giurisprudenza costituzionale in materia afferma che, per il legislatore, «il giogo è leggero». La libertà del legislatore viene ribadita anche dal Consiglio costituzionale, il quale riconosce, nell'ambito dell'attuazione del Preambolo del 1946, ampio potere di apprezzamento al parlamento e al governo (X. Prétot, *Les bases constitutionnelles du droit social*, in *Droit social*, 3, 1991, 187 ss.). Il limite formale all'arbitrio del legislatore è costituito dalla salvaguardia delle necessarie «garanzie legali» di cui egli non potrebbe privare la protezione della salute (Consiglio costituzionale, decisione n. 2009-599 DC del 29 dicembre 2009, considerando n. 101).

<sup>22</sup>N. P. De Genova, *Migrant "Illegality" and Deportability in Everyday Life*, in *Annual Review of Anthropology*, vol. 31, 2002, 419 ss.

<sup>23</sup>La dottrina sottolinea come la dimensione collettiva della salute trovi maggior tutela, da parte della giurisprudenza costituzionale, rispetto a quella individuale e come la salute sia presa in considerazione più come limite ai diritti fondamentali (come il diritto di proprietà, la libertà imprenditoriale -decisione n. 90-283 DC dell'8 gennaio 1991- e il diritto di sciopero -decisione n. 80-117 DC del 22 luglio 1980-) che come diritto autonomo. In questo senso T. Gründler, *Le juge et le droit à la protection de la santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 5, 2010, 835 ss.; X. Bioy, *Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel*, in AA. VV., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors série, AFDS/2013, 45 ss.

<sup>24</sup>Si ricorda come il testo la garantisca poi, in particolare, «al fanciullo, alla madre e ai vecchi lavoratori».

<sup>25</sup>Si tenga inoltre presente che l'articolo L. 1110-1 del *Code de santé publique* (CSP) qualifica la protezione della salute come diritto «fondamentale», da realizzare nei confronti di ogni persona, legandosi in questo modo a quanto stabilito dal paragrafo 11 del Preambolo. Un ulteriore elemento essenziale determinato dalla legge è costituito dal principio di uguaglianza di accesso alle cure e continuità delle stesse, cui è correlato quello in base al quale nessuna persona può essere, in questo ambito, oggetto di discriminazione, di cui all'articolo L. 1110-3 CSP.

<sup>26</sup>Simile parametro, con alcune eccezioni, è generalmente valido per tutti i diritti sociali di prestazione, attribuiti ai soli stranieri residenti in maniera stabile e regolare. Quanto invece ai diritti di libertà, essi sono riconosciuti anche agli stranieri, sebbene alcuni, quali la libertà di movimento, possono subire restrizioni per coloro che si trovano in situazione di irregolarità, sulla base del criterio dell'ordine pubblico; mentre i diritti politici non sono attribuiti agli stranieri, salvo essi siano cittadini dell'Unione europea e godano conseguentemente del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono (art. 20, lettera b, del Trattato sul funzionamento dell'Unione

dal 1993<sup>27</sup> infatti, con l'adozione della cosiddetta "loi Pasqua"<sup>28</sup>, la cui costituzionalità è stata dichiarata dal Consiglio costituzionale<sup>29</sup>, la regolarità e stabilità del soggiorno sono divenuti veri e propri parametri di riferimento nell'attribuzione dei diritti sociali.

L'ordinamento francese riconosce<sup>30</sup> dunque il diritto alla copertura delle spese sanitarie in caso di malattia o maternità a tutte le persone che dimostrino di lavorare o risiedere in Francia in maniera stabile e regolare<sup>31</sup>. È considerata stabile la residenza ininterrotta sul territorio da più di tre mesi<sup>32</sup>, mentre la regolarità<sup>33</sup>, che conosce tuttavia alcune eccezioni<sup>34</sup>, si sostanzia nel possesso di specifici documenti o titoli<sup>35</sup>. Il requisito della regolarità viene momentaneamente meno nei dodici mesi successivi alla scadenza del documento di soggiorno, dato che la persona straniera conserva, durante questo periodo di tempo, il diritto alla presa in carico delle spese sanitarie<sup>36</sup>. Simile dispositivo è volto ad evitare le *ruptures de*

---

europea - TFUE). Sul punto L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, 2017, 930.

<sup>27</sup>Prima di tale data, i principi strutturali che si collocavano alla base dell'organizzazione della sicurezza sociale erano quelli di universalità e solidarietà, nel rispetto della filosofia dell'ordinanza n. 45-2250 del 4 ottobre 1945, fondatrice della sicurezza sociale. Circa il tradimento della logica universalistica e solidaristica operato dai criteri di regolarità e stabilità della residenza si veda L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 167, Paris, 2017, 323 ss.

<sup>28</sup>L. n. 93-1027 del 24 agosto 1993 relativa à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

<sup>29</sup>Consiglio costituzionale, decisione n. 93-325 DC del 13 agosto 1993 (in particolare, considerando nn. 3 e 118).

<sup>30</sup>Con l'art. 59 della l. n. 2015-1702 del 21 dicembre 2015, che crea la *Protection universelle maladie* (PUMa).

<sup>31</sup>Artt. L. 160-1 e L. 111-1 *Code de la sécurité sociale* (CSS).

<sup>32</sup>Art. D. 160-2 CSS. Il medesimo articolo considera soddisfatto il criterio della residenza stabile per determinate categorie di persone, ad esempio per i richiedenti asilo o per i membri della famiglia (definiti all'art. L. 161-1 CSS) dell'assicurato sociale regolarmente e stabilmente soggiornante.

<sup>33</sup>Artt. L. 160-1, L. 111-1, L. 115-6, R. 111-3 CSS.

<sup>34</sup>Ad esempio, l'art. L. 381-30 CSS esclude esplicitamente l'applicazione del criterio della regolarità del soggiorno per la presa in carico delle spese sanitarie delle persone in stato di detenzione. Lo stesso vale per i minori, dal momento in cui l'art. L. 311-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) stabilisce che solo gli stranieri maggiorenni debbano detenere un titolo di soggiorno. La situazione di irregolarità del lavoratore non costituisce inoltre un ostacolo al versamento delle prestazioni previste dal libro IV del CSS, dedicato agli incidenti sul lavoro e alle malattie professionali, dal momento in cui l'art. L. 411-1 CSS li definisce come quelli sopravvenuti «à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit» [corsivo di chi scrive] senza richiamare la necessità che il lavoratore si trovi in condizione di regolarità. Numerose circolari ministeriali ribadiscono che la regolarità del soggiorno non costituisce un presupposto per il versamento di simili prestazioni: si veda, ad esempio, quella del Ministero degli affari sociali D.S.S./A.A.F. n. 95-11 del 17 febbraio 1995.

<sup>35</sup>Il cui elenco è contenuto nell'*arrêté du 10 mai 2017 fixant la liste des titres de séjour prévu au I de l'article R. 111-3 du code de la sécurité sociale*.

<sup>36</sup>L'art. L. 160-1 CSS stabilisce infatti che «les personnes qui résident en France et cessent de remplir les autres conditions mentionnées à l'article L. 111-2-3 bénéficient, dans la limite d'un an, d'une prolongation du droit à la prise en charge des frais de santé mentionnée à l'article L. 160-8 et, le cas échéant, à la couverture complémentaire prévue à l'article L. 861-1 [Couverture maladie universelle – CMUc, di cui si dirà immediatamente nel testo]». L'art. R. 111-4 CSS specifica inoltre che tale diritto «ne peut être fermé [...] avant la fin du douzième mois qui

*droits* che possono sopraggiungere al momento del rinnovo dei titoli di soggiorno. Gli stranieri in situazione stabile e regolare che dispongano di risorse insufficienti (inferiori ad un tetto stabilito tramite decreto) possono inoltre beneficiare, come i cittadini francesi che si trovino nella medesima condizione, della *couverture maladie universelle complémentaire* (CMUc)<sup>37</sup>, la quale garantisce la presa in carico, totale o parziale, della parte complementare delle spese sanitarie che graverebbe altrimenti sul paziente e li dispensa dall'anticipo del costo delle prestazioni<sup>38</sup>. La CMUc è attribuita per la durata di un anno ed è rinnovabile<sup>39</sup>; è inoltre previsto, anche in riferimento a tale prestazione, il prolungamento dei diritti nei dodici mesi che seguono la scadenza del titolo di soggiorno<sup>40</sup>. Al fine di temperare l' "effetto soglia" prodotto dal tetto di risorse fissato per l'accesso alla CMUc, nell'ordinamento francese è contemplato un meccanismo ulteriore, l'*Aide au paiement d'une complémentaire de santé* (ACS), il quale permette, qualora le risorse superino il limite fissato per l'attribuzione della CMUc al massimo del 35%, una presa in carico parziale delle spese per l'ottenimento di un'assicurazione sanitaria<sup>41</sup>.

Alle persone straniere che non possono accedere alla *Protection universelle maladie* (PUMa) a causa della carenza della condizione di regolarità, ma che risiedono ininterrottamente in Francia da più di tre mesi<sup>42</sup> e possiedono risorse che non superano il tetto fissato per beneficiare della CMUc, è riservato l'*aide médicale d'État* (AME)<sup>43</sup>. Tale dispositivo permette la copertura del 100%<sup>44</sup> delle spese per le cure incluse in un paniere di prestazioni, identico a quello coperto dal regime generale PUMa, ma in cui non sono contemplate: cure termali<sup>45</sup>,

---

suit la date d'expiration des titres ou documents justifiant qu'ils remplissent les conditions mentionnées à l'article R. 111-3 [nello specifico quella di regolarità ndr] [...] sauf si le bénéficiaire signale qu'il ne réside plus en France [...]». Non sono inclusi in questo dispositivo i cittadini dei Paesi dell'Unione europea, dello Spazio economico europeo e della Confederazione svizzera.

<sup>37</sup>Artt. L. 861-1 ss. e D. 861-1 ss. CSS.

<sup>38</sup>Nel sistema francese, al momento della consultazione medica, il paziente è generalmente tenuto a pagare immediatamente la prestazione, la quale verrà in seguito rimborsata in tutto o in parte dall'*Assurance maladie*. Il meccanismo del "tiers payant", che si applica ai beneficiari della CMUc, permette invece di non attivare simile procedura, esentando il titolare dal pagamento immediato della prestazione sanitaria.

<sup>39</sup>Art. L. 861-5, 5° CSS.

<sup>40</sup>Si vedano i riferimenti elencati in nota 36. Si riporta inoltre la denuncia mossa da alcune associazioni circa l'interpretazione restrittiva applicata a questo dispositivo, che impedirebbe nei fatti di godere in maniera effettiva del prolungamento dei diritti previsto. Si veda in proposito il documento *La prise en charge des frais de santé des personnes étrangères par la sécurité sociale*, GISTI, Paris, novembre 2017, 29-30, [www.gisti.org](http://www.gisti.org), e quanto riportato alla pagina *En clair: le maintien de droit en fin de validité du titre de séjour* del sito della *Caisse Primaire d'Assurance Maladie*, [www.cpam67-ts.fr](http://www.cpam67-ts.fr).

<sup>41</sup>Per informazioni sul dispositivo si veda il sito [www.cmu.fr](http://www.cmu.fr). In argomento C. Bistondi, *Les dispositifs d'aide à l'accès aux complémentaires santé: retour sur la CMU-C et l'ACS*, in RDSS, 3, 2017, 403 ss.

<sup>42</sup>Questa condizione è stata inserita successivamente, con legge n. 2003-1312 del 30 dicembre 2003.

<sup>43</sup>Art. L. 251-1 *Code de l'action sociale et des familles* (CASF).

<sup>44</sup>Il titolare dell'AME è dunque beneficiario di una presa in carico totale in riferimento alle cure mediche e ospedaliere in oggetto che rientrano nelle tariffe della previdenza sociale, non dovendo inoltre provvedere ad alcun anticipo del costo delle prestazioni. Restano escluse, e sono dunque a carico del soggetto, tutte le eccedenze rispetto alle tariffe convenzionate.

<sup>45</sup>Art. R. 251-1, 1° CASF.

procreazione medicalmente assistita<sup>46</sup>, farmaci il cui *service médical rendu* è considerato debole<sup>47</sup>, spese di ospitalità e trattamento di bambini e adolescenti portatori di handicap, spese per esami di prevenzione dentale per i bambini<sup>48</sup>. Occorre inoltre sottolineare che, oltre a poter usufruire di un numero di prestazioni minori, i titolari dell'AME non sono iscritti al regime previdenziale in quanto *assurés sociaux* e non possiedono dunque la *carte vitale* (l'equivalente della nostra tessera sanitaria), ma sono semplicemente beneficiari di un aiuto sociale dello Stato, dato che PUMa e AME costituiscono due sistemi separati ed autonomi. L'AME è conferito per la durata di un anno ed è rinnovabile alle medesime condizioni.

Attraverso una decisione individuale del ministro responsabile dell'azione sociale è inoltre possibile concedere un AME di carattere "humanitaire"<sup>49</sup> alle persone il cui stato di salute lo richieda che, pur non risiedendovi, siano presenti sul territorio francese. Simile dispositivo non costituisce un diritto vero e proprio, inoltre il numero di ammissioni annuali è molto esiguo<sup>50</sup>.

Coloro che non soddisfano la condizione di regolarità e sono presenti sul territorio da meno di tre mesi, oppure non sono in grado di fornire i giustificativi che dimostrino la loro effettiva presenza da più di tre mesi e non possono dunque beneficiare dell'AME<sup>51</sup>, possono fruire del *dispositif des soins urgents et vitaux* (DSUV). Sulla base di quest'ultimo sono definite urgenti, e dunque prese integralmente in carico, le sole cure «dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître [...]»<sup>52</sup>. Sono inoltre da considerare urgenti<sup>53</sup> le cure volte a scongiurare il propagarsi di una malattia all'intera collettività, gli esami di prevenzione nel corso e a seguito della gravidanza<sup>54</sup>, le cure necessarie alla donna in stato di gravidanza e al neonato e le interruzioni di gravidanza, siano esse volontarie o giustificate da necessità mediche. Le persone beneficiarie del DSUV sono prese in carico, per tutte le cure urgenti e i farmaci prescritti, alle medesime condizioni dei titolari dell'AME, definite dall'art. L. 251-2 CASF. La già citata circolare del 2008 (nota 51) specifica poi che dal DSUV sono esclusi i figli minori di persone straniere in situazione di irregolarità poiché gli stessi, senza bisogno di soddisfare la condizione di residenza superiore a tre mesi, rientrano di diritto fra i titolari dell'AME<sup>55</sup>.

La differenza di regime esistente fra coloro che usufruiscono dell'AME e coloro che, sulla sola base della durata della permanenza sul territorio inferiore ai tre mesi, ricadono nell'ambito del DSUV, è stata considerata dal *Conseil*

<sup>46</sup>Art. R. 251-1, 2° CASF.

<sup>47</sup>Art. R. 251-1, 4° CASF.

<sup>48</sup>Art. L. 251-2 CASF.

<sup>49</sup>Art. L. 251-1 CASF.

<sup>50</sup>Come sottolineato dal relatore speciale M. Francis Delattre alla pagina *L'Aide médicale d'État, une dépense nécessaire mais dont le dynamisme croissant doit conduire à une réforme*, [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

<sup>51</sup>Il rifiuto dell'AME è da considerarsi un prerequisito per la fatturazione delle cure in quanto urgenti e vitali ai sensi della circolare DSS/2A/DGAS/DHOS n. 2008-04 del 7 gennaio 2008.

<sup>52</sup>Art. L. 254-1 CASF.

<sup>53</sup>Ai sensi della circolare DHOS/DSS/DGAS n. 2005-141 del 16 marzo 2005.

<sup>54</sup>Art. L. 2122-1 CSP.

<sup>55</sup>Il Consiglio di Stato, con decisione n. 285576 del 7 giugno 2006 (in *Recueil Lebon* 2006), aveva infatti stabilito che la condizione della durata minima del soggiorno non potesse essere imposta al minore perché incompatibile con l'art. 3-1 della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

*constitutionnel*, con decisione n. 2003-488 DC del 29 dicembre 2003<sup>56</sup>, conforme al principio di eguaglianza e al principio di protezione della salute.

Il nucleo essenziale<sup>57</sup> della protezione della salute prende dunque, di fatto, la forma della protezione minima concessa alle persone straniere in situazione di irregolarità residenti sul territorio da meno di tre mesi, ovvero l'accesso alle sole cure urgenti il cui diniego potrebbe metterne in pericolo la vita o alterarne gravemente e durevolmente lo stato di salute.

Si richiama inoltre, per ragioni di completezza, l'esistenza del c.d. *droit de séjour pour soins*, sulla base del quale alla persona straniera abitualmente residente in Francia, qualora il suo stato di salute necessiti di cure mediche in assenza delle quali potrebbero verificarsi per la stessa conseguenze di «*exceptionnelle gravité*» e se, in riferimento all'offerta di cure e alle caratteristiche del sistema sanitario del Paese di cui la persona è originaria, non potrebbe beneficiare «*effectivement*» di un trattamento appropriato, può essere rilasciata una carta di soggiorno temporanea<sup>58</sup>. La persona malata straniera che desidera depositare una domanda di rilascio o rinnovo della *carte de séjour pour soins*, deve recarsi in prefettura<sup>59</sup>, dove le verrà consegnato un modello di certificato medico da far compilare al proprio medico o ad un *praticien hospitalier*<sup>60</sup>. Sulla base di tale documento, un medico della direzione territoriale dell'*Office française de l'immigration et de l'intégration* (OFII) redigerà un rapporto medico che verrà trasmesso per un parere ad un collegio composto da tre medici dell'OFII a livello nazionale<sup>61</sup>. Alla luce del parere del collegio e dell'insieme degli elementi non medici di cui è a conoscenza, il prefetto deciderà se rilasciare o meno la *carte de séjour pour soins*<sup>62</sup>.

Le condizioni che la persona malata straniera deve soddisfare al fine di poter ottenere il permesso di soggiorno per cure mediche sono dunque di due tipi: amministrativo e medico. I requisiti amministrativi sono valutati dalle prefetture:

---

<sup>56</sup>Si veda, in particolare, il considerando n. 18. Si rinvia al commento di L. Philip in L. Domingo, L. Gay, L. Philip, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1er octobre - 31 décembre 2003*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 2004 (n. 57), 126-129. L'A. rimarca la portata della libertà del legislatore e la flessibilità del concetto in base al quale egli è tenuto a rispettare le "garanzie legali" connesse alle esigenze costituzionali in questione; garanzie che non andrebbero al di là, in questo caso, della sola assicurazione delle cure urgenti (129).

<sup>57</sup>Sul concetto di contenuto minimo, essenziale o sostanziale dei diritti sociali si veda L. Gay, *Les "droits-créances" constitutionnels* cit., 646 ss.

<sup>58</sup>Art. L. 313-11, 11° CESEDA.

<sup>59</sup>La prefettura richiederà alla persona di presentare i documenti necessari a dimostrare la propria identità, nazionalità e stato civile (art. R. 311-2-2 CESEDA) e dovranno eventualmente essere forniti i giustificativi volti a provare la residenza abituale in Francia. La documentazione non deve contenere informazioni sanitarie coperte dal segreto medico in base all'art. R. 4127-4 CSP, poiché alla procedura di rilascio di tale *carte de séjour* sono applicabili le regole di deontologia medica (Ministre des affaires sociales et de la santé, *arrêté du 5 janvier 2017 fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, de leurs missions, prévues à l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, NOR AFSP1638149A, art. 2).

<sup>60</sup>Di cui all'art. L. 6152-1 CSP.

<sup>61</sup>Come il certificato, anche il rapporto medico, contenendo informazioni relative allo stato di salute della persona, è coperto da segreto medico e non deve essere in nessun caso consegnato al personale amministrativo della prefettura. Anche il parere comunicato dal collegio dei medici dell'OFII al prefetto non deve contenere alcuna informazione coperta da segreto medico (Ministre des affaires sociales et de la santé, *arrêté du 5 janvier 2017* cit., art. 2).

<sup>62</sup>Artt. R. 313-22 e R. 313-23 CESEDA.

la persona richiedente non deve rappresentare una minaccia per l'ordine pubblico<sup>63</sup> e deve avere la propria residenza abituale in Francia<sup>64</sup>. Quanto alla valutazione medica, essa è di competenza dei medici dell'OFII ed è volta a verificare la sussistenza di tre criteri: la necessità di un trattamento medico; il rischio di gravità eccezionale legato alla mancanza di un intervento sanitario appropriato<sup>65</sup> e l'impossibilità di beneficiare effettivamente delle cure necessarie per la specifica patologia in caso di rientro della persona nel Paese d'origine<sup>66</sup>. L'ammissione al *droit de séjour pour soins* si traduce nell'ottenimento di una carta di soggiorno temporanea (CST) «vie privée et familiale» la cui durata sarà definita in base al tempo considerato opportuno per fornire alla persona le cure necessarie, entro il limite massimo di un anno (art. L. 313-1 CESEDA), oppure in un'autorizzazione di soggiorno provvisoria (APS) per coloro che risiedono in Francia da meno di un anno (si veda nota 64). Le persone detentrici di una CST di un anno possono beneficiare, facendone richiesta al momento del rinnovo del loro titolo di soggiorno, di una carta di soggiorno pluriennale (CSP) di una durata pari a quella delle cure, con il limite massimo di quattro anni (art. L. 313-18 CESEDA).

La garanzia della protezione della salute, che la Nazione dovrebbe assicurare a «tous», trova dunque, nella realtà, un'applicazione *ratione personae*, essendo l'estensione delle tutele graduata sulla base della doppia condizione della regolarità e della stabilità del soggiorno, la quale consente deroghe solo in casi eccezionali. Le radici e le conseguenze di simile titolarità differenziata del diritto alla protezione della salute a seconda dello *status* giuridico della persona saranno considerate e discusse nei paragrafi successivi.

---

<sup>63</sup>La nozione di minaccia all'ordine pubblico è di difficile determinazione. In linea di principio, l'eventuale rifiuto del titolo di soggiorno per minaccia all'ordine pubblico dovrebbe fondarsi sull'esistenza di condanne penali che evidenzino la pericolosità dell'individuo. I fatti invocati dall'autorità amministrativa non devono essere troppo risalenti e devono essere sufficientemente gravi.

<sup>64</sup>Tale condizione si ritiene normalmente soddisfatta qualora la persona giustifichi la propria residenza sul territorio francese da più di un anno. La nozione di residenza abituale è tratta dalla circolare del ministero dell'interno del 12 maggio 1998 (Ministère de l'Intérieur, *circulaire du 12 mai 1998, application de la loi n. 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, NOR INTD9800108C, 21). Tuttavia, la mancata sussistenza del requisito della residenza abituale non è ostativa: l'art. R-313-24 CESEDA prevede infatti la possibilità di rilasciare alla persona malata straniera che non la ottemperi un'autorizzazione di soggiorno provvisoria (APS), rinnovabile per la durata del trattamento medico.

<sup>65</sup>L'esistenza di questi elementi medici è apprezzata nell'ambito del rispetto di quanto sancito degli artt. R. 4127-47 e R. 4127-50 CSP, secondo i quali i medici devono, senza cedere a domande abusive, facilitare l'ottenimento dei vantaggi sociali ai quali il paziente, in relazione al proprio stato di salute, ha diritto, ma possono anche, salvo in casi di urgenza o qualora venissero meno i doveri di umanità, rifiutare le cure per ragioni professionali o personali.

<sup>66</sup>Le possibilità di cura delle patologie gravi nel paese di origine sono valutate individualmente, sulla base di una combinazione di fonti d'informazione sanitaria. L'offerta delle cure è da apprezzare in particolare in riferimento all'esistenza di strutture, apparecchiature, farmaci e dispositivi medici, così come del personale competente, necessario ad assicurare un'assistenza appropriata della malattia in questione. L'apprezzamento delle caratteristiche del sistema sanitario deve inoltre permettere la determinazione della possibilità o meno di accedere effettivamente all'offerta di cure e dunque al trattamento appropriato (Ministère des affaires sociales et de la santé, *arrêté du 5 janvier 2017* cit., art. 3).

### 3. Lo *status* giuridico della persona straniera e la differenziazione in dignità e diritti

Il quadro tracciato nel paragrafo precedente mette in evidenza la differenziazione nella titolarità del diritto alla protezione della salute stabilita dalla legge, graduata a seconda dello *status* giuridico della persona.

Le insidiose conseguenze per la salute individuale e collettiva di simile distinzione legale venivano rilevate sin dall'adozione della legge Pasqua (*supra* nota 28). Nel testo del ricorso che i deputati presentarono al *Conseil constitutionnel* contro la legge, infatti, si denunciava la grave precarizzazione sociale e giuridica subita dalle persone straniere in situazione irregolare e si sottolineava che «les prestations sociales [...] sont constitutionnellement dues à toute personne qui remplit les conditions d'obtention qu'impose leur objet et, de ce point de vue, la nationalité ne constitue pas un critère admissible ni davantage le caractère régulier ou irrégulier du séjour en France: l'alinéa 11 du préambule de 1946 [...] concerne des 'droits de l'homme' expressément reconnus à 'tous'» [corsivo di chi scrive]<sup>67</sup>.

Già a partire dagli anni 1970 si assiste in Francia ad un doppio movimento di inclusione-esclusione: alla generalizzazione della protezione sociale<sup>68</sup> si accompagna infatti la ricomposizione delle “frontiere interne” della stessa, attraverso l'estromissione progressiva degli stranieri sulla base del criterio della residenza<sup>69</sup>. Di fatto, dunque, «la rencontre entre le droit de la protection sociale, marqué par la mise en œuvre d'un processus de généralisation, et le droit des étrangers, objet, à partir de 1974<sup>70</sup>, d'une inflation législative guidée par la volonté de limiter l'immigration, emporte pour l'étranger [...] restriction de son accès au système social français»<sup>71</sup>.

L'anno 1993<sup>72</sup>, con l'adozione della legge Pasqua, segna il momento del passaggio all'esclusione delle persone straniere irregolarmente soggiornanti dal sistema della sicurezza sociale<sup>73</sup>; questa data costituisce tuttavia solo il primo passo

<sup>67</sup>Décision n. 93-325 DC du 13 août 1993 - Saisine par 60 députés, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>68</sup>Attuata attraverso varie leggi che realizzano il passaggio dall'affiliazione sulla base del criterio professionale a quella fondata sulla residenza sul territorio; simile dinamica determina, per i cittadini francesi, un ampliamento dei beneficiari della protezione sociale.

<sup>69</sup>L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale* cit., 245 ss.

<sup>70</sup>Anno in cui venne adottata, nell'ambito del Consiglio dei ministri del 3 luglio, la decisione di “chiudere le frontiere”, impedendo, dopo la crisi petrolifera del 1973, l'arrivo di nuovi lavoratori stranieri. Sulla questione si veda S. Laurens, «1974» et la fermeture des frontières. *Analyse critique d'une décision érigée en turning-point*, in *Politix*, 2, 2008 (n. 82), 69-94. Circa la storia dell'immigrazione in Francia e, in particolare, a proposito del legame tra l'immigrazione e le esigenze del mercato del lavoro si rinvia a G. Noiriel, *État, nation et immigration: vers une histoire du pouvoir*, Paris, 2001, 71 ss.

<sup>71</sup>L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale* cit., 260.

<sup>72</sup>Fino al 1993 le persone straniere beneficiavano, come i cittadini francesi, di una copertura sanitaria di diritto comune che non prevedeva il rispetto di alcuna condizione di soggiorno: essi erano dunque affiliati alla previdenza sociale in quanto lavoratori o in quanto persone indigenti.

<sup>73</sup>Come dimostra la chiusura delle frontiere ai lavoratori stranieri (*supra* nota 70) o l'adozione di misure quali la soppressione tramite circolare del diritto al lavoro per i richiedenti asilo nel 1991 (circolare PRMC9100057C n. 226 del 26 settembre 1991), al momento dell'approvazione della legge Pasqua, simile misura escludente era sostenuta da un decennio di lavoro volto a giustificare la fondatezza (C. Izambert, *30 ans de régressions dans l'accès aux soins*, in *Plein droit*, 3, 2010 (n. 86), 6).

di quello che sarà, e continua ad essere<sup>74</sup>, un percorso di progressivo deterioramento dello *status* giuridico e amministrativo della persona straniera e di degradazione permanente delle condizioni di accoglienza.

Per limitarsi solo a qualche esempio si ricorda quanto già richiamato (*supra* par. 2.2) relativamente al «système de santé à plusieurs vitesses»<sup>75</sup> esistente grazie alla dissociazione tra PUMa e AME, il quale, oltre a garantire ai beneficiari dell'AME un paniere di cure inferiore<sup>76</sup>, determina una maggiore complessità giuridica e pratica, con conseguenze di rilievo per l'accesso alle prestazioni delle persone interessate. La conservazione di questo doppio binario<sup>77</sup> comporta, in particolare, oneri amministrativi e finanziari ulteriori per il personale ed i servizi sanitari<sup>78</sup> che si tramutano spesso in veri e propri ostacoli all'accesso alle cure: presa in carico tardiva (spesso dovuta all'esigenza di dimostrare la presenza sul territorio da almeno tre mesi) e conseguentemente più costosa per la salute dei pazienti e per le strutture ospedaliere, problemi legati alla continuità delle cure stesse, negazione illegittima delle cure<sup>79</sup>, richiesta di giustificativi non necessari

<sup>74</sup>Come si vedrà *infra*, la recentissima adozione della legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018 comporta, anche in relazione alla protezione della salute, un'ulteriore precarizzazione della condizione delle persone straniere.

<sup>75</sup>C. Gabarro, *Les demandeurs de l'aide médicale d'État pris entre productivisme et gestion spécifique*, in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 28, 2, 2012, 37. Sebbene riferite al sistema vigente precedentemente all'entrata in vigore della riforma PUMa, le osservazioni dell'A. risultano, con le dovute modifiche, ancora di estrema attualità.

<sup>76</sup>Per un quadro più chiaro, oltre a quanto riportato *supra* par. 2.2, si rinvia al documento *Aide médicale État (AME). Le contenu du «panier de soins» après la réforme PUMa* (versione del 12 giugno 2018), COMEDE, 2018. Si rileva, in particolare, quanto riferito relativamente ad alcune specifiche prestazioni (ottiche e dentali) le quali, pur essendo incluse nel paniere, non hanno un livello di copertura adeguato a prendere in carico i costi totali determinando conseguentemente, nella pratica, l'impossibilità di beneficiare delle prestazioni in oggetto (2).

<sup>77</sup>Si ricorda che, con la legge n. 99-641 del 27 luglio 1999 relativa alla creazione della **couverture maladie universelle** (CMU), le persone indigenti lasciano il sistema dell'*aide médicale* per essere integrate nell'*assurance maladie* che, precedentemente riservata ai soli lavoratori, diviene ora, sulla base del criterio della residenza, il sistema previdenziale comune a tutta la popolazione attiva e inattiva. Simile generalizzazione della previdenza sociale, adottata nel rispetto dello spirito universalistico della richiamata ordinanza del 1945 (*supra* nota 27), non interessa tuttavia le persone straniere indigenti in situazione di irregolarità, confinate, da sole, nel dispositivo dell'AME. La successiva riforma PUMa mantiene tale esclusione. Per un quadro della riforma CMU si rinvia a J.-F. Chadelat, *La couverture maladie universelle*, in *Revue d'histoire de la protection sociale*, 1, 2012 (n. 5), 101-113; D. Maille, A. Toullier, P. Volovitch, *L'aide médicale d'État: comment un droit se vide de son sens faute d'être réellement universel*, in *RDSS*, 4, 2005, 543 ss.

<sup>78</sup>Risultano ad esempio problematici i ritardi di rimborso delle spese di cura da parte delle *Caisses Primaires d'Assurance Maladie* (come già detto i beneficiari AME sono dispensati dall'anticipo del costo delle prestazioni sanitarie), che inducono talvolta gli operatori a rifiutare le cure alle persone titolari di AME. Sul punto si vedano le considerazioni del *Défenseur des droits* nell'ambito del rapporto *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, maggio 2016, 195-196, [www.defenseurdesdroits.fr](http://www.defenseurdesdroits.fr); e i rapporti citati *infra* nota 80. Il *Défenseur des droits*, nominato dal Presidente della Repubblica, garantisce il rispetto dei diritti e delle libertà da parte delle amministrazioni statali e di qualsiasi organo investito di una missione di pubblico servizio (art. 71-1 Cost.).

<sup>79</sup>In base all'art. L. 1110-3 CSP, infatti, «aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins» e «un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne [...] au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du code de la

per legge<sup>80</sup>. Aggiungendo poi alle considerazioni di politica dell'immigrazione quelle di bilancio, i poteri pubblici hanno continuato a definire in maniera sempre più rigorosa le condizioni di accesso all'AME<sup>81</sup>: nel 2003 è stata introdotta la necessità di presenza sul territorio francese da più di tre mesi<sup>82</sup>; nel 2011 è stato predisposto il pagamento di un'imposta annuale pari a trenta euro<sup>83</sup>, abrogata poi l'anno successivo<sup>84</sup>; inoltre, a livello politico, il dispositivo non cessa di essere messo in discussione<sup>85</sup>. Simili restrizioni e riserve nei confronti dell'*aide médicale d'État* sono presenti sin dalla sua nascita, quando si decise di creare un dispositivo a parte temendo che un'assistenza davvero universalistica avrebbe creato un "appel d'air", ovvero comportato l'arrivo incontrollato e incontrollabile di persone desiderose di avvalersi di un'assistenza gratuita da parte del sistema sanitario francese<sup>86</sup>. A questo atteggiamento di sospetto preventivo se ne accompagna un altro di vera e propria delegittimazione e presunzione di frode nei confronti dei beneficiari AME, i quali sarebbero per questo frequentemente sottoposti a trattamenti sfavorevoli e spesso illegittimi<sup>87</sup>. Ciò nonostante studi ufficiali dimostrano che il rischio di abuso e frode nell'ambito dell'AME sia ridotto e si manifesti piuttosto un pericolo di rinuncia alle cure a causa della mancata iscrizione dei potenziali beneficiari nel percorso di accesso alla protezione sociale<sup>88</sup>. Anche la connessione fra l'evoluzione delle spese legate al mantenimento dell'AME e l'aumento del numero dei richiedenti è smentita<sup>89</sup>, mentre sono piuttosto messe in luce le nefaste conseguenze per la salute individuale e collettiva derivanti dall'esclusione stigmatizzante degli stranieri irregolari e dalla volontà di far prevalere considerazioni di politica migratoria rispetto a valutazioni di

---

sécurité sociale [rispettivamente CMUc e ACS ndr], ou du droit à l'aide prévue [prévu] à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles [AME ndr]».

<sup>80</sup>Sul punto si vedano *Défenseur des droits, Les droits fondamentaux des étrangers en France*, maggio 2016, 192 ss.; *Défenseur des droits, Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME, Rapport remis au Premier ministre*, marzo 2014, 15-19, [www.defenseurdesdroits.fr](http://www.defenseurdesdroits.fr); *VII, politique et société, Rapport d'activité du Conseil national du sida, 2010-2011*, 127-130, [cns.sante.fr](http://cns.sante.fr). La portata di simili rifiuti è testimoniata anche dal comunicato stampa dell'ordine dei medici *Refus de soins: l'Ordre va porter plainte contre les médecins annonçant leur refus de prendre en charge des patients attributaires de la CMU-C et de l'AME*, 2 febbraio 2017, [www.conseil-national.medecin.fr](http://www.conseil-national.medecin.fr).

<sup>81</sup>K. Michelet, *La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière: un droit en perte d'effectivité*, in *RDSS*, 6, 2011, 1108 ss.

<sup>82</sup>Con legge n. 2003-1312 del 30 dicembre 2003.

<sup>83</sup>Con legge n. 2010-1657 del 29 dicembre 2010, art. 188, convalidata dal Consiglio costituzionale, decisione n. 2010-622 DC del 28 dicembre 2010.

<sup>84</sup>Con legge n. 2012-958 del 16 agosto 2012, art. 41.

<sup>85</sup>Per fare solo un esempio, sia Marine Le Pen sia François Fillon, entrambi candidati alle elezioni presidenziali del 2017, proponevano nei loro programmi la soppressione dell'AME. Inoltre, l'accesso alle cure dei beneficiari dell'AME viene messo in dubbio ogni anno al momento dell'analisi del progetto di legge di bilancio (documento *Liberté, égalité, santé*, Médecins du Monde, Paris, [www.medecinsdumonde.org](http://www.medecinsdumonde.org)).

<sup>86</sup>D. Maille, A. Toullier, P. Volovitch, *L'aide médicale d'État* cit.

<sup>87</sup>Si vedano in proposito gli interessanti risultati dell'analisi di E. Carde, *Les discriminations selon l'origine dans l'accès aux soins*, in *Santé publique*, vol. 19, 2, 2007, 103 ss.

<sup>88</sup>Si veda, ad esempio, il rapporto *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'aide médicale d'État, Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales*, novembre 2010, 3, 7-9, [www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr).

<sup>89</sup>*Ibidem*, 10-11. Ciò dimostra che il rischio di "appel d'air" frequentemente invocato nel discorso politico non sia altro che un «fantasme» (D. Maille, A. Toullier, P. Volovitch, *L'aide médicale d'État* cit.).

carattere sanitario<sup>90</sup>.

Al fine di permettere, al contempo, una maggior facilità di assistenza alle persone in situazione di precarietà, un risparmio per le casse dello Stato e una semplificazione amministrativa, molti rapporti<sup>91</sup> suggeriscono la fusione in un unico sistema dei due dispositivi PUMa e AME: ciò determinerebbe la fine della distinzione legale e un miglior controllo delle discriminazioni volontarie e involontarie messe in atto nella pratica dei diritti.

Problematiche simili a quelle esistenti in riferimento all'AME sono riscontrabili, con i dovuti aggiustamenti, anche nella legislazione e nell'attuazione relativa ad altri dispositivi.

Le associazioni segnalano, ad esempio, le condizioni di precarietà sanitaria estrema delle persone che non sono incluse nell'AME a causa della loro presenza sul territorio da meno di tre mesi o della loro incapacità di produrre i giustificativi richiesti: per ottenere il DSUV di cui esse possono beneficiare, occorre che il medico rediga un certificato attestante la necessità delle cure al fine di evitare gravi alterazioni dello stato di salute<sup>92</sup>; tuttavia accade frequentemente che gli operatori sanitari non conoscano il campo di applicazione reale di tale dispositivo, che si estende anche alle cure volte ad evitare la propagazione di una malattia e alle interruzioni di gravidanza<sup>93</sup>, e lo azionino solo in caso di pericolo imminente per la vita della persona<sup>94</sup>, provocando esclusioni illecite dal diritto.

Oltre a ciò vengono sottolineate le difficoltà legate alla ristrettezza della lista di titoli di soggiorno sulla base della quale è determinato il rispetto della condizione di regolarità della presenza dei cittadini stranieri in Francia<sup>95</sup>, necessaria per beneficiare delle prestazioni sociali. Da tale lista sono ad esempio estromessi tutti i richiedenti asilo che si trovino nella fase iniziale della procedura, dato che per certificare la regolarità del soggiorno è necessaria una «attestation de demande d'asile»<sup>96</sup> che viene rilasciata settimane o addirittura mesi dopo la richiesta, rendendo nei fatti frequentemente non operativa la clausola contenuta nell'articolo D.160-2 CSS (*supra* nota 32), che esclude i richiedenti asilo dalla necessità di soddisfare il criterio della stabilità della residenza sul territorio francese da più di tre mesi<sup>97</sup>.

In riferimento al *droit de séjour pour soins*, si sottolinea come anch'esso abbia conosciuto, nel corso del tempo, tentativi di ridefinizione in senso restrittivo: la

<sup>90</sup>Défenseur des droits, rapporto *Les droits fondamentaux des étrangers en France* cit., 191 ss.

<sup>91</sup>Si vedano, ad esempio, il rapporto *Précarité, pauvreté et santé*, Académie nationale de médecine, 20 giugno 2017, 10, 15, 17, [www.academie-medecine.fr](http://www.academie-medecine.fr); il rapporto *Observatoire de l'accès aux droits et aux soins de la mission France*, Médecins du Monde, Paris, 2016, 56, [www.medecinsdumonde.org](http://www.medecinsdumonde.org); Défenseur des droits, rapporto *Les droits fondamentaux des étrangers en France* cit., 196; il parere *Accès aux soins des plus démunis: CMU, ACS, AME, dix ans après, revaloriser et simplifier les dispositifs pour réduire le non-recours à la couverture maladie et améliorer l'accès aux soins des plus démunis*, Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, 5 luglio 2011, 5, [www.ville.gouv.fr](http://www.ville.gouv.fr); il rapporto *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'aide médicale d'État* cit., 21.

<sup>92</sup>Art. L. 254-1 CASF, su cui *supra* nota 52.

<sup>93</sup>Oltre che ad altre circostanze definite dalla circolare del 16 marzo 2005, su cui *supra* nota 53.

<sup>94</sup>Rapport d'observation et d'activité 2017, COMEDE, 96, [www.comede.org](http://www.comede.org).

<sup>95</sup>Definita dall'*arrêté du 10 mai 2017*, *supra* nota 35.

<sup>96</sup>*Arrêté du 10 mai 2017*, punto 15.

<sup>97</sup>Sul punto si vedano il documento GISTI, *La prise en charge des frais de santé des personnes étrangères* cit., 16-17, 25; COMEDE, *Rapport d'observation et d'activité 2017* cit., 90.

“loi Besson” del 2011<sup>98</sup>, successivamente modificata<sup>99</sup>, sostituiva infatti alla nozione di beneficio effettivo delle cure quella di «absence»<sup>100</sup> di un trattamento appropriato nel Paese di origine ai fini del rilascio della carta di soggiorno in oggetto. In questo modo “la seule existence d’un traitement approprié, dans le pays d’origine, même théorique, même en quantité insuffisante [...], même à un coût excessif par rapport au niveau de vie ou au système d’assurance maladie, même sans structure sanitaire adaptée, suffirait à considérer que l’intéressé ne peut prétendre à une carte de séjour pour raison médicale et devrait retourner dans son pays pour recevoir des soins”<sup>101</sup>. La legge del 2016 che interviene a modificare tale disposizione<sup>102</sup> determina tuttavia una nuova azione restrittiva: la valutazione medica delle domande di *carte de séjour pour soins* diviene, a partire dal 1 gennaio 2017, di competenza di un collegio di medici dell’*Office français de l’immigration et de l’intégration* (OFII), dipendente dal ministero dell’interno, e non più, come precedentemente, dei medici delle *agences régionales de santé* (ARS), dipendenti dal ministero della salute. In questo modo «d’une perspective initiale de santé publique, la régularisation des malades étrangers présents sur le territoire évolue davantage vers une volonté de contrôle migratoire»<sup>103</sup>. Già precedentemente all’approvazione della legge il *Défenseur des droits* aveva raccomandato la soppressione di tale trasferimento di competenze che avrebbe comportato il rischio che l’OFII «sous tutelle exclusive du ministère de l’intérieur, s’éloigne de l’objectif de protection et de prévention en matière de santé (individuelle et de santé publique) pour privilégier un objectif de gestion des flux migratoires et de contrôle des étrangers puisqu’aucune garantie d’indépendance de ses acteurs n’est assurée»<sup>104</sup>, portando inoltre con sé la considerazione implicita delle persone malate straniere «comme étrangères avant d’être malades»<sup>105</sup>. Simili inquietudini paiono essere confermate dall’intensificazione della lotta alla frode e dall’interpretazione sempre più restrittiva delle condizioni mediche che hanno seguito questa modifica legislativa<sup>106</sup>.

Gli esempi, certamente non esaurienti, cui si è fatto riferimento sino ad ora sono volti a testimoniare il clima di crescente precarizzazione dello *status* giuridico e stigmatizzazione sociale della persona straniera malata.

L’ultimo, recentissimo, capitolo di tale orientamento è costituito dall’approvazione della l. n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d’asile effectif et une intégration réussie*, la cosiddetta “loi

<sup>98</sup>Legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011.

<sup>99</sup>Con legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016.

<sup>100</sup>*Ibidem*, art. 26. Simile disposizione è convalidata dal Consiglio costituzionale, decisione n. 2011-631 DC del 9 giugno 2011, considerando n. 36.

<sup>101</sup>*Rapport de l’observatoire malades étrangers, Droit au séjour pour soins*, AIDES, giugno 2015, 9, [www.aides.org](http://www.aides.org).

<sup>102</sup>Ci si riferisce alla già citata legge n. 2016-274, la quale sopprime, infatti, il riferimento all’assenza di un trattamento appropriato nel Paese d’origine ristabilendo quello al beneficio effettivo dello stesso (art. L. 313-11, 11° CESEDA).

<sup>103</sup>N. Klausser, *La régularisation pour soins des étrangers: symptômes d’une pathologisation d’un droit de l’homme*, in *La Revue des Droits de l’Homme*, 11, 2017, 7.

<sup>104</sup>*Avis du Défenseur des droits n. 15-17*, 23 giugno 2015, 6, [juridique.defenseurdesdroits.fr](http://juridique.defenseurdesdroits.fr). Sul punto si vedano anche *Avis sur la réforme du droit des étrangers, Commission nationale consultative des droits de l’homme*, 21 maggio 2015, 11-12, [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr); *Les personnes étrangères malades et leurs proches ont le droit de vivre dignement en France*, ODSE, gennaio 2015, 1-4, [www.gisti.org](http://www.gisti.org).

<sup>105</sup>*Ibidem*, 7.

<sup>106</sup>*VII/hépatites, la face cachée des discriminations, Rapport 2017*, AIDES, 46-50, [www.aides.org](http://www.aides.org).

Collomb<sup>107</sup>. In riferimento, in particolare, alla protezione della salute, rileva ad esempio la disposizione che modifica l'art. L. 311-6 CESEDA<sup>108</sup> prevedendo che la persona straniera possa presentare, accanto alla domanda d'asilo, una domanda di soggiorno fondata su un altro motivo entro un termine prestabilito (che sarà fissato tramite decreto). Al di là di questo termine, salvo sulla base di circostanze nuove, in particolare per motivi di salute, la persona non potrà chiedere di essere ammessa al soggiorno. Il rilievo critico che viene mosso a tale misura concerne il fatto che numerose persone scoprono di essere malate dopo il loro arrivo in Francia<sup>109</sup> e molti dei titolari di un primo permesso di soggiorno per cure mediche abbiano visto precedentemente respinta la loro domanda di asilo<sup>110</sup>. Nel caso in cui non chiedano di registrare la propria domanda di *carte de séjour pour soins* entro il termine fissato, essendo la diagnosi della loro malattia potenzialmente ancora in corso (dati i tempi necessari per la valutazione dello stato di salute e lo *screening* sanitario), le persone interessate potranno vedersi rifiutare una registrazione successiva della richiesta poiché non derivante da «circonstances nouvelles» (ovvero scoperte dopo la notifica della misura di allontanamento conseguente al rifiuto della domanda d'asilo). Questa evenienza potrebbe moltiplicare le situazioni di incertezza dello *status* e dei diritti di coloro che, certificati come gravemente malati e dunque potenziali titolari della *carte de séjour pour soins* non potranno tuttavia depositare la domanda al di là del detto termine, ma nemmeno essere espulsi, in base al divieto di cui all'art. L. 511-4, 10° CESEDA<sup>111</sup>. La misura rischia

<sup>107</sup>La legge è stata complessivamente convalidata dal Consiglio costituzionale (salvo alcuni articoli censurati per vizi di carattere procedurale e una riserva d'interpretazione), decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018.

Fatte salve alcune disposizioni della legge immediatamente applicabili, essa entrerà in vigore in due tempi: il 1 gennaio 2019 la parte relativa all'asilo e alla lotta contro l'immigrazione irregolare e il 1 marzo 2019 la parte afferente il soggiorno, la nazionalità e l'integrazione degli stranieri regolari. Si veda nello specifico la circolare del ministero degli interni INTV1824378J dell'11 settembre 2018.

Per soffermarsi solo su alcuni dei numerosi punti critici della legge in oggetto, si ricorda che essa prevede un'accelerazione generalizzata della procedura di esame delle domande d'asilo; l'allungamento della durata massima della *rétention* amministrativa da 45 a 90 giorni (comunque ulteriormente prolungabili) e del trattenimento per la verifica del titolo di soggiorno da 16 a 24 ore; la detenzione di un anno ed una multa di 3.750 € per coloro che si rifiutino di sottoporsi al rilevamento delle impronte digitali e conferma e rafforza, in circostanze specifiche e determinate, la possibilità di trattenimento nei *Centres de rétention administrative* (CRA) del minore che «accompagne un étranger placé en rétention» (art. 28). Quest'ultimo punto risulta particolarmente rilevante e problematico perché la Francia è stata più volte condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio per la pratica della detenzione dei minori nei CRA; si vedano in proposito, sebbene facciano riferimenti alla norma precedente la modifica adottata con la legge 2018-778, i rilievi sollevati nella *décision du Défenseur des droits* n. 2018-045 dell'8 febbraio 2018, juridique.defenseurdesdroits.fr.

Per un commento critico di alcuni aspetti della legge si veda *Décryptage de la loi asile et immigration*, LA CIMADE, 1 agosto 2018, www.lacimade.org.

<sup>108</sup>Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018, art. 44.

<sup>109</sup>Il 68%, secondo il *Rapport 2017 du COMEDE, Activité 2016*, 21 agosto 2017, 48, www.comede.org.

<sup>110</sup>Il 39% (dato riferito al 2010), secondo il *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades, Inspection générale de l'administration, Inspection générale des affaires sociales*, marzo 2013, 46, www.ladocumentationfrancaise.fr.

<sup>111</sup>«Ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français: [...] L'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu

dunque di determinare un nuovo, ulteriore, irrigidimento favorevole ad una politica di allontanamento accelerato, ma poco rispettoso delle politiche sanitarie<sup>112</sup>.

Un altro aspetto problematico riguarda la modifica dell'art. L. 552-7 CESEDA<sup>113</sup> mediante l'estensione della durata massima della *rétention* amministrativa per la persona straniera irregolare da 45 a 90 giorni; fra i motivi per i quali il periodo di trattenimento può essere prolungato è enumerata anche l'eventualità in cui la persona straniera abbia invocato, negli ultimi quindici giorni della *rétention* ordinaria e « dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement », una protezione contro l'allontanamento a causa del suo stato di salute (sulla base dell'art. L. 511-4, 10° CESEDA)<sup>114</sup>. Il *Conseil d'État*, in un parere espresso sul progetto di legge, ritiene tale previsione contraria al diritto alla protezione della salute, poiché reputa difficile presumere in maniera assoluta che ogni domanda di protezione presentata tardivamente sia necessariamente dilatoria<sup>115</sup>. È inoltre da considerare che per una persona in situazione di *rétention* non è di fatto possibile ostacolare autonomamente la misura di allontanamento per motivi di salute, dal momento in cui, per procedere, è necessario che il medico del *Centre de rétention administrative* (CRA) diagnostichi una patologia grave ai sensi dell'art. L. 511-4, 10° CESEDA<sup>116</sup>.

Sebbene, come è naturale, le conseguenze derivanti dall'adozione della nuova legge potranno essere valutate solo dopo la sua completa entrata in vigore, le nuove disposizioni sono innegabilmente testimoni e si inscrivono nell'ambito del clima di crescente ed esacerbata disumanità nei confronti degli "stranieri"<sup>117</sup>, che interessa l'intero continente europeo (e non solo). A seguito della crisi dei rifugiati del 2015<sup>118</sup> si è assistito ad una sorta di riaffermazione perenne della crisi stessa,

---

égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays de renvoi, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié».

<sup>112</sup>Così in *Projet de loi Collomb sur l'asile et l'immigration: l'ODSE dénonce des atteintes supplémentaires à la santé des personnes étrangères*, ODSE, marzo 2018, 1-2, www.comede.org. Sebbene tale analisi sia riferita al progetto di legge essa, con le dovute trasposizioni, è ancora attuale e ad essa si rinvia per una trattazione completa delle possibili problematiche legate alla protezione salute delle persone straniere derivanti dalla legge in oggetto.

<sup>113</sup>Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018, art. 29.

<sup>114</sup>La misura può essere adottata anche nei confronti di coloro che, nelle medesime condizioni, presentino una richiesta di asilo.

<sup>115</sup>*Avis sur un projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, Conseil d'État, 15 febbraio 2018, 18, www.conseil-etat.fr.

<sup>116</sup>*Projet de loi Collomb sur l'asile et l'immigration: l'ODSE dénonce des atteintes supplémentaires* cit., 4.

<sup>117</sup>Si sottolinea come il fatto stesso di designare "stranieri", "migranti", "rifugiati", "profughi", "irregolari", "richiedenti asilo" sempre al plurale, induca a classificarli come un gruppo omogeneo, contribuendo a strutturarne l'identità per giustapposizione rispetto alla "nostra": gli "altri" sono coloro che non sono in possesso delle categorie identitarie che ci appartengono (cittadino, regolare...). Simile linguaggio, che disperde nella massa la singolarità di ciascun individuo e la sua storia, è certamente funzionale alla logica escludente dei gruppi contrapposti e alla retorica dell'invasione che caratterizzano la nostra contemporaneità. Sul tema si vedano M. Binotto, M. Bruno, *Spazi mediali delle migrazioni. Framing e rappresentazioni del confine nell'informazione italiana*, in *Lingue e Linguaggi*, 25, 2018, 36-37; A. Dal Lago, *Non Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2002, 213.

<sup>118</sup>Su cui si vedano, *ex multis*, B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, vol. 1, 1, 2016, 101-113; C. Wihtol de Wenden, *Rifugiati, accoglienza e crisi dell'Europa*, in *il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di*

ponendo la questione dei migranti e degli stranieri<sup>119</sup> al centro di un vortice politico, mediatico, etico, giuridico e soprattutto, ed essenzialmente, umano. Limitandosi a richiamare solo alcuni esempi di questa variegata parabola ascendente di inasprimento giuridico, politico e sociale, si pensi alla crescita della retorica identitaria e nazionalista a livello europeo<sup>120</sup>; alla lunga e ancora attuale campagna di criminalizzazione delle Organizzazioni non governative (ONG), tacciate di collaborazionismo con i trafficanti e accusate di essere un fattore di incentivo dell'immigrazione irregolare<sup>121</sup>; all'apertura di procedimenti penali nei confronti delle stesse<sup>122</sup>; alla politica di esternalizzazione delle frontiere<sup>123</sup> e alle conseguenze che ne derivano<sup>124</sup>; alla crescente de-formalizzazione degli strumenti utilizzati per regolare i flussi migratori, che determina comunque conseguenze immediate sui diritti delle persone ma le priva frequentemente di adeguati strumenti di garanzia<sup>125</sup>; alle inqualificabili vicende legate alle navi *Aquarius*,

---

*politica*, 6, 2015, 1009-1017; A. Junca, B. Maître, *Crise des réfugiés, ou crise de l'accueil et de la solidarité?*, in *Hommes & Libertés*, 172, 2015, 20-22.

<sup>119</sup>Ciò avviene anche perché, a livello nazionale, una volta attraversate le frontiere giuridiche (mediante la regolarizzazione, il matrimonio...), i nuovi cittadini continuano ad essere considerati stranieri a causa di discriminazioni di ogni genere, come riporta C. Wihtol de Wenden, *Frontières, nationalisme et identité politique*, in *Pouvoirs*, 2, 2018 (n. 165), 48.

<sup>120</sup>In particolare, per soffermarsi solo su alcuni esempi recenti: la crescita del consenso del partito di destra nazionalista *Sweden Democrats* alle elezioni svedesi del 9 settembre 2018; la vittoria delle elezioni parlamentari slovene del 3 giugno 2018 da parte del Partito democratico sloveno (SDS) guidato da Janez Janša (nonostante si sia successivamente costituito un governo di coalizione moderato che colloca il partito SDS all'opposizione); la netta riaffermazione del partito ungherese FIDESZ, cui appartiene il Primo ministro Viktor Orbán, nelle elezioni parlamentari dell'8 aprile 2018; l'ascesa al governo della Lega in Italia a seguito del "contratto di governo" con il Movimento cinque stelle successivo alle elezioni del 4 marzo 2018 e l'avanzata del centrodestra nelle elezioni amministrative del giugno 2018; l'approdo di Marine Le Pen al secondo turno delle elezioni presidenziali francesi del 7 maggio 2017.

Sul tema dei fattori determinanti l'espansione dei partiti di estrema destra in Europa si veda, ad esempio, la sintesi di L. Davis, S. S. Deole, *Immigration and the Rise of Far-Right Parties in Europe*, in *ifo DICE REPORT, Determinants of populist Voting*, vol. 15, 4, 2017, 10-15.

<sup>121</sup>Si rinvia, in merito, al rapporto *Blaming the rescuers. Criminalising solidarity, re-enforcing deterrence*, redatto da *Forensic Architecture agency* e *Goldsmiths* (Università di Londra), [blamingtherescuers.org](http://blamingtherescuers.org).

<sup>122</sup>Si ricordano il sequestro della nave *Iuventa*, sul quale si veda R. Barberini, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in *Questione giustizia*, 18 settembre 2017, e le vicende legate alla nave *Open Arms*, su cui F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 12, 2, 2018, 443-452. Sul tema si rinvia anche a S. Bernardi, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, 2018, 134-144; L. Masera, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, 225-238.

<sup>123</sup>Si veda, da ultimo, C. L. Cecchini, G. Crescini, S. Fachile, *L'inefficacia delle politiche umanitarie di rimozione degli "effetti collaterali" nell'ambito dell'esternalizzazione con particolare attenzione al resettlement. La necessità di vie legali effettive e vincolanti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2018.

<sup>124</sup>Sul punto si rinvia al rapporto *The human rights risks of external migration policies*, Amnesty International, 2017, [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org).

<sup>125</sup>Ci si riferisce, in generale, alla tendenza ad adottare procedure ed accordi di carattere *soft* i quali, pur collocandosi al di fuori del diritto positivamente inteso, non mancano di produrre effetti giuridici rilevanti anche e soprattutto in riferimento ai diritti fondamentali della persona, senza però assicurarle adeguate garanzie. Nello specifico si richiamano l'attuazione, tramite l'Agenda europea sulla migrazione del maggio 2015 (*Comunicazione della Commissione*

*Lifeline* e *Diciotti*<sup>126</sup>; alla politica di collaborazione fra l'Italia e la Libia<sup>127</sup> messa in atto al fine di intercettare e ricondurre le persone in fuga sul suolo libico<sup>128</sup>, e alle sue conseguenze, giuridicamente accertate dalla sentenza della Corte d'assise di Milano che ha condannato all'ergastolo un cittadino somalo per sequestro di persona a scopo di estorsione, violenza sessuale e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina<sup>129</sup>; al recente preoccupante inasprimento normativo

---

al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 13 maggio 2015, COM (2015) 240 final), dell'approccio *hotspots* e la composita categoria degli accordi di riammissione siglati con i Paesi terzi. Quanto al primo elemento, si tratta di un meccanismo adottato, appunto, tramite un atto di *soft law* quale la comunicazione, che ha dato però il via ad un ampio mutamento della politica europea in materia, concretizzato a sua volta da una varietà di strumenti informali del tutto al riparo da possibilità di contestazione. Sul punto S. Slama, *Crise de l'asile: un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux?*, in *Plein droit*, 4, 2016 (n. 111), 49-56. Quanto agli accordi di riammissione si pensi, ad esempio, a quello concluso fra Unione europea e Turchia, il quale prende la forma di un comunicato stampa (144/16 del 18 marzo 2016, [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu)), su cui si rinvia a C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, 2, 2016, 405-426, oppure ai due *Memorandum* che l'Italia ha concluso, rispettivamente, con il Sudan il 3 agosto 2016 e con la Libia il 2 febbraio 2017, su cui si veda A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.

Sul tema della *soft law* si rinvia ad A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, 171-197, specificamente sulla questione della gestione dell'immigrazione tramite atti di *soft law*, 195-197.

<sup>126</sup>Si vedano, su questi ed altri episodi, i rilievi sollevati e le preoccupazioni espresse da numerose organizzazioni nella lettera inviata ad autorità e istituzioni italiane e internazionali *Chiusura dei porti italiani alle navi che trasportano persone soccorse in mare e minacce di respingimenti in Libia*, 30 luglio 2018, [www.asgi.it](http://www.asgi.it). Circa la necessità di rafforzare le capacità di ricerca e soccorso in mare e i timori per le implicazioni derivanti dalla negazione del permesso di sbarcare le persone salvate, si veda il comunicato dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), *Calo degli arrivi e aumento dei tassi di mortalità nel mar Mediterraneo: l'UNHCR chiede un rafforzamento delle operazioni di ricerca e soccorso*, [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it).

<sup>127</sup>Sul tema si veda, da ultimo, F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2018, 5-23.

<sup>128</sup>Si ricorda, a titolo di esempio, quanto successo il 6 novembre 2017 tra un'unità della Guardia Costiera libica e la nave dell'ONG *Sea-Watch* (sia consentito il rimando al video completo dell'accaduto, *EXKLUSIVE: Full incident of 06 November 2017 with the Libyan Coast Guard*, in [www.youtube.com](http://www.youtube.com)), costato la vita ad un numero ancora imprecisato di persone (almeno venti, fra le quali due minori) e che ha comportato il ritorno forzato di altri individui in Libia. Alcuni sopravvissuti, sostenuti da numerose organizzazioni per i diritti umani, hanno presentato, nel maggio 2018, un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) contro l'Italia, come riportato alla pagina *Legal action against Italy over its coordination of Libyan Coast Guard pull-backs resulting in migrant deaths and abuse* del sito [sea-watch.org](http://sea-watch.org).

<sup>129</sup>Corte d'assise di Milano, sent. n. 10/17 del 10 ottobre 2017, circa la quale si rinvia a G. Battarino, *I campi di raccolta libici: un'istituzione concentrazionaria (Nota a Corte di assise di Milano, sentenza 10 ottobre - 1° dicembre 2017)*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, 239-245; in argomento anche S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2018, 207-211. Anche la Corte d'assise di Agrigento ha recentemente confermato, in una sentenza del 12 giugno 2018, la drammaticità delle condizioni di detenzione nei campi libici (secondo quanto riportato dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, [www.asgi.it](http://www.asgi.it)). Le torture, i maltrattamenti, le sparizioni e le terribili condizioni di detenzione nei campi libici e nelle stesse prigioni ufficiali sono ampiamente certificate anche da due rapporti della *United Nations Support Mission in Libya: Report of the Secretary-General*, S/2018/429, 7 maggio 2018, in particolare p. 7 e *Report of the Secretary-General*, S/2018/780, 24 agosto 2018, in particolare p.

introdotto tramite il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 in materia di immigrazione e sicurezza<sup>130</sup>. A tutto ciò, e a molto altro<sup>131</sup>, si accompagna l'aumento della violenza sociale collettiva, la risposta securitaria generalizzata, l'ossessione per la frontiera<sup>132</sup>.

7, entrambi reperibili nel sito [unsmil.unmissions.org](http://unsmil.unmissions.org). La stessa Corte d'assise di Milano sottolinea la partecipazione delle forze governative libiche al trattamento disumano delle persone imprigionate (si veda p. 62 della sentenza, ove si afferma che dalle testimonianze emerge come «persino nelle prigioni libiche» esse fossero sottoposte a violenze). In una dichiarazione del 14 novembre 2017 anche l'Alto Commissario ONU per i diritti umani metteva in luce come «European Union's policy of assisting the Libyan Coast Guard to intercept and return migrants in the Mediterranean was inhuman. [...] We cannot be a silent witness to modern day slavery, rape and other sexual violence, and unlawful killings in the name of managing migration and preventing desperate and traumatized people from reaching Europe's shores» (*UN human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)). Sul punto si vedano anche alcuni dei numerosi *reports* di denuncia da parte delle organizzazioni di difesa dei diritti umani, alcuni piuttosto datati, a testimonianza del prolungarsi negli anni di una gravissima situazione di violazione dei diritti umani fondamentali: *Libia, l'inferno senza fine*, Oxfam, 2018, [www.oxfamitalia.org](http://www.oxfamitalia.org); *Libya's dark web of collusion. Abuses against europe-bound refugees and migrants*, Amnesty International, 2017, [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org); *Scacciati e schiacciati. L'Italia e il respingimento di migranti e richiedenti asilo, la Libia e il maltrattamento di migranti e richiedenti asilo*, settembre 2009, [www.hrw.org](http://www.hrw.org).

<sup>130</sup>Il decreto, convertito con modificazioni dalla legge 1 dicembre 2018, n. 132, è entrato in vigore il 5 ottobre 2018. Si vedano in argomento i numerosi rilievi sollevati dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in particolare circa le problematiche legate all'incremento del ricorso alla misura della privazione della libertà personale, al prolungamento della durata massima del trattenimento nei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) e all'ampliamento della tipologia dei luoghi di privazione della libertà destinati alla detenzione amministrativa e al trattenimento, nel documento *Parere del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante titolo: "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione de il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"*, 15 ottobre 2018, [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it). Si rinvia inoltre alla nota critica *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, [www.asgi.it](http://www.asgi.it). Rilevano inoltre le preoccupazioni espresse dall'UNHCR in merito al decreto (*Osservazioni UNHCR sul Decreto legge in materia di protezione internazionale e immigrazione, e sicurezza pubblica*, [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it)).

<sup>131</sup>Non si può non ricordare la vicenda legata a Riace e al suo sindaco Domenico Lucano.

<sup>132</sup>A proposito della Francia, si ricorda che sono stati dalla stessa ristabiliti i controlli alla frontiera interna (sulla base dell'art. 25 del Regolamento n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone - codice frontiere Schengen) nel novembre 2015, inizialmente nel contesto della Conferenza ONU sul clima svoltasi a Parigi, e in seguito a causa della dichiarazione dello stato di emergenza terroristica che ne ha consentito una proroga costante. Il *juge des référés* del Consiglio di Stato, adito da alcune associazioni, non ha ritenuto che i controlli praticati alla frontiera franco-italiana fossero contrari al quadro legale di riferimento, respingendo dunque il ricorso (Ordinanza Nos 391192, 391275, 391276, 391278, 391279, 29 giugno 2015, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)). Il Tribunale amministrativo di Nizza, interrogato circa il respingimento di numerosi minori non accompagnati alla frontiera con l'Italia, ha invece accertato la violazione delle particolari garanzie che l'ordinamento francese riconosce a questi soggetti (si vedano, in particolare, l'art. L. 213-2 CESEDA e l'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia) e dichiarato illegittime le decisioni di respingimento: si vedano ad esempio l'Ordinanza n. 1800699, 23 febbraio 2018 e l'Ordinanza n. 1800195 del 22 gennaio 2018, in [www.infomie.net](http://www.infomie.net). Si rinvia, per un quadro

Alla discriminazione legale in materia di protezione della salute che è stata messa in evidenza, la quale determina una sorta di “esclusione dolce” mediante la creazione di dispositivi specifici riservati alle persone straniere irregolari, si sommano dunque l’applicazione di un diritto speciale, per definizione differente dal *droit commun* che è custode di uguaglianza e sempre meno garantito perché sempre più *soft*, e altri numerosi elementi di fragilizzazione a livello sociale. Questi ultimi, che possono prendere la forma di barriere “oggettive” che rendono più difficoltoso l’accesso alle cure per le persone straniere, quali gli ostacoli linguistici e di movimento<sup>133</sup>, la mancanza di informazione circa i propri diritti, oppure quella delle già citate prassi discriminatorie nell’applicazione del diritto (*supra* note 78 e 80), o ancora la forma delle barriere finanziarie, dell’isolamento sociale e affettivo<sup>134</sup> costituiscono ulteriori frontiere che la persona straniera malata deve attraversare e abbattere, ma che interferiscono inevitabilmente con il suo stato di salute, contribuendo a renderlo soggetto ad una vulnerabilità crescente<sup>135</sup>. Tutto ciò, naturalmente, sottintende la considerazione del concetto di salute nella complessità di ogni sua dimensione, come il «risultato di processi multipli determinati da fattori economici, sociali, politici, biologici, ambientali e culturali»<sup>136</sup>. L’accettazione di simile complessità multiforme<sup>137</sup> conduce a guardare alla salute come ad un processo cui è necessario confrontarsi legando fra loro i differenti approcci: sociologico, biologico, psicologico, epidemiologico. Solo

---

della situazione alla frontiera franco-italiana, ai seguenti rapporti: *Se questa è Europa. La situazione dei migranti al confine italo francese di Ventimiglia*, Oxfam, giugno 2018, [www.oxfamitalia.org](http://www.oxfamitalia.org); *Note d’analyse: Rétablissement des contrôles aux frontières internes et état d’urgence. Conséquences en zone d’attente*, Anafé, maggio 2017, [www.anafe.org](http://www.anafe.org); *Des contrôles aux confins du droit. Violation des droits humains à la frontière avec l’Italie. Synthèse de mission d’observation*, Amnesty International, febbraio 2017, [www.amnesty.fr](http://www.amnesty.fr).

<sup>133</sup>Come rilevato, ad esempio, dal rapporto *Observatoire de l’accès aux droits et aux soins de la mission France*, Médecins du Monde cit., 36, il 35% delle persone straniere in situazione irregolare limita il più possibile i propri spostamenti temendo possibili arresti. Simile circostanza determina ovvie conseguenze sul ricorso alle cure, che avviene spesso solo in caso di urgenza, con oneri per la salute personale (e per le finanze pubbliche) ulteriori.

<sup>134</sup>Circa l’impatto sulla salute mentale dei legami sociali, in particolare in riferimento alle persone immigrate, si veda, ad esempio, A. Tortelli, D. Sauzé, N. Skurnik, *Capital social, santé mentale et immigration*, in *Annales Médico-psychologiques*, vol. 175, issue 6, 2017, 573-576.

<sup>135</sup>In argomento, *ex multis*, K. Hacker, M. Anies, B. L. Folb, L. Zallman, *Barriers to health care for undocumented immigrants: a literature review*, in *Risk Management and Healthcare Policy*, 8, 2015, 175-183; S. Larchanché, *Intangible obstacles: Health implications of stigmatization, structural violence, and fear among undocumented immigrants in France*, in *Social Science & Medicine*, 74, 2012, 858-863.

<sup>136</sup>AA. VV., *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, P. Pedrot dir., Paris, 2006, 403. Tale definizione del concetto di salute è lontana dall’essere universalmente condivisa dalla dottrina, che è anzi pressoché unanime nel ritenere la mancanza di una definizione univoca un primordiale elemento di difficoltà e incertezza nello studio della materia. Come è già stato sottolineato, simile insicurezza definitoria lascia al legislatore un ampio margine di manovra, il che comporta rischi di involuzione del contenuto stesso del diritto.

<sup>137</sup>Condivisa da numerosissimi lavori che si occupano di indagare le disuguaglianze sanitarie, *ex multis*: T. Lang, M. Kelly-Irving, S. Lamy, B. Lepage, C. Delpierre, *Construction de la santé et des inégalités sociales de santé: les gènes contre les déterminants sociaux?*, in *Santé Publique*, vol. 28, 2, 2016, 169-179; i numerosi contributi contenuti in AA. VV., *Les inégalités sociales et la santé. Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, C. Hervé, M. Stanton-Jean, M.-F. Mamzer, B. Ennuyer dir., Paris, 2015; AA. VV., *Les inégalités sociales de santé*, D. Fassin, H. Grandjean, M. Kaminski, T. Lang, A. Leclerc dir., Paris, 2000; lo studio sul rapporto fra salute e reddito dell’economista A. Deaton, *The Great Escape. Health, Wealth, and the Origins of Inequality*, Princeton, 2013.

in questo modo sarà possibile apprezzare adeguatamente il concorso dei determinanti socio-economici che portano all'alterazione della salute<sup>138</sup>.

La vulnerabilità giuridica e quella sociale decretano dunque l'esistenza di una salute legalmente diversa e nei fatti più debole<sup>139</sup>; resta da interrogarsi circa il rapporto tra la fragilizzazione giuridica della figura dello straniero e quella sociale.

#### 4. La costruzione legale e sociale dell'alterità illegale

La discriminazione legale nei confronti della persona straniera irregolare in materia di protezione della salute, e le conseguenze che ne derivano, affondano le radici nella costruzione al contempo giuridica e sociale dell'altro-da-sé, alla quale vale la pena fare cenno.

Simile riflessione conduce inevitabilmente ad interrogarsi circa il ruolo dello Stato, e conseguentemente del diritto, nella creazione normativa (di differenti categorie) dell'essere umano. Si tratta di un argomento estremamente complesso, che include, oltre alla dimensione giuridica, quelle storica, sociologica, linguistica e filosofica alle quali si tenterà, per quanto possibile, di prestare attenzione.

Ogni comunità umana contiene in sé elementi identitari che costituiscono altrettanti fattori di esclusione, poiché per “porsi” come gruppo occorre, al contempo, “op-porsi”. È però attraverso la diffusione generalizzata della forma statale, che si costruisce anche mediante l'affermazione del concetto di nazione, la cui etimologia stessa (derivante da *nasci*, nascere) rinvia all'idea di una comunità di soggetti aventi una medesima origine, che vengono fissate delle frontiere stabili fra un “dentro” e un “fuori”<sup>140</sup>, frontiere al tempo stesso fisiche e simboliche. Alla creazione della comunità nazionale si accompagna l'idea dell'emancipazione e delle libertà dei suoi membri, che si esprime attraverso la sovranità di un popolo e ne

<sup>138</sup>Sul tema dei determinanti sociali si rinvia, in particolare, a M. Marmot, R. Bell, *Social inequalities in health: a proper concern of epidemiology*, in *Annals of Epidemiology*, vol. 26, issue 4, 2016, 238-240; P. Demakakos, J. Nazroo, E. Breeze, M. Marmot, *Socioeconomic status and health: The role of subjective social status*, in *Social Science & Medicine*, vol. 67, issue 2, 2008, 330-340; M. Marmot, *Social determinants of health inequalities*, in *The Lancet*, vol. 365, issue 9464, 2005, 1099-1104.

<sup>139</sup>Il tema è estremamente complesso e non è possibile trattarlo adeguatamente nell'ambito del presente lavoro: gli studi che collegano il deterioramento dello stato di salute alla condizione di persona migrante o straniera presentano un'ampia variabilità in relazione ai fattori considerati e una complessità metodologica rilevante. Vi sono naturalmente specificità differenti a seconda della diversa condizione di migrante (soprattutto in riferimento ai traumas che si accompagnano ad eventi di guerra o a violenze subite durante il percorso migratorio, su cui si rinvia, ad esempio, a M. Bogic, D. Ajdukovic, S. Bremner et al., *Factors associated with mental disorders in long-settled war refugees: refugees from the former Yugoslavia in Germany, Italy and the UK*, in *British Journal of Psychiatry*, vol. 200, 3, 2012, 216-223; A. Tortelli, N. Skurnuk, A. Szöke, P. Simon, *L'importance de la recherche épidémiologique psychiatrique sur les populations migrantes en France*, in *Annales Médico-Psychologiques*, 175, 2017, 577-582) o di straniero. Ci si limiterà a rinviare ai risultati dello studio *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, C. Beauchemin, C. Hamel, P. Simon dir., Paris, 2015, in particolare 263-287, che evidenziano come lo stato di salute delle persone migranti uomini, al momento del loro arrivo in Francia sia, a parità di età, generalmente migliore rispetto a quello della popolazione francese («healthy migrant effect»), ma tenda a peggiorare successivamente, in funzione della durata del loro soggiorno nel Paese di accoglienza, a causa delle condizioni di vita (267-268, 280).

<sup>140</sup>D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?*, Paris, 1985, 14 ss.

sollecita la dimensione identitaria<sup>141</sup>: ciò determina, nel momento medesimo in cui la nazione viene pensata e creata, la definizione dello straniero<sup>142</sup>. La determinazione dello straniero come colui che non appartiene al gruppo sociale, comporta che egli venga rappresentato sempre in negativo, come un “altro” che non fa parte e non condivide un’identità comune ad un certo gruppo politico. Dinanzi allo Stato, dunque, una persona può corrispondere a due identità fra loro alternative: quella di straniero o quella di cittadino; si tratta di due *status* giuridici e al contempo di due categorie sociali assegnate e costruite unilateralmente dallo Stato medesimo il quale stabilisce le condizioni di acquisizione della nazionalità e al contempo quelle di ingresso, soggiorno ed espulsione dei non cittadini sul proprio territorio<sup>143</sup>.

Il soggetto del diritto, l’*homo juridicus*<sup>144</sup>, non è dunque che una costruzione normativa del diritto il quale, attraverso il linguaggio, pone il senso del mondo sociale mediante il “potere di nominare”. In altre parole, le relazioni umane sono sottomesse all’*avatar* puramente umano della legge che è il diritto; garante ultimo di questo ordine giuridico posto è lo Stato<sup>145</sup>. Quella di straniero è quindi una categoria sociale individuata dal diritto, la quale, contemporaneamente, agisce su ed è il riflesso dell’immagine che la collettività ha dei soggetti così classificati: ciò spiega perché lo *status* giuridico degli stranieri riproduca il posto da essi occupato nella società, traducendo in forma giuridica e rafforzando l’esclusione e la condizione di inferiorità di coloro che non appartengono al gruppo costituito<sup>146</sup>.

Simili considerazioni mettono in luce una nuova dimensione fondamentale nel discorso che riguarda il rapporto fra i soggetti del diritto e lo Stato: quella del potere. La nomina del mondo sociale è infatti, essenzialmente, una questione di potere e il linguaggio, in questo caso quello del diritto e della legge, è portatore di una forza performativa nei confronti della realtà sociale. Lo Stato, dunque, esercita nei confronti delle persone straniere, quella che Pierre Bourdieu definisce «violenza simbolique», ovvero quella propria a «tout pouvoir qui parvient à imposer des significations et à les imposer comme légitimes en dissimulant les rapports de force qui sont au fondement de sa force» aggiungendo così a questi ultimi, una forza che gli è propria, quella simbolica<sup>147</sup>. La pervasività di questa violenza simbolica è rintracciabile anche nelle scelte lessicali che interessano la “categoria” degli stranieri, categoria che, in quanto tale, diluisce l’individualità delle persone coinvolte in una massa indistinta e spersonalizzata (*supra* nota 117),

<sup>141</sup>Sul tema della costruzione sociale delle identità nazionali si rinvia a G. Noiriel, *La tyrannie du national. Le droit d’asile en Europe (1793-1993)*, Paris, 1991, 83 ss.

<sup>142</sup>K. Blairon, *L’immigrazione, ovvero la variabile geometria dei diritti fondamentali nel diritto costituzionale francese*, in *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, S. Gambino, G. D’Ignazio cur., Milano, 2010, 169. L’art. L. 111-1 CESEDA dichiara infatti che «Sont considérées comme étrangers au sens du présent code les personnes qui n’ont pas la nationalité française, soit qu’elles aient une nationalité étrangère, soit qu’elles n’aient pas de nationalité».

<sup>143</sup>D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?* cit., 41-42, 72, 82.

<sup>144</sup>A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, 2005.

<sup>145</sup>*Ibidem*, 54-57, 67.

<sup>146</sup>D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?* cit., 8.

<sup>147</sup>Quello riportato è l’assioma di apertura del testo P. Bourdieu, J.-C. Passeron, *La reproduction. Éléments pour une théorie du système d’enseignement*, Paris, 1970, 18. In argomento anche P. Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, 2014.

in particolare quelli qualificati come «illegali»<sup>148</sup>: simile termine, innegabilmente portatore di una connotazione negativa, contribuisce infatti a diffondere e accreditare la percezione di illegittimità e ad alimentare il rigetto e la paura, oltre a favorire la criminalizzazione di coloro la cui illegalità sorge semplicemente come conseguenza della violazione della legge sull'immigrazione, ma non è certamente una caratteristica individuale<sup>149</sup>.

Ciò che si ritiene fondamentale mettere in luce è il fatto che l'«illegalità», come la cittadinanza, altro non è che una condizione giuridica che implica una relazione con lo Stato, la cui assegnazione comporta l'assunzione di un'identità politica: non si tratta dunque di un'identità propriamente detta, ma di un'emanazione sociale che viene «naturalizzata» attraverso la legge. Quest'ultima, limitandosi apparentemente a predisporre un contesto neutrale nel quale far muovere le relazioni sociali, genera in realtà numerose diseguaglianze che non sono tuttavia percepite come un prodotto sociale, ma come un fattore naturale, poichè sono neutralizzate attraverso la forma della legge<sup>150</sup>. Simile categorizzazione sociale percepita come «obiettiva», consente a tali entità astratte definite dalla legge di essere interiorizzate dagli individui stessi i quali, in questo modo, assimilano le relazioni di potere nelle quali sono implicati<sup>151</sup>.

La determinazione normativa delle differenti categorie di essere umano, che pone e alimenta l'alterità, l'esclusione, la precarietà, la marginalità, l'inferiorità delle persone straniere<sup>152</sup>, è oggi ulteriormente esposta e fragile, poichè il loro *status* giuridico è prodotto sempre meno dalla legge e sempre più attraverso un *infra-droit*<sup>153</sup> nebuloso e polimorfo, subordinato alle continue (e si è già visto quanto aspre), variazioni della congiuntura politica in materia di immigrazione<sup>154</sup>. Il diritto degli stranieri è dunque interessato da una degradazione della forma, non più quella della legge, sebbene anche quest'ultima sia stata progressivamente rimpiazzata dalla decretazione dell'esecutivo a discapito del parlamento, ma regolamentazioni di vario genere che divengono, anziché strumenti di garanzia,

<sup>148</sup>L'uso del termine è criticato a causa della sua consonanza con la criminalità e perchè, definendo una persona «illegale», si può giungere alla negazione della sua umanità e dei diritti fondamentali che le spettano indipendentemente dal suo *status* giuridico (R. Cholewinski, *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights*, Council of Europe, 2005, 8-9).

<sup>149</sup>B. Menezes Queiroz, *Illegally Staying in the EU. An Analysis of Illegality in EU Migration Law*, Oxford-Portland, 2018, 6. In argomento anche S. Le Courant, *Méfiance et enquête de réalité. Ce que les étrangers en situation irrégulière savent de l'État*, in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 31, 2016, 23-41.

<sup>150</sup>N. P. De Genova, *Migrant "Illegality" and Deportability in Everyday Life* cit., 422, 424. Sul punto si vedano anche F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, 2017, 38-39, i quali ritengono che «l'ordine giuridico è il mezzo più potente attraverso il quale viene messa in atto e trasformata in agire sociale un'interpretazione del mondo»; *Antropologia giuridica. Temi e prospettive di ricerca*, A. De Lauri cur., Milano, 2013, in cui si sostiene che, essendo il diritto dipendente dalla visione del mondo elaborata dal gruppo sociale di riferimento e il senso di giustizia naturalmente provvisorio, il dualismo giustizia/ingiustizia è «strumentale alla preservazione della gerarchia sociale» poichè rende «invisibili i dispositivi mediante i quali le ingiustizie si insinuano nelle forme del diritto» (15, 19); A. Supiot, *Homo juridicus* cit., 38 ss.

<sup>151</sup>G. Noiriel, *État, nation et immigration* cit., 265.

<sup>152</sup>Sul punto si veda anche *Figures de l'Étranger. Quelles représentations pour quelles politiques?*, GISTI, Paris, aprile 2013, [www.gisti.org](http://www.gisti.org).

<sup>153</sup>Su cui si veda anche *supra* nota 125.

<sup>154</sup>D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?* cit., 205 ss.

dispositivi malleabili nelle mani dei governi, dell'amministrazione, degli sportelli delle prefetture, dei commissariati di polizia<sup>155</sup>.

A simile costruzione giuridica che differenzia i diritti della «persona umana-straniero» da quelli della «persona umana-cittadino»<sup>156</sup> si contrappone il processo di universalizzazione dei diritti umani<sup>157</sup>, che identificano il proprio destinatario nell'essere umano astratto, privo di qualunque attributo ulteriore rispetto a quello di umanità. Come messo in luce già da Hannah Arendt<sup>158</sup> tuttavia, all'universalità dei diritti della persona umana si oppone la sovranità statale, la quale entra in collisione e sbriciola la protezione dei diritti dell'uomo astratto, riducendo l'inalienabilità teorica dei diritti della persona umana alla realtà di diritti goduti soltanto dai cittadini di uno Stato: «i diritti dell'uomo erano stati definiti inalienabili perché si presumeva che fossero indipendenti dai governi», tuttavia, non appena gli individui «erano costretti a contare sul minimo di diritti che dovevano avere acquistato con la nascita, non trovavano nessuna autorità disposta a garantirlo»<sup>159</sup>. Essendo la comunità internazionale formata da Stati che rivendicano e difendono la loro sovranità, i diritti umani vengono dunque identificati, restringendone la portata, con i diritti del popolo, e l'uomo diviene, di fatto, solo colui che è parte della comunità nazionale: l'uomo non è restato un universale astratto, ma è stato soppiantato dall'uomo situato, membro di una nazione e solo titolare dei diritti umani<sup>160</sup>. In questo senso anche la costruzione dell'Europa unita, che appariva come la proiezione della possibile dispersione della sovranità assoluta degli Stati nazionali, conserva le proprie frontiere simboliche (e fisiche): la messa in campo della cittadinanza europea, se abbatte le frontiere interne, ne crea al tempo stesso di nuove all'esterno.

Restituire l'immagine delle radici profonde della differenziazione che la legge stabilisce nei confronti della persona straniera è utile a situare la questione del godimento di un diritto fondamentale come quello alla protezione della salute in un contesto più generale.

Sostanzialmente, al fine di accedere ai diritti, l'uomo deve costantemente render conto, attraverso documenti di identità (o permessi di soggiorno, visti di ingresso...) che permettono di dare forma materiale alle categorie astratte costruite dal diritto, della legittimità delle sue appartenenze: in questo modo la dominazione politica prende la forma del controllo delle identità simboliche che ciascuno di noi possiede<sup>161</sup>. Escludere alcuni soggetti dall'appartenenza ad un'identità che consenta di essere davvero esseri umani pienamente titolari di diritti, significa non consentire loro di accedere ad un mondo comune, una comunità ove siano

---

<sup>155</sup>*Ibidem*, 214.

<sup>156</sup>A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005, 430. L'A. sottolinea come, nella realtà, simile semplificazione binaria corrisponda ad una varietà di *status* molto più ampia: cittadino, straniero regolarmente residente, straniero regolarmente residente da un certo numero di anni, straniero in stato di rifugio o asilo, straniero irregolarmente presente sul territorio, straniero-minore, straniero-donna in stato di gravidanza.

<sup>157</sup>Circa la complessità della categoria dei diritti umani, in particolare in riferimento alla questione del pluralismo culturale, si rinvia a D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Paris, 2009, 46 ss.; A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti* cit.

<sup>158</sup>H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, 372 ss.

<sup>159</sup>*Ibidem*, 404.

<sup>160</sup>R. Nollez-Goldbach, *Quel homme pour les droits? Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger*, Paris, 2015, 135-136.

<sup>161</sup>G. Noiriël, *La tyrannie du national* cit., 179, 313.

contemplati i loro diritti all'azione e all'opinione, diritti, questi ultimi, che permettono di esistere nella realtà che abitano<sup>162</sup>.

Questa negazione dell'identità altrui si sta inoltre, inevitabilmente, riverberando sulla "nostra" identità di cittadini di un continente che, pur essendosi sempre attribuito il vessillo di "patria dei diritti umani", si sta rivelando incapace di riconoscere nell'essere umano in quanto tale i diritti che proclama come inviolabili e fondamentali. Ancora oggi dobbiamo prendere drammaticamente atto che «l'astratta nudità dell'essere-nient'altro-che-uomo»<sup>163</sup> costituisce per l'uomo stesso la condizione di massimo pericolo.

---

<sup>162</sup>H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* cit., 410 ss.

<sup>163</sup>*Ibidem*, 415.

# Studio preliminare del diritto di istruzione in Argentina

di Giuseppe Eduardo Polizzi

**Abstract:** *Preliminary study on the right to education in Argentina* – The article analyses the right to education in the Argentine legal system. Firstly, the evolution of the right to education in Argentina, which from the “individual” right envisaged since the historical constitution of 1853 will assume, due to the constitutional revisions of 1949 and 1994, the dimension of “social rights”. Through a review of the main reforms of the Argentine Legislator, specific attention will be placed on financial instruments aimed to the implementation of the right, and therefore its guarantee and effectiveness.

**Keywords:** Right to education, School, Social rights, Principle of progressive realisation; Argentina legal system.

847

---

## 1. Il diritto di istruzione nella sua dimensione “storica”: da diritto individuale a diritto sociale

Il presente lavoro, che si presenta come uno studio di un aspetto del diritto costituzionale argentino, vuole essere una ricognizione introduttiva dei principali passaggi che, nel corso di oltre centocinquanta anni di storia repubblicana, hanno condotto il Costituente argentino a sancire sul piano costituzionale l'istruzione (c.d. *educación*) come diritto individuale e, dalla riforma del 1949, come diritto sociale. L'indagine privilegia la disamina del rapporto sussistente tra la formulazione del diritto di istruzione e il suo godimento, in termini di organizzazione del servizio, allocazione delle risorse finanziarie e riparto di competenze fra il Governo federale, le Province argentine e la Città Autonoma di Buenos Aires; esplora, altresì, il livello di attuazione dell'istruzione – sul piano normativo primario – nella sua dimensione “sociale”, con particolare attenzione agli strumenti volti all'effettività del diritto<sup>1</sup>.

Essendo stata prevista fin dalla Costituzione *histórica* del 1° maggio 1853, in particolare all'art. 14<sup>2</sup>, l'istruzione è, secondo la dogmatica argentina, un diritto di “prima generazione”, insieme ad altri diritti e libertà fondamentali, di matrice

---

<sup>1</sup> Un sincero ringraziamento ai proff. Patricio Maraniello (*Universidad de Buenos Aires*) e Dino Bellorio Clabot (*Universidad de Belgrano*) per le utili indicazioni bibliografiche.

<sup>2</sup> Articolo 14: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender».

liberale, sanciti agli artt. 15, 16, 17 e 18<sup>3</sup>, preposti allo scopo di tutelare la dignità della persona, pietra angolare del nuovo ordine costituzionale repubblicano<sup>4</sup>. Coerentemente, infatti, con la Costituzione del 1853 fu abolita la schiavitù e consacrato il principio di uguaglianza formale, e fu affermato inoltre il diritto di proprietà; sul lato dei rapporti col potere giudiziario fu riconosciuto il diritto di difesa, a una durata ragionevole del processo, all'imparzialità della giustizia, alla legalità della prova; fu sancita, altresì, l'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza, nonché, a favore dei detenuti, il diritto a carceri "sane e pulite".

Il riconoscimento formale del diritto di istruzione fin dalla Costituzione del 1853 riflette i valori repubblicani di «libertad y dignidad de la persona»<sup>5</sup>, ed è coerente con l'origine "rivoluzionaria" del patto costituzionale argentino. Con particolare riguardo a quest'ultimo profilo, l'istruzione fu considerata il mezzo di emancipazione del popolo dalla posizione di sudditanza dovuta alla dominazione straniera. Sicché, mentre l'ordinamento italiano di epoca liberale si caratterizzò per l'assenza di un diritto costituzionale in capo al suddito, la forma repubblicana dello Stato argentino e l'origine rivoluzionaria della Costituzione del 1853 consentirono di elevare l'istruzione a diritto di rango costituzionale, frutto (come si diceva) della "prima tappa" del costituzionalismo argentino: «individualista y liberale»<sup>6</sup>. D'altronde, l'ordinamento costituzionale italiano di epoca liberale originò non da una rivoluzione ma da una decisione del re Carlo Alberto, il quale concesse lo Statuto albertino il 4 marzo 1848; ciò comportò la trasformazione della forma di governo da monarchia assoluta a costituzionale e della forma di Stato da

<sup>3</sup> Art. 15 (abolizione della schiavitù); art. 16 (principio di eguaglianza); art. 17 (diritti di proprietà); art. 18 (diritto di difesa, a una durata ragionevole del processo, all'imparzialità della giustizia, alla legalità della prova, all'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza e diritti dei detenuti).

<sup>4</sup> L'art. 14 è definito la «piedra angular del sistema liberal», cfr. sul punto M. A. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2006, 72 ss., vedi nello specifico 72 e 146 ss. Sempre sul diritto all'istruzione nell'ordinamento costituzionale argentino, senza pretesa alcuna di indicare in modo esaustivo l'ampia bibliografia dedicata al tema, si vedano: S. Scioscioli, *La estructura y contenido del derecho a la educación como derecho fundamental de defensa y prestación*, in *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, n. 29, Buenos Aires, 2017, 215-226; Id., *El derecho all'educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*, Buenos Aires, 2015; F.V. Lonigro, *Derecho constitucional*, 2° edición ampliada y actualizada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, 351 ss.; A. R. Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Buenos Aires, 2009, 143-144; N. P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, 3° edición actualizada y ampliada, Ciudad de Buenos Aires, 1999, 514 ss.; H. Q. Lavié, *Constitucion de la Nacion Argentina Comentada*. Segunda edición acqualizada, Buenos Aires, 1997, 77 ss.

<sup>5</sup> Fra le fonti che ispirarono la Costituzione argentina del 1853 vi furono la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, e la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, la Costituzione francese del 13 settembre 1791. In particolare, sul diritto all'istruzione, la Costituzione francese del 1791, al Titolo I, sancì: «Sarà creata e organizzata una Istruzione pubblica, comune a tutti i cittadini, gratuita per quanto riguarda le parti d'insegnamento indispensabili a tutti gli uomini, e le cui istituzioni saranno distribuite gradualmente, in rapporto alla suddivisione del Regno». Per un approfondimento si veda F. V. Lonigro, *Derecho constitucional*, cit., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, 129-131.

<sup>6</sup> Cfr. ancora N. P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, cit., in particolare sulla "prima tappa" del costituzionalismo argentino 5 ss.; sulla "seconda tappa" 12 ss.

assoluto a liberale. L'istruzione non trovò riconoscimento sul piano costituzionale giacché la mobilità sociale non era conforme alle motivazioni di fondo del nuovo assetto costituzionale: la classe borghese d'altronde pose la regola del diritto all'elettorato passivo e attivo nel censo, e questo comportò che l'istruzione fosse (non un diritto bensì) uno «strumento, per garantire lo sviluppo delle istituzioni liberali»<sup>7</sup> dello Stato liberale monoclasse.

Pur essendo riconosciuto sul piano costituzionale sin dal 1853, il diritto di istruzione fu condizionato da una enunciazione meramente formale dell'eguaglianza (ai sensi dell'art. 16: «[...] Todos sus habitantes son iguales ante la ley»); e dunque sul piano costituzionale non fu sancito alcun obbligo in capo allo Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale fra l'alta borghesia e il proletariato, che avrebbero ostacolato l'accesso all'istruzione per la popolazione più povera. Per di più l'art. 5 della Costituzione argentina del 1853 pose l'obbligo di fornire una istruzione primaria in capo alle Province e non in capo allo Stato federale. Questo nel tempo avrebbe creato profonde diseguaglianze nel godimento di tale diritto, giacché sarebbe dipeso dalla capacità finanziaria dei bilanci provinciali di far fronte ai costi legati alla sua erogazione<sup>8</sup>.

È nel corso delle successive revisioni costituzionali, e in particolare con la “seconda tappa” del costituzionalismo argentino «del Estado social de derecho»,

---

<sup>7</sup> Cfr. M. Morandi, *Il sistema nazionale della pubblica istruzione: una storia italiana*, in F. Rigano, G. Matucci (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, 2016, 16. I primi segnali sul piano normativo di epoca liberale per il riconoscimento di una funzione di promozione dell'istruzione sono a inizio Novecento, con il governo Giolitti. A tal proposito si vedano: G. Giolitti, *Discorsi extraparlamentari*, in N. Valeri (a cura di), Torino, 1952, 105 ss. e 106; G. Carrocci, *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino, 1962, 1 ss.; A. Asor Rosa, *La cultura della Storia d'Italia*, vol. IV, 2, Torino, 1957, 1099 ss.; G. Melis, *Istituzioni liberali e sistema giolittiano*, in *Studi storici*, 1978, 131-174.

<sup>8</sup> Sul piano formale l'art. 5 risente delle modificazioni di cui alla riforma costituzionale del 25 settembre 1860, per cui l'obbligo in capo alle Province di assicurare una «educación primaria gratuita» è, dopo la revisione del 1860 e ancor oggi, un obbligo di assicurare esclusivamente una «educación primaria». L'abrogazione della parola «gratuita» riflette le difficoltà economiche delle Province, le quali non avrebbero potuto assicurare la gratuità dell'istruzione. Fu così lasciata alla competenza del Legislatore decidere se e in quale misura rendere gratuita l'istruzione primaria, magari in considerazione della contestuale situazione economica-finanziaria delle Province. Fra i primi provvedimenti legislativi volti alla gratuità dell'istruzione si ricordi la legge n. 1.420 del 1884 che diede avvio, per la prima volta dall'indipendenza del Paese, a un piano nazionale sull'istruzione per rendere il ciclo primario obbligatorio e gratuito. Lo Stato avrebbe dovuto garantire l'esistenza di una offerta educativa pubblica a favore di tutti i bambini, che consentisse l'accesso a un livello minimo di istruzione; alle famiglie sarebbe stato imposto di iscrivere i loro figli alle scuole primarie, a pena di sanzioni. L'istruzione passò dunque sotto il controllo dello Stato federale, che però ancora in tale fase lasciò alle Province il compito di dare effettività alla obbligatorietà e alla gratuità. Con la legge n. 4.874 del 1905 (*Ley Láinez*) lo Stato fu autorizzato a creare e organizzare le scuole del primo ciclo di istruzione. Tale legge rappresentò dunque un primo passo verso la garanzia del diritto all'istruzione e rimase in vigore fino a che, nel 1990, la competenza di creare e organizzare le scuole primarie passò alle Province e alla Città autonomia di Buenos Aires. Sempre nell'ottica di un maggiore ruolo dello Stato nel creare le garanzie minime per poter godere del diritto all'istruzione, fu promulgata la legge n. 12.558 del 1938 (*Ley Palacios*) con la quale lo Stato assunse il compito di intervenire sulla questione sanitaria dei bambini in età scolare. L'istruzione gratuita è oggi prescritta all'art. 75, clausola 18 dopo la revisione costituzionale del 1994.

segnata dalla promulgazione della Costituzione peronista del 1949, che l'istruzione assunse la dimensione di diritto sociale e ciò nell'ottica del riconoscimento di una eguaglianza non più solamente formale ma anche sostanziale e della dignità della persona come meta governativa, ovverosia come indirizzo politico-costituzionale per il potere esecutivo e legislativo.

L'istruzione è, dopo la revisione peronista, anche un diritto alla formazione professionale del lavoratore (*derecho a la capacitación*), prescritto all'art. 37, paragrafo I, clausola 3 ed è funzionale al generale «mejoramiento de la condición humana»<sup>9</sup>. Sul punto del riparto di competenze, il successivo paragrafo IV, clausola 1, stabilì la competenza dello Stato federale nella istituzione di scuole primarie, secondarie e tecnico-professionali, delle Università e Accademie, e nella formazione di docenti specializzati per l'insegnamento<sup>10</sup>. Ai sensi dell'art. 37, paragrafo IV, clausola 2<sup>11</sup>, fu confermata la gratuità dell'istruzione primaria, prevista fin dalla Costituzione argentina del 1853 all'art. 5. Altresì, similmente a quanto previsto dalla Costituzione della Repubblica italiana all'art. 38, commi 3 e 4, l'art. 37, paragrafo IV, clausola 6<sup>12</sup>, affermò il diritto degli studenti capaci e meritevoli di raggiungere i più alti gradi dell'istruzione e, per tale fine, allo Stato federale fu affidato il compito di intervenire con borse di studio, assegni alle famiglie e ulteriori provvidenze.

Sicché, con la Costituzione del 1949, nella più ampia edificazione dello Stato sociale argentino, l'istruzione assunse la dimensione di diritto sociale, ma sul piano del riparto di competenze gli oneri finanziari maggiori furono posti per lo più in capo alle Province. Ciò causò, come meglio si argomenterà nel prosieguo, una “debolezza” dello Stato federale, il quale sul piano costituzionale non era dotato di strumenti sufficienti per assicurare livelli omogenei su tutto il territorio, per scongiurare discriminazioni nell'accesso al diritto di istruzione dovute alle scarse capacità di talune Province argentine di far fronte ai costi della sua erogazione.

In un più ampio ripensamento dello Stato sociale peronista, culminato nella revisione costituzionale del 1994 (da cui origina il testo vigente), il diritto di

---

<sup>9</sup> Costituzione peronista del 1949, art. 37, paragrafo I, clausola 3: «Derecho a la capacitación – El mejoramiento de la condición humana y la preeminencia de los valores del espíritu imponen la necesidad de propiciar la elevación de la cultura y la aptitud profesional, procurando que todas las inteligencias puedan orientarse hacia todas las direcciones del conocimiento, e incumbe a la sociedad estimular el esfuerzo individual proporcionando los medios para que, en igualdad de oportunidades, todo individuo pueda ejercitar el derecho a aprender y perfeccionarse».

<sup>10</sup> Art. 37, paragrafo IV, clausola 1: «La enseñanza tenderá al desarrollo del vigor físico de los jóvenes, al perfeccionamiento de sus facultades intelectuales y de sus potencias sociales, a su capacitación profesional, así como a la formación del carácter y el cultivo integral de todas las virtudes personales, familiares y cívicas».

<sup>11</sup> Art. 37, paragrafo IV, clausola 2: «La enseñanza primaria elemental es obligatoria y será gratuita en las escuelas del Estado. La enseñanza primaria en las escuelas rurales tenderá a inculcar en el niño el amor a la vida del campo, a orientarlo hacia la capacitación profesional en las faenas rurales y a formar la mujer para las tareas domésticas campesinas. El Estado creará, con ese fin, los institutos necesarios para preparar un magisterio especializado».

<sup>12</sup> Art. 37, paragrafo IV, clausola 6: «Los alumnos capaces y meritorios tienen el derecho de alcanzar los más altos grados de instrucción. El Estado asegura el ejercicio de este derecho mediante becas, asignaciones a la familia y otras providencias que se conferirán por concurso entre los alumnos de todas las escuelas».

istruzione fu ripensato alla luce di un rinnovato ruolo di garanzia dello Stato stesso. Come meglio si dirà, ai sensi dell'art. 75, clausola 19, tramite una riserva di legge rinforzata per contenuto, fu quindi attribuito allo Stato federale il compito di promulgare leggi sull'organizzazione dell'istruzione, specificamente volte a consolidare l'unità nazionale nel rispetto delle diversità provinciali e locali e a garantire la responsabilità "indelegabile"<sup>13</sup> dello Stato nel dare effettività al diritto di istruzione con la partecipazione – in ottica solidaristica e democratica- della famiglia e di tutta la società, e al fine di promuovere le pari opportunità, la non discriminazione, nonché col compito di garantire non soltanto la gratuità ma anche l'equità dell'istruzione pubblica e l'autonomia e l'autosufficienza finanziaria delle Università statali<sup>14</sup>. Coerentemente, con la successiva clausola 23, fu affidato allo Stato il compito di promuovere «acción positiva», al fine di garantire l'effettiva parità di opportunità e di trattamento, nonché – secondo una sorta di "riconoscimento" multilivello dei diritti fondamentali - il pieno godimento ed esercizio dei diritti riconosciuti dalla Costituzione, dai Trattati e dai Patti internazionali, con particolare attenzione a talune categorie di soggetti "vulnerabili": i bambini, le donne, gli anziani e le persone con disabilità. E, sempre in tale ottica fu infine affidato allo Stato federale il compito di adottare norme "speciali" volte a definire un regime di sicurezza sociale a tutela del bambino in stato di abbandono fino al termine dell'istruzione elementare e della madre durante la gravidanza e l'allattamento<sup>15</sup>.

Riguardo ai profili sino a ora messi in evidenza, il "percorso" costituzionale del diritto di istruzione, da diritto individuale a diritto sociale, la cui garanzia è affidata in primo luogo allo Stato federale, è rintracciabile nella *Ley de Educación Nacional* n. 26.206 del 2006, che regola l'esercizio del diritto di insegnare e apprendere. L'istruzione è definita all'art. 1 un «bien público» e un diritto «personal y social», garantito dallo Stato. In virtù di tale quadro è fatto divieto allo Stato, ai sensi dell'art. 10, di sottoscrivere quei Trattati bilaterali o multilaterali di libero scambio che considerino l'istruzione pubblica un servizio lucrativo o che incoraggino in diverse forme la sua mercificazione. L'istruzione è una «prioridad nacional» e dev'essere funzionalizzata a una serie di "obiettivi" che ritroviamo nel testo e nella trama costituzionale: l'idea di una "società giusta", che affermi la sua sovranità e identità nazionale, eserciti la cittadinanza democratica, rispetti i diritti umani e le libertà fondamentali, in cui ognuno contribuisca al

<sup>13</sup> Cfr. la successiva nota 22 per approfondire il significato di "responsabilità indelegabile".

<sup>14</sup> Costituzione argentina vigente, art. 75, clausola 19: ««Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias»».

<sup>15</sup> Art. 75, clausola 23. Fra i compiti del Congresso nazionale vi è quello di: «Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia»».

progresso economico e sociale della nazione (art. 2). In tale quadro, lo Stato nazionale, le Province e la Città Autonoma di Buenos Aires (secondo l'ordine prescritto dalla lettera dell'art. 3 e ribadito all'art. 6) sono obbligati a fornire un'istruzione integrale, permanente e di qualità, informata ai canoni dell'eguaglianza, della gratuità e dell'equità e con la partecipazione della famiglia e delle altre formazioni sociali.

## **2. La competenza «concertada y concurrente» fra Stato federale, Province e Città Autonoma di Buenos Aires.**

Volendo ora volgere l'attenzione più nello specifico ai soggetti obbligati a dare effettività al diritto di istruzione, occorre accordare l'art. 14 con quanto prescritto dall'art. 75, clausole 2, 18, 19, 23 e dall'art. 5 Cost. argentina. Quest'ultimo dispone che ogni Provincia dello Stato federale deve promulgare una propria Costituzione conformemente ai principi, alle dichiarazioni e alle garanzie della Costituzione nazionale in grado di assicurare oltre che l'amministrazione della giustizia e l'organizzazione municipale, anche l'istruzione primaria<sup>16</sup>.

L'art. 75 clausola 18<sup>17</sup> (c.d. *cláusola para el progreso y el bienestar general*) attribuisce alla competenza federale il compito di dettare piani di istruzione generale e universitaria, analogamente a quanto previsto dall'art. 33, comma 2, Cost. italiana, per cui: «La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi»). La clausola 18 riproduce la n. 16 dell'art. 67 del testo costituzionale del 1853, ispirata alla funzione “redentoria” dell'istruzione (c.d. *educación redentora*), volta a superare “la miseria e l'ignoranza” del popolo, e si incardina nella idea per cui l'istruzione è un mezzo di sviluppo della dignità della persona, di affrancamento dalla situazione economica e sociale di partenza, di raggiungimento del benessere generale. Nell'esperienza costituzional-liberale argentina l'istruzione è quindi un mezzo per creare l'unione nazionale e culturale degli abitanti del Paese, e probabilmente anche per questa ragione fu attratta alla competenza federale: un'impostazione assai distante da quella derivante dalla disamina dello Statuto albertino del 1848 allorché l'istruzione, sul piano formale-costituzionale, come si ricordava poc'anzi, non fu un diritto, né tantomeno fu considerata dal Legislatore nella sua potenziale funzione “unificante” degli stati pre-unitari annessi al Regno d'Italia.

Secondo un primo orientamento, che privilegia un'interpretazione sistematica, tali piani d'istruzione generale possono riguardare solamente il livello secondario e superiore d'istruzione, e non il livello primario, siccome la competenza è attribuita espressamente alle Province dall'art. 5<sup>18</sup>. Invece,

---

<sup>16</sup> Per un breve sguardo sui livelli di governo nell'ordinamento federale argentino si consiglia la lettura di A. Vendaschi, *Il federalismo fiscale in Argentina* (capitolo XIV), in G. F. Ferrari (a cura di), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, 2010, 443-490.

<sup>17</sup> Id., articolo 75, clausola 18, prima parte: «Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria [...]».

<sup>18</sup> Sulla struttura del sistema educativo nazionale vd. art. 17 della *Ley de educación nacional* n. 26.206, approvata il 14 dicembre 2006 e promulgata il 27 dicembre 2006.

favorendo un'interpretazione letterale, si è osservato che lo Stato federale è competente a dettare piani di istruzione generale anche per l'istruzione primaria, dato che il tenore della clausola 18 è riferito a tutti i livelli dell'istruzione («instrucción general y universitaria»). D'altronde, l'art. 5 obbliga le Province ad «asegurar» l'istruzione del livello primario e nulla osta a che a livello federale i piani d'istruzione possano intervenire anche in tale materia. In caso di conflitto fra i piani di istruzione dello Stato federale e delle Province dovrà però essere preferito il piano d'istruzione delle Province, salvo che non vi sia un interesse ragionevole<sup>19</sup> che conduca a preferire le norme dei piani istruzione nazionale poste a livello federale<sup>20</sup>.

La clausola 19 dell'art. 75<sup>21</sup> attribuisce allo Stato il compito di promulgare delle leggi dedicate all'organizzazione dell'istruzione con l'obiettivo di consolidare l'unità nazionale, nel rispetto delle diversità provinciali e locali e che inoltre garantiscano la responsabilità indelegabile dello Stato, la partecipazione della famiglia e della società, la promozione dei valori democratici e le pari opportunità senza alcuna discriminazione. Tali leggi devono essere informate ai principi di gratuità ed equità dell'istruzione pubblica statale e di autonomia e autosufficienza delle Università nazionali. Sicché, ai fini di garantire la gratuità dell'istruzione primaria, allo Stato nazionale è attribuita la competenza di adottare norme di carattere generale senza con ciò compromettere l'assetto federale e l'autonomia delle Province. D'altronde la clausola 19 attrae alla competenza nazionale solamente la «organización y base» e non ogni aspetto dell'istruzione<sup>22</sup>. A sua

<sup>19</sup> La “ragionevolezza” dell'interesse federale è da considerarsi la condizione necessaria affinché lo Stato nazionale possa far valere la «supremacia federal» sulla legge provinciale, ai sensi dell'art. 5. Per approfondire, si veda: H. Q. Lavié, *Constitucion de la Nacion Argentina Comentada*, cit., 1997, 33.

<sup>20</sup> N. P. Sagiés, *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, cit., 1999, 213.

<sup>21</sup> Art. 75, clausola 19: «[...] Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales».

<sup>22</sup> Per il tema trattato (e anche perché nel testo taluni dei seguenti punti sono solamente accennati) pare opportuno accennare al significato di alcune delle norme contenute nella clausola 19 dell'art. 75. «Consolidación de la unidad nacional» nel rispetto de «las particularidades provinciales y locales» significa che possono essere adottati a livello federale diverse modalità di regolazione del diritto di istruzione a seconda delle peculiarità della singola Provincia, ciò nell'ottica di una eguaglianza di tipo sostanziale. Di conseguenza, sarebbe illegittimo sotto il profilo costituzionale una istruzione uniforme per tutti. Così come sarebbe illegittima una istruzione che persegua il separatismo o lo smembramento dello Stato federale. Assicurare la «responsabilidad indelegable del Estado» implica, in primo luogo, il dovere dello Stato di garantire l'istruzione a tutti i livelli. Ciò significa, altresì, che lo Stato nazionale deve partecipare al finanziamento dell'istruzione nelle Province che non sono in grado di garantire il servizio. Inoltre, spetta sempre allo Stato nazionale autorizzare, regolare, supervisionare e controllare i servizi dell'istruzione privati, che concorrono con il pubblico. Lo Stato deve inoltre fornire risorse finanziarie sufficienti affinché la fornitura del servizio educativo sia al migliore livello di qualità. «Participación de la familia y de la sociedad» significa che la legge statale è obbligata a prevedere forme di partecipazione della famiglia e della società nell'istruzione. A ben vedere questa clausola è assai ampia e indeterminata, ma questo non ha impedito alla dottrina di considerare incostituzionale una legge che non dovesse prevedere

volta, l'art. 75, clausola 2<sup>23</sup> afferma che lo Stato può imporre contribuzioni dirette e indirette a carico delle Province, per un tempo determinato, in modo proporzionale per tutto il territorio federale, se lo richiedano la sicurezza comune e il bene generale.

Secondo autorevole dottrina<sup>24</sup> il principio di equità di cui alla clausola 19, letto in combinato disposto con la clausola 2 dell'art. 75, è espressione di un regime solidaristico fra Stato nazionale, Province e Città Autonoma di Buenos Aires nella garanzia del diritto all'istruzione, rafforzato dall'art. 75, clausola 23<sup>25</sup> che pone in capo allo Stato l'obbligo di promuovere azioni positive che garantiscano l'eguaglianza sostanziale e il pieno esercizio dei diritti riconosciuti dalla Costituzione argentina e dai Trattati internazionali vigenti sui diritti umani, con particolare attenzione ai bambini, alle donne, agli anziani e alle persone con disabilità. Tale interpretazione trova d'altronde riscontro nel dato normativo primario il quale, all'art. 12 della *Ley de Educación nacional* n. 26.206, afferma che

---

alcunché a riguardo. «Promoción de los valores democráticos» significa che la programmazione statale dell'istruzione deve informarsi al principio democratico della Costituzione argentina, valorizzando la libertà di coscienza sul piano religioso, di pensiero e di convinzioni personali. «Igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna»: con questa clausola il Legislatore ha voluto impedire che gli ostacoli economici e sociali potessero compromettere l'accesso e la permanenza a tutti i livelli di istruzione, da quello primario sino a quello universitario. «Gratuidad y equidad en la educación pública estatal». A riguardo sono stati affrontati diversi profili durante il dibattito in sede di riforma della Costituzione argentina del 1994, che ha portato a tale formulazione. Infatti, in primo luogo ci si è interrogati sulla portata dei termini "gratuità" ed "equità", ovverosia se tali termini hanno natura programmatica o se, di contro, hanno natura immediatamente precettiva. Altresì, vi è stato un lungo dibattito sulla compatibilità dei termini gratuità e equità. Secondo alcuni, tale formulazione consentirebbe comunque di inserire una tassazione per alcuni livelli di istruzione. Secondo altri, invece, l'equità significa che è imposto allo Stato l'onere di fornire mezzi sufficienti per accedere ad un'istruzione gratuita per tutti, dunque se la gratuità all'accesso ai vari livelli di istruzione non garantisce tale equità, lo Stato dovrà predisporre ulteriori prestazioni al fine di raggiungere l'obiettivo prescritto nella clausola 19. «Promoción de la investigación y desarrollo científico y tecnológico. Su difusión y aprovechamiento»: come osservato dalla dottrina tale norma è meramente programmatica, e la sua portata è assai ampia e indeterminata. «Protección de la identidad y pluralidad cultural». L'obiettivo di tale clausola è quella di promuovere la identità culturale dello Stato argentino e valorizzare al contempo le identità culturali delle singole Province. «Libre creación y circulación de las obras del autor». Questa clausola è assimilabile, almeno in parte, a quanto previsto dall'art. 33, comma 1, Costituzione italiana per cui: «L'arte e la scienza sono liberi e libero ne è l'insegnamento», ed è considerata nell'ordinamento argentino come specificazione della libertà di espressione del pensiero, volta a impedire, fra le altre cose, la censura sopra le opere artistiche e intellettuali. Per un maggior approfondimento si veda ancora la bibliografia indicata in nota 4.

<sup>23</sup> L'art. 75, clausola 2, prevede fra le competenze del Congresso nazionale quella di imporre dei contributi diretti o indiretti (questi ultimi con l'accordo delle Province) sempre che: «la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan».

<sup>24</sup> Cfr. ancora M. A. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, cit., 693.

<sup>25</sup> Art. 75, clausola 23: «23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embar».

lo Stato nazionale, le Province, la Città Autónoma di Buenos Aires «de manera concertada y concurrente» sono responsabili della pianificazione, dell'organizzazione, della supervisione e del finanziamento del sistema educativo nazionale. Tali soggetti devono garantire l'accesso all'istruzione mediante lo stabilimento e l'amministrazione degli istituti d'istruzione di gestione statale. Rimane attratta alla sfera di competenza esclusiva dello Stato federale l'istituzione e il finanziamento delle Università pubbliche<sup>26</sup>. Vi è ulteriore conferma all'art. 4 della legge n. 26.206 citata, secondo cui lo Stato nazionale, le Province e la Città Autonoma di Buenos Aires hanno la responsabilità principale e indelegabile di provvedere a una istruzione integrale, permanente e di qualità, per tutti gli abitanti della nazione, garantendo l'eguaglianza, la gratuità e l'equità nell'esercizio di tale diritto, con la partecipazione delle formazioni sociali e familiari<sup>27</sup>.

Sul punto della gratuità delle Università pare interessante ricordare giusto per brevi accenni il dibattito riguardante il rapporto fra gratuità ed equità, dal momento che un'istruzione universitaria gratuita per tutti potrebbe, sul piano dell'eguaglianza sostanziale, non essere equa, giacché sul medesimo piano della "gratuità" sono posti soggetti aventi una situazione economica assai diversa e, quindi, differenti punti di partenza sul piano delle opportunità. Se si esamina dalla prospettiva di una obbligazione per lo Stato di garantire una istruzione in condizioni di eguaglianza per tutti: «a la gratuidad se sumaría la equidad»<sup>28</sup>; implica che gli studenti che frequentano la scuola pubblica hanno il diritto a ricevere un sussidio, ad esempio per comprare i libri, al fine di rendere effettiva l'eguaglianza delle opportunità. Tale impostazione muove dall'idea che l'istruzione pubblica statale deve essere senza costi per gli studenti, in nessuno dei suoi cicli di istruzione, ad eccezione dei corsi post-laurea. Di contro, si osserva che l'eguaglianza di tipo sostanziale può limitare la gratuità, imponendo delle tasse a carico, così da reperire delle risorse finanziarie da destinare agli studenti privi di mezzi sufficienti, e rendere effettiva a favore di quest'ultimi l'eguaglianza delle opportunità<sup>29</sup>.

### 3. Gli strumenti di garanzia.

Una volta definita per accenni la dimensione costituzionale del diritto all'istruzione e la competenza «concertada y concurrente» fra Stato federale,

---

<sup>26</sup> Art. 12, *Ley de Educación Nacional* n. 26.206 del 2006: «El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional. Garantizan el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal. El Estado nacional crea y financia las Universidades Nacionales».

<sup>27</sup> Artículo 4: «El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias».

<sup>28</sup> Cfr. ancora M. A. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, cit., 693

<sup>29</sup> In questi termini si è espresso il Ministerio de Cultura y Education de la Nación s/estatutos de Universidad Nacional de Cordoba, C. S. (1999), *La Ley*, 1999-E, 255.

Province e Città Autonoma di Buenos Aires, pare utile indicare gli interventi del Legislatore argentino, tra la revisione costituzionale del 1994 e i primi anni 2000, volti ad accrescere i poteri dello Stato federale sul versante della garanzia del diritto di istruzione, anche a fronte degli inadempimenti delle Province dovuti essenzialmente a problemi di *budget* finanziario.

Orbene, negli anni Novanta, in una situazione di forte crisi economica, fu dato avvio a una politica economica “neoliberale” volta a ridurre drasticamente il ruolo dello Stato argentino e a decentrare gli oneri dell’istruzione in capo alle Province e alla Città autonoma di Buenos Aires. In questa prospettiva, in un breve arco di tempo, furono approvate tre importanti leggi che fissarono la struttura dell’ordinamento scolastico: la *Ley de Tránsito de Establecimientos de Nivel Medio Y Superior No Universitario* (1991, Legge n. 24.949)<sup>30</sup>; *Ley Federal de Educación* (1993, Legge n. 24.195)<sup>31</sup>, sostituita dalla *Ley de Educación Nacional* (2006, Legge n. 26.206)<sup>32</sup> e, infine, la *Ley de Educación Superior* (1995, Legge n. 24.521)<sup>33</sup>. Qualche anno dopo seguì un altro importante intervento legislativo, che merita di essere ricordato per la sua funzione redistributiva a favore delle Province più povere: la *Ley de garantía del ciclo lectivo* (2004, Legge n. 25.864)<sup>34</sup>. Un altro intervento normativo che anticipò la riforma del sistema scolastico dell’istruzione nazionale del 2006 e che occorre ricordare sul piano degli strumenti finanziari volti alla garanzia dell’istruzione è la *Ley de financiamiento educativo* (2005, Legge n. 26.075)<sup>35</sup>.

856

Per quel che riguarda la *Ley de Tránsito de Establecimientos de Nivel Medio Y Superior No Universitario* essa fu volta a decentrare le responsabilità amministrative e finanziarie per l’istituzione di nuove scuole del livello medio e superiore, fino a quel punto a carico dello Stato federale, alle Province e alla Città di Buenos Aires. Ai sensi dell’art. 1, infatti, il Potere esecutivo fu autorizzato a trasferire tramite una serie di accordi bilaterali, a partire dal 1 gennaio 1992, alle Province e al Comune della Città di Buenos Aires, i servizi educativi amministrati direttamente dal Ministero della cultura e dell’istruzione e dal Consiglio nazionale di educazione tecnica. Sotto il profilo de «Los bienes transferidos», l’art. 5 dispose che tale trasferimento avrebbe riguardato la proprietà e ogni altro diritto del governo nazionale sul patrimonio immobiliare; i beni mobili di tutti i tipi; la documentazione, i contratti di locazione e, infine, i contratti afferenti ai servizi. Per quel che riguarda invece il «personal transferidos», il trasferimento avrebbe riguardato tutto il personale docente, tecnico e amministrativo. Sotto il profilo degli strumenti finanziari volti alla realizzazione del decentramento dell’istruzione furono dettate una serie di norme dall’art. 14 all’art. 19 volte a far sì che il trasferimento della competenza dallo Stato federale alle Province e alla municipalità di Buenos Aires fosse ispirato al principio di sussidiarietà verticale, per cui lo Stato federale (come si ricordava poc’anzi) avrebbe attratto alla sua

<sup>30</sup> Approvata il 6 dicembre del 1991 e promulgata il 2 gennaio del 1992.

<sup>31</sup> Approvata il 14 aprile del 1993 e promulgata il 29 aprile del 1993.

<sup>32</sup> Approvata il 14 dicembre 2006 e promulgata il 27 dicembre 2006.

<sup>33</sup> Approvata il 20 giugno del 1995 e promulgata il 7 agosto del 1995.

<sup>34</sup> Approvata il 4 dicembre del 2003 e promulgata l’8 gennaio del 2004.

<sup>35</sup> Approvata il 21 dicembre 2005 e promulgata il 9 gennaio 2006.

competenza le responsabilità decentrate dalla *Ley de Tránsito* per garantire livelli omogenei e minimi d'istruzione in ogni Provincia dello Stato argentino. In tal senso, in via transitoria, fu previsto che, sino a piena implementazione della legge da parte delle Province, il Governo nazionale avrebbe dovuto garantire con risorse proprie la copertura dei costi dei servizi trasferiti per effetto dell'art. 14, fermo restando che, ai sensi del successivo art. 16, sarebbero state trasferite anche le risorse necessarie per adempiere agli obblighi di legge. Per quel che riguarda invece la manutenzione degli edifici scolastici, *ex art.* 19, i relativi oneri furono posti a carico dello Stato federale, il quale avrebbe dovuto stabilire un budget massimo annuale da trasferire per tramite di accordi bilaterali con le Province richiedenti.

La riforma dell'istruzione iniziata con la *Ley de Tránsito* fu completata dalla *Ley Federal de Educación*, abrogata dalla *Ley de Educación Nacional* del 2006.

La *Ley Federal de Educación* stabilì, all'art. 3, che il diritto di insegnare e apprendere *ex art.* 14 Cost. argentina dovesse essere reso effettivo dallo Stato nazionale e dalle Province con la partecipazione delle famiglie, della società e delle sue organizzazioni, senza escludere peraltro l'iniziativa privata. Sul punto del finanziamento, ai sensi dell'art. 60, furono definiti come "priorità" dello Stato federale gli investimenti nel sistema dell'istruzione, da affrontare con risorse del bilancio nazionale e provinciale. L'art. 61 stabilì a carico dello Stato federale che l'ammontare degli investimenti pubblici nel settore dell'istruzione (partendo da una base per l'anno 1992 pari a pesos argentini 6.120.196) dovesse essere gradualmente raddoppiato, ad un tasso di almeno il 20% annuo a partire dal 1993 o tramite un aumento del 50% della percentuale del prodotto interno lordo investito nel settore dell'istruzione, partendo dal dato del 4% per l'anno 1992 pari a pesos 153.004.900. Nel caso in cui gli obiettivi elencati all'art. 61 avessero avuto necessità di individuare ulteriori fonti di finanziamento, l'art. 62 autorizzava lo Stato federale a introdurre delle imposte dirette volte allo scopo di realizzare gli obiettivi di cui all'art. 61, e destinate a singole Province con capacità finanziaria maggiore: una misura, si noti, che anticipa la riforma del 1994 all'esito della quale fu costituzionalizzato il potere dello Stato federale di adottare delle azioni positive *ex* clausola 23 art. 75 e di imporre contribuzioni dirette *ex* clausola 2 art. 75. Per la realizzazione degli obiettivi di cui all'art. 61, ai sensi del successivo art. 63, lo Stato nazionale, le Province e la Città di Buenos Aires, avrebbero dovuto stipulare un «Pacto federal educativo», approvato dalle rispettive assemblee legislative, volto a definire: a) l'ammontare dell'aumento di budget in seno al proprio bilancio; b) il contributo dello Stato nazionale per l'adempimento dei nuovi obblighi derivanti dalla legge a carico delle Province e del Comune della città di Buenos Aires; c) la definizione di procedure di revisione efficienti per garantire l'utilizzo dei fondi destinati all'istruzione nel modo prescritto; d) l'attuazione della struttura e degli obiettivi del sistema educativo indicati dalla *Ley Federal de Educación*. A chiusura delle norme dedicate al finanziamento l'art. 64 stabilì che il Governo nazionale avrebbe dovuto finanziare con fondi assegnati annualmente da parte del bilancio statale, o con fondi speciali predisposti a tal scopo, in tutto o in parte, i programmi di sviluppo dell'istruzione delle singole Province, volti a risolvere

l'emergenza educativa, compensare gli squilibri educativi regionali, affrontare situazioni di marginalità e implementare esperienze educative di interesse nazionale.

Il terzo strumento che fu introdotto agli inizi degli anni Novanta, fu la *Ley de Educación Superior*, come modificata dalla *Ley de implementación efectiva de la responsabilidad del Estado en el nivel de educación superior* (2015, Legge n. 27.204)<sup>36</sup> la quale regolò, ai sensi dell'art. 1, le Università e gli Istituti universitari, statali o privati autorizzati e gli istituti di istruzione superiore di livello nazionale, provinciale o della Città Autonoma di Buenos Aires, a gestione pubblica o privata. All'art. 2 fu stabilito che lo Stato nazionale fosse responsabile dell'erogazione di finanziamenti e della supervisione delle Università nazionali, nonché della supervisione delle Università private (ma non dei finanziamenti, tant'è che queste sono soggette a contributo da parte degli studenti). Al contempo, alle Province e alla Città Autonoma di Buenos Aires fu affidato il compito (nei rispettivi ambiti di competenza) di erogare finanziamenti e supervisionare gli istituti statali di Istruzione superiore e le Università provinciali. Sul piano delle misure di finanziamento, all'art. 58 fu previsto che il contributo statale a favore delle Università dovesse avvenire con fonti di finanziamento incluse nel bilancio dello Stato (ciò con tutta probabilità per dare "certezza" al contributo). Al successivo art. 59 fu stabilito, nel rispetto dell'autarchia economico-finanziaria delle Università, che queste sarebbero state competenti a gestire le proprie risorse finanziarie e ad approvare il bilancio, e che le eventuali risorse finanziarie inutilizzate sarebbero state automaticamente trasferite al bilancio dell'anno successivo. In tal senso, fu attribuita alle Università la potestà di generare ulteriori e nuovi contributi a favore del bilancio universitario, tramite ad esempio la vendita di beni, prodotti, diritti o servizi, vincolando le eventuali risorse aggiuntive a favore di provvidenze economiche per sostenere il diritto allo studio degli studenti più bisognosi, con borse di studio, prestiti, sussidi o crediti di altro tipo, e impedendo al contempo che tali risorse potessero essere utilizzate per coprire la spesa corrente. Sempre con l'obiettivo di tutelare gli studenti in maggiore difficoltà economica, fu previsto che gli altri sistemi di sovvenzioni, prestiti o altre forme di assistenza sarebbero stati destinati a loro favore, così da abbattere le barriere economiche all'accesso agli studi universitari o alla loro prosecuzione.

Un importante intervento legislativo che merita di essere ricordato sul versante dell'effettività del diritto di istruzione, volto a rimediare gli squilibri finanziari fra le Province dello Stato federale argentino, fu la *Ley de garantía del ciclo lectivo* del 2004. Con tale legge il Governo si propose di risolvere l'annoso problema della diversa durata del ciclo di istruzione primaria nelle Province dello Stato federale. Ciò era dovuto all'assenza di sufficienti fondi per adempiere alle obbligazioni salariali nei confronti dei docenti, cosicché il modo per compensare fu quello di modulare la durata dell'anno scolastico a seconda dei fondi disponibili. Ciò creò una evidente discriminazione sul piano dell'effettivo godimento del diritto all'istruzione e su quello riguardante l'eguaglianza tanto formale quanto sostanziale fra Province ricche e povere, che a seconda della propria capacità

---

<sup>36</sup> Approvata il 28 ottobre 2015 e promulgata il 9 novembre 2015.

finanziaria avrebbero potuto adempiere con maggiore o minore intensità all'obbligo costituzionale di erogare l'istruzione in modo eguale e gratuito. Orbene, a tale situazione rimediò il governo centrale che fissò un minimo di garanzie in tutte le Province dello Stato argentino. Sicché all'art. 1 fu previsto che il ciclo annuale minimo fosse stabilito in centottanta giorni di lezione «*día efectivos de clase*» per tutte le Province dello Stato argentino, intendendo per tali, ai sensi del successivo art. 3, i giorni di lezione ove si fossero svolte almeno la metà delle ore previste dalle diverse legislazioni provinciali per la giornata scolastica. Le Province, dal canto loro, in caso di mancato rispetto degli obblighi sanciti all'art. 1, avrebbero dovuto adottare le misure necessarie al fine di recuperare i giorni di lezione persi sino al raggiungimento del livello minimo fissato dalla legge. Al fine di assicurare il rispetto della durata minima del ciclo scolastico per le Province non in grado di far fronte agli obblighi di legge, fu prevista la possibilità di domandare «*asistencia financiera*» allo Stato federale, ai sensi dell'art. 4. Dal canto suo, lo Stato federale, dopo aver valutato la natura e le cause delle difficoltà finanziarie, avrebbe potuto accordare il finanziamento necessario per garantire la continuità dell'attività educativa «al meglio delle sue possibilità». Fu dunque posta una «riserva del possibile»<sup>37</sup> nella garanzia del diritto all'istruzione, espressa anche dall'utilizzo, nell'art. 4, della locuzione «*procurará brindar*» («cercherà di procurare»), volta a individuare una sorta di limite dell'intervento dello Stato federale per la garanzia del diritto all'istruzione, stante nella stessa capacità finanziaria del bilancio statale. Orbene, tale riserva del possibile trova a sua volta un limite nel nucleo essenziale del diritto all'istruzione, sicché lo Stato è tenuto a garantire un «minimo essenziale» a tutti i suoi abitanti. Come si diceva, in caso fosse necessario, lo Stato federale può valutare, *ex art. 75*, clausola 2, di imporre a talune e non altre Province oneri contributivi, in ottica solidaristica.

### 3.1. (segue) La legge sul finanziamento dell'istruzione.

Sempre al fine di risolvere l'annoso problema della disparità nell'erogazione dell'istruzione fra Province più ricche e altre più povere, nel 2005 fu promulgata la *Ley de financiamiento educativo*<sup>38</sup>, volta a riequilibrare gli investimenti statali nel settore dell'istruzione, al fine di garantire l'eguaglianza di opportunità di apprendimento, sostenere le politiche di miglioramento della qualità dell'istruzione e rafforzare la ricerca scientifica e tecnologica<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> R. Perlingeiro, *¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?* in *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario Colombia, Bogotá, 16 (2), 2014, 181-212. Tale contributo sebbene affronti il tema della riserva del possibile in relazione all'ordinamento giuridico brasiliano si segnala perché inquadra, sotto il profilo dogmatico, i temi dottrinari coinvolti dalla garanzia dei diritti costituzionali.

<sup>38</sup> Approvata il 21 dicembre 2005 e promulgata il 9 gennaio 2006.

<sup>39</sup> Ispirati dalla tutela della dignità della persona, fra gli obiettivi della legge indicati all'art. 2, volti all'aumento degli investimenti materia di istruzione, furono indicati: a) l'inclusione di tutti i bambini di 5 anni di età nella scuola di primo livello; b) un minimo di dieci anni di scuola dell'obbligo per tutti i bambini e i giovani, con particolare attenzione ai bisogni educativi speciali; c) come obiettivo minimo, ottenere che il 30% degli alunni e studenti delle scuole del livello primario e secondario avessero una giornata scolastica intera, con attenzione alle aree

Tale legge introdusse dei meccanismi per il coordinamento degli investimenti pubblici nei vari livelli di governo, col fine di incrementare gli investimenti del settore dell'istruzione dal 4,3% del prodotto interno lordo del 2006 sino al 6% nel 2010 (art. 3)<sup>40</sup>. Per raggiungere tale obiettivo fu previsto un meccanismo di compartecipazione dello Stato federale e delle singole Province e della Città Autonoma di Buenos Aires. Ai sensi dell'art. 4, la spesa consolidata dell'istruzione a carico del bilancio statale fu aumentata al 40% rispetto a quella dell'anno precedente, così che la spesa per l'istruzione raggiungesse l'obiettivo del 6% del PIL, con un aumento dello 0,3% per gli anni 2006, 2007, 2008, 2009 e dello 0,4% per l'anno 2010. Contemporaneamente, la spesa consolidata per l'istruzione a carico del bilancio delle Province e della Città Autonoma di Buenos Aires sarebbe aumentata del 60% rispetto all'anno precedente. Purtuttavia, all'art. 6 fu previsto un meccanismo volto a salvaguardare il bilancio statale e provinciale da eventuali "fasi avverse" del ciclo economico, per cui negli anni fiscali in cui non vi fosse stato alcun aumento del PIL o quando la variazione di esso non avesse generato l'aumento della raccolta necessaria per raggiungere gli obiettivi finanziari previsti, l'obiettivo annuale sarebbe dovuto essere adeguato proporzionalmente all'aumento delle entrate. Fermo restando la possibilità dello Stato federale così come delle Province e della Città autonoma di Buenos Aires di ridefinire i termini, le condizioni e la portata degli impegni assunti.

Al fine di monitorare gli obiettivi annuali e dunque l'assolvimento degli oneri di legge, furono predisposti diversi strumenti. Ai sensi del successivo art. 16, fu sancito che la struttura dei bilanci annuali delle Province e della Città Autonoma di Buenos Aires dovesse indicare in un'apposita sezione, dunque separatamente, il *quantum* delle risorse finanziarie trasferite in base alle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5. Tanto il Governo nazionale quanto le Province e la Città Autonoma di Buenos Aires avrebbero dovuto presentare regolarmente informazioni riguardo le risorse destinate all'istruzione, con particolare riferimento alla spesa pro-capite per studente, con l'indicazione dell'ammontare della quota di risorse assegnate sul

---

geografiche svantaggiate; d) la promozione di meccanismi di allocazione delle risorse finanziarie che avessero quale obiettivo quello dell'inclusione scolastica, soprattutto riguardo ad alunni e studenti sotto la soglia di povertà; e) l'universalizzazione del livello medio/polimodale dell'istruzione a favore dei giovani e degli adulti che hanno abbandonato la scuola o non hanno raggiunto tali livelli di studio; f) l'eliminazione dell'analfabetismo in tutto il territorio nazionale; g) il sostegno alla ricerca pedagogica, col fine di incrementare la qualità e l'equità nell'istruzione; h) la promozione dell'insegnamento di una seconda lingua; i) la promozione del collegamento fra scuola e lavoro, anche attraverso l'aumento degli investimenti nei centri di formazione professionale; l) il miglioramento delle condizioni lavorative e salariali degli insegnanti a tutti i livelli del sistema educativo, con particolare attenzione alla formazione iniziale; m) il rafforzamento della democrazia all'interno della scuola e della qualità del livello universitario.

<sup>40</sup> L'art. 3 della *Ley de Financiamiento Educativo* va accordata con l'art. 9 della *Ley de Educación Nacional* secondo cui l'obiettivo del 6% di PIL in istruzione deve essere osservato anche per gli anni successivi al 2010: «El Estado garantiza el financiamiento del Sistema Educativo Nacional conforme a las previsiones de la presente ley. Cumplidas las metas de financiamiento establecidas en la Ley N° 26.075, el presupuesto consolidado del Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires destinado exclusivamente a educación, no será inferior al seis por ciento (6%) del Producto Interno Bruto (PIB)».

totale della spesa pubblica e il grado di conformità con gli obiettivi finanziari. Tali informazioni, poi, sarebbero dovute essere pubblicate sulla pagina web delle singole amministrazioni. Sempre in tal senso, il regolamento esecutivo della Legge 26.075 (decreto n. 459 del 2006) pose l'obbligo in capo alle Province di attivare un conto bancario, specificamente denominato *Ley de Financiamiento Educativo*, come condizione perché lo Stato centrale potesse procedere al trasferimento della somma di denaro dovuta annualmente. Ciò con l'obiettivo di verificare che le Province a loro volta procedessero a trasferire presso tale conto quanto da loro dovuto.

Peraltro, il miglioramento e l'equiparazione del salario degli insegnanti fu uno degli obiettivi espressi dalla legge. In tal senso, l'art. 9 istituì presso il Ministero Nazionale dell'Istruzione, della Scienza e della Tecnologia il *Programa Nacional de Compensación Salarial Docente*, col fine di contribuire alla compensazione delle diseguaglianze nel salario iniziale degli insegnanti in quelle Province in cui fu valutato attendibilmente che, nonostante lo sforzo finanziario destinato al settore e il miglioramento dell'efficienza nell'assegnazione di risorse, non fosse possibile superare tali disuguaglianze. Peraltro, ai sensi dell'art. 10 fu previsto un organo paritario, composto dal Ministero, dal Consiglio federale della cultura e dell'istruzione e dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, al fine di giungere alla stipulazione di un accordo quadro volto a definire delle linee guida riguardo le condizioni di lavoro, il calendario scolastico, lo stipendio minimo degli insegnanti e la carriera dell'insegnante.

#### **4. Appunti conclusivi sul diritto di istruzione: il dovere di riparazione, il principio di progressività e il divieto di regressione.**

Come si è brevemente accennato, il diritto all'istruzione, nella sua dimensione giuridico-costituzionale, origina dalla Costituzione repubblicana del 1853 e si sviluppa seguendo le tappe del costituzionalismo argentino, da liberale a sociale. Lo Stato federale ha la responsabilità indelegabile di assicurare a tutti l'istruzione e, come si è potuto apprezzare dalla disamina della legislazione primaria, tale funzione è esercitata in un regime di co-responsabilità fra i livelli di governo coinvolti nel sistema educativo nazionale, onde garantire in tutte le Province argentine livelli omogenei e "minimi" di istruzione. All'interno del regime di co-responsabilità, lo Stato federale è garante affinché in tutta l'Argentina sia rispettato lo statuto costituzionale del diritto all'istruzione. In tal senso, la normativa di rango primario pone a livello federale - e non sugli altri livelli di governo ove è allocato un *quid* di competenza - una sorta di dovere di riparazione: lo Stato federale deve sempre rispondere e agire in via sussidiaria per evitare di incorrere in responsabilità (interne e internazionali) e deve porre rimedio a eventuali violazioni del diritto.

Inoltre, coerentemente agli obblighi scaturenti dal quadro dei vincoli internazionali sui diritti umani a cui l'Argentina ha aderito, lo Stato federale è

tenuto a garantire il diritto di istruzione secondo un criterio di progressività<sup>41</sup>. Secondo l'art. 21 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), infatti, ciascuno degli Stati aderenti si impegna ad adottare, fra le altre cose, misure economiche per raggiungere progressivamente, con tutti i mezzi possibili e appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena efficacia dei diritti ivi riconosciuti<sup>42</sup>. Inoltre, *ex art. 26 della Convención americana sobre derechos humanos* (o *Pacto de San José de Costa Rica*), gli Stati parte si impegnano ad adottare misure, sia internamente che attraverso la cooperazione internazionale, in particolare la cooperazione economica e tecnica, per attuare progressivamente la piena realizzazione dei diritti derivanti da norme economiche, sociali, educative, scientifiche, sociali e culturali, contenute nella Carta dell'Organizzazione degli Stati americani, riformata dal Protocollo di Buenos Aires, nella misura delle risorse disponibili, con mezzi legislativi o altri mezzi appropriati<sup>43</sup>.

V'è da concludere che, per quanto il sistema argentino di tutela dei diritti umani sia dominato dal principio di progressività, lo Stato ha l'obbligo di procedere il più rapidamente ed efficacemente possibile alla piena tutela del diritto all'istruzione che, a livello primario delle fonti del diritto, è qualificato come priorità dello Stato e bene pubblico. La progressività è volta a un continuo miglioramento nel godimento del diritto e ambisce a tutelare con sempre maggiore efficacia e qualità il diritto all'istruzione. Da ciò pare discendere un divieto di regredire, in modo arbitrario, dai livelli di tutela a cui l'ordinamento è giunto. Sicché lo Stato non può adottare politiche che peggiorino la situazione di riconoscimento del diritto. Così, ad esempio, non può arretrare sul punto del riconoscimento della gratuità del diritto all'istruzione in nessuno dei livelli in cui tale diritto si articola, o lasciare senza effetto la legge che prevede un minimo di 180 giorni di lezione annuali. Qualsiasi norma regressiva deve essere ampiamente giustificata dallo Stato, poiché, in linea di principio, si presume che sia una violazione del nucleo essenziale del diritto di istruzione e che, pertanto, sia incostituzionale.

---

<sup>41</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2015; L. Clérico, *El exam de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, 2009.

<sup>42</sup> Cfr. art. 21 PIDESC, adottato dall'Assemblea nazionale delle Nazioni Unite (ONU) con risoluzione 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966 e ratificato dall'Argentina il 3 gennaio 1976: «El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto».

<sup>43</sup> Cfr. art. 16 *Pacto de San José de Costa Rica*, adottato dall'Organizzazione degli Stati americani (OAS) il 22 novembre 1969, e ratificato dall'Argentina il 1 marzo 1984: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

# L'impatto della Brexit sull'esecuzione del mandato di arresto europeo dal Regno Unito

di Gianluca Sardi

**Abstract:** *The impact of Brexit on the execution of the European arrest warrant from the United Kingdom* – This article aims at analyzing the very recent ruling of the Court of Justice of the European Union in case C-327/18 PPU, concerning the request for a preliminary ruling to the Court, pursuant to Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, by the High Court of Ireland, in the proceeding concerning the execution of the European arrest warrants issued by the judges of the United Kingdom against a defendant of murder, arson and sexual violence. The applicability of the European Convention on Human Rights in the United Kingdom after Brexit will also be analyzed.

**Keywords:** Ruling, Court of Justice of the European Union, European arrest warrant, European Convention on Human Rights, Brexit.

863

---

## 1. Introduzione

La notifica, da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, della propria decisione di recedere dall'Unione Europea non impedisce l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emanato dai giudici dello Stato suddetto.

Il principio in esame, accompagnato da alcune importanti precisazioni, è stato affermato a chiare lettere dalla Corte di giustizia di Lussemburgo in una recente sentenza<sup>1</sup>, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta a quest'ultima, ex articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, dalla High Court of Ireland con decisione del 17 maggio 2018.

## 2. La legislazione sul mandato di arresto europeo

Al fine di effettuare un corretto inquadramento dell'istituto oggetto della presente ricerca, è utile rilevare che la disciplina del mandato d'arresto europeo si rinviene all'interno della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002<sup>2</sup>, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009<sup>3</sup>.

Al riguardo, è opportuno in primo luogo osservare che dal considerando 10 dell'atto normativo sopramenzionato emerge in maniera chiara il livello di fiducia tra i paesi membri su cui si basa lo strumento del mandato d'arresto unionale, il

---

<sup>1</sup> Corte giust., sent. 19-09-2018, c-327/18 PPU.

<sup>2</sup> GU 2002, L 190, 1.

<sup>3</sup> GU 2009, L 81, 24.

quale può vedere sospesa la sua attuazione solo in ipotesi tassativamente determinate<sup>4</sup>.

Inoltre, il considerando 12 della medesima fonte del diritto esprime i limiti all'esperibilità della procedura de qua, che non può essere utilizzata in violazione dei diritti umani inalienabili, come sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dalle costituzioni degli stati membri dell'istituzione comunitaria<sup>5</sup>.

Tali principi trovano una cristallizzazione compiuta anche nell'articolo 1 della decisione quadro suddetta, che valorizza il canone del riconoscimento reciproco di queste particolari decisioni giudiziarie nel rispetto, però, delle prerogative inviolabili dell'individuo.

A giudizio di un orientamento dottrinale autorevole, il mandato d'arresto europeo mira a superare le Convenzioni di estradizione e a sostituirle con una procedura semplificata di consegna delle persone ricercate, nell'ambito della realizzazione dell'obiettivo del mutuo riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri<sup>6</sup>.

La semplificazione sopramenzionata emerge da diverse caratteristiche.

In primo luogo, è drasticamente ridimensionato il ruolo dell'organo politico: ed infatti, il ministro della giustizia svolge esclusivamente compiti di assistenza amministrativa<sup>7</sup>.

In aggiunta a ciò, le ipotesi di rifiuto sono solo quelle stabilite in maniera uniforme per gli Stati facenti parte dell'UE.

Infine, va osservato che la durata del procedimento di consegna non può superare i sessanta giorni, prorogabili di altri trenta<sup>8</sup>. È evidente come questa

---

<sup>4</sup> Ai sensi del considerando 10 della decisione quadro suddetta, «Il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo [2 TUE], constatata dal Consiglio in applicazione dell'[articolo 7, paragrafo 2, TUE] e con le conseguenze previste al paragrafo [3] dello stesso articolo».

<sup>5</sup> Ed infatti, il considerando 12 della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009, afferma che «La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti [dagli articoli 2 e 6 TUE] e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (...), segnatamente il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi».

<sup>6</sup> G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, ottava edizione, Giappichelli, Torino, 2013, 857.

<sup>7</sup> Un indirizzo dottrinale ritiene che il ministro della giustizia nel procedimento del mandato d'arresto europeo avrebbe un ruolo di mero "passacarte": al riguardo, si sottolinea che il ministro de quo, ad eccezione della procedura di transito, non possiede nessun potere decisorio. Pertanto, quest'ultimo è tenuto a espletare solamente un'attività amministrativa di ricezione e trasmissione degli european arrest warrant tra gli organi giurisdizionali nazionali ed esteri. Così A. Chelo, *Il mandato d'arresto europeo*, Padova, 2010, 32.

<sup>8</sup> In dottrina si è affermato che l'introduzione del mandato di arresto europeo è stata finalizzata alla eliminazione, quanto meno fra gli Stati dell'Unione Europea, delle criticità proprie del sistema classico di estradizione, ad inclusione della sua scarsa celerità. Così A. Busacca, *Criticità della disciplina del mandato di arresto europeo nella fase antecedente la convalida e disparità di trattamento rispetto alle misure precautelari previste dal codice di procedura penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 gennaio 2017.

previsione valorizzi il canone della ragionevole durata del processo, il cui rispetto è imposto dall'articolo 111 della Costituzione, dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'articolo 47 della Carta di Nizza.

A giudizio di un orientamento dottrinale autorevole, il mandato di arresto europeo è uno strumento giuridico complesso, avente al suo interno due anime fondate su logiche differenti e, sotto certi aspetti, contrapposte<sup>9</sup>.

L'anima originaria è la "accelerazione" della procedura di estradizione; l'anima innovativa è la consegna di un ricercato fondata su di un preteso "diritto unificato", e cioè comune agli Stati dell'Unione<sup>10</sup>.

L'istituto del mandato di arresto europeo è situato all'interno di quel progetto di armonizzazione del diritto penale, che era stato cristallizzato dall'articolo 31, lettera e del Trattato di Amsterdam<sup>11</sup>.

All'interno di tale fonte, però, si propugnava la positivizzazione, a tutt'oggi incompiuta, di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico di sostanze stupefacenti<sup>12</sup>.

È auspicabile, pertanto, l'introduzione di disposizioni penali comuni, in ossequio ai fondamentali canoni della legalità e della certezza del diritto, da preservare tanto nei panorami ordinamentali nazionali, quanto in quello unionale.

Con precipuo riferimento all'ordinamento irlandese, poi, va sottolineato che la Repubblica d'Irlanda ha recepito la decisione quadro in esame nel 2003, attraverso l'approvazione dello European Arrest Warrant Act 2003<sup>13</sup>.

Sebbene l'entrata in vigore della legge sopramenzionata sia stata accolta positivamente all'interno del panorama giuridico dell'Eire, non sono mancate le voci critiche nei confronti di una novella foriera di provocare contrasti tra le autorità giudiziarie di diverse nazioni, nascenti talvolta dalla reciproca diffidenza fra queste ultime<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, sedicesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2015, 1080.

<sup>10</sup> *Ivi*, 1080-1081.

<sup>11</sup> Per un approfondimento sul punto, vedi S. Manacorda, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, volume 47, fascicolo 3, 2004, 800 ss.

<sup>12</sup> A giudizio di P. Tonini, "la strada maestra da percorrere avrebbe dovuto essere quella di configurare norme penali comuni secondo l'esempio del *Corpus Juris* elaborato nel 1997 da una commissione di studiosi (Bacigalupo, Delmas-Marty, Grasso, Jareborg, Tiedemann, Van den Wyngaert), appositamente incaricati dalla Direzione generale per il controllo finanziario della Commissione europea. I fatti dell'11 settembre 2001 sembrano essere stati presi a pretesto dal Consiglio europeo per aggirare la fase della predisposizione degli elementi costitutivi comuni dei reati e per operare "come se" tali elementi fossero stati già codificati. Per giustificare l'anima innovativa del mandato di arresto europeo si è fatto ricorso a un "principio di fiducia reciproca" tra gli Stati, che in realtà avrebbe richiesto la elaborazione di norme minime comuni", in *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 1081-1082, nota 37.

<sup>13</sup> Per un'analisi approfondita dello European Arrest Warrant Act 2003 si veda R. Farrell-A. Hanrahan, *The European Arrest Warrant in Ireland*, Clarus Press, Dublin, 2003.

<sup>14</sup> E. McGarr, in *European Arrest Warrant Act 2003: Procedures and problems*. "A serious Trivial Problem", afferma: "In the EU, "extradition" is by means of the European Arrest Warrant (EAW). Any member state may issue an EAW and request its execution in any other member state. Very serious problems can arise in the system. The EAW system is professedly based on the high regard that the national judiciaries have for each other. Notwithstanding, like characters in a Samuel Beckett play, they "go on" with EAW process, being rescued on

### 3. La disciplina del recesso dall'Unione Europea: il caso del Regno Unito

Occorre rammentare, a questo punto, che il Trattato sull'Unione Europea, a seguito delle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona, fissa la procedura da seguire nell'ipotesi in cui una nazione decida di abbandonare l'UE.

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, la pronuncia della Corte di giustizia di Lussemburgo prende le mosse anche dalla richiesta di interpretazione dell'articolo 50 TUE, riconoscente a ogni Stato membro dell'Unione il diritto di recedere da questa nel rispetto delle proprie disposizioni costituzionali.

Al riguardo, una volta notificata al Consiglio europeo l'intenzione di uscire dall'Unione, quest'ultima negozia e conclude con lo Stato uscente un accordo volto a definire tanto le modalità del divorzio, quanto l'assetto delle future relazioni con gli organi comunitari.

Il membro uscente cessa ufficialmente di far parte dell'UE con l'entrata in vigore dell'accordo sopramenzionato o, in assenza di questo, due anni dopo la notifica della decisione di recedere, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, stabilisca con voto unanime di prorogare tale termine.

Con specifico riferimento alla fattispecie oggetto dell'esaminanda sentenza della Corte di giustizia di Lussemburgo, è necessario ricordare che, successivamente al referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea del 23 giugno 2016, il quale ha visto la maggioranza dei cittadini britannici esprimersi a favore dell'uscita del proprio Stato dall'Unione, il governo guidato da Theresa May ha notificato al Presidente del Consiglio Europeo Donald Tusk l'intenzione di recedere dall'UE.

Attualmente, la data fissata per l'entrata in vigore del divorzio, con o senza accordo, è quella del 29 marzo 2019, sebbene inizino a farsi numerose le prese di posizione di giuristi autorevoli, i quali auspicano una seconda consultazione popolare o, in via subordinata, una proroga del termine di scadenza delle negoziazioni fra Londra e Bruxelles<sup>15</sup>.

Sul punto, però, va evidenziato che non mancano voci contrarie a un altro referendum, la cui indizione recherebbe con sé il rischio di tradire la volontà espressi dagli elettori nel voto di giugno di due anni or sono. Altri studiosi, poi, non mancano di rilevare i pericoli insiti in uno "smooth Brexit deal"<sup>16</sup>.

---

occasions by indefatigable work of defence lawyers across the EU", [www.mcgarriorsolicitors.ie](http://www.mcgarriorsolicitors.ie), 10 dicembre 2015.

<sup>15</sup> Sul punto, va evidenziato che di recente Jonathan Cooper OBE, barrister presso le Doughty Street Chambers e specialista nel campo dei diritti umani, nel sottolineare i rischi insiti nella procedura di recesso del Regno Unito dall'Unione Europea e nel richiamare una lettera al Primo Ministro sottoscritta da più di 1500 giuristi britannici, ha affermato che "The current state of the Brexit negotiations is worrying people throughout the UK and the legal profession is no exception to that. We represent people from across industry and society and we see every day the way the prospect of a catastrophic Brexit deal is already causing real harm. This letter to the prime minister has been signed by over a thousand of my colleagues who are convinced that not only is a people's vote the right thing to do, it is the most democratic thing to do as well", in *UK's top lawyers urge Theresa May to back second Brexit vote*, [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com), 5 novembre 2018.

<sup>16</sup> Al riguardo, va rilevata la presa di posizione di Sir Richard Aikens, già giudice di corte d'appello, il quale ha affermato che una proposta di accordo mirante ad attribuire agli organi di giustizia unionali il potere di statuire su determinate controversie britanniche in cambio di uno "smooth Brexit deal" sarebbe "tantamount to reversing the result of the 2016 referendum". Sul punto, Aikens ha dichiarato che "such a deal would still leave the UK under the control of European Courts, and risk maintaining the EU's policy of free movement". In una lettera al Primo Ministro Theresa May, ha quindi sottolineato che "If the European Court

#### 4. Il procedimento all'origine della pronuncia della CGUE del 19 settembre 2018, nella causa C-327/18 PPU

Il caso oggetto del presente giudizio origina da due mandati d'arresto europei emanati dalle autorità competenti del Regno Unito all'attenzione della Repubblica d'Irlanda.

Il primo, ordinato il 27 gennaio 2016, concerne un omicidio e un incendio doloso che sarebbero avvenuti il 2 agosto 2015.

Il secondo, pronunciato il 4 maggio 2016, riguarda una violenza sessuale che sarebbe stata compiuta alla fine del 2003.

L'accusato, che si trova in stato di custodia cautelare nell'Eire dal 3 febbraio 2016 in seguito a due mandati d'arresto europei disposti nei suoi confronti, ha dichiarato la sua contrarietà alla consegna al Regno Unito, sulla base del timore di subire una violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in seguito all'uscita di tale Stato dall'Unione Europea.

Al riguardo, l'indagato sottolineava il rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti qualora le autorità britanniche avessero ordinato la sua detenzione nel carcere di Maghaberry.

Con decisione del 2 novembre 2017, l'Alta Corte d'Irlanda ha affermato che, sulla base di informazioni specifiche e aggiornate riguardanti le condizioni di detenzione nella prigione di Maghaberry, si poteva temere che l'accusato, a causa dei suoi problemi di salute, rischiasse concretamente di subire trattamenti inumani e degradanti<sup>17</sup>. Pertanto, essa ha ritenuto necessario chiedere chiarimenti alle autorità britanniche sulle condizioni di detenzione del presunto reo in caso di consegna. Il 16 aprile 2018 l'autorità emittente i mandati d'arresto europei in questione<sup>18</sup> ha indicato come l'amministrazione penitenziaria dell'Irlanda del Nord avrebbe affrontato il rischio che il detenuto fosse costretto a vivere in condizioni violative dell'articolo 3 della Convenzione EDU.

Dopo aver chiarito che il caso de quo dovrebbe decidersi in ossequio alla legislazione vigente, e non a quella che potrebbe venire alla luce in futuro dopo

---

of Justice were given the exclusive right to interpret the proposed UK/EU treaty in relation to EU citizens rights to enter and stay in the UK, the right of the UK to control UK borders and the rights of all citizens who lived in the UK would be lost forever. [...] Therefore the ECJ would have a 'blank cheque' to rule on the interpretation of the bilateral treaty between the UK and the EU", in V. Wood, *'It's dangerous' EU law compromise will betray will of the people, former judge warns*, [www.express.co.uk](http://www.express.co.uk), 3 dicembre 2017.

<sup>17</sup> Con riferimento alle condizioni della casa circondariale di alta sicurezza di Maghaberry, occorre rilevare che in un'ispezione dello scorso aprile le autorità competenti hanno ritenuto la struttura "unsafe and unstable" tanto per i detenuti, quanto per lo staff. Le problematiche che affliggono tale complesso sono, però, note da diversi anni. Ed infatti, in un report del 21 luglio 2009 la si definì come una delle "worst jails in the UK for prisoner safety". Un report basato su un'ispezione a sorpresa del marzo 2012, invece, rilevava che le caratteristiche del carcere erano migliorate rispetto a tre anni prima. Anche le iniziative organizzate a supporto dei reclusi vulnerabili erano in via di miglioramento, sebbene il documento riportasse che "gaps still existed". In una relazione pubblicata successivamente a una visita non annunciata nel maggio del 2015, però, emergeva che la prigione era in uno "state of crisis". Al riguardo, Nick Hardwick, capo dell'ispettorato delle carceri in Inghilterra e in Galles, ha dichiarato che "This is the most dangerous prison I've been into throughout my time as Chief Inspector". Per approfondire altri aspetti sulle condizioni di vita nella casa circondariale di Maghaberry, si rimanda all'articolo "*Maghaberry Prison: Timeline of reports and inquiries*", in [www.bbc.com](http://www.bbc.com), 18 aprile 2018.

<sup>18</sup> Trattasi del Laganside Court of Belfast.

l'abbandono dell'UE da parte del Regno Unito, il giudice del rinvio ha affermato che la consegna del presunto colpevole sarebbe imposta dalle leggi nazionali attuative della decisione quadro.

In accoglimento della tesi difensiva, denunciante la mancanza di certezza sul regime giuridico del Regno Unito in seguito al suo recesso dall'Unione, la High Court of Ireland affermava l'impossibilità di garantire il rispetto dei diritti di cui l'imputato godeva ai sensi del diritto unionale anche dopo la Brexit.

Di conseguenza, l'Alta Corte d'Irlanda ordinava la sospensione del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al fine di ottenere una pronuncia pregiudiziale della Corte di Lussemburgo che chiarisse l'impatto della Brexit sulla salvaguardia delle prerogative fondamentali dell'imputato.

### **5. La sentenza della CGUE del 19 settembre 2018 nella causa C-327/18 PPU: profili problematici e spunti di riflessione**

A giudizio dei magistrati di Lussemburgo, è necessario in primo luogo esaminare se l'articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea debba essere interpretato nel senso che la notifica da parte del governo di uno Stato membro della propria volontà di recedere dall'Unione ha come conseguenza immediata che, nell'ipotesi di emanazione da parte di questo Stato di un mandato d'arresto europeo nei confronti di un determinato soggetto, lo Stato membro di esecuzione è tenuto a rifiutare di eseguire il mandato o a rinviarne l'attuazione in attesa di un chiarimento sul regime giuridico applicabile nella nazione emittente successivamente alla sua uscita dall'UE.

868

Sul punto, va ricordato che, come si evince dall'articolo 2 TUE, il diritto unionale si basa sulla condivisione, da parte di ciascun paese membro, di una serie di valori comuni con tutti gli altri Stati membri.

Ciò spiega la presenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, quindi, all'osservanza della legislazione comunitaria che li attua<sup>19</sup>.

Con specifico riferimento alla sopramenzionata decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, emerge che essa mira a sostituire il meccanismo multilaterale di estradizione regolato dalla convenzione europea di estradizione del 1957 con una modalità di trasferimento tra gli organi giurisdizionali dei soggetti condannati o sottoposti a indagini penali, allo scopo di garantire l'effettiva esecuzione dei provvedimenti giudiziari o l'esercizio delle azioni penali.

Pertanto la giurisprudenza ritiene che la decisione quadro suddetta, fondata sul canone del riconoscimento reciproco, sia tesa a favorire la cooperazione giudiziaria e a realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto dei fondamentali valori dell'Unione<sup>20</sup>.

Il canone del reciproco riconoscimento trova un'enunciazione esplicita nell'articolo 1, paragrafo 2, della decisione quadro esaminata, il quale stabilisce che gli Stati membri hanno il dovere di dare esecuzione ai mandati di arresto europei in ossequio a tale principio.

Ai sensi di questa disposizione, i giudici dell'esecuzione sono legittimati a rifiutare l'attuazione di un mandato esclusivamente in presenza dei motivi tassativamente indicati dalla norma.

<sup>19</sup> Corte giust., sent. 06-03-2018, C-284/16, *Achmea*.

<sup>20</sup> Corte giust., sent. 25-07-2018, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*.

Di conseguenza, mentre l'esecuzione del mandato costituisce la regola, il rifiuto di procedere è considerato un'eccezione da interpretare in maniera restrittiva<sup>21</sup>.

In alcune occasioni, però, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto la possibilità di sacrificare i valori di riconoscimento e fiducia reciproca tra le nazioni, specialmente quando la consegna sia foriera di comportare per l'imputato il rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti<sup>22</sup>.

Occorre, a questo punto, verificare se la semplice notifica da parte del governo di uno Stato della propria volontà di effettuare il recesso dall'Unione ex articolo 50 TUE sia sufficiente a giustificare, sulla base del diritto unionale, la mancata esecuzione di un mandato di arresto europeo rilasciato da tale Stato in ragione del pericolo che il soggetto consegnato non potrebbe più, dopo tale uscita, rivendicare all'interno dello Stato emittente le prerogative garantitegli dalla decisione quadro e richiedere la loro tutela da parte della Corte di giustizia.

Sulla base di quanto affermato in precedenza, è necessario ribadire che una tale notifica non è in grado di compromettere l'applicazione del diritto comunitario nello Stato membro che ha dichiarato la propria volontà di recedere e che, conseguentemente, la legislazione UE, nella quale rientrano anche le previsioni della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, conserva pieno vigore in Regno Unito fino alla sua uscita definitiva dall'Unione.

A giudizio della Corte di Lussemburgo, quindi, che riprende una giurisprudenza consolidata sul punto<sup>23</sup>, la comunicazione dell'intenzione di recedere dall'UE ex articolo 50 TUE non rientra nel perimetro delle circostanze eccezionali idonee a permettere il rifiuto di portare a esecuzione un mandato d'arresto europeo spiccato da tale Stato.

A tal proposito, la Corte di giustizia chiarisce che il paese emittente, ovvero il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, ha sottoscritto e ratificato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e che, come da esso evidenziato nell'udienza davanti alla Corte di giustizia, tale Stato ha inserito le previsioni di cui all'articolo 3 della CEDU nel proprio diritto interno<sup>24</sup>.

Visto che la permanenza della sua partecipazione alla Convenzione EDU non è in alcun modo collegata alla sua appartenenza all'Unione<sup>25</sup>, la decisione di detto Stato membro di recedere da quest'ultima non incide sul suo obbligo di rispettare l'articolo 3 della Cedu, cui corrisponde l'articolo 4 della Carta di Nizza<sup>26</sup> e, pertanto, non può esimersi dall'eseguire un mandato di arresto europeo sulla base della considerazione che il presunto reo corre un pericolo di trattamenti inumani o lesivi della sua dignità personale.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Corte giust., sent. 05-04-2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Caldaru*.

<sup>23</sup> Corte giust., sent. 25-07-2018, C-216/18 PPU, *cit.*

<sup>24</sup> Corte giust., sent. 19-09-2018, C-327/18 PPU.

<sup>25</sup> Tale assunto, affermato per la prima volta a chiare lettere dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 19 settembre 2018 nella causa C-327/18 PPU, è stato sostenuto da G. Sardi l'11 agosto 2018 durante la presentazione del suo paper "The freedom of speech between liberty and censorship" in occasione dell'*International Conference on Communication and Media Studies: Media and Power in the Digital Age*, tenutasi al Birkbeck College (University of London) di Londra.

<sup>26</sup> Ed infatti, l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e modificata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, dispone che «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

In ogni caso, prima di decidere se dare o meno esecuzione a un mandato di arresto europeo, è necessario che, al momento di adottare tale decisione, il giudice dell'esecuzione possa presumere, attraverso l'effettuazione di una valutazione prognostica ex ante che, nei confronti del soggetto sottoposto a indagini penali o condannato, lo Stato emittente applicherà il contenuto sostanziale dei diritti derivanti dalla decisione quadro precedentemente menzionata applicabili al periodo successivo alla consegna, dopo il recesso di detta nazione dall'Unione. Una tale presunzione è ammessa se l'ordinamento nazionale dello Stato emittente assicura la tutela sostanziale di tali diritti, in particolare a causa della perdurante partecipazione di tale Stato membro a convenzioni internazionali, quali, a titolo meramente esemplificativo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, anche dopo la sua uscita dall'UE.

Soltanto in presenza di prove evidenti atte a dimostrare l'opposto il giudice competente sarà legittimato a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo<sup>27</sup>.

## 6. Conclusioni

Pertanto, la Corte di giustizia di Lussemburgo ha concluso che l'articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea va interpretato nel senso che la mera notifica da parte di uno Stato membro della propria volontà di recedere dall'UE non comporta che, in caso di emissione da parte di tale Stato membro di un mandato d'arresto europeo, lo Stato membro di esecuzione debba rifiutare di eseguirlo o rinviarne l'attuazione in attesa che sia chiarito il regime giuridico applicabile nella nazione emittente dopo il suo recesso dall'Unione Europea. In mancanza di ragioni serie e comprovate di ritenere che la persona oggetto di tale mandato d'arresto rischi di essere privata dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 e s.m.i., a seguito del recesso dall'Unione Europea da parte dello Stato membro emittente, lo Stato di esecuzione non può esimersi dall'eseguire il mandato fintanto che il Regno Unito faccia parte dell'Unione Europea<sup>28</sup>.

Di conseguenza, il caso torna all'attenzione della High Court of Ireland che, in applicazione del principio di diritto cristallizzato nella sentenza della Corte di Lussemburgo, dovrebbe eseguire il mandato di arresto europeo emesso dal Regno Unito nei confronti del detenuto.

Ed infatti, la perdurante partecipazione di quest'ultimo Stato alla Cedu, dipendente non dalla sua adesione alla UE, ma dalla sua collocazione all'interno del Consiglio d'Europa, del quale fanno parte anche altre nazioni fuori dall'Unione Europea, quali la Turchia, la Confederazione Elvetica, l'Albania, l'Azerbaijan e la Federazione Russa, garantirebbe la salvaguardia dei diritti dei soggetti sottoposti a indagini penali o all'espiazione di una sanzione, come positivizzati all'interno dell'articolo 4 della Carta di Nizza, il cui contenuto coincide con quello dell'articolo 3 della Convenzione EDU.

Alla luce delle argomentazioni svolte, emerge che la protezione dei diritti inviolabili dell'individuo, come riconosciuti dalle tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti del Vecchio Continente, è sempre posta al centro degli ordinamenti nazionali e del panorama giuridico unionale.

---

<sup>27</sup> Corte giust., sent. 19-09-2018, *cit.*

<sup>28</sup> *Ibidem.*

Al riguardo, è opportuno rilevare che la decisione di un paese membro dell'Unione di recedere da quest'ultima non può comportare un affievolimento delle garanzie spettanti ai cittadini davanti agli organi chiamati a decidere sulla loro responsabilità penale e sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie delle autorità di altri Stati.

Come si è evidenziato in precedenza, tali rischi appaiono inesistenti con riferimento alla Brexit, dal momento che il Regno Unito continuerà a dover sottostare alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo anche dopo il termine del regime transitorio, la cui scadenza, a meno di modifiche che a tutt'oggi non è possibile escludere (visto il livello di incertezza regnante nelle trattative sul divorzio tra il governo di Londra e gli organi dell'Unione a meno di cinque mesi dalla data fatidica del 29 marzo 2019, che dovrebbe segnare l'inizio del periodo di transizione suddetto), è prevista per il 31 dicembre 2020<sup>29</sup>.

A giudizio di alcuni studiosi, invece, la Brexit lascerà un "gap" nella protezione dei diritti inalienabili dell'uomo, come positivizzati all'interno della Carta di Nizza.

Secondo quanto sostenuto da questa scuola di pensiero, tale vuoto di tutela potrebbe essere riempito solo da una costituzione che limiti le prerogative parlamentari<sup>30</sup>.

Sul punto, però, occorre ribadire che l'operatività in UK della Convenzione europea del 1950 sembra porre i soggetti sottoposti all'azione penale al riparo da qualsiasi pericolo di violazione delle loro garanzie fondamentali.

Va aggiunto, poi, che il Regno Unito ha ratificato nel 1976 il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York City il 19 dicembre 1966, il cui articolo 7 vieta di sottoporre chiunque alla tortura o a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti.

La fonte suddetta attribuisce anche un valore vincolante alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, che all'articolo 5 vieta ogni forma di tortura.

Riportando l'attenzione alla sopramenzionata sentenza della Corte di giustizia di Lussemburgo, è possibile affermare che i principi enunciati al suo interno, sebbene espressamente riferiti a una procedura di mandato di arresto europeo, hanno una portata molto più ampia.

Ed infatti, le statuizioni dei giudici eurounitari sulla tenuta in Regno Unito del sistema di garanzie delle prerogative inalienabili dell'individuo potrebbero essere estese in futuro a tutti i casi in cui emergano interrogativi sulla loro tutela in seguito al recesso di Londra dall'Unione Europea.

---

<sup>29</sup> Ed infatti, la Section 20 dello European Union Withdrawal Act 2018 stabilisce che " "exit day" means 29 March 2019 at 11.00 pm".

<sup>30</sup> Come scrive V. Bogdanor, "we are moving from a codified and protected constitutional system to an uncodified and unprotected one based on the sovereignty of Parliament. [...] The EU is a protected constitutional system, its institutions enjoying only the powers given to them by the Treaties. [...] It is rare if not unprecedented for a democracy to exit from a major international human rights regime [...] Brexit will leave a gap in our constitution in terms of the protection of human rights. This gap could well be filled by the judges. If that happens, Brexit will increase the danger of a clash between the judges and Parliament. In addition, Brexit might prove to be a constitutional moment for Britain, since it may strengthen the case for Britain following nearly every other democracy in developing a codified constitution which provides for the judicial protection of human rights". Cfr. V. Bogdanor, *Brexit and our unprotected constitution*, The Constitution Society, London, 2018.

# Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità

di Alessandro Somma

**Abstract:** *The Eu budget between reform of the system of own resources and conditionality-regime* – For many years attempts are made to reform Eu finances, that is to redefine the system of own resources. Last proposals deal with the possibility of using the Eu budget as a way of strengthening the logic of strict conditionality in financial assistance, as well as with the use of differentiated integration in this field.

**Keywords:** Eu finances; Eu budget; Own resources; Conditionality; Differentiated integration.

## 1. Dai contributi obbligatori al sistema delle risorse proprie

La Comunità economica europea nacque con un bilancio finanziato da contributi obbligatori corrisposti dai singoli Stati, per i quali il Trattato istitutivo aveva stabilito solamente un «criterio di ripartizione» (art. 200), ovvero aveva stabilito le quote spettanti a ciascuno di essi. La concreta entità dei contributi veniva così individuata di volta in volta, in occasione della redazione dei bilanci annuali, il che rappresentava evidentemente di un meccanismo delicato e potenzialmente instabile. Proprio per questo venne concepito come transitorio: lo stesso Trattato precisava che i contributi «potrebbero essere sostituiti con risorse proprie, e in particolare con entrate provenienti dalla tariffa doganale comune dopo la definitiva instaurazione di quest'ultima». Il tutto in attuazione di proposte formulate dalla Commissione, deliberate all'unanimità dal Consiglio dopo aver consultato l'Assemblea, la cui adozione si sarebbe poi raccomandata agli Stati membri (art. 201)<sup>1</sup>.

Per diversi anni non fu possibile raggiungere un accordo attorno a una disciplina delle risorse proprie. Le posizioni dei Paesi membri erano distanti, anche a causa dei contrasti legati alla circostanza che le uscite della Comunità erano rivolte soprattutto all'attuazione della politica agricola comune: di fatto un insieme di misure protezionistiche a sostegno del reddito degli agricoltori, che in quanto tale non interessava tutti i Paesi con la medesima intensità<sup>2</sup>. Nell'immediato fu così possibile varare solo un regolamento relativo al «funzionamento e allo sviluppo del mercato comune dei prodotti agricoli», che istituì un «fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia» da finanziare con entrate autonome: quelle

---

<sup>1</sup> Speculare quanto precisato dagli artt. 172 e 173 Trattato Euratom. Alla Comunità europea del carbone e dell'acciaio furono invece fin da subito destinate risorse proprie.

<sup>2</sup> Per tutti G. Mammarella e P. Cacace, *Storia e politica dell'Unione europea*, Roma e Bari, 2008, 111 ss. e U. Morelli, *Storia dell'integrazione europea*, Milano, 2011, 120 s.

assicurate dal «gettito dei prelievi operati sulle importazioni in provenienza dai Paesi terzi», da considerarsi vere e proprie «entrate di bilancio della Comunità»<sup>3</sup>.

Solo al principio degli anni Settanta fu possibile emanare la prima decisione del Consiglio «relativa alla sostituzione dei contributi finanziari degli Stati membri con risorse proprie della Comunità»<sup>4</sup>. Lì venne stabilito che sono tali i «prelievi agricoli», comprendenti le somme riscosse «nel quadro dell'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero», e i «dazi doganali» derivanti dalla tariffa doganale comune o da altri diritti «sugli scambi con i Paesi non membri». Con la precisazione che i prelievi agricoli venivano acquisiti subito integralmente, mentre i dazi doganali solo progressivamente, in modo tale da giungere in un quinquennio al «trasferimento totale»<sup>5</sup>.

Nella stessa decisione si osservava però che le risorse proprie appena menzionate non erano sufficienti ad «assicurare l'equilibrio del bilancio». Di qui la scelta di alimentarlo anche con proventi dall'Iva, la cui disciplina era stata da poco armonizzata in area comunitaria<sup>6</sup>, e più precisamente con risorse «ottenute mediante applicazione di un tasso che non può superare l'1% ad una base imponibile determinata in modo uniforme per gli Stati membri»<sup>7</sup>. In tal modo si poteva raggiungere l'obiettivo di un bilancio delle Comunità «integralmente finanziato con risorse proprie», direttamente riscosse dagli Stati per essere poi messe «a disposizione della Commissione».

Lo schema appena descritto non andava certo esente da critiche, in parte legate ancora ai costi della politica agricola comune, e dunque alla constatazione che le contribuzioni dei Paesi nordici non risultavano bilanciate da ritorni tangibili in termini di sovvenzioni. Di qui la nota vicenda che interessò il Regno Unito, che a metà anni Ottanta ottenne il varo di un meccanismo di correzione al ribasso delle contribuzioni dovute. Altri problemi derivarono dalla circostanza che la quota Iva, imposta destinata a colpire soprattutto le persone a basso reddito, finiva per determinare la costruzione di un bilancio europeo nel quale i diversi apporti nazionali non rispecchiavano il benessere dei Paesi da cui questi provenivano. Si manifestò così, durante il medesimo Consiglio europeo nel quale si introdussero i correttivi per il Regno Unito, l'intenzione di intervenire per alleviare la condizione degli Stati «con onere di bilancio eccessivo rispetto alla propria prosperità»<sup>8</sup>: intenzione tradottasi nella predisposizione di correttivi a beneficio dei diversi Paesi membri di volta in volta ritenuti meritevoli di ottenere riduzioni sui contributi destinati al bilancio europeo.

I correttivi in discorso non hanno avuto e non hanno certo una portata paragonabile a quelli accordati al Regno Unito, e ciò nonostante il loro impiego massiccio ha condotto alla creazione di una notevole mole di misure particolari<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Regolamento n. 25 del 4 aprile 1962.

<sup>4</sup> Decisione del 21 aprile 1970, 70/243/Cee, Ceca, Euratom.

<sup>5</sup> In seguito verranno individuati importi che gli Stati potranno trattenere a titolo di rimborso delle spese sostenute per la riscossione.

<sup>6</sup> Per tutti A. Parente, *L'Iva comunitaria*, in A.M. Proto (a cura di), *Principi di diritto tributario comunitario*, Napoli, 2011, 134 ss.

<sup>7</sup> Il tasso è stato modificato in più occasioni. Attualmente è fissato allo 0,3% (art. 2 c. 4 Decisione del Consiglio del 26 maggio 2014, 2014/335/Ue).

<sup>8</sup> Consiglio europeo del 25-26 giugno 1984, *Conclusioni della Presidenza*.

<sup>9</sup> V. ad es. quelle previste dalla Decisione del Consiglio del 26 maggio 2014, cit.: «Limitatamente al periodo 2014-2020, la Danimarca, i Paesi Bassi e la Svezia beneficiano di riduzioni lorde del proprio contributo annuo basato sull'Rln pari, rispettivamente, a 130 milioni di Eur, 695 milioni di Eur e 185 milioni di Eur. L'Austria beneficia di una riduzione

Di qui la necessità di interventi complessivi più incisivi, utili oltretutto per adeguare il bilancio europeo ai compiti che si profilavano con l'adozione dell'Atto unico europeo. L'avvio del percorso che avrebbe portato all'Unione economia e monetaria offrì cioè l'occasione per individuare una quarta risorsa propria: un'aliquota del reddito nazionale lordo (Rnl) degli Stati membri «che sarà determinata nel quadro della procedura di bilancio tenuto conto di tutte le altre entrate». Nel contempo si è stabilito un limite all'importo complessivo delle risorse proprie della Comunità per gli stanziamenti di pagamento, fissato nell'1,20% del totale del prodotto nazionale lordo (Pnl) della Comunità: limite da raggiungere progressivamente nell'arco di un quinquennio<sup>10</sup>.

Da notare che, assieme all'individuazione della quarta risorsa propria, si è istituito il quadro finanziario pluriennale<sup>11</sup>, concepito anche per relativizzare i contrasti tra i Paesi membri: si pensò che sarebbero stati in qualche modo indotti ad avvicinare le loro posizioni se indotti a ragionare su un arco temporale non limitato all'annualità. Il tutto mentre anche l'indicazione di un limite all'importo delle risorse proprie favorì l'affievolirsi della conflittualità, giacché relativizzò la distinzione tra spese obbligatorie e non obbligatorie, le prime decise in ultima istanza dal Consiglio e le seconde dal Parlamento europeo<sup>12</sup>.

Al primo quadro finanziario pluriennale, che ha interessato gli anni dal 1988 al 1992, ha fatto seguito un secondo quadro per il periodo dal 1993 al 1999, che è stato interessato da una nuova decisione del Consiglio relativa alle risorse proprie. Lì si è stabilito di portare progressivamente all'1,27% del totale del Pnl degli Stati membri il limite all'importo complessivo delle risorse proprie per gli stanziamenti di pagamento<sup>13</sup>. Il terzo quadro finanziario pluriennale, per gli anni dal 2000 al 2006, è stato invece interessato da una decisione che ha mantenuto quel limite<sup>14</sup> ridimensionato dal quarto quadro, relativo al periodo dal 2007 al 2013, dove è stato portato all'1,24%<sup>15</sup>.

## 2. L'opacità e la complessità di un sistema da riformare

L'anno in cui fu approvata la decisione del Consiglio relativa al quarto quadro finanziario pluriennale, è notoriamente l'anno in cui venne firmato il Trattato di Lisbona, che contiene tra l'altro una disposizione dedicata proprio a quello strumento: non più un mero accordo interistituzionale, bensì un regolamento approvato all'unanimità dal Consiglio previa approvazione del Parlamento a maggioranza dei suoi componenti (art. 312 TfUE).

La disposizione in discorso è immediatamente preceduta da quella che disciplina le risorse proprie dell'Unione, in cui si riprende un principio affermato per la prima volta da una decisione del Consiglio di metà anni Ottanta<sup>16</sup>, poi ripresa

---

lorda del proprio contributo annuo basato sull'Rnl pari a 30 milioni di Euro nel 2014, a 20 milioni di Eur nel 2015 e a 10 milioni di Eur nel 2016» (art. 2 c. 5).

<sup>10</sup> Decisione del 24 giugno 1988, 88/376/Cee, Euratom. È la stessa decisione con cui venne accordata al Regno Unito «una correzione degli squilibri finanziari».

<sup>11</sup> All'epoca si parlava di «sistema delle prospettive finanziarie pluriennali».

<sup>12</sup> Cfr. G. Clemente, *Sub Art. 312*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2. ed., Milano, 2014, 2395.

<sup>13</sup> Decisione del 31 ottobre 1994, 94/728/Ce, Euratom.

<sup>14</sup> Decisione del 29 settembre 2000, 2000/597/Ce, Euratom.

<sup>15</sup> Decisione 7 giugno 2007, 2007/436/Ce, Euratom.

<sup>16</sup> Decisione del 7 maggio 1985, 85/257/Cee, Euratom.

dal Trattato di Maastricht: il principio per cui il bilancio «è finanziato integralmente tramite risorse proprie». Segue il riferimento alle decisioni con cui il Consiglio dispone in materia di risorse proprie, in continuità con quanto già prefigurato nel Trattato di Roma (art. 201) e con la prassi cui abbiamo appena fatto riferimento. Il tutto con la precisazione che in quella sede «è possibile istituire nuove categorie di risorse proprie o sopprimere una categoria esistente», e che il sistema delle risorse proprie viene definito sulla base di una procedura sostanzialmente invariata rispetto a quella tracciata nel Trattato di Roma: attraverso una delibera del Consiglio adottata all'unanimità, previa consultazione del Parlamento e «approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali» (art. 311 TfUe).

In vista della redazione della decisione relativa al quadro finanziario pluriennale per il periodo dal 2014 al 2020 si sono dedicate riflessioni alla possibilità di istituire nuove risorse proprie, comunque entro il limite complessivo dell'1,23% della somma degli Rnl di tutti gli Stati membri. Questo è stato precisato nel corso di un Consiglio europeo di inizio 2013, durante il quale si sono manifestati apprezzamenti per gli sforzi della Commissione impegnata a definire «una nuova risorsa propria basata sull'Iva», magari in sostituzione della vecchia risorsa, oltre che a sviluppare la «cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie» e a «esaminare la possibilità che essa possa servire da base per una nuova risorsa propria del bilancio Ue»<sup>17</sup>.

La Commissione aveva in effetti rilevato come il sistema di finanziamento dell'Unione fosse oramai «inefficace» e soprattutto «opaco e talmente complesso», come si evince in modo esemplare dal caotico sistema dei correttivi, che «solo pochi specialisti ne comprendono bene il funzionamento». Con il risultato che il sistema si sottrae al «controllo democratico», con ciò inducendo i politici nazionali a considerare i contributi all'Unione come una mera spesa, e i cittadini a «mettere in discussione i vantaggi della stessa appartenenza all'Ue». Il tutto mentre la crisi economico finanziaria scoppiata nel 2008 ha avuto conseguenze notevoli sui bilanci degli Stati membri, tanto che «il deficit pubblico di numerosi tra i più grandi Stati membri ha superato il volume del bilancio totale dell'Ue». Di qui la convinzione che non fosse più rinviabile una riforma del complessivo sistema delle risorse proprie, da realizzare avendo in mente almeno due finalità: da un lato contribuire agli «sforzi generali di risanamento finanziario» attraverso la riduzione o l'abolizione delle vecchie risorse, e dall'altro costruire un nesso tra la disciplina delle nuove risorse e «gli obiettivi politici dell'Ue»<sup>18</sup>.

È sullo sfondo di queste considerazioni che la Commissione ha proposto uno «sviluppo del sistema Iva nel quadro di una nuova risorsa propria»: più precisamente la «soppressione secca» della vecchia risorsa Iva, che «richiede molto lavoro amministrativo per ottenere una base armonizzata e offre scarso o nessun valore aggiunto rispetto alla risorsa propria basata sull'Rnl», e l'adozione di una nuova Iva anche per giungere all'«eliminazione di una serie di esenzioni o deroghe che nuocciono al corretto funzionamento del mercato interno e alle misure volte a ridurre le frodi»<sup>19</sup>. In linea con il proposito di sintonizzare il sistema delle risorse proprie con le finalità dell'Unione la proposta di istituire un'imposta sulle

<sup>17</sup> Consiglio europeo del 7 e 8 febbraio 2013, *Conclusioni della Presidenza*.

<sup>18</sup> Così la relazione di accompagnamento alla *Proposta di decisione del Consiglio relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea* del 29 giugno 2011, Com/2011/510 def.

<sup>19</sup> Nel solco di quanto discusso nel *Libro verde sul futuro dell'Iva* del 1. dicembre 2010, Com/2010/695 def.

transazioni finanziarie come imposta europea, che consentirebbe ai molti Paesi che ancora non l'hanno adottata di «costituire un nuovo flusso di entrate», e a tutti di «ridurre i contributi attuali». A queste condizioni, conclude la Commissione, si potrebbe finalmente riformare il complesso sistema dei meccanismi di correzione, a partire da quello a favore del Regno Unito, varato a partire da «condizioni oggettive» che nel tempo «si sono notevolmente modificate», e sostituirlo con un meccanismo «trasparente e semplice, realmente aperto al controllo pubblico e parlamentare»<sup>20</sup>.

Si sa che il tentativo di introdurre una tassazione delle transazioni finanziarie, anche nell'ambito più ristretto della cooperazione rafforzata, non è andato a buon fine. È stata definita una proposta di direttiva che ha affrontato il tema dal punto di vista del «corretto funzionamento del mercato interno» e della necessità di «garantire un contributo giusto e congruo degli enti finanziari alla copertura dei costi della recente crisi»<sup>21</sup>. La proposta si è però scontrata con la netta contrarietà del Regno Unito, che ha persino tentato di bloccarla attraverso un ricorso alla Corte di giustizia Ue, peraltro respinto<sup>22</sup>.

Le proposte della Commissione in materia di riforma dell'Iva non sono state affossate, ma non si vede ancora la fine dell'iter iniziato con la loro recente formalizzazione<sup>23</sup>. Anche per questo la decisione del Consiglio sul sistema delle risorse proprie relativa al quinto quadro finanziario pluriennale, quello riferito al periodo dal 2014 al 2020, non ha potuto presentare novità di rilievo<sup>24</sup>. Ad oggi le risorse proprie iscritte nel bilancio europeo sono pertanto i prelievi agricoli, i dazi doganali e un'aliquota del reddito nazionale lordo degli Stati membri. Come abbiamo anticipato, quest'ultima è la risorsa più importante, da cui deriva il 71% delle entrate, mentre i dazi doganali e la risorsa basata sull'Iva incidono, rispettivamente, per il 16% e il 12%<sup>25</sup>.

### 3. Il Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie

La definizione del quadro finanziario pluriennale in vigore non è stata l'occasione per innovare il sistema delle risorse proprie, ma se non altro ha segnato l'avvio di una discussione serrata attorno all'opportunità e alle modalità di una sua riforma. A questi fini, su stimolo della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo, è stato costituito un Gruppo ad alto livello la cui presidenza è stata affidata a Mario Monti. In una dichiarazione congiunta delle tre istituzioni si sintetizza in questi termini il compito affidato al Gruppo: «intraprendere una revisione generale del sistema delle risorse proprie ispirata agli obiettivi generali

<sup>20</sup> Cfr. la relazione di accompagnamento alla *Proposta di decisione del Consiglio relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea* del 29 giugno 2011, cit.

<sup>21</sup> *Proposta di direttiva che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie* del 14 febbraio 2013, Com/2013/71 fin.

<sup>22</sup> *Sentenza Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea* del 30 aprile 2014, Causa C-209/13.

<sup>23</sup> Cfr. la Comunicazione *su un piano d'azione sull'Iva* del 7 aprile 2016, Com/2016/148 def.

<sup>24</sup> Decisione del 26 maggio 2014, cit., che conferma il limite massimo agli stanziamenti di pagamento per le risorse proprie individuato al Consiglio europeo del 7 e 8 febbraio 2013: 1,23% della somma dell'Rnl di tutti gli Stati membri.

<sup>25</sup> Dati riferiti al 2018 e riportati ad es. in *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Ue* del 28 giugno 2017, Com/2017/358 fin.

della semplicità, della trasparenza, dell'equità e della responsabilità democratica»<sup>26</sup>.

Il Gruppo, composto in massima parte da politici<sup>27</sup>, ha a sua volta incaricato una commissione di studiosi ed esperti di svolgere approfondimenti sui molteplici aspetti legati ai propositi di riforma, poi confluiti in uno studio pubblicato a metà 2016<sup>28</sup>. Lì si critica l'attuale sistema di risorse proprie incentrato su contributi statali basati sull'Rnl, considerato adatto al finanziamento delle sole azioni nell'ambito delle aree di intervento più o meno consolidate delle istituzioni europee: crescita sostenibile e risorse naturali (39%), coesione economica, sociale e territoriale (34%), competitività per la crescita e l'occupazione (13%), Europa nel mondo (6%), amministrazione (6%), sicurezza e cittadinanza (2%)<sup>29</sup>. Lo stesso sistema non si presterebbe però al sostegno delle iniziative volte ad affrontare le nuove questioni che si sono imposte e si impongono all'attenzione della politica europea, come «le sfide che derivano dalla crescente competizione commerciale, dalla crisi finanziaria, dalle migrazioni, dall'energia e dal cambiamento climatico, così come le crescenti preoccupazioni per la sicurezza». Da notare che lo studio non menziona tra le nuove sfide l'urgenza di contrastare la povertà e la disoccupazione, così come di intervenire per stabilizzare i cicli economici avversi, e si capisce: si tratta di tematiche trascurate da chi ha ispirato i fondamenti dell'Unione economica e monetaria, o magari da questi considerate risolvibili attraverso il consolidamento di quei fondamenti.

Seguono riflessioni attorno a quattro nuove possibili risorse proprie in aggiunta o in sostituzione di quelle attualmente previste, individuate valutando la loro idoneità ad assicurare «l'adeguatezza e la stabilità del gettito», la loro «conformità con gli obiettivi dell'Unione», la loro «visibilità, trasparenza e responsabilità democratica», così come la loro «equità». Le prime due risorse corrispondono a imposte già previste nei diversi Paesi membri, la cui gestione a livello europeo consentirebbe di evitare esternalità e in particolare la «competizione fiscale» tra gli Stati membri: un'imposta riformata sul valore aggiunto, come sappiamo già al centro delle riflessioni della Commissione, e un'imposta sul reddito delle società. Anche la terza proposta, quella di un'imposta sulle transazioni finanziarie, è stata menzionata dalla Commissione, anche se, si osserva, potrebbe non essere opportuna dal punto di vista dell'adeguatezza e della stabilità del gettito, oltre che della sua «efficienza». Non incontrerebbe invece questi limiti la quarta proposta, quella relativa all'istituzione di strumenti fiscali destinati a colpire le emissioni di carbonio, che pure appare controversa dal punto di vista «politico e tecnico».

---

<sup>26</sup> La dichiarazione è pubblicata come allegato al *First Assessment Report* (17 dicembre 2014), <http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/FirstAssessmentReport-December2014.pdf>, 39 s.

<sup>27</sup> Questi i componenti: Kristalina Georgieva, Pierre Moscovici e Frans Timmermans (indicati dalla Commissione), Daniel Dăianu, Clemens Fuest e Ingrida Šimonytė (indicati dal Consiglio), Guy Verhofstadt, Ivailo Kalfin e Alain Lamassoure (indicati dal Parlamento). Il tedesco Fuest è l'unico componente che non proviene da una carriera politica: è un accademico, presidente dell'Ifo Institute for Economic Research.

<sup>28</sup> *Study on the potential and limitations of reforming the financing of the Eu budget* (3 giugno 2016), realizzato da J. Núñez Ferrer, J. Le Cacheux, G. Benedetto e M. Saunier, [http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/highlights/hlgor-studies-external-studyonfinancingofeu-budget-june-2016\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/highlights/hlgor-studies-external-studyonfinancingofeu-budget-june-2016_en.pdf).

<sup>29</sup> Dati della Commissione al 14 febbraio 2018: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/where-does-the-money-go\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/where-does-the-money-go_en.pdf).

Gli studiosi ed esperti interpellati dal Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie hanno poi sottolineato la crescente necessità di attrezzare il bilancio europeo per fronteggiare spese impreviste, come quelle relative alle perdite degli agricoltori colpiti dal blocco delle importazioni dalla Russia, alla crisi ucraina, o all'emergenza migranti. Le uscite non previste impongono un incremento dei contributi nazionali o in alternativa una rimodulazione del bilancio, dal momento che come è noto «entrate e spese devono risultare in pareggio» (art. 310 TfUe). Per questo, si sostiene, le uscite potrebbero essere coperte in altro modo, ad esempio ricorrendo agli introiti riconducibili alla riscossione di multe per la violazione dei precetti europei. Infine si è evidenziata l'urgenza di affrontare i problemi legati allo sviluppo di trattamenti differenziati fra Stati, come quelli riconducibili al sistema dei correttivi cui abbiamo poco sopra fatto riferimento.

Sulla base del lavoro della commissione di studiosi ed esperti, oltre che di una relazione intermedia presentata nel dicembre 2014 dedicata soprattutto all'analisi dello stato dell'arte<sup>30</sup> e di quanto emerso nel corso di un incontro con i rappresentanti dei Parlamenti nazionali<sup>31</sup>, il Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie ha confezionato il suo rapporto conclusivo, reso pubblico sul finire del 2016<sup>32</sup>. Lì si offre innanzi tutto una fotografia di ciò che al momento si reputa essere il bilancio europeo: un bilancio di investimenti «finalizzato principalmente a sostenere le politiche e gli obiettivi comuni dell'Ue», per il resto «troppo limitato per una vera stabilizzazione economica anticiclica e per una redistribuzione sostanziale», oltre che inadatto a fornire mezzi per fronteggiare «le crisi a breve termine». Si critica poi il sistema delle risorse proprie in quanto troppo incentrato sulla componente derivante dall'aliquota applicata all'Rnl dei Paesi membri, che si reputa avere «carattere regressivo» a causa della disciplina cui è sottoposto «insieme con le concessioni e le riduzioni concesse ad alcuni Stati». Di qui il favore per l'individuazione di «nuove risorse proprie che aiuterebbero ad attuare alcune politiche dell'Ue e a sostenere gli obiettivi politici dell'Ue, segnatamente la sostenibilità economica, sociale e ambientale». Il tutto mentre si possono salvare, in quanto «elementi dell'attuale sistema» che «funzionano bene, sono semplici, equi», i dazi doganali «che costituiscono un parametro di riferimento delle reali entrate dell'Ue e la cui procedura di riscossione è soddisfacente», e la risorsa basata sull'Rln «se utilizzata come risorsa equilibratrice e realmente residuale».

Le nuove risorse che dovrebbero essere individuate sono innanzi tutto quelle relative al mercato unico e al coordinamento in materia fiscale: l'Iva riformata in sostituzione dell'attuale, l'imposta sul reddito delle società, sulle transazioni finanziarie o su «altre attività finanziarie». Vi sono poi quelle collegate alle politiche europee sull'energia, sull'ambiente, sul clima e sui trasporti: «la tassa sulle emissioni di CO<sub>2</sub>, l'inclusione dei ricavi ottenuti dal sistema europeo per lo scambio di quote di emissione, una tassa sull'elettricità, una tassa sul carburante

<sup>30</sup> *First Assessment Report*, cit.

<sup>31</sup> Alcuni materiali dell'incontro, tenutosi il 7 e 8 settembre 2016, si possono reperire qui: [http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/conference/index\\_en.cfm](http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/conference/index_en.cfm).

<sup>32</sup> Cfr. *Future Financing of the Eu. Final Report and Recommendations of the High Level Group on own Resources* (dicembre 2016), [http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/hlgor-report\\_20170104.pdf](http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/hlgor-report_20170104.pdf). Del Rapporto esiste una sintesi in italiano: Gruppo ad Alto livello sul future delle risorse proprie, *Sintesi e raccomandazioni*, [http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/hlgor-executive-summary-recommendations\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/hlgor-executive-summary-recommendations_it.pdf)

(tasse sui combustibili fossili/accise) o prelievi fiscali indiretti sulle merci importate prodotte in Paesi terzi con emissioni elevate».

Il Gruppo ad alto livello si occupa poi della possibilità di un'integrazione differenziata in materia di bilancio europeo, ovvero della possibilità che si deroghi ai principi dell'unità e universalità del bilancio per le situazioni in cui «alcuni Stati membri volessero approfondire alcune aree di integrazione europea», e richiedessero così «la differenziazione delle entrate» eventualmente previste per finanziare le relative politiche. Il che viene discusso con specifico riferimento all'«ulteriore sviluppo dell'Area Euro» e in genere per «le politiche contemplate dalla cooperazione rafforzata laddove vi sia una coalizione di Paesi apripista», ad esempio quelle in tema di «difesa».

Sul tema dell'integrazione differenziata torneremo fra breve. Occorre prima evidenziare la sottolineatura da parte del Gruppo ad alto livello dell'opportunità di preservare principio del pareggio di bilancio, ovvero la netta chiusura rispetto alla possibilità di finanziare il bilancio europeo attraverso l'emissione di titoli del debito sovranzionali. Si sa che il tema è stato più volte trattato in ambito europeo, e in particolare al principio del secondo mandato del Presidente della Commissione europea José Barroso. Quest'ultimo aveva sponsorizzato una prudente emissione di debito comune, i cosiddetti Eurobond, da disciplinare in modo da «ricompensare chi rispetta le regole e da scoraggiare gli altri»<sup>33</sup>. La proposta si infranse però contro l'invincibile ostilità tedesca, che all'epoca venne espressa con particolare veemenza: fu all'origine di uno studio commissionato dall'esecutivo all'Università delle forze armate tedesche sul modo di attuare nell'arco di pochi giorni l'uscita dall'Eurozona, considerata un'opzione da prendere in considerazione in quanto fonte di oneri minori rispetto a quelli riconducibili a un sistema di condivisione dei rischi<sup>34</sup>.

#### 4. L'integrazione differenziata e il futuro delle finanze europee

Il tema dell'integrazione differenziata è al centro delle riflessioni avviate dalla Commissione europea in occasione delle celebrazioni per i sessant'anni dei Trattati di Roma, le cui linee generali sono sintetizzate nel Libro bianco sul futuro dell'Unione<sup>35</sup>. Lì si immaginano cinque scenari alternativi che in massima parte non mettono in discussione il livello di integrazione finora raggiunto, ma semplicemente prevedono diversi gradi di intensità per gli sviluppi futuri. L'intensità minore è quella per cui l'Europa decide di sviluppare «solo il mercato unico», ovvero di concentrarsi sulla libera circolazione delle merci e dei capitali. È più impegnativo lo scenario per cui si decide di andare «avanti così», che prevede un incremento della cooperazione nella politica estera e di difesa, oltre che in materia di migrazione e sicurezza. La cooperazione sarebbe invece particolarmente intensa se si decidesse di «fare meno in modo più efficiente», giacché in questo caso riceverebbero impulso anche le iniziative volte a consolidare l'Eurozona. Si potrebbe però anche «fare molto di più insieme», e in particolare sviluppare

<sup>33</sup> Cfr. *Rinnovamento europeo* - Discorso sullo stato dell'Unione del 28 settembre 2011, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-11-607\\_it.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-607_it.pdf), 5.

<sup>34</sup> Lo studio è stato poi pubblicato: cfr. D. Meyer, *Euro-Krise: Austritt als Lösung?*, Berlin etc., 2012.

<sup>35</sup> *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'Ue a 27 verso il 2025* del 1. marzo 2017, Com/2017/2025 fin.

l'Unione economica, finanziaria e di bilancio con la partecipazione di tutti i Paesi membri.

L'ultimo scenario non è inquadrabile in modo certo dal punto di vista dell'intensità dell'integrazione cui prelude, perché riguarda il caso in cui «chi vuole di più fa di più». È l'idea di un'Europa a più velocità, concepita come una sorta di soluzione intermedia fra la scelta di andare «avanti così» e la volontà di «fare molto di più insieme»: idea per cui si affida lo sviluppo dell'integrazione europea all'azione di «una o più coalizioni di volenterosi che operano in ambiti specifici». Il tutto in qualche modo riconducibile allo schema della cooperazione rafforzata, ora disciplinato dai Trattati con riferimento a tutti i settori di competenza del livello europeo, eccetto ovviamente quelli di competenza esclusiva (art. 20 TUE). Schema finora utilizzato solo per disciplinare la separazione e il divorzio «in circostanze che comportino un conflitto di leggi»<sup>36</sup> e per semplificare la protezione delle invenzioni attraverso l'istituzione della figura del brevetto unitario europeo<sup>37</sup>, non tuttavia per introdurre un'imposta sulle transazioni finanziarie: si è tentato di farlo, ma come abbiamo detto l'iniziativa è naufragata.

L'idea di Europa a più velocità non è nuova, dal momento che di integrazione differenziata, o di geometrie variabili, o di cerchi concentrici, oltre che di più velocità, si parla fin dal Piano Tindemans<sup>38</sup>: il piano confezionato a metà anni Settanta su stimolo di Willy Brandt, che intendeva in qualche modo reagire allo stallo in cui si trovava la Comunità, incapace di attuare il Piano Werner, ovvero di avviare la costruzione dell'Unione economica e monetaria<sup>39</sup>.

Da allora l'Europa a più velocità è stata evocata soprattutto nelle fasi di stallo della costruzione europea, o comunque caratterizzate da particolari frizioni tra i Paesi membri, e magari da ripensamenti circa il valore dell'integrazione<sup>40</sup>. Non è dunque un caso se essa viene sviluppata nei diversi documenti che hanno fatto seguito al documento della Commissione appena ricordato, e che sono stati dedicati ad aspetti specifici: non ultimo quello incentrato sulle finanze europee, in cui si riprendono i cinque scenari abbozzati nel Libro bianco sul futuro dell'Europa e si riflette sul tipo di bilancio europeo più adatto alla loro implementazione<sup>41</sup>. Il tutto in un contesto che si sottolinea essere favorevole alle riforme, se non altro perché l'uscita di scena del Regno Unito, che per un verso si traduce in un deficit, aiuta per un altro a rivedere il sistema delle correzioni, e a contrastare così «la falsa convinzione secondo cui il valore del bilancio dell'Ue per uno Stato membro può essere misurato in base al saldo netto tra i contributi versati e i fondi ricevuti». Il che potrebbe sfociare nella riconduzione al bilancio europeo di numerosi strumenti collocati fuori da esso, come in particolare quelli predisposti per affrontare la crisi del debito sovrano, primo fra tutti il Meccanismo europeo di stabilità<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Regolamento 20 dicembre 2010 n. 1259.

<sup>37</sup> Regolamenti 17 dicembre 2012 nn. 1257 e 1260.

<sup>38</sup> European Union, *Report by Mr Leo Tindemans to the European Council*, in *Bulletin of the European Communities*, 1976, Supplement 1.

<sup>39</sup> *Rede des Vorsitzenden der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, Willy Brandt, vor der Organisation Française du Mouvement Européen in Paris am 19. November 1974 (Auszüge)*, in *Europa Archiv*, 2, 1975, D 33 ss.

<sup>40</sup> Per tutti A. Riedeberger, *Die Eu zwischen einheitlicher und differenzierter Integration*, Wiesbaden, 2016.

<sup>41</sup> *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Ue* del 28 giugno 2017, cit.

<sup>42</sup> Per tutti E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 44, 2013, 481 ss.

Si diceva dei cinque scenari evocati nel Libro bianco sul futuro dell'Europa, che qui vengono ripresi con alcune precisazioni e integrazioni. Lo scenario meno impegnativo, quello per cui si decide di «fare di meno insieme» e dunque ci si concentra sul solo mercato unico, contempla una riduzione significativa delle spese per la coesione e l'agricoltura e per converso un «ricorso molto più consistente a strumenti finanziari e garanzie», il tutto nell'ambito di un regime di bilancio «senza correzioni». Nello scenario per cui si va «avanti così» si manterrebbe la centralità della politica agricola e della coesione economica, sociale e territoriale, incrementando però gli sforzi in materia di sicurezza e difesa: di qui la necessità di finanziare il bilancio europeo con «altre fonti di entrate o competenze». Se invece si adottasse lo scenario per cui si fa di meno ma in modo più efficiente e dunque si favorisce una «riprogettazione radicale», si dovrebbero introdurre numerose innovazioni, innanzi tutto per semplificare il regime attuale con l'«abolizione di tutte le correzioni» e la «riforma o abolizione della risorsa propria basata sull'Iva». Si dovrebbero poi prevedere risorse proprie per la realizzazione degli obiettivi strategici individuati, «ad esempio ecotassa, tassa sulle transazioni finanziarie, una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società». Quanto allo scenario relativo all'opzione per forme di integrazione differenziata, che contempla «nuove politiche finanziate soltanto dagli Stati membri partecipanti», esso può ricorrere al regime attuale, ma anche prevedere la creazione di «una nuova risorsa propria (ad esempio la tassa sulle transazioni finanziarie)».

882

Più complesso e impegnativo per il bilancio europeo l'ultimo scenario, quello per cui si decide di «fare molto più insieme», perché richiede l'individuazione di «nuove risorse proprie» nella misura necessaria a reperire «notevoli finanziamenti aggiuntivi per le nuove priorità e l'azione esterna». Di qui la conclusione che occorre varare un «bilancio della Zona Euro vero e proprio», magari con risorse derivanti da «un potere impositivo mirato e autonomo» e con «la possibilità di emettere debito sovrano proprio dell'Ue»: soluzione come sappiamo ipotizzata ai tempi della Commissione Barroso<sup>43</sup>. Così come occorre nel contempo ricondurre al diritto europeo le fonti di finanziamento ora disciplinate oltre il suo orizzonte, come quelle destinate a fronteggiare la crisi del debito sovrano. È insomma lo scenario collegato al varo di un «Fondo monetario europeo», a cui si è del resto dedicata una recente proposta di regolamento<sup>44</sup>.

La Commissione non esprime direttamente preferenze circa lo scenario destinato a dominare il futuro delle finanze europee, limitandosi a segnalare la necessità che «il livello dell'ambizione politica» sia «allineato con i mezzi per agire». Peraltro, almeno indirettamente, il percorso da seguire emerge in modo chiaro, se non altro perché l'indicazione dei compiti che si ritiene debbano essere affrontati dal livello sovranazionale evidenzia una notevole ambizione, ben articolata nei documenti destinati a singoli aspetti del futuro dell'Europa: la sorte della dimensione sociale<sup>45</sup>, lo sviluppo dell'Unione economica e monetaria<sup>46</sup>, il

<sup>43</sup> Cfr. *Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita* del 30 novembre 2012, Com/2012/777 fin.

<sup>44</sup> *Proposta di Regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo* del 6 dicembre 2017, Com/2017/827 fin.

<sup>45</sup> *Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa* del 26 aprile 2017, Com/2017/206 fin.

<sup>46</sup> *Documento di riflessione sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria* del 31 maggio 2017, Com/2017/291 fin.

posizionamento nei processi di globalizzazione<sup>47</sup>, la costruzione di un sistema di difesa comune<sup>48</sup>.

## 5. Il bilancio europeo e il regime delle condizionalità

Si diceva che per sintonizzare il bilancio europeo con ambizioni politiche elevate, ovvero per consentirgli di sostenere un robusto sviluppo della costruzione europea, occorre includervi nuovi strumenti di finanziamento degli interventi a tal fine necessari. Ebbene, anche questo aspetto è stato affrontato dalla Commissione Barroso, non a caso nel medesimo documento in cui si è discusso del riconoscimento di un potere impositivo autonomo finalizzato in particolare a promuovere il completamento dell'Unione economica e monetaria<sup>49</sup>.

Con l'occasione si è più precisamente auspicata l'adozione di «un meccanismo di coordinamento ex ante sistematico di tutti i grandi progetti di riforma degli Stati membri nel quadro del semestre europeo». E per sostenere il tutto si è ipotizzata l'istituzione di un non meglio definito «strumento di convergenza e competitività» destinato a «fornire sostegno all'attuazione tempestiva delle riforme strutturali», in particolare delle «riforme difficili» da realizzare «nel quadro della procedura per gli squilibri macroeconomici». Il tutto «associato ad un apposito sistema di sostegno finanziario che rappresenta la fase iniziale della creazione di una capacità fiscale dell'Unione economica e monetaria», e che si propone di sviluppare secondo lo schema dell'assistenza finanziaria condizionata: ovvero sulla base di veri e propri «accordi contrattuali associati ad un sostegno finanziario».

Il tema è stato ripreso e approfondito in una comunicazione della Commissione di poco successiva<sup>50</sup>, dal cui tenore trae conferma la volontà di sviluppare il bilancio europeo ricalcando lo schema dell'assistenza finanziaria condizionata. Si sottolinea infatti che lo strumento di convergenza e competitività, sebbene si traduca in una spesa a favore di un singolo Stato membro, non mira immediatamente a produrre benefici per quest'ultimo: è concepito, come l'assistenza finanziaria condizionata disciplinata dai Trattati (art. 136 TfUe), per «sostenere riforme importanti con potenziali ripercussioni su altri Stati membri, sulla Zona Euro e sull'Ue considerata nel suo insieme, contribuendo quindi all'attuazione di riforme che non sarebbero state intraprese in condizioni normali». Quanto al finanziamento dello strumento, si propone di includerlo nel bilancio europeo «come entrate esterne con destinazione specifica, che quindi non rientrerebbero nei massimali fissati nel regolamento sul quadro finanziario pluriennale»: entrate che «potrebbe basarsi su contributi specifici» o eventualmente sui «proventi di nuove risorse finanziarie specifiche ad esso destinate».

Recentemente la Commissione sembra aver perso l'interesse per lo strumento di convergenza e competitività, non tuttavia per l'idea di sviluppare il bilancio europeo attraverso forme di assistenza finanziaria agli Stati fornita sotto

---

<sup>47</sup> *Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione* del 10 maggio 2017, Com/2017/240 fin.

<sup>48</sup> *Documento di riflessione sul futuro della difesa europea* del 7 giugno 2017, Com/2017/315 fin.

<sup>49</sup> *Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita* del 30 novembre 2012, cit.

<sup>50</sup> *Verso un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Creazione di uno strumento di convergenza e di competitività* del 20 marzo 2013, Com/2013/165 fin.

«rigorosa condizionalità»: come si dice a proposito degli interventi del Meccanismo europeo di stabilità (art. 136 TfUE). Almeno questo è l'orientamento sintetizzato in una comunicazione incentrata sulle modalità di utilizzo dei fondi strutturali, a cui lo strumento era del resto accostato: occorre «un'azione più ampia volta a garantire che i fondi strutturali e di investimento europei siano utilizzati per sostenere riforme considerate fondamentali per le performance sociali ed economiche degli Stati membri», ovvero per impedirne un utilizzo nell'ambito di «politiche macroeconomiche non sane»<sup>51</sup>. Proprio questo principio era stato del resto accolto in un regolamento recante disposizioni comuni ai fondi strutturali, di poco precedente, in cui si dettagliano le misure anche di tipo sanzionatorio destinate a «collegare l'efficacia dei fondi a una sana governance economica»<sup>52</sup>.

Forse l'attenzione dedicata ai fondi strutturali nel loro complesso motiva la mancata menzione, nel documento sul futuro delle finanze europee, dello strumento di convergenza e competitività. O forse questa dipende dalla scelta di concentrarsi sulla proposta di «incorporare nel prossimo bilancio dell'Ue una qualche forma di funzione di stabilizzazione». Proposta inizialmente avanzata nella cosiddetta Relazione dei cinque Presidenti<sup>53</sup>, dove si sostiene l'opportunità di istituire un non meglio definito fondo per la «stabilizzazione macroeconomica per reagire meglio agli shock che non si possono gestire al mero livello nazionale, a cui attingere in funzione del ciclo economico». Nel merito si evita però accuratamente di indurre a pensare che il fondo possa rappresentare uno strumento attraverso cui realizzare forme di sostegno alla domanda o anche solo di redistribuzione della ricchezza: anche in questo caso ci troviamo entro il perimetro dell'assistenza finanziaria condizionata, che mira a promuovere la stabilità finanziaria e non anche forme di perequazione. Di qui la precisazione per cui la stabilizzazione macroeconomica non intende «compromettere gli incentivi a condurre una politica di bilancio sana a livello nazionale, né gli incentivi a rettificare le debolezze strutturali nazionali»: al contrario esso vuole indurre la «conformità con il quadro complessivo di governance dell'Ue».

Anche il documento della Commissione dedicato al futuro dell'Unione economica e monetaria insiste sui medesimi concetti<sup>54</sup>: ribadisce che «l'accesso alla funzione di stabilizzazione dovrebbe essere tassativamente subordinato al rispetto di criteri chiari e all'attuazione continuativa di politiche solide, in particolare quelle che favoriscono una maggiore convergenza nella Zona Euro». E precisa, in sintonia con il documento sul futuro delle finanze europee, che il tutto potrebbe essere finanziato ricorrendo a strumenti esistenti o eventualmente a nuove risorse, lasciando aperta anche la possibilità di limitare il tutto alla sola Zona Euro, oppure di riferirlo alla costruzione europea nel suo complesso.

---

<sup>51</sup> *Comunicazione sulle tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria* del 21 ottobre 2015, Com/2015/600 fin.

<sup>52</sup> Art. 23 Regolamento 17 dicembre 2013 n. 1303.

<sup>53</sup> Della Commissione europea (Jean-Claude Juncker), del Consiglio europeo e del Vertice Euro (Donald Tusk), dell'Eurogruppo (Jeroen Dijsselbloem), della Banca centrale europea (Mario Draghi) e del Parlamento europeo (Martin Schulz): cfr. *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa* (22 giugno 2015), [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_it.pdf).

<sup>54</sup> *Documento sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria* del 31 maggio 2017, cit.

## 6. Il nuovo quadro finanziario pluriennale e la proposta franco-tedesca di un bilancio dell'Eurozona

Le spinte verso uno sviluppo del bilancio europeo cui abbiamo fatto finora riferimento sembrano tutte convergere verso un obiettivo comune: renderlo uno strumento il cui nesso con le finalità della costruzione europea sia consolidato sul fronte delle entrate attraverso la previsione di strumenti fiscali di incentivo al raggiungimento di quelle finalità, e sul fronte delle uscite attraverso il ricorso allo schema dell'assistenza finanziaria condizionata.

Certo, come si sa, il bilancio dell'Unione copre una percentuale molto contenuta della spesa pubblica complessiva in area europea<sup>55</sup>. Non è tuttavia un motivo sufficiente per escludere, come si fa nel rapporto conclusivo del Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie, che esso debba occuparsi della stabilizzazione economica anticiclica e della redistribuzione della ricchezza: non è motivo sufficiente per non dolersi del fatto che il bilancio europeo attiene alla promozione di finalità decisamente più ristrette rispetto al raggio di azione delle istituzioni europee. Questo include anche temi relativi all'edificazione dell'Europa sociale e dei diritti, come si è voluto anche simbolicamente ribadire con la pubblicazione, nello stesso giorno in cui è stato diffuso il documento della Commissione sul futuro della dimensione sociale europea, del Pilastro europeo dei diritti sociali<sup>56</sup>. Il bilancio europeo viene invece disciplinato in modo tale da rappresentare soprattutto un motore per lo sviluppo dell'Unione economica e monetaria, quest'ultima intesa come dispositivo destinato a promuovere la stabilità dei prezzi come valore prevalente sulla piena occupazione e a monte sulla redistribuzione della ricchezza anche, ma non solo, in chiave anticiclica. Tutto questo, però, non conta e condiziona così il dibattito sulla riforma del sistema delle risorse proprie, che anche l'ultima decisione del Consiglio ad esso relativa reputa debba in ultima analisi contribuire «a un più ampio sforzo di risanamento intrapreso dagli Stati membri»<sup>57</sup>.

Questo orientamento trova conferma in una comunicazione della Commissione relativa alla predisposizione del nuovo quadro finanziario pluriennale, quello relativo al settennato 2021-2027<sup>58</sup>. Esemplare nel merito quanto si afferma a proposito del finanziamento della politica di coesione, ovvero dell'utilizzo dei fondi strutturali: che essa «avrà un ruolo sempre più importante di sostegno al processo di riforma economica in corso negli Stati membri», e che in tal senso occorre «rafforzare il nesso tra il bilancio dell'Ue e il semestre europeo di coordinamento delle politiche economiche»<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Circa il 2%, secondo quanto riportato nel *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Ue* del 28 giugno 2017, cit.

<sup>56</sup> *Proposta di proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali* del 26 aprile 2017, Com/2017/251 fin. Il documento è stato poi adottato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione in occasione del Vertice sociale per l'occupazione e la crescita equa del 17 novembre 2017.

<sup>57</sup> Decisione del 26 maggio 2014, cit.

<sup>58</sup> *Un bilancio moderno al servizio di un'Unione che protegge, che dà forza, che difende. Quadro finanziario pluriennale 2021-2027* del 2 maggio 2018, Com/2018/321 fin. V. altresì la *Proposta di decisione del Consiglio relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea*, anch'essa del 2 maggio 2018, Com/2018/325 fin.

<sup>59</sup> Concetto ribadito anche nella *Proposta di regolamento sul Fondo europeo plus* del 30 maggio 2018, Com/2018/382 fin.

A queste condizioni il rilievo che i fondi strutturali contribuiranno comunque a «rafforzare la dimensione sociale dell'Unione, anche mediante la piena attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali», non può che apparire come una mera dichiarazione di facciata: la promozione dei diritti sociali è per molti aspetti incompatibile con i fondamenti dell'Unione economica e monetaria<sup>60</sup>. Forse anche per questo il Parlamento europeo ha per un verso apprezzato i contenuti del Pilastro, ma per un altro avanzato il sospetto che il suo valore non sia superiore a quello di una «dichiarazione di principi e di buone intenzioni»<sup>61</sup>.

Il tutto mentre tornano i riferimenti a quanto si era chiamato strumento di convergenza e competitività, ora ridefinito in termini di «strumento per la realizzazione delle riforme», di cui si ribadisce la finalità: «garantire la stabilità della Zona Euro»<sup>62</sup>. Finalità condivisa dalla funzione europea di stabilizzazione, come sappiamo già richiamata in altri documenti della Commissione<sup>63</sup>: una risorsa che si propone di istituire per «assorbire gravi shock macroeconomici asimmetrici nella Zona Euro», tuttavia a beneficio dei soli Paesi che «soddisfano rigorosi criteri di ammissibilità con riguardo alla solidità delle politiche economiche e di bilancio».

Certo, la Commissione propone di istituire un legame, oltre che tra i finanziamenti europei e il perseguimento di politiche economiche in linea con i fondamenti dell'Unione economica e monetaria, altresì tra i primi e «il rispetto dello Stato di diritto». Anche qui il fine ultimo non attiene però alla promozione di valori alternativi a quelli concernenti il funzionamento dell'ordine economico: persino in questo caso si vuole preservare «una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione» per il caso in cui siano minacciati da politiche lesive del principio dello Stato di diritto.

Peraltro, come abbiamo detto e come ribadito dalla Commissione nelle sue proposte per il nuovo quadro finanziario pluriennale, anche le entrate, come le uscite, devono «ottimizzare il contributo del bilancio Ue alle priorità politiche dell'Unione». Se ne ricava un ulteriore riscontro di quanto queste non comprendano lo sviluppo dell'Europa sociale, almeno non con la stessa enfasi riservata al completamento dell'Unione economica e monetaria. Nel momento in cui si discute di una radicale riforma delle risorse proprie, e nel contempo di una progressiva cancellazione del sistema delle correzioni, si sarebbero potute immaginare imposte dal nesso esplicito con le politiche incentrate sui diritti sociali, ma così non è. Per «rafforzare il collegamento tra il finanziamento del bilancio e le politiche dell'Unione» si è infatti proposto di affidarsi, oltre che alla risorsa basata sull'Iva semplificata, a quella derivante dall'applicazione di un'aliquota alla «base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società»<sup>64</sup>: risorsa, quest'ultima, direttamente collegata «ai benefici di cui godono le imprese che operano nel mercato unico».

È indubbiamente da apprezzare lo sforzo di proporre il ricorso a due risorse destinate a sottolineare il nesso tra il bilancio europeo e le politiche ambientali: il 20% dei proventi dello scambio delle quote di emissioni, per contribuire alla

---

<sup>60</sup> Cfr. A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Regio Emilia, 2017, 20 ss.

<sup>61</sup> Risoluzione del 19 gennaio 2017, P8\_TA-PROV/2017/0010.

<sup>62</sup> V. anche la *Proposta di regolamento che istituisce il programma di sostegno alle riforme* del 31 maggio 2018, Com/2018/391 fin.

<sup>63</sup> Oltre a quelli già citati, v. da ultimo *Proposta di regolamento relativo all'istituzione della Funzione europea di stabilizzazione degli investimenti* del 31 maggio 2018, Com/2018/387 fin.

<sup>64</sup> Su cui v. la *Proposta di direttiva* del 25 ottobre 2016, Com/2016/685 fin.

riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, e un contributo nazionale agganciato «alla quantità di rifiuti non riciclati di imballaggi in plastica», utile a promuovere la Strategia europea per la plastica nell'economia circolare<sup>65</sup>. E tuttavia l'attenzione alle tematiche ambientali, pure non irrilevante dal punto di vista della sensibilità verso la dimensione sociale, non può rimpiazzare la scarsa attenzione per le molteplici articolazioni di quest'ultima: prima fra tutte quella relativa alle misure di contrasto della disoccupazione e della povertà. E questo vale anche per il Parlamento europeo, che pure in una recente risoluzione dedicata alla riforma delle risorse proprie ha invitato a prevederne alcune non considerate dalla Commissione: come quella derivante dai proventi generati dalla Banca centrale europea con l'emissione di valuta, ora destinati alle tesorerie nazionali, o quella collegata all'istituzione di una «imposta di compensazione sul fatturato generato in Europa dalle aziende digitali». Anche le proposte del Parlamento evitano di stabilire nessi tra il bilancio europeo e le politiche sociali complessivamente intese: si sottolinea «la necessità di collegare le entrate e gli obiettivi politici» dell'Unione, ma si menziona tra questi solamente «il mercato unico, l'unione dell'energia e le politiche in materia di ambiente, clima e trasporti»<sup>66</sup>.

Nessun cambio di rotta risulta infine dalla proposta franco-tedesca sull'introduzione di un bilancio dell'Eurozona, presentata a margine della riunione dell'Eurogruppo del novembre 2018<sup>67</sup>. Esso viene inteso come «uno tra i molti strumenti nell'ambito della cornice europea destinati a promuovere la competitività, la convergenza e la stabilizzazione nell'Eurozona», e in tale ambito a incentivare «gli investimenti nell'innovazione e nel capitale umano». Uno strumento che intende però contribuire alla necessità di stabilire «requisiti più stringenti nel contesto del coordinamento della politica economica», motivo per cui si indica tra i suoi fondamenti normativi la disposizione dei Trattati concernente l'istituzione di «un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della Zona Euro» e la relativa assistenza finanziaria sottoposta «a una rigorosa condizionalità» (art. 136 TfUE). Uno strumento, ancora, il cui finanziamento verrà disciplinato da accordi intergovernativi tra gli Stati partecipanti, poi amministrati ricorrendo alla «direzione strategica» dell'Eurosummit e l'azione «operativa» dell'Eurogruppo: dunque sulla base di un'impostazione opposta a quella cui rinviano le recenti proposte di ricondurre sotto l'ombrello della costruzione europea il Meccanismo europeo di stabilità e il cosiddetto Fiscal compact<sup>68</sup>.

Non si conosce ancora l'esito della proposta, che è stata formulata in vista del Consiglio europeo di dicembre 2018, e che però non risulta essere stata discussa in quella sede<sup>69</sup>. È peraltro evidente che essa costituisce un arretramento rispetto alle aperture della Commissione, che come sappiamo ha discusso di bilancio

<sup>65</sup> Cfr. l'omonima comunicazione della Commissione, Com/2018/28 fin.

<sup>66</sup> *Risoluzione sulla riforma del sistema di risorse proprie dell'Unione europea* del 14 marzo 2018, P8\_TA(2018)0076.

<sup>67</sup> Del 19 novembre 2018. Il testo della proposta si trova qui: [www.consilium.europa.eu/media/37011/proposal-on-the-architecture-of-a-eurozone-budget.pdf](http://www.consilium.europa.eu/media/37011/proposal-on-the-architecture-of-a-eurozone-budget.pdf).

<sup>68</sup> V. rispettivamente la *Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri* del 6 dicembre 2017, Com/2017/0824 fin e la *Proposta di Regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo*, anch'essa del 6 dicembre 2017, cit.

<sup>69</sup> Almeno stando a quanto si ricava da Consiglio europeo del 14 dicembre 2018, *Conclusioni della Presidenza*.

dell'Eurozona ritenendolo un passo verso l'emissione di debito a livello europeo. E che ha inoltre rilanciato l'idea di una funzione di stabilizzazione, certo incastrata nel meccanismo dell'assistenza finanziaria condizionata, ma comunque capace di alimentare una discussione attorno ai modi di un'azione europea anticiclica.

Insomma, la proposta franco-tedesca costituisce un ulteriore radicamento del meccanismo per cui la spesa pubblica europea si sviluppa entro il ristretto perimetro del mercato delle riforme<sup>70</sup>, forse idoneo a stabilire un nesso forte tra il bilancio e lo sviluppo dell'Unione economica e monetaria, non tuttavia a sviluppare quello con le tematiche riconducibili all'idea di Europea sociale. E ciò mette in ombra una pallida apertura, che pure emerge dal documento franco-tedesco, circa la necessità che la crescita economica e la convergenza non sia il mero frutto della disciplina di bilancio, ma necessiti di un piano di investimenti, magari più ambizioso del noto Piano Juncker.

---

<sup>70</sup> A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 48, 2018, 167 ss.

# Tutela dell'integrità dell'informazione e della comunicazione in rete: obblighi per le piattaforme digitali fra fonti comunitarie e disciplina degli Stati membri

di Davide Zecca

**Abstract:** *Protection of the accuracy of online information and communication: the obligations of digital platforms between European sources and Member States' policies*

– The article discusses the limits of a regulatory framework imposing to digital intermediaries particular duties of intervention when illicit contents are uploaded by users onto online platforms. The issue at stake is whether EU directions and the newly implemented and draft legislation by Member States threatens online freedom of information by introducing a form of collateral censorship. Therefore, the article explores to what extent intervention by private intermediaries shall be considered legitimate and when, instead, it introduces an indirect form of censorship of the users' freedom of speech.

**Keywords:** Collateral censorship; Fake news; Hate speech; Social network; Freedom of speech.

889

## 1. Libertà di manifestazione del pensiero e contrasto a notizie false e contenuti illeciti *online*

La capillare diffusione e l'utilizzo quotidiano di piattaforme di *social networking* ha reso obsoleto il paradigma dell'informazione unidirezionale, intesa cioè come operante sulla sola direttrice che origina dagli operatori professionali dell'informazione. Infatti, oggi l'informazione è veicolata con sempre maggior frequenza tramite strumenti diversi dai mezzi di informazione tradizionali (carta stampata e TV), in conseguenza della facile accessibilità e della tendenziale gratuità dei servizi offerti dalle piattaforme in rete<sup>1</sup>. D'altronde, l'aspetto delle pagine accessibili sulla rete Internet è oggi profondamente mutato, in quanto una sempre più rilevante porzione dei dati caricati rientra nella definizione di *user generated content*, vale a dire contenuti i cui autori sono gli stessi utenti delle piattaforme.

Tali circostanze rendono più complicato verificare le fonti da cui provengano le notizie che appaiono in queste sedi e possono consentire la diffusione di informazioni dalla dubbia veridicità o passibili di creare allarme sociale od orientare in modo strumentale l'opinione pubblica. Lo spostamento su tali piattaforme di gran parte della campagna elettorale per le elezioni tenutesi in Europa fra 2017 e 2018 (Francia, Regno Unito, Germania e Italia) ha reso

---

<sup>1</sup> B. Martens, L. Aguiar, E. Gomez-Herrera, F. Mueller-Langer, *The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news - An economic perspective*, Digital Economy Working Paper 2018-02, JRC Technical Reports, 8 ss.

prioritario affrontare il tema della manipolazione dell'informazione a fini di orientamento del dibattito politico pubblico.

L'affermazione di tali piattaforme pone poi un'altra questione spinosa: la pubblicazione *online* di contenuti che integrino fattispecie penali già tipizzate. Spiccano in tale ambito quelle manifestazioni del pensiero volte ad incitare all'odio o alla violenza contro determinati soggetti, sovente su base razziale o etnica (cd. *hate speech*)<sup>2</sup>; ad esse si affiancano tutte le fattispecie lesive dell'onore e della reputazione di persone individuabili.

Per entrambe le circostanze non è sufficiente predisporre una tutela penalistica *a posteriori*, in quanto ciò non consente di rimediare alla diffusione di notizie inaccurate o di ristorare il soggetto danneggiato nella propria reputazione. Per questa ragione, l'Unione Europea e, a seguire, alcuni Stati membri si sono interrogati su come far fronte efficacemente a tale fenomeno, garantendo una tutela adeguata ed efficace agli interessi in gioco. Le iniziative finora intraprese paiono convergere verso un'impostazione che valorizzi il ruolo degli intermediari digitali imponendo particolari obblighi di sorveglianza alle piattaforme di *social networking* e a tutti gli operatori non professionali dell'informazione che ospitano contenuti provenienti da utenti terzi. Sembra emergere, inoltre, l'opportunità di sollecitarne l'intervento tempestivo per rimuovere notizie palesemente non veritiere o contenuti che violino una fattispecie penale tipica (es. contenuti lesivi della reputazione di un soggetto determinato o incitanti alla violenza).

Tuttavia, l'opportunità di regolare i contenuti pubblicati su tali piattaforme qualora sorga un sospetto sulla loro veridicità (o liceità) rischia di mettere in crisi il modello di informazione classico, basato sull'assunto che non sia necessario limitare la libera manifestazione del pensiero, poiché in un ideale mercato delle idee sarà proprio la notizia o il contenuto informativo più affidabile ad affermarsi in maniera autonoma, soppiantando le fonti non veritiere<sup>3</sup>.

Peraltro, l'introduzione di obblighi di tal sorta a carico dei gestori di piattaforme pone non indifferenti questioni di bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero. In particolare, la sottoposizione degli intermediari digitali a un regime sanzionatorio per negligenza nel monitoraggio e nella rimozione di contenuti illeciti avrebbe il rischio di incentivare, nella prassi, il perseguimento di una politica di censura per così dire indiretta da parte degli operatori del settore. Non si tratterebbe, tuttavia, di un caso di auto-censura, ossia di limitazione della libertà di espressione delle piattaforme, bensì di una circostanza definita "censura collaterale" (*collateral censorship*), in quanto il soggetto che si fa tramite del pensiero altrui mette a tacere l'opinione dell'utente terzo<sup>4</sup>. In particolare, ciò avviene allorché un privato (fornitore del servizio di *social networking* o di *hosting*) disponga del potere di diffondere il pensiero di un altro soggetto (utente) e l'autorità minacci di ritenere responsabile il primo per il contenuto del pensiero del secondo; sovente, il fornitore del servizio censura il pensiero dell'utente per evitare il mero rischio di incorrere in una sanzione, con la

<sup>2</sup> F. Abbondante, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, Vol. XXVI, n. 1-2/2017, 41-68.

<sup>3</sup> Il concetto di *marketplace of ideas* si fa risalire alla *dissenting opinion* del giudice della Corte suprema americana O. W. Holmes in *Abrams v. United States* (1919), ove si sostiene che "*the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas*", aggiungendo che "*the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*" (250 U. S. 630).

<sup>4</sup> M.I. Meyerson, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media*, in 71 *Notre Dame L. Rev.*, 1995, 118.

conseguenza di impoverire il dibattito pubblico del contributo in questione<sup>5</sup>.

Il profilo critico riguarda non tanto i contenuti pacificamente illeciti, che l'intermediario può rimuovere senza fare torto all'autore, quanto piuttosto quelli la cui liceità non possa essere determinata *prima facie*. In presenza di tali contenuti marginali, per evitare costi processuali, anche a fronte di liti temerarie, la piattaforma ha un forte incentivo alla rimozione; tuttavia, fra i contenuti sottoposti a rimozione vi è con ogni probabilità una consistente frazione di manifestazioni del pensiero lecite, che, per ragioni legate alla convenienza dell'intermediario, vengono sottratte alla disponibilità della pubblica opinione<sup>6</sup>. Il fenomeno della *collateral censorship* rientra in una più ampia tendenza degli Stati al ricorso a nuovi metodi di regolazione della manifestazione del pensiero, indirizzati alle infrastrutture digitali anziché, come fino a pochi decenni fa, a chi manifestasse il proprio pensiero e a chi ne garantisse la diffusione tramite una pubblicazione<sup>7</sup>.

Il presente contributo si prefigge dunque l'obiettivo di valutare la prospettiva adottata dai pertinenti atti di diritto comunitario con riferimento al tema della censura collaterale, per poi dar conto delle iniziative di alcuni Stati membri in materia. A tal fine, il §2 del presente scritto fornisce un resoconto delle numerose fonti di *soft law* introdotte dall'UE in materia, non tralasciando sintetici riferimenti all'orientamento della Corte di Giustizia e della Corte EDU sui limiti alla libera manifestazione del pensiero nel quadro costituzionale europeo e convenzionale. Il §3 è dedicato a una disamina del contenuto della normativa tedesca, ponendo l'accento anche sull'elaborazione del *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* sulla libertà di espressione come disciplinata dalla *Grundgesetz (GG)*. Il §4 illustra il contenuto dei disegni di legge redatti in Italia nel corso della XVII legislatura ma mai approvati, senza trascurare di porre mente ai limiti alla libera manifestazione del pensiero desumibili dalla giurisprudenza in materia. Il §5 è dedicato all'esposizione della proposta di legge francese, non senza dare spazio alle critiche che hanno accompagnato il suo deposito in parlamento. Il §6, infine, cerca di individuare le posizioni ascrivibili a un medesimo approccio nel bilanciamento fra libertà d'espressione da un lato e corretta informazione o tutela della reputazione dei singoli dall'altro, offrendo alcune considerazioni per un utile confronto sul rischio di *collateral censorship*.

## 2. L'approccio comunitario fra *soft law* e prospettive di intervento vincolante

La prima sede in cui siano state adottate iniziative per far fronte in maniera efficace agli abusi della manifestazione del pensiero sulla rete Internet è stata quella comunitaria. Una prima area di intervento riguarda il contrasto alla pubblicazione *online* di contenuti incitanti alla violenza o di stampo discriminatorio sul piano etnico e razziale.

A tal proposito, il tema è stato inizialmente preso in considerazione da una decisione quadro del Consiglio dell'UE pronunciata dieci anni or sono<sup>8</sup>: l'atto

<sup>5</sup> J.M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, in 99 *Colum. L. Rev.*, 1999, 2298.

<sup>6</sup> F.T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, in 87 *Notre Dame L. Rev.*, 2013, 301.

<sup>7</sup> J.M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in 51 *U.C.D. L. Rev.*, 2018, 1174. In precedenza lo stesso J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in 127 *Harv. L. Rev.*, 2014, 2296-2342.

<sup>8</sup> Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, 28 novembre 2008.

vincolava gli Stati membri all'adozione di misure necessarie per il perseguimento penale di condotte di incitamento all'odio o alla violenza o di negazionismo o apologia di genocidio o altri crimini contro l'umanità. A maggio 2016, a complemento di questa iniziativa, alcune grandi società fornitrici di servizi di *information technology* (*Facebook, Microsoft, Twitter e Youtube*) si sono impegnate a rispettare un codice di condotta per il contrasto dell'*hate speech online*<sup>9</sup>; nel corso del 2018 hanno manifestato la propria intenzione di aderire a tale codice di autoregolamentazione anche le piattaforme *Instagram, Google+, Snapchat e Dailymotion*. Le società aderenti si impegnano a predisporre procedure efficaci di revisione delle segnalazioni di contenuti di incitamento all'odio e di procedere, nella maggioranza dei casi, alla rimozione o al blocco dell'accesso al contenuto entro 24 ore, oltre a promuovere la consapevolezza degli utenti sull'illiceità di tali contenuti.

Contestualmente all'adozione del codice di cui sopra, la Commissione ha emanato la comunicazione sulle piattaforme *online* e il mercato unico digitale, la quale traccia un bilancio positivo del regime di limitata responsabilità degli intermediari prevista dalla cd. Direttiva *e-commerce* (2000/31/CE) ma, al contempo, si pone il problema dell'influenza negativa di contenuti illeciti, in particolare con riferimento ai minori di età; il documento sancisce a proposito l'impegno della Commissione ad incoraggiare gli intermediari a rafforzare l'adozione di misure di autoregolamentazione coordinate a livello comunitario<sup>10</sup>. Nella medesima ottica, l'anno successivo la stessa Commissione si è impegnata ad assumere un ruolo di guida nella predisposizione di meccanismi di verifica e rimozione di contenuti illeciti in rete, nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti nel quadro costituzionale dell'UE, con l'intento di evitare prassi di rimozione dei contenuti eccessivamente severe<sup>11</sup>. A tal proposito, si è pronunciato con apposita risoluzione il Parlamento europeo, sottolineando la necessità di chiarire l'ambito di applicazione della limitata responsabilità degli intermediari e di rafforzare le misure messe in campo dalle piattaforme per combattere i contenuti illeciti e nocivi; inoltre, il testo sottolinea l'opportunità di adottare provvedimenti contro le notizie false, nel rispetto del diritto al libero scambio di opinioni e di una stampa libera, invitando la Commissione a valutare, se del caso, un intervento legislativo in materia<sup>12</sup>. La Commissione europea ha infine emanato una comunicazione nel settembre 2017, delineando un procedimento di rimozione di contenuti illeciti in tre fasi (identificazione e segnalazione, rimozione e prevenzione della nuova pubblicazione) e fornendo una serie di dettagliate indicazioni indirizzate agli intermediari digitali<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Codice di condotta sull'illecito incitamento all'odio *online*, disponibile (in lingua inglese) all'url: [ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc\\_id=42985](http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=42985) (ultimo accesso 12 novembre 2018).

<sup>10</sup> COM(2016) 288, 25 maggio 2016, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, 9-10.

<sup>11</sup> COM(2017) 228, 10 maggio 2017, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale, *Un mercato unico digitale connesso per tutti*, 9.

<sup>12</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme online e il mercato unico digitale (2016/2276(INI)), rispettivamente Artt. 29, 33 e Artt. 35-36.

<sup>13</sup> COM(2017) 555, 28 settembre 2017, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una responsabilità rafforzata delle piattaforme online*.

Spostando l'attenzione verso la diffusione di notizie false o tendenziose, a gennaio 2018 la stessa Commissione ha istituito, su iniziativa della Commissaria per l'economia e la società digitale, un gruppo di esperti di alto livello sulle notizie false e la disinformazione *online*. A marzo è stato pubblicato un rapporto finale che tratta in dettaglio il tema della disinformazione *online*, asserendo che il problema risieda non tanto in quei contenuti a cui si fa generalmente riferimento come “*fake news*”, bensì più in generale in tutte quelle condotte che inquinano una corretta informazione sulla rete<sup>14</sup>. Il documento offre una panoramica delle iniziative intraprese dalle piattaforme *online* e dai media tradizionali per porre rimedio alla proliferazione di contenuti discriminatori o incitanti alla violenza e di notizie inaccurate o fabbricate ad arte, identificando poi quali obiettivi prioritari un rinnovato sforzo di cittadini, istituzioni ed enti terzi per consentire un efficace riconoscimento delle varie forme di disinformazione e una costante verifica dell'adeguatezza delle risposte alle tecniche di disinformazione. Il rapporto suggerisce di privilegiare forme di cooperazione fra i vari portatori di interesse, esprimendosi invece sfavorevolmente a interventi regolatori; a tal fine, il documento presenta un dettagliato elenco di raccomandazioni atte ad aumentare la trasparenza sulle piattaforme *online* e a promuovere un'informazione di qualità in rete.

La Commissione ha proceduto da ultimo all'emanazione di una comunicazione ricognitiva dell'orientamento comunitario in tema di diffusione di informazioni inaccurate o tendenziose, che menziona quali obiettivi la trasparenza (in particolare sui contenuti pubblicitari, anche di natura elettorale, e prevedendo la chiusura di account fasulli e la convocazione di un forum di portatori di interesse del settore finalizzato alla redazione di un codice di pratiche contro la disinformazione), la messa in sicurezza dei processi elettorali, l'alfabetizzazione mediatica degli utenti e il supporto di un giornalismo di qualità e plurale<sup>15</sup>. A settembre 2018 è stata portata a termine l'elaborazione del codice di buone pratiche contro la disinformazione *online*<sup>16</sup>, al quale hanno già aderito, fra gli altri, le grandi piattaforme *Facebook*, *Google* e *Mozilla*. In particolare, questa fonte riprende la definizione di disinformazione, elaborata dalla Commissione e dal gruppo di esperti, come informazione che possa essere accertata come falsa o fuorviante, creata e diffusa per motivi di profitto o per fuorviare la pubblica opinione e che possa causare danno alla collettività. Dopo aver delineato gli scopi da perseguire, il documento specifica gli impegni assunti dai soggetti firmatari, fra i quali vi sono lo scrutinio puntuale sulla trasparenza di contenuti pubblicitari anche di natura politico-elettorale, il monitoraggio sull'attività di account computerizzati sulle piattaforme e la revisione di tali *policies* su base periodica, rendendo conoscibili le valutazioni intermedie tramite pubblicazione di appositi rapporti.

---

<sup>14</sup> *Un approccio multidimensionale alla disinformazione*, Rapporto del Gruppo indipendente di esperti di alto livello su notizie false e disinformazione *online*, disponibile all'url: [ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=50271](http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271) (ultimo accesso 13 novembre 2018).

<sup>15</sup> COM(2018) 236, 26 aprile 2018, Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*.

<sup>16</sup> Codice di buone pratiche per combattere la disinformazione online (settembre 2018) disponibile (in lingua inglese) all'url: [ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation](http://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation) (ultimo accesso 13 novembre 2018).

Come si può desumere dal quadro di sintesi di cui sopra, l'iniziativa delle istituzioni dell'Unione Europea si è finora limitata al ricorso a strumenti di *soft law*, caratterizzati da efficacia mediata o da adesione volontaria. Resta da valutare se la debole vincolatività di tali fonti riuscirà a orientare verso un modello armonizzato la legislazione domestica degli Stati membri o se, al contrario, sarà richiesto un intervento più penetrante del legislatore comunitario (come peraltro paventato dal Parlamento europeo nella risoluzione menzionata sopra).

D'altronde, quale che sia la fonte che disciplina la materia, resta il fatto che l'introduzione di obblighi di rimozione o blocco dell'accesso a contenuti a carico degli intermediari digitali implicherebbe una compressione della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti, la cui liceità va valutata anche alla luce delle garanzie offerte dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea.

La prima sancisce il diritto di ogni persona alla libertà di espressione, includendovi la libertà di opinione e la libertà di ricevere o comunicare informazioni senza ingerenza della pubblica autorità, pur riconoscendo la facoltà degli Stati firmatari a predisporre un regime autorizzativo per la diffusione radiotelevisiva e cinematografica<sup>17</sup>. La norma prevede la possibilità di limitare tale diritto, a patto tuttavia che ciò avvenga per legge e richiedendo che ciascuno dei limiti sia necessario, in una società democratica, a determinati obiettivi puntualmente indicati. La giurisprudenza in materia pare avallare una lettura ampia del diritto in parola: alla luce del caso *Handyside*<sup>18</sup>, la tutela dell'Art. 10 della Convenzione si estende anche a quelle idee che, lungi dall'essere ben accette fra i consociati, al contrario determinino situazioni di shock nella maggioranza della popolazione<sup>19</sup>. Di recente la stessa Corte di Strasburgo ha mostrato però, in ragione della peculiarità del mezzo, un diverso atteggiamento in campo digitale, come dimostrato dalla decisione sul caso *Delfi*<sup>20</sup>, ove ha ritenuto che l'imposizione di una sanzione pecuniaria moderata a una testata *online* per l'inefficace monitoraggio di commenti anonimi (lesivi della dignità di un soggetto) agli articoli pubblicati non configuri una violazione dell'Art. 10 della Convenzione<sup>21</sup>.

Per quanto riguarda la Carta dei diritti dell'Unione Europea, l'Art. 11 sancisce – come si sa – il diritto di ogni persona alla libertà di espressione, riprendendo sinteticamente l'elaborazione testuale della disposizione della CEDU e sottolineando che la libertà dei media e il pluralismo degli stessi sono rispettati. Nonostante la giurisprudenza comunitaria sia inferiore numericamente a quella convenzionale, anche perché la Carta UE è divenuta vincolante soltanto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, è opportuno segnalare un caso emblematico per comprendere fin dove si estendano le garanzie previste dalla disposizione. In *SABAM c. Netlog*, la CGUE ha dichiarato che le disposizioni della *Direttiva e-commerce* ostano all'imposizione, da parte di uno Stato membro, di un

---

<sup>17</sup> Art. 10, CEDU.

<sup>18</sup> *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, Corte EDU.

<sup>19</sup> *Ibid.*, § 49; v. anche O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018, 52, il quale tuttavia si interroga sull'opportunità dell'estensione della garanzia alle *fake news*, in quanto prive di utilità sociale poiché non in grado di contribuire all'informazione dei cittadini.

<sup>20</sup> *Delfi AS c. Estonia*, 15 giugno 2015, Corte EDU, Grande Camera.

<sup>21</sup> D. Mula, *Il caso Delfi*, in M. Bianca-A. Gambino-R. Messinetti (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, Milano, 2016, 81.

obbligo di sorveglianza generalizzata sui contenuti caricati dagli utenti a carico dei gestori di piattaforme di *social networking*. Tale interpretazione della direttiva poggia, oltre che sulla presunta violazione della libertà di impresa del prestatore del servizio di *hosting*, sulla necessità di evitare che un sistema di filtraggio del genere, incapace di distinguere in modo adeguato contenuti illeciti e non, blocchi di fatto comunicazioni di natura lecita, con ciò violando la libertà a comunicare e ricevere informazioni sancita all'Art. 11 della Carta<sup>22</sup>. Tuttavia, la pronuncia riguardava un sistema di filtraggio predisposto per la tutela del diritto d'autore, dunque non è necessariamente applicabile a obblighi di sorveglianza diversi: la previsione di meccanismi di filtraggio potrebbe comunque essere lecita, a patto che esista un equilibrio fra i diritti fondamentali in gioco, in conformità a criteri di proporzionalità<sup>23</sup>. Alla luce di questo contesto di riferimento, giova dunque verificare la rispondenza delle soluzioni adottate da alcuni Stati membri agli obiettivi dichiarati in sede europea e la loro compatibilità con il quadro costituzionale domestico e sovranazionale.

### 3. La controversa approvazione della NetzDG in Germania

Il parlamento tedesco ha approvato a fine giugno 2017 la “*Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network*” (d’ora innanzi *NetzDG*)<sup>24</sup>, i cui contenuti sono stati fin dal principio oggetto di acceso dibattito. Il provvedimento si articola in una prima lunga disposizione<sup>25</sup>, a cui si affiancano una modifica della legge sulle telecomunicazioni e la fissazione della data di entrata in vigore del testo<sup>26</sup>.

La legge si applica ai fornitori di servizi di telecomunicazione che gestiscono a fini di profitto piattaforme Internet finalizzate alla condivisione e all'immissione al pubblico da parte di utenti di qualsiasi contenuto (cd. ‘*social network*’, Art. 1, §1). Le piattaforme a contenuto editoriale o finalizzate allo scambio di comunicazioni su base individuale (servizi di messaggistica o posta elettronica) o di contenuti specifici sono escluse dall'ambito di applicazione della disposizione, da cui sono altresì esonerati i gestori di *social network* con meno di due milioni di iscritti nel Paese. La disposizione qualifica come illecito il contenuto che appaia su un *social network*, integri una delle condotte penalmente rilevanti richiamate<sup>27</sup> e sia illegittimo.

Le piattaforme così identificate, qualora abbiano ricevuto più di 100 segnalazioni di contenuti illeciti in un anno solare, sono gravate dall'obbligo di redazione di un rapporto a cadenza semestrale in lingua tedesca a contenuto vincolato, da pubblicarsi sulla Gazzetta federale e sulla *home-page* del proprio sito Internet entro un mese dalla fine di ciascun semestre (Art. 1, §2). Il rapporto deve indicare, fra l'altro: meccanismi di segnalazione di contenuti illeciti (compresi i dati sulle segnalazioni ricevute) e politiche di cancellazione o blocco degli stessi,

---

<sup>22</sup> *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, 16 febbraio 2012, CGUE, Terza Sezione, §§ 48, 50.

<sup>23</sup> O. Pollicino, *cit.*, 61.

<sup>24</sup> *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, nota come *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*. Ai fini del presente contributo si fa riferimento alla traduzione in lingua italiana di G. Giannone Codiglione, in *MediaLaws* 1/2017, 185-190.

<sup>25</sup> Art. 1, *NetzDG* (“*Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network*”).

<sup>26</sup> Art. 2 (“*Modifiche alla Legge sulle telecomunicazioni (Telemediengesetz)*”) e Art. 3, *NetzDG*.

<sup>27</sup> §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129-129b, 130, 131, 140, 166, 184b in combinato disposto con 184d, 185-187, 241 o 269 *Strafgesetzbuch (StGB)*.

organizzazione e competenze dei soggetti responsabili della gestione delle segnalazioni, numero di segnalazioni decise dopo consulto di soggetto terzo e che hanno condotto a eliminazione o blocco di un contenuto offensivo, tempistiche di intervento a seguito delle segnalazioni e modalità informative della decisione nei confronti di segnalanti e autori.

Si dispone, inoltre, che i gestori di *social network* debbano garantire un'efficace e trasparente procedura per la gestione delle segnalazioni, prevedendo un immediato accoglimento della segnalazione e verifica dell'eventuale illiceità del contenuto ai fini di una sua rimozione oppure di un blocco dell'accesso a tale contenuto (Art. 1, § 3). La rimozione o il blocco di contenuti manifestamente illeciti deve avvenire entro 24 ore dalla segnalazione, salvo intervento di diverso accordo stipulato con l'autorità giudiziaria. Il prolungamento del termine non può comunque eccedere i sette giorni per tutti i contenuti illeciti, salvo quando la liceità dipenda dalla falsità di una dichiarazione o da circostanze di fatto (il gestore può concedere all'utente di replicare alla segnalazione) e quando a decidere dell'illiceità sia investito un apposito organo di autoregolamentazione (entro sette giorni il gestore deve rimettere ad esso la decisione, accettando di conformarsi alla stessa).

Questi ultimi sono riconosciuti come tali quando dotati di personale indipendente e tecnicamente competente, adeguati mezzi per rendere una decisione entro sette giorni, regole procedurali di dettaglio e un finanziamento che garantisca mezzi adeguati all'adempimento dei compiti assegnati. L'Ufficio federale di giustizia delibera sull'accreditamento degli organi di autoregolamentazione e ha il potere di sospendere la facoltà del *social network* di investire della decisione su una segnalazione uno di essi, in presenza di ragionevoli motivi che giustifichino l'ipotesi che lo stesso sia venuto meno ai propri obblighi non affiliandosi al sistema di autoregolamentazione.

Qualora il gestore proceda alla rimozione del contenuto, deve conservarlo per almeno dieci settimane, in ottemperanza alla disciplina UE in materia<sup>28</sup>, e deve altresì informare il segnalante e il segnalato di qualsiasi decisione adottata e delle motivazioni. Viene istituito, inoltre, un obbligo di monitoraggio a cadenza mensile della direzione del *social network* sulla gestione delle segnalazioni, a fini di correzione di carenze di natura organizzativa, e di erogazione di corsi di formazione e supporto in lingua tedesca ai soggetti impiegati nelle attività di gestione delle segnalazioni.

L'accertamento delle violazioni degli obblighi a carico dei gestori di *social network* spetta all'Ufficio federale di giustizia in osservanza di principi amministrativi da determinarsi *ex-ante*. Tuttavia, esso potrà adottare un provvedimento sanzionatorio nei confronti della piattaforma che violi gli obblighi di rimozione o blocco del contenuto solo in presenza di una decisione giudiziale (non impugnabile e vincolante) che dichiari l'illiceità del contenuto stesso (Art. 1, §4, (5)). La violazione degli obblighi di redazione del rapporto semestrale, di predisposizione di idonee procedure per la segnalazione e di monitoraggio della gestione delle stesse, compresi eventuali interventi di correzione, e di formazione dei lavoratori del settore, è punita con ammenda fino a cinque milioni di euro; la sanzione non può superare i cinquecentomila euro qualora l'inosservanza riguardi l'obbligo di nomina o designazione di un referente per questi procedimenti ai sensi dell'Art. 1, § 5 *NetzDG*. Di rilievo notare come la sanzione si possa applicare anche in caso che l'illecito abbia luogo fuori dalla Germania (Art. 1, §4, (3)), seppur ciò

---

<sup>28</sup> Direttive 2000/31/CE e 2010/13/UE.

non garantisca, per ovvi motivi, la riuscita della futura esecuzione forzata del provvedimento in caso di inosservanza dello stesso.

Il testo dispone anche in merito alla disciplina del periodo transitorio, sancendo l'obbligo di elaborazione del rapporto a partire dal primo semestre del 2018 (escludendo pertanto i dati del 2017) e di introduzione delle procedure di gestione dei reclami non oltre tre mesi dalla entrata in vigore della legge (*i.e.* entro il 31 dicembre 2017) o, comunque, non oltre tre mesi da quando il gestore integri i requisiti di applicazione della legge.

In primo luogo, si segnala come la *NetzDG*, a differenza di altre iniziative, sia esclusivamente orientata al contrasto delle lesioni della reputazione di soggetti determinati in rete e alla prevenzione della diffusione di campagne di odio o di istigazione alla violenza, non premurandosi di affrontare il tema della diffusione di notizie false o tendenziose. Ciò premesso, non pare possibile attribuire alcun valore innovativo alla *NetzDG* sotto il profilo delle fattispecie di reato di incitamento all'odio: il provvedimento non espande cioè l'area del penalmente rilevante a fattispecie astratte che non fossero già ricomprese nel Codice penale tedesco. L'obiettivo che si prefigge è, semmai, quello di contrastare la diffusione *online* di contenuti che sarebbero comunque già perseguibili penalmente se manifestati in pubblico con mezzi tradizionali. Né pare potersi ravvisare, nella legge in questione, una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero esorbitante i limiti previsti dal diritto costituzionale tedesco. Infatti, l'obbligo di rimozione di contenuti illeciti imposto dalla *NetzDG* sembra potersi ricondurre alle ipotesi di limitazione del diritto alla manifestazione del pensiero di cui all'Art. 5, §2, *GG*.

La disposizione in questione prevede che i diritti menzionati al §1 (espressione, libera diffusione del pensiero, accesso a fonti di informazione e libertà di stampa) possano essere limitati da disposizioni di leggi generali, da norme legislative concernenti la protezione della gioventù e dal diritto al rispetto dell'onore della persona. Con riferimento alla prima categoria, si intende una legge che non prenda di mira l'espressione di una particolare opinione, bensì che aspiri a proteggere la società dagli effetti che determinate forme di espressione possano avere<sup>29</sup>. La disposizione sembra pertanto garantire un'ampia discrezionalità in capo al legislatore sull'estensione delle limitazioni a tali prerogative. L'unico argine al potere discrezionale pare quello dettato dall'Art. 19 *GG* che prevede che la restrizione di diritti fondamentali ad opera di una legge (ove previsto dalla Legge fondamentale) debba valere in generale e non per singoli casi e che l'atto debba indicare l'articolo della *GG* che sancisce il diritto limitato (§1); la disposizione aggiunge che il contenuto sostanziale (*Wesensgehalt*) dei diritti fondamentali non può comunque venire meno (§2). A tale garanzia va aggiunta la speciale forza passiva dei diritti sanciti all'Art. 5, §1, I periodo, *GG*: essi, in quanto fortemente legati all'esplicazione della personalità del loro titolare, sono coperti dalla garanzia della cd. clausola di eternità (*Ewigkeitsklausel*, Art. 79, §3, *GG*)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> O. Jouanjan, *Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany*, in 84 *Indiana Law Journal*, 3 (2009), Article 5, 875.

<sup>30</sup> Come noto, la disposizione sottrae alla revisione costituzionale, fra gli altri principi, l'intangibilità della dignità dell'uomo e il riconoscimento degli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo (Art. 1, §§ 1-2, *GG*), v. P. Schade, *Grundgesetz mit Kommentierung*, Regensburg, 2012, 205-207; proprio l'intensità del nesso con la dignità dell'uomo garantisce un variabile grado di resistenza passiva ai diversi diritti fondamentali, v. J. Woelk, *La Germania: tra numerose revisioni e nucleo essenziale protetto*, in F. Palermo (a cura di), *La "manutenzione" costituzionale*, Padova, 1997, 150; L. Mezzetti, *La revisione costituzionale e i suoi limiti: l'esperienza*

Tuttavia, la previsione dell'Art. 5, §1, GG è lungi dall'essere una mera riproposizione del principio di intangibilità del nucleo essenziale di un diritto fondamentale: la riserva di legge generale di cui all'Art. 5, §2, GG vincola le restrizioni legislative alla libera manifestazione del pensiero al rispetto della stessa prerogativa in oggetto, in ragione del valore di tale libertà in uno Stato democratico<sup>31</sup>. Il riconoscimento di tale limite implicito ha portato la giurisprudenza costituzionale a concentrarsi sulla disposizione stessa che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero (e la facoltà di limitarla) piuttosto che chiamare direttamente in causa la tutela del contenuto sostanziale del diritto. Se è vero che persino i discorsi di incitamento all'odio, in quanto opinioni dei dichiaranti, godono della tutela costituzionale di cui all'Art. 5, §1, GG, tuttavia, il *BVerfG* ha sancito che essi perdono la copertura costituzionale qualora con la propria condotta il dichiarante esorbiti i limiti della manifestazione del pensiero e a scopi di persuasione subentrino scopi di coercizione<sup>32</sup>. La rimozione di contenuti illeciti pare inoltre una sanzione ragionevole in casi in cui le medesime affermazioni siano oggetto di persecuzione in sede penale se manifestate nelle modalità tradizionali.

La situazione si complica in presenza di contenuti che non siano chiaramente qualificabili come illeciti: il *BVerfG* ha infatti da tempo sancito l'esistenza di una presunzione di liceità di un contenuto di pubblico interesse ove la liceità dello stesso fosse dubbia, schierandosi pertanto a favore della libertà di manifestazione del pensiero<sup>33</sup>.

Per quanto concerne la *NetzDG*, il provvedimento, in quanto qualificabile come legge generale e poiché richiede la rimozione *ex-post* di contenuti che illeciti sotto il profilo penale, non richiedendo così alcun intervento censorio a monte, non violerebbe l'Art. 5, § 1, parte 3 GG. Invero, vi è chi ritiene che la minaccia di severe sanzioni pecuniarie possa generare un eccesso di zelo dei gestori delle piattaforme interessate, conducendo a una troppo aggressiva politica di cancellazione di contenuti (cd. *overblocking*)<sup>34</sup>. Ciò potrebbe derivare anche dalla minaccia di una querela per ingiuria, che in Germania è perseguita penalmente e il cui numero di procedimenti è superiore a quelli per diffamazione o per calunnia<sup>35</sup>. Tuttavia, tale rischio appare sovrastimato, poiché le sanzioni previste nella *NetzDG* conseguono

---

tedesca, in S. Gambino-G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Milano, 2007, 268.

<sup>31</sup> D.P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, 1994, 178.

<sup>32</sup> W. Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)*, in 4 *German Law Journal*, 1 (2003), 12.

<sup>33</sup> È il celeberrimo caso *Lüth* (1958), *BVerfG* 7, 198 [212], ove il Tribunale di Karlsruhe ha anche sancito l'efficacia orizzontale (*Drittwirkung*) delle norme contenute nella GG; a riguardo anche *Rudolf Heß Gedenkfeier* (2009), *BVerfG* 124, 300 [342], e *Wunsiedel* (2009), che sancisce che "le leggi che violino la libertà di opinione devono essere interpretate in modo che il contenuto fondamentale di tale diritto, che in una democrazia basata sulla libertà deve condurre a una fondamentale presunzione a favore della libertà di espressione in tutte le aree, in particolare nella vita pubblica, sia preservato in ogni circostanza" [§74].

<sup>34</sup> M. Hong, *The German Network Enforcement Act and the Presumption in Favour of Freedom of Speech*, in *VerfassungsBlog*, 22 gennaio 2018, disponibile all'url: [verfassungsblog.de/the-german-network-enforcement-act-and-the-presumption-in-favour-of-freedom-of-speech/](http://verfassungsblog.de/the-german-network-enforcement-act-and-the-presumption-in-favour-of-freedom-of-speech/) (ultimo accesso 11 luglio 2018).

<sup>35</sup> D. Lee, *Germany's NetzDG and the Threat to Online Free Speech*, in *Media Freedom and Information Access Clinic, Yale Law School*, 10 ottobre 2017, disponibile all'url: [law.yale.edu/mfia/case-disclosed/germanys-netzdg-and-threat-online-free-speech](http://law.yale.edu/mfia/case-disclosed/germanys-netzdg-and-threat-online-free-speech) (ultimo accesso 11 luglio 2018).

all'accertamento di sistematiche violazioni degli obblighi di rimozione, non a omissioni singole, riducendo così l'incentivo fornito al gestore della piattaforma ad agire con ingiustificato zelo; inoltre, politiche di rimozione troppo aggressive verso contenuti non manifestamente illeciti avrebbero effetti negativi anche sulla diffusione delle piattaforme stesse, poiché gli utenti sarebbero incoraggiati a migrare su piattaforme più "tolleranti"<sup>36</sup>.

Un parziale apprezzamento dell'effettiva esistenza (o meno) del rischio in questione si può desumere dal primo rapporto pubblicato da quattro fra le piattaforme sottoposte agli obblighi della *NetzDG*: nel primo semestre del 2018 *Youtube* e *Facebook* hanno rimosso contenuti soltanto a fronte di circa un quarto delle segnalazioni ricevute, mentre *Twitter* addirittura in un solo caso su dieci in media; soltanto *Google+* è intervenuta in circa la metà dei casi con la rimozione. Altrettanto interessante è notare come nella schiacciante maggioranza dei casi il contenuto sia stato rimosso entro 24 ore dalla segnalazione, dato spia del fatto che le rimozioni riguardano perlopiù casi in cui il contenuto è manifestamente illecito<sup>37</sup>. Questo accertamento concreto, seppur campionato su un limitato intervallo temporale, vale già a mitigare i timori di diffusione di *over-blocking policies*, in quanto sono un'esigua minoranza i casi in cui l'illiceità del contenuto è soltanto presunta e, pertanto, non pare ravvisarsi l'affermazione di un sistema di *collateral censorship* di particolare rilevanza.

Sia consentito altresì un accenno a un'altra critica rivolta alla *NetzDG*, vale a dire la sua ipotetica violazione del principio del Paese di origine di cui all'Art. 3, c. 2, della cd. *Direttiva sul commercio elettronico*<sup>38</sup>. Tale disposizione, infatti, vieta agli Stati membri dell'UE di limitare, per motivi connessi all'ambito di regolamentazione, la circolazione dei servizi di società di informazione provenienti da un altro Stato membro<sup>39</sup>. A tale divieto è possibile derogare per provvedimenti, necessari all'ordine pubblico, alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza e alla tutela dei consumatori, relativi ad un'attività della società di informazione che pregiudichi seriamente uno di tali obiettivi, a patto che tali atti siano proporzionati al conseguimento degli obiettivi menzionati (Art. 3, c.4). La disposizione prevede inoltre specifici obblighi procedurali in materia. Il Governo tedesco si giustifica affermando che la fonte europea sarebbe applicabile ai soli provvedimenti che colpiscano un determinato servizio di informazione; tuttavia, la corretta interpretazione della disposizione sancisce un divieto di introdurre disposizioni generali volte alla regolamentazione di tutti i soggetti del tipo, necessitandosi pertanto una verifica caso per caso<sup>40</sup>. Inoltre, la decorrenza del termine per la

<sup>36</sup> S.Theil, *The German NetzDG: A Risk Worth Taking?*, in *VerfassungsBlog*, 8 febbraio 2018, disponibile all'url: [verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/](http://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/) (ultimo accesso 11 novembre 2018).

<sup>37</sup> K. Gollatz, M.J. Riedl, J. Pohlmann, *Removal of online hate speech in numbers*, in *LSE Media policy project blog*, disponibile all'url: [blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2018/08/16/removals-of-online-hate-speech-in-numbers/](https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2018/08/16/removals-of-online-hate-speech-in-numbers/) (ultimo accesso 11 novembre 2018).

<sup>38</sup> Art. 3, c.2, Direttiva 2000/31/CE.

<sup>39</sup> A. Kuczerawy, *Phantom Safeguards? Analysis of the German law on hate speech NetzDG*, in *Centre for IT & IP Law, Catholic University of Leuven*, 30 novembre 2017, disponibile all'url: [www.law.kuleuven.be/citip/blog/phantom-safeguards-analysis-of-the-german-law-on-hate-speech-netzdg/](http://www.law.kuleuven.be/citip/blog/phantom-safeguards-analysis-of-the-german-law-on-hate-speech-netzdg/) (ultimo accesso 11 luglio 2018).

<sup>40</sup> G. Spindler, *Internet Intermediary Liability Reloaded – The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law*, 8 (2017) JIPITEC 166, para 1, 3-5; disponibile all'url: [www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-2-2017/4567](http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-2-2017/4567) (ultimo accesso 29 giugno 2018).

rimozione del contenuto a partire dalla ricezione della segnalazione e non dalla materiale conoscenza della stessa violerebbe l'Art. 14, c. 1, lett. a) della stessa direttiva come interpretato dalla Corte di Giustizia nel rinvio pregiudiziale nel caso *L'Oréal v. eBay*<sup>41</sup>.

In ragione della necessità di verificare in concreto l'efficacia degli obblighi previsti e del sistema sanzionatorio predisposto a tutela degli stessi, il Parlamento tedesco ha programmato un'eventuale revisione delle disposizioni della legge dopo un iniziale periodo di applicazione di tre anni. Si noti che, nel frattempo, la corte distrettuale di Berlino ha pronunciato un'ingiunzione preliminare a carico di *Facebook*, ordinando di rendere nuovamente accessibile il profilo di un utente autore di un commento che la piattaforma aveva ritenuto di dover rimuovere in osservanza delle proprie *policies* (il commento non è stato ripristinato ma la piattaforma non potrà rimuoverlo nuovamente in caso fosse ripubblicato)<sup>42</sup>. I prossimi mesi potranno dire qualcosa in più sull'opportunità di intervenire a breve per un'eventuale temperamento della severità della disciplina o, invece, per un suo aggravamento.

#### 4. Lo sterile dibattito italiano

In Italia il dibattito sulla questione è stato sinora infruttifero, risultando soltanto nella stesura di due disegni di legge nel corso della XVII legislatura, senza che le Camere precedenti o quelle in carica vi abbiano posto mente. La proposta più risalente, nota come ddl Gambaro<sup>43</sup>, trae spunto dalle osservazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa<sup>44</sup> e da quelli che al tempo erano meri progetti in discussione in Germania e in Francia, attingendo dal tessuto normativo già esistente per adattarlo al contesto della rete Internet.

Il ddl contempla un primo rimedio penalistico e una serie di strumenti di natura amministrativa. In particolare, viene formulata una nuova fattispecie contravvenzionale che punisca la diffusione o pubblicazione di notizie false, esagerate o tendenziose, tramite piattaforme di *social media* o altre non espressione di attività giornalistica in rete, con un'ammenda fino a 5000 euro (Art. 1); qualora fosse integrato anche il reato di diffamazione (necessariamente a mezzo stampa, data la natura del mezzo), al risarcimento del danno si aggiungerebbe la facoltà di richiedere una somma a titolo di riparazione<sup>45</sup>. Le testate giornalistiche riconosciute a termini di legge sarebbero comunque escluse dall'ambito di

<sup>41</sup> Causa C-324/09, 12 luglio 2011, CGUE, Grande Camera.

<sup>42</sup> LG Berlin 31 O 21/18; C. Kerkmann, J. Steger, *German court overturns Facebook 'censorship'*, *Handelsblatt Global*, 13 aprile 2018, disponibile all'url: [www.handelsblatt.com/today/politics/free-speech-german-court-overturns-facebook-censorship/23581834.html?ticket=ST-13257815-treffSPgJ4jUwPfuqbHT-ap3](http://www.handelsblatt.com/today/politics/free-speech-german-court-overturns-facebook-censorship/23581834.html?ticket=ST-13257815-treffSPgJ4jUwPfuqbHT-ap3) (ultimo accesso 11 luglio 2018).

<sup>43</sup> S.2688, "Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica", presentato in data 7 febbraio 2017 e assegnato in commissione il 28 febbraio 2017, disponibile all'url: [www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01006504.pdf](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01006504.pdf) (ultimo accesso 25 giugno 2018).

<sup>44</sup> Risoluzione 2143 (2017), "I media online e il giornalismo: sfide e responsabilità", disponibile all'url: [www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1023635.pdf](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1023635.pdf) (ultimo accesso 11 giugno 2018).

<sup>45</sup> Art. 656-bis, "Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche".

applicazione della disciplina.

Sulla stessa falsariga, si propone l'introduzione di due nuove fattispecie delittuose (Art. 2): la prima volta a punire la diffusione di notizie o voci false, esagerate o tendenziose, quando esse possano destare allarme pubblico o nuocere interessi pubblici o fuorviare settori della pubblica opinione, anche attraverso piattaforme informatiche<sup>46</sup>; la seconda indirizzata ai responsabili (da intendersi come promotori) di campagne di odio contro individui o comunque volte a minare il processo democratico anche a fini politici, eventualmente tramite il ricorso a piattaforme informatiche<sup>47</sup>.

Nonostante importino una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, le fattispecie di reato in questione non appaiono illegittime sotto il profilo costituzionale, come peraltro sottolinea la relazione introduttiva al ddl. Infatti, già la Corte di cassazione aveva messo in luce, meno di dieci anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, come anche il diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'Art. 21 Cost. incontri limiti inderogabili: si tratta, in particolare, del dovere di non destare allarme pubblico e di non denigrare con notizie false all'estero la patria da un lato, dell'esigenza dello Stato di tutelare il proprio prestigio dinanzi agli altri attori del diritto internazionale dall'altro<sup>48</sup>. Poiché i contenuti oggetto del progetto di legge si configurano come vere e proprie campagne organizzate e finalizzate a una quanto più capillare diffusione delle notizie false o ingigantite oggetto della campagna stessa, una tale disciplina della materia non comporterebbe la limitazione di meri convincimenti personali.

Per quanto concerne la prima fattispecie, il codice penale prevede già una contravvenzione rubricata "*Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico*" (Art. 656 c.p.). La fattispecie contenuta nell'ipotizzato Art. 656-bis si differenzerebbe per l'esplicita perimetrazione della sfera di applicabilità alle pubblicazioni su piattaforme *online* tramite tecnologie elettroniche o informatiche e per il fatto che non sarebbe necessario che, come previsto all'Art. 656 c.p., tali contenuti abbiano il potenziale di turbare l'ordine pubblico, bastando la natura manifestamente infondata o falsa delle stesse. Inoltre, mentre la fattispecie generale è punita con una lieve pena detentiva o pecuniaria, la fattispecie di cui è proposta l'introduzione comminerebbe una sanzione pecuniaria di 16 volte maggiore. È dunque opportuno chiedersi se i redattori del ddl abbiano ritenuto la diffusione di notizie manifestamente false come significativamente più grave e lesiva della ipotesi di base, poiché la pena prevista è assai più severa.

Peraltro, la Corte costituzionale si era già pronunciata in passato sulla fattispecie di cui all'Art. 656 c.p., avallandone la legittimità costituzionale in considerazione della natura dell'ordine pubblico, ritenuto bene collettivo inerente al sistema costituzionale. Sulla scorta di tale affermazione, la Corte giunse a concludere che anche la libera manifestazione del pensiero sancita dall'Art. 21 Cost. può soggiacere a limitazioni atte a prevenire o far cessare turbamenti dell'ordine pubblico<sup>49</sup>.

Tuttavia, una tale contravvenzione, pur recando nella rubrica un riferimento all'ordine pubblico, omette di menzionarlo nella disposizione, rendendo pertanto

---

<sup>46</sup> Art. 265-bis, "*Diffusione di notizie false che possono destare allarme pubblico o fuorviare settori dell'opinione pubblica*".

<sup>47</sup> Art. 265-ter, "*Diffusione di campagne d'odio o volte a minare il processo democratico*".

<sup>48</sup> Cass. pen., SS.UU., 24 novembre 1956, n. 2445.

<sup>49</sup> Corte Cost., n. 19/1962.

potenzialmente inapplicabile alla fattispecie il principio sancito dalla Corte costituzionale. Inoltre, la considerazione dell'ordine pubblico quale limite all'esercizio delle libertà costituzionali si scontra con il dato testuale della Carta, la quale non ne fa mai menzione esplicitamente<sup>50</sup>. Parte della dottrina ritiene pertanto illegittima l'introduzione di limitazioni a libertà o diritti per via legislativa senza che esse siano previste espressamente da fonti di rango costituzionale<sup>51</sup>. Sul punto, comunque, si ritiene che l'Art. 21 Cost. tuteli non soltanto le manifestazioni del pensiero che siano oggettivamente vere, ma anche quelle oggettivamente false, sempre che il soggetto le ritenga vere in buona fede<sup>52</sup>. Diversamente, le altre fattispecie previste dal ddl traggono ispirazione dalle condotte tipiche dell'Art. 265 c.p., ma se ne differenziano in quanto non riferite a circostanze di guerra e per la previsione di una sanzione detentiva ben inferiore, pur in presenza di una sanzione pecuniaria consistente.

A tale regime sanzionatorio si affianca poi l'istituzione, a carico di chi costituisca una qualsiasi piattaforma elettronica volta alla pubblicazione di notizie sulla rete Internet, di obblighi di trasparenza consistenti nella comunicazione, entro quindici giorni dalla messa in rete di una piattaforma, di una serie di dati riguardanti il gestore della stessa, funzionali alla tracciabilità degli utenti che commettono condotte illecite sulle piattaforme (Art. 3). Ai medesimi è imposto di pubblicare le dichiarazioni o le rettifiche di soggetti che ritengano lesive della propria dignità o non veritiere immagini o dichiarazioni ad essi attribuite pubblicate sulla piattaforma, salvo tali rettifiche o dichiarazioni non abbiano contenuto passibile di sanzione penale. La pubblicazione deve avvenire entro due giorni dalla ricezione della richiesta sulla pagina principale della piattaforma, con eguale evidenza al contenuto contestato; il mancato assolvimento di tale obbligo assoggetta l'amministratore della piattaforma a una sanzione pecuniaria amministrativa di entità invero poco significativa (Art. 4).

Per quanto attiene all'obbligo di costante monitoraggio dei contenuti diffusi sulle piattaforme, compresi quelli provenienti dagli utenti, i gestori, qualora la verifica di attendibilità e veridicità di contenuti che abbiano destato un'improvvisa e diffusa attenzione dia esito negativo, sono obbligati alla rimozione, pena un'ammonda di importo moderato (Art. 7).

L'iniziativa legislativa si propone altresì di introdurre nell'ordinamento italiano il cd. diritto all'oblio, a favore della cui esistenza si sono peraltro già espresse la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>53</sup> e la Corte di cassazione<sup>54</sup> (Art.

<sup>50</sup> P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 123; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1996, 411-412.

<sup>51</sup> P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 257; A. Pace, *cit.*, 386-392, ove si nega qualsiasi immanentismo di limiti nello stesso diritto in oggetto e si dà conto del condiviso rigetto da parte della dottrina italiana della teoria che riconosceva l'intangibilità della libertà in questione solo in materie costituzionalmente "privilegiate" (religione, arte, scienza, insegnamento), consentendo al legislatore ordinario poteri di intervento discrezionale su quanto non fosse ricompreso entro tale categoria.

<sup>52</sup> A. Pace, *cit.*, 397; A. Pace-M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 91-92, purché si tratti del pensiero *proprio* del soggetto; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 229, ove si sostiene che il "fine di inganno" sia illecito solo se fulcro di attività illecite che contrasti con altri principi costituzionali.

<sup>53</sup> Caso *Google Spain*, sentenza C-131/12, 13 maggio 2014, CGUE.

<sup>54</sup> Cass. civ., sez. terza, n. 16111, 26 giugno 2013. Il principio enunciato dalla Suprema Corte è che "il diritto del soggetto a pretendere che proprie, passate vicende personali siano pubblicamente

5). Infine, si prevede l'attribuzione di compiti di monitoraggio degli standard editoriali dei canali di comunicazione telematica di emittenti radiotelevisive pubbliche alla cd. Commissione di vigilanza Rai (Art. 8).

La proposta più recente, nota come ddl Zanda-Filippin<sup>55</sup>, si propone esplicitamente di responsabilizzare i fornitori di servizi di *social networking* allo scopo di tutelare gli utenti e contrastare la commissione di reati a mezzo Internet. L'attenzione è cioè posta, da un lato, nei confronti della prevenzione di delitti contro la persona, dall'altro, verso quelli che la relazione definisce delitti contro la Repubblica. La relazione richiama esplicitamente la *NetzDG*, mutuandone in larga parte l'impostazione generale. È opportuno segnalare come, proprio in ragione della peculiare attenzione che il testo pare dedicare al fenomeno della *fake news* nel contesto di campagna elettorale, rispetto al ddl illustrato in precedenza esso trascuri di affrontare il problema da una prospettiva di tutela della corretta informazione per sé, funzionalizzandola esclusivamente all'informazione in campo politico: ciò porta ad omettere uno strumento che il ddl Gambaro aveva il merito di contemplare, ossia la rettifica<sup>56</sup>.

L'ambito di applicazione di tale iniziativa coincide con quello della *NetzDG*, se non per la previsione di una soglia dimensionale dimezzata (un milione di utenti registrati sul territorio nazionale, Art. 1, c.2). La tecnica adottata per identificare le condotte rilevanti riproduce quella del legislatore tedesco, indicando nel dettaglio una serie di condotte tipizzate ai sensi del codice penale o di leggi speciali<sup>57</sup>. Per ciò che riguarda gli obblighi di monitoraggio e rimozione, le uniche differenze di rilievo con la disciplina tedesca sono il termine per la devoluzione della decisione a un organismo di autoregolazione (quattro giorni anziché sette, Art. 2, c.2, lett. c, n.2) e, nell'ipotesi di reati contro la Repubblica, l'investitura del Pubblico ministero come soggetto titolato di farsi carico di sollevare reclami al gestore della piattaforma (Art. 6).

In via di sintesi, si può concludere dunque che tale progetto segua un'impostazione differente dal precedente, ricalcando in verità quasi pedissequamente le disposizioni della *NetzDG*, così trascurando la possibilità di introdurre un utile strumento come l'obbligo di pubblicazione di dichiarazione della persona interessata o di rettifica e non innovando il dominio delle fattispecie

---

*dimenticate ... trova limite nel diritto di cronaca solo quando sussista un interesse effettivo ed attuale alla loro diffusione, nel senso che quanto recentemente accaduto ... trovi diretto collegamento con quelle vicende stesse e ne rinnovi l'attualità*", §4.3.

<sup>55</sup> "Norme generali in materia di Social Network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle fake news". Il testo è stato reso disponibile dal sito del quotidiano *Il Foglio* in data 27 novembre 2017, url: [www.ilmagazine.it/userUpload/FAKENEWS.pdf](http://www.ilmagazine.it/userUpload/FAKENEWS.pdf) (ultimo accesso 11 giugno 2018).

<sup>56</sup> M. Monti, *La proposta del ddl Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in *Diritti Comparati*, 7 dicembre 2017, disponibile all'url: [www.diritticomparati.it/la-proposta-del-ddl-zanda-filippin-sul-contrasto-alle-fake-news-sui-social-network-profil-problematici/](http://www.diritticomparati.it/la-proposta-del-ddl-zanda-filippin-sul-contrasto-alle-fake-news-sui-social-network-profil-problematici/) (ultimo accesso 11 giugno 2018).

<sup>57</sup> Si tratta, in dettaglio, di diffamazione, reati legati alla pornografia e prostituzione minorile, minaccia, stalking e trattamento illecito dei dati per quanto riguarda i delitti contro la persona, a cui si aggiungono i reati di soppressione, falsificazione o sottrazione di atti concernenti la sicurezza dello Stato, reati di matrice terroristica o eversiva, istigazione a commettere delitti contro la personalità dello Stato, offese a confessione religiosa mediante vilipendio di chi la professi, istigazione a delinquere, associazione a delinquere anche mafiosa, pubblica intimidazione, falsità di documenti informatici, frode informatica, apologia del fascismo e propaganda all'odio e istigazione alla violenza razziale, identificati come reati contro la Repubblica.

di reato vigenti. Inoltre, questa impostazione scarta l'opzione di introdurre un'apposita fattispecie di reato dedicata alla diffusione di notizie false *online* (come proposto dal ddl Gambaro).

Allo stato dei fatti, l'unica iniziativa che abbia concretamente visto la luce in Italia è stata intrapresa per via meramente amministrativa, in vista delle elezioni politiche del 4 marzo 2018. In particolare, il Ministro dell'interno Minniti ha inaugurato il 18 gennaio 2018 il "*Protocollo Operativo per il contrasto alla diffusione delle Fake News attraverso il web in occasione della Campagna elettorale per le Elezioni politiche 2018*"<sup>58</sup>. Il documento è volto ad affrontare il tema della proliferazione di notizie false con specifico riferimento al condizionamento della campagna elettorale e indica quale soluzione alla "viralizzazione del problema" una "viralizzazione della soluzione", intesa nei termini di un'azione attiva della cittadinanza volta a realizzare un'idea di sicurezza partecipata. A tal fine, sul sito Internet già esistente [www.commissariatodips.it](http://www.commissariatodips.it) è stato introdotto un apposito link, rappresentato da un bottone rosso in evidenza, disponibile ai cittadini che desiderino segnalare all'autorità di pubblica sicurezza notizie che appaiano loro destituite di fondamento e che stiano avendo rilevante circolazione sulla rete. L'autorità preposta alla verifica delle segnalazioni è la Polizia Postale, la quale, a seguito di un primo vaglio, concentra la propria attenzione sulle notizie che appaiano manifestamente false o diffamatorie. Tali contenuti sono poi oggetto del lavoro di un gruppo specializzato appartenente al Centro Nazionale Anticrimine Informatico per la Protezione delle Infrastrutture Critiche, il quale svolge approfondite verifiche a ciclo continuo attraverso strumenti in grado di scandagliare le fonti ad accesso libero disponibili su Internet; l'obiettivo è verificare l'esistenza di eventuali smentite ufficiali o la provenienza della notizia da fonti non certificate. Qualora uno dei contenuti segnalati risulti alla verifica effettivamente una *fake news*, sul sito di riferimento e sui profili di *social network* della polizia viene pubblicata una puntuale smentita.

Si tratta in tutta evidenza di una soluzione provvisoria volta a limitare il problema in assenza di una organica disciplina legislativa della materia. Peraltro, tanto l'adeguatezza quanto l'efficacia di tale provvedimento sono state poste in discussione: da un lato, il relatore speciale sulla promozione e tutela del diritto alla libertà di opinione delle Nazioni Unite, David Kaye, ha manifestato delle perplessità sulla compatibilità del protocollo con l'Art. 19, c.3 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici<sup>59</sup>, trattato internazionale di cui l'Italia è Stato firmatario; dall'altro, nonostante alcuni mezzi di informazione avessero segnalato che il protocollo aveva permesso la rettifica di circa 130 notizie false in circa un mese e mezzo<sup>60</sup>, sui portali Internet della Polizia di Stato quelle

---

<sup>58</sup> Il testo è disponibile all'url: [www.commissariatodips.it/fileadmin/src/doc/pdf/comunicato18012018.pdf](http://www.commissariatodips.it/fileadmin/src/doc/pdf/comunicato18012018.pdf) (ultimo accesso 11 giugno 2018).

<sup>59</sup> La disposizione stabilisce: "*L'esercizio [del diritto alla libertà di espressione] comporta doveri e responsabilità speciali. Esso può essere pertanto sottoposto a talune restrizioni che però devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie: a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui; b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche*". Le dichiarazioni dello Special Rapporteur sono disponibili all'url: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-ITA-1-2018.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-ITA-1-2018.pdf) (ultimo accesso 1 luglio 2018).

<sup>60</sup> F. Sarzanini, *Elezioni 2018, bloccate 128 fake news: dal finto premio al parroco pro-Allah*, 28 febbraio 2018, disponibile all'url: [www.corriere.it/elezioni-2018/notizie/elezioni-2018-bloccate-128-fake-news-finto-premio-parroco-pro-allah-adc0fc4-1c06-11e8-812e-cc191dd87fa8.shtml](http://www.corriere.it/elezioni-2018/notizie/elezioni-2018-bloccate-128-fake-news-finto-premio-parroco-pro-allah-adc0fc4-1c06-11e8-812e-cc191dd87fa8.shtml) (ultimo accesso 1 luglio 2018).

confermate risultano meno di un quinto<sup>61</sup>.

## 5. Le direttrici della proposta francese

A gennaio 2018 il Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron ha annunciato l'intenzione di introdurre una legislazione per combattere la diffusione di notizie false create ad arte durante il periodo di campagna elettorale<sup>62</sup>. Fra gli obiettivi indicati, la richiesta di una maggior trasparenza da parte delle piattaforme sui finanziatori di determinati contenuti e su chi ne abbia il controllo e l'introduzione di particolari ricorsi giurisdizionali per ottenere la rimozione di un contenuto o il blocco di un account o dell'accesso a un sito Internet. Inoltre, il Presidente ha dichiarato interventi a breve sul settore audiovisivo, a partire da un potenziamento dei poteri del Consiglio Superiore Audiovisivo (CAS).

I tre punti cardine del progetto sono un più inteso controllo esercitato sui mezzi di comunicazione che si trovino sotto l'influenza di un Paese straniero, l'istituzione di un obbligo di cooperazione a carico delle piattaforme di *social networking* e la possibilità di ricorrere in giudizio per arrestare la diffusione di notizie false<sup>63</sup>. Con riferimento a tale ultimo strumento, un giudice determinato dalla legge sarà chiamato a verificare che il contenuto in questione sia suscettibile sotto la definizione di notizia falsa, che è già prevista nell'ordinamento giuridico francese dalla legge sulla libertà di stampa risalente al 1881<sup>64</sup>. In particolare, l'Art. 27, come da ultimo modificato<sup>65</sup>, prevede un'ammenda pari a 45000 euro per chi pubblici, diffonda o riproduca in mala fede notizie false o fatti falsamente attribuiti a terzi che abbiano disturbato (o passibili di disturbare) la quiete pubblica; la sanzione ammonta a 135000 euro quando tali condotte danneggino la disciplina delle forze armate oppure ostacolino lo sforzo bellico della Nazione.

La vigenza di tale disposizione costituisce, a parer delle voci critiche dell'iniziativa<sup>66</sup>, motivo sufficiente per scoraggiare l'adozione di una legislazione *ad hoc* mirata a contenere e neutralizzare la proliferazione di notizie false in periodo elettorale, in considerazione anche dell'esperibilità di una querela per diffamazione, disciplinata dall'Art. 32 della legge sulla libertà di stampa (nonostante la limitata efficacia dell'istituto a fronte della diffusione di notizie false). Inoltre, i fornitori di servizi Internet e le piattaforme di *hosting* sono già obbligati a conservare i dati

---

<sup>61</sup> La lista delle notizie false smentite nel mese di febbraio è disponibile all'url: [www.commissariatodips.it/notizie/lista/anno/2018/mese/02.html](http://www.commissariatodips.it/notizie/lista/anno/2018/mese/02.html) (ultimo accesso 1 luglio 2018).

<sup>62</sup> *Macron veut une loi contre les fausses informations en période électorale*, in *Le Monde – Médias*, 3 gennaio 2018, disponibile all'url: [www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2018/01/03/emmanuel-macron-souhaite-une-loi-pour-lutter-contre-la-diffusion-de-fausses-informations-pendant-les-campagnes-electorales\\_5237279\\_3236.html](http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2018/01/03/emmanuel-macron-souhaite-une-loi-pour-lutter-contre-la-diffusion-de-fausses-informations-pendant-les-campagnes-electorales_5237279_3236.html) (ultimo accesso 11 luglio 2018).

<sup>63</sup> L. Laparade, *Comment en finir avec les fake news?*, in *La Depeche – Politique*, disponibile all'url: [www.ladepeche.fr/article/2018/02/14/2742325-comment-en-finir-avec-les-fake-news.html](http://www.ladepeche.fr/article/2018/02/14/2742325-comment-en-finir-avec-les-fake-news.html) (ultimo accesso 11 luglio 2018).

<sup>64</sup> Loi sur la liberté de la presse, 29 luglio 1881.

<sup>65</sup> Ordonnance n°2000-916, 19 settembre 2000 - Art. 3 (V) JORF, 22 settembre 2000.

<sup>66</sup> J. Chevalier, *Lutte contre les fake news: ce que permet déjà la loi*, in *BFMTV – Politique – Élysée*, 4 gennaio 2018, disponibile all'url: [www.bfmtv.com/politique/lutte-contre-les-fake-news-ce-que-permet-deja-la-loi-1341849.html](http://www.bfmtv.com/politique/lutte-contre-les-fake-news-ce-que-permet-deja-la-loi-1341849.html) (ultimo accesso 11 luglio 2018). Per una ricostruzione del dibattito sul tema, seppur antecedente alla definizione del testo del disegno di legge, v. P. Mouron, *Une future loi pour lutter contre les fake news: Les difficultés d'une définition juridique*, in *Revue européenne des médias et du numérique*, n. 45, 2018, pp. 66-73.

degli utenti o degli inserzionisti pubblicitari e un'azione sommaria per il blocco dell'accesso a un contenuto *online* o di un determinato account è già prevista ai sensi della *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*<sup>67</sup>, volta fra l'altro al recepimento della *Direttiva e-commerce*.

La proposta è stata presentata da più deputati della maggioranza favorevole al Presidente (*LREM*) alla Presidenza dell'Assemblea nazionale il 21 marzo 2018 e assegnata alla Commissione cultura dell'assemblea, così potendo evitare il passaggio dinanzi al Consiglio di Stato previsto per i progetti di legge di origine governativa. In particolare, l'iniziativa si compone di due parti: una legge ordinaria rubricata come "*Legge relativa alla lotta contro le false informazioni*"<sup>68</sup> e una legge organica intitolata "*Legge organica relativa alla lotta contro le false informazioni*"<sup>69</sup>.

La proposta di legge ordinaria si suddivide in tre titoli, ciascuno dedicato alla messa in atto di uno degli indirizzi sopra indicati, e un quarto titolo dedicato a domini e territori d'oltremare.

Con riferimento alla prima area, l'obiettivo è quello di imporre, nel periodo intercorrente fra il decreto che convoca i comizi elettorali e il termine dello spoglio dei voti e la dichiarazione dei risultati, l'inasprimento degli obblighi di trasparenza a carico dei gestori delle piattaforme e la possibilità di ottenere una pronuncia in tempi contingentati da parte di un giudice su una domanda volta ad interrompere la diffusione di un determinato contenuto. A tal fine, il codice in materia elettorale viene modificato con l'esplicito richiamo, con riferimento al periodo pre-elettorale ed elettorale, degli obblighi di trasparenza e lealtà verso i consumatori già prescritti dal Codice del Consumo<sup>70</sup>, in particolare con riferimento alla *disclosure* dei committenti di cd. contenuti sponsorizzati. Viene inoltre sanzionata la mancata ottemperanza agli obblighi di cui sopra con una pena detentiva di un anno e un'ammenda pari a 75000 euro, facendo discendere da tali condanne significative conseguenze interdittive (cinque anni) incidenti sull'esercizio delle attività professionali nel cui ambito la violazione è stata commessa.

Tuttavia, ritenendo l'approccio penalistico non sufficiente, una volta che la notizia falsa abbia cominciato a diffondersi, si considera adeguato solo l'intervento del giudice in sede civile per conciliare la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto all'informazione con l'integrità delle operazioni elettorali. A tale scopo, il pubblico ministero o chiunque abbia interesse ad agire (senza pregiudizio per un'eventuale ulteriore richiesta di risarcimento dei danni) ha facoltà di adire un giudice in sede civile per ottenere un provvedimento atto a far cessare la diffusione della notizia falsa o a far impedire l'accesso all'account a chi abbia diffuso tali contenuti (Art. 1, §I, alinéa 10). Il giudice si pronuncia entro 48 ore, così assolvendo alla necessità di speditezza connaturata a tale eccezionale procedimento. Il preambolo rimanda a un decreto da emanarsi in seguito per l'identificazione del giudice competente, che tuttavia già si individua nel Tribunale di grande istanza di Parigi (giudice ordinario a cognizione sommaria). Si prevede inoltre l'applicabilità delle disposizioni anche alle elezioni per il Senato e per il Parlamento europeo (Art. 2-3).

Il secondo titolo del progetto dettaglia alcuni poteri del CAS, fra cui la

<sup>67</sup> Art. 6-II e 6-I-8, Loi n° 2004-575, 21 giugno 2004.

<sup>68</sup> Proposition de loi n.799, a prima firma R. Ferrand (*LREM*). Il testo è disponibile all'url: [www.assemblee-nationale.fr/15/propositions/pion0799.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/15/propositions/pion0799.asp) (ultimo accesso 11 giugno 2018).

<sup>69</sup> Il testo è disponibile all'url: [cdn2.nextinpact.com/medias/fake-news-organique—03-2017.pdf](http://cdn2.nextinpact.com/medias/fake-news-organique—03-2017.pdf) (ultimo accesso 11 luglio 2018).

<sup>70</sup> Article L 111-7, Code de la consommation.

facoltà di rifiutare di stipulare convenzioni con servizi di trasmissione radiotelevisiva per salvaguardare l'ordine pubblico o in ragione della natura del servizio di trasmissione stessa (Art. 4, alinea 2; a tal proposito, il preambolo fa riferimento a una giurisprudenza del Consiglio di Stato sul legittimo rifiuto di stipulare convenzioni con servizi che non trasmettessero su frequenze *Hertz*<sup>71</sup>). Un analogo potere è esercitabile quando tali servizi possano attentare agli interessi fondamentali della Nazione o dinanzi a un'iniziativa volta a destabilizzare le istituzioni dello Stato tramite la diffusione di notizie false; si fa peraltro riferimento a piattaforme non solo controllate ma anche meramente sotto l'influenza di un Paese straniero, così assicurandosi un ampio margine di operatività della disciplina (Art. 4, alinea 3). Il progetto attribuisce altresì al CAS il potere di sospendere la diffusione dei servizi e delle trasmissioni di enti coi quali sia stata stipulata apposita convenzione per tutto il periodo elettorale (compreso quello precedente i referendum) qualora l'integrità delle operazioni elettorali sia minacciata da iniziative del tipo di quelle indicate all'articolo precedente del disegno di legge (Art. 5). Inoltre, al CAS è riconosciuto anche il potere di recesso unilaterale da una convenzione precedentemente stipulata, per i motivi già illustrati in precedenza (Art. 6). Il testo consente infine all'organo di chiedere al Presidente della sezione contenziosa del Consiglio di Stato di ordinare al responsabile di un servizio di comunicazione audiovisiva di mettersi in regola con i propri obblighi (Art. 8), così offrendo una procedura complementare a quella che consente al CAS di agire in via diretta.

Infine, il terzo titolo impone ai prestatori dei servizi in questione un obbligo di pronta rimozione dei contenuti illeciti e istituisce l'obbligo di fornire agli utenti uno strumento di agevole accesso per la segnalazione di contenuti illeciti e una modalità di facile trasmissione di tali segnalazioni alle autorità pubbliche (Art. 9). Le piattaforme devono inoltre rendere pubblici i mezzi individuati ai fini del contrasto alla diffusione di false notizie.

Il progetto di legge organica si premura di estendere alla campagna elettorale per l'elezione del Presidente della Repubblica francese le disposizioni di cui al progetto di legge ordinaria. Tale iniziativa è necessaria per ottemperare all'Art. 6, c.3, Cost., che prevede che le modalità attuative della disposizione siano disciplinate con legge organica<sup>72</sup>.

La giurisprudenza francese in tema di libertà di espressione sconta la natura del controllo di costituzionalità transalpino, che fino all'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* nel 2008 (Art. 61-1 Cost.) è stato esclusivamente preventivo e astratto: ciò ha fatto in modo che il *Conseil Constitutionnel* si sia pronunciato ben più frequentemente sulla libertà di comunicazione che non sulla libertà di espressione<sup>73</sup>. A proposito del tema si è espresso invece il Consiglio di Stato, il quale ha rivolto la propria attenzione agli artt. 10 e 11 della Dichiarazione

---

<sup>71</sup> Ribadita, ad es., al punto 1 della motivazione in Conseil d'État, IV e V sottosezioni riunite, 11 luglio 2012, n. 351159.

<sup>72</sup> Il procedimento di adozione delle leggi organiche è disciplinato – come è noto – all'Art. 46, Cost. 4 ottobre 1958, v. F. Hamon-M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, 2017, 760-761.

<sup>73</sup> X. Magnon, *La liberté d'expression devant le Conseil constitutionnel: une liberté en voie de concrétisation jurisprudentielle*, disponibile all'url: [publications.ut-capitole.fr/13669/1/La liberté d%27expression devant le Conseil constitutionnel.pdf](http://publications.ut-capitole.fr/13669/1/La_libert%C3%A9_d%27expression_devant_le_Conseil_constitutionnel.pdf) (ultimo accesso 27 giugno 2018).

dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789<sup>74</sup>, affermando che essi “riconoscono a ciascun cittadino la libertà di esprimersi e di comunicare le proprie opinioni senza altre restrizioni che quelle necessarie per assicurare l'ordine pubblico”<sup>75</sup>. Cionondimeno, quando investito di una questione prioritaria di costituzionalità, il *Conseil* ha affermato che “è possibile per il legislatore stabilire regole concernenti l'esercizio del diritto di libera comunicazione e della libertà di parlare, scrivere e stampare, ... istituire delle fattispecie incriminatrici che reprimano gli abusi dell'esercizio della libertà d'espressione e di comunicazione che attentino all'ordine pubblico e ai diritti dei terzi, ... tuttavia, ... le limitazioni arretrate all'esercizio di questa libertà devono essere necessarie, adattate e proporzionate all'obiettivo perseguito”<sup>76</sup>.

La proposta di legge attualmente in discussione è stata criticata poiché considerata un inutile duplicato di quanto già previsto dall'Art. 27 della risalente legge sulla libertà di stampa: tuttavia, mentre quest'ultima collega la responsabilità penale dei diffusori delle notizie false all'effetto di turbamento (di fatto o potenziale) dell'ordine pubblico, le previsioni del progetto in discussione colpiscono la falsità della notizia in quanto tale, anticipando pertanto l'intervento dello Stato e la sanzione pubblica<sup>77</sup>. L'eventuale entrata in vigore della legge potrebbe facilmente generare un acceso contenzioso, passibile anche di provocare un giudizio del *Conseil Constitutionnel* sul tema se adito tramite QPC (sempre che il suo intervento non si manifesti in via preventiva).

## 6. Conclusioni

La comparazione fra legislazione vigente e proposte di legge in materia consente di scorgere tratti comuni nell'approccio al fenomeno da parte di ordinamenti diversi ma legati da tradizioni costituzionali simili e da medesimi obblighi sovranazionali. In primo luogo, il fulcro della regolazione pare ravvisarsi negli obblighi imposti ai fornitori di servizi di *hosting* o di *social networking*, i quali, in quanto soggetti più adatti a svolgere un ruolo di vigilanza sulla liceità dei contenuti caricati dagli utenti, sono delegati all'esercizio di funzioni di controllo. Peraltro, la responsabilità a carico delle piattaforme viene temperata, perlomeno nel modello riconducibile alla *NetzDG*, con la possibilità di deferimento della decisione a organismi terzi, in ossequio a un modello di amministrazione della giustizia quasi arbitrale. La decisione di adottare modelli di intervento diffusi, inoltre, scarta necessariamente l'opzione, da alcuni invero paventata, di deferire il ruolo di decisore di ultima istanza sulla plausibilità delle notizie a un'autorità pubblica *ad hoc*<sup>78</sup> (con non trascurabili questioni di bilanciamento costituzionale da

<sup>74</sup> L'Art. 10 vieta la persecuzione per le opinioni, anche religiose, purché manifestate senza turbamento dell'ordine pubblico stabilito dalla legge; l'Art. 11 definisce la libera comunicazione dei pensieri uno dei diritti più preziosi dell'uomo, sancendo il diritto di parola, scrittura e stampa libera, salvo risposta dell'abuso di tale libertà nei casi previsti dalla legge.

<sup>75</sup> Conseil d'État, X e IX sotto-sezioni riunite, 19 luglio 2011, 343430.

<sup>76</sup> Décision n° 2012-647 DC, 28 febbraio 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.

<sup>77</sup> M. Khider, *Loi "fake news": "Une atteinte totalement injustifiée à la liberté d'expression"*, 8 giugno 2018, in *Le Nouvel Observateur*, disponibile all'url: [www.nouvelobs.com/societe/2018/06/08/OBS7939/loi-fake-news-une-atteinte-totalement-injustifiee-a-la-liberte-d-expression.html](http://www.nouvelobs.com/societe/2018/06/08/OBS7939/loi-fake-news-une-atteinte-totalement-injustifiee-a-la-liberte-d-expression.html) (ultimo accesso 2 luglio 2018).

<sup>78</sup> G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in G. Pitruzzella-O. Pollicino-S. Quintarelli (a cura di), *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017,

risolvere)<sup>79</sup>.

Sul tema della censura collaterale sembra potersi ritenere ragionevole riconoscere agli intermediari digitali un margine di discrezionalità nella valutazione dell'illiceità dei contenuti non manifestamente illeciti: si tratterebbe dunque di non rendere le piattaforme responsabili per ciascuna violazione dell'obbligo di rimozione, ma, come previsto dalla *NetzDG*, per una continuativa negligenza nell'attività di monitoraggio e gestione delle segnalazioni. In particolare, proprio il sistema delle segnalazioni permetterebbe di esentare le piattaforme da un obbligo di sorveglianza proattiva e preventiva, lasciando che esse entrino in gioco solo dinanzi alla doglianza di un utente che lamenti la natura minacciosa, discriminatoria o inaccurata di un contenuto (e a fronte di una decisione giurisdizionale sul caso specifico).

Vale la pena segnalare, inoltre, come in più ordinamenti, a determinate condizioni, la diffusione di notizie false costituisca già un illecito penale; per questa ragione, sembra plausibile la scelta di non innovare il panorama delle fattispecie di reato, ma di renderne il presidio più efficace tramite una cooperazione fra operatori privati e pubblici. Diversamente, il ddl Gambaro proponeva di introdurre ipotesi *ad hoc* per il contrasto tanto di notizie false quanti di discorsi di incitamento all'odio. Il ricorso alla sanzione penale è però, tradizionalmente, strumento residuale dell'ordinamento, pertanto l'adozione di un approccio volto a favorire un ambiente digitale collaborativo nel tentativo di prevenire episodi di *hate speech* e bloccare sul nascere la diffusione di *fake news* è apprezzabile in quanto rivolto più alla garanzia dei beni in gioco, integrità dell'informazione e libertà di espressione, che alla repressione delle condotte illecite. La criminalizzazione di tali condotte, *a fortiori* laddove l'ordinamento preveda già fattispecie ad esse sovrapponibili, indulge forse alle suggestioni di un'opinione pubblica sempre più diffidente e dimentica delle garanzie costituzionali a presidio di una libertà che, pur se esercitata tramite strumenti tecnologicamente avanzati, rimane la pietra angolare delle società democratico-pluraliste.

---

92, ove si sostiene che, in caso di inadeguato funzionamento dei meccanismi di autoregolazione delle piattaforme, sarebbe opportuna la previsione di giudici specializzati o autorità indipendenti per la rapida definizione delle controversie.

<sup>79</sup> N. Zanon, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un' "Autorità Pubblica della Verità"?*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018, 4-5.

## Introduzione

*di Silvia Bagni*

Come ricorda Giorgia Pavani nel contributo introduttivo a questa sezione monografica<sup>1</sup>, il tema della giustizia inteso come “sistema giudiziario”, e quindi come insieme di organi e procedure preordinate alla risoluzione di controversie, non è fra quelli più studiati in prospettiva comparata. Certo, l’attenzione del giurista comparatista, così come di quello interno, è da sempre rivolta allo studio della giurisprudenza, e quindi del prodotto della giurisdizione, inteso in senso normativo-kelseniano; molto meno, al suo aspetto strutturale e procedimentale, nonostante sia evidente come in un conflitto, un buon comandante non serva a niente senza un esercito.

L’antico brocardo latino recita *ubi remedium ibi ius*<sup>2</sup>. Eppure, il XX secolo è ricordato come l’età dei diritti<sup>3</sup>, non dei rimedi. Il loro riconoscimento è aumentato esponenzialmente, nelle carte costituzionali e nei trattati, ma la stragrande maggioranza della popolazione mondiale ne è ancora esclusa dal godimento<sup>4</sup>. A volte è un problema di inaccessibilità della giustizia, altre di imposizione di un “sistema giustizia” non percepito come tale dai suoi utenti, non tanto (o non solo) per problemi di corruzione o di mancanza di adeguata formazione professionale, quanto per l’incomunicabilità dei bisogni della gente, rispetto al linguaggio giuridico imposto per rappresentarli. Un linguaggio che, soprattutto a livello costituzionale e sovranazionale, è ancora dominato dalla tradizione giuridica occidentale. Per questo motivo, è all’interno delle relazioni interpersonali maggiormente influenzate dalle specificità culturali, presenti nella società globalizzata postmoderna, che le richieste di giustizia restano inascoltate.

I contributi di questa sezione monografica sono il frutto della riflessione congiunta su questi temi, scaturita da un incontro di studio organizzato

---

<sup>1</sup> E ancor prima in G. Pavani, *Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea*, in C.A. D’Alessandro, C. Marchese (eds), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, I, Roma, 2018, [romatrepress.uniroma3.it](http://romatrepress.uniroma3.it), 15 ss.

<sup>2</sup> Sul significato che la massima assume nell’area di *civil law* e in quella di *common law* v. G. Smorto, *Sul significato di “rimedi”*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 2014, 159-200.

<sup>3</sup> Dal titolo del famoso libro di N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, 1990.

<sup>4</sup> L’organizzazione statunitense *Freedom House*, per il 2018, stima che il 61% della popolazione mondiale vive in Paesi considerati non democratici: [freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018](http://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018) (consultato il 17 settembre 2018).

nell'ambito del mio corso Diritto pubblico comparato, laurea magistrale in Giurisprudenza dell'Università di Bologna, campus di Ravenna, il 16 e 17 aprile 2018, con il sostegno finanziario della Fondazione Flaminia di Ravenna.

L'ordine di presentazione dei contributi segue il percorso epistemologico pensato per il convegno e finalizzato a fornire all'uditorio una visione di insieme sulla problematica. Si parte da un'introduzione metodologica comune, su come impostare una ricerca comparata non etnocentrica sul tema della giustizia (Pavani) e si prosegue scandagliando esempi concreti di richieste di giustizia rispetto a tre ambiti particolarmente sensibili al fattore culturale: la giustizia ambientale (Louvin, Fraudatario, Amirante, Viola, Bagni); la giustizia tribale, etnica e religiosa (Rinella, Locchi, Cavalcanti, Nicolini, Andreoli, Grández, Buono); la giustizia di transizione e del post-conflitto (Estupiñan Achury-Romo). All'interno di ogni sezione, i contributi sono presentati dal generale al particolare e per contiguità geo-giuridica, dal "centro" europeo alla "periferia" mondiale, nell'intento di garantire continuità alla riflessione sui temi.

Il risultato di questo tentativo di inquadramento del tema può essere interpretato, a seconda delle sensibilità di ciascun comparatista, come uno schizzo appena abbozzato o come una mappa che indica una direzione precisa (è questa l'opzione che qui difendo): quella dell'urgenza di un confronto approfondito e franco, senza supponenza, con il costituzionalismo del *Global South*, che, per il contesto intrinsecamente pluriculturale in cui si è sviluppato, è oggi maggiormente dotato dell'ispirazione e della flessibilità necessaria per adattare gli strumenti giuridici alla complessità emergente nelle relazioni sociali

## Il diritto comparato e lo studio delle forme alternative di giustizia

di *Giorgia Pavani*

**Abstract:** *Comparative law and the study of alternative justice systems* – This article presents the contents of the Congress “The unheard voices. Alternative forms of justice, within and beyond Western models” introduces the ideas that emerged in that Congress and now developed in this monographic issue, as well as giving a personal interpretation to a form of silence: that of doctrine in the field of contemporary manuals.

**Keywords:** Comparative law; Rights of Nature; Indigenous justice; Justice systems; Western law.

### 1. Premessa. Soggetti e riti

Con il presente scritto cercheremo di “tenere assieme” i contenuti emersi nel Convegno “Le voci inascoltate. Forme alternative di giustizia, dentro e oltre i modelli occidentali”, di introdurre gli spunti emersi in quella sede e ora sviluppati in questo numero monografico, nonché di offrire una interpretazione a *una* forma di silenzio: quella della dottrina nell’ambito della manualistica contemporanea.

Le parole impiegate nel manifesto – *voci inascoltate* e *forme alternative* – sottendono due prospettive diverse di lettura delle tendenze del *ius dicere* in un mondo globalizzato<sup>1</sup>: da un lato, quella dei soggetti deboli (e tendenzialmente inascoltati) e, dall’altro, quella delle forme e dei riti non rientranti nella giustizia ordinaria.

Le due prospettive non sono alternative: fare luce sui soggetti che partecipano e sollecitano forme differenti di giustizia consente di evidenziare le debolezze del formalismo occidentale sia sul versante interno (nella risoluzione delle complesse problematiche che emergono nelle società pluralistiche occidentali), sia sul versante esterno (nella difficile tenuta ed esportabilità di modelli di giustizia nati e pensati per la società occidentale in contesti nei quali si stanno recuperando le tradizioni culturali autoctone e si sta ridefinendo

---

<sup>1</sup> Richiamando il titolo del Convegno dell’Associazione Italiana di Diritto Comparato del 2017, tenutosi a all’Università Suor Orsola Benincasa di Napoli i cui atti sono stati curati da C.A. d’Alessandro, C. Marchese, *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma, 2018.

giuridicamente il rapporto armonico tra l'uomo e la Natura)<sup>2</sup>.

Ciò che unisce gli scritti qui raccolti è proprio il tentativo di conciliare la rappresentazione del formalismo tipico del pensiero liberale occidentale con il sostanzialismo tipico di culture che sono state dominate dal primo, ma si stanno sempre più emancipando.

I soggetti “deboli” che vengono raccontati nei prossimi articoli sono lo specchio delle voci inascoltate da una forma di organizzazione del potere giudiziario quale corollario del principio di separazione dei poteri (*iurisdictio* oltre l'*imperium*) impostata sui canoni rigidi del rispetto del rito e della forma del processo. Non sono i soggetti che rientrano nelle varie specie di minoranza (etnica, linguistica, ecc.) riconosciuti nei testi costituzionali già del secondo dopoguerra e quindi *uguali* anche nelle garanzie processuali, secondo il principio di eguaglianza formale. Non sono nemmeno i soggetti ritenuti “deboli” nella società occidentale, come le donne (violata, escluse dalla famiglia); i poveri, per i quali vengono predisposte forme di assistenza sociale e di ausilio nell'accesso alla giustizia, nell'ottica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno esercizio dei loro diritti, secondo il principio di eguaglianza sostanziale; non lo sono infine i migranti, i non cittadini, esclusi, tra l'altro, dall'abbandono del principio “no taxation without representation”<sup>3</sup>.

Le tendenze attuali mettono in luce nuovi fenomeni quali: le rivendicazioni dei popoli indigeni, le richieste di una giurisdizione islamica per fedeli musulmani fuori dagli Stati che professano l'Islam, l'emergere delle tematiche ambientali con violazioni della terra che si fanno ancora più pervasive nei territori segnati dal problema dei *desplazados*, il riconoscimento di nuovi soggetti di diritto (la Natura).

Ebbene, «cuando los excluidos tienen derecho»<sup>4</sup>, anche le forme e i riti cambiano: si rafforzano gli strumenti di giustizia ripartiva; si prendono in considerazione le decisioni dei tribunali di opinione<sup>5</sup>; la giustizia indigena diventa parallela; nelle società multiculturali i giudici ricorrono a tecniche ermeneutiche di inclusione e tutela delle differenze quale la c.d. *acomodation*; antiche forme triadiche di giustizia riaffiorano per tentare di risolvere controversie sganciandosi dal rito statalizzato; la legittimazione ad agire si espande rispetto a quella definita nei modelli occidentali, grazie a istituti come la *Public Interest Litigation*, che nel subcontinente indiano si è rivelato uno «strumento per il raggiungimento della

---

<sup>2</sup> Ci riferiamo ai paesi del “Sud del mondo” nei quali la dottrina propugna l'emersione di nuovi paradigmi epistemologici. Il riferimento è a B. de Sousa Santos, *Una Epistemología del Sur. La reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, Buenos Aires, 2009. V. però anche U. Baxi, *Towards a climate change justice theory?*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 7, No. 1, 2016, 7-31.

<sup>3</sup> Si v. gli interventi al convegno “Essere migranti nel contesto italiano, europeo, latinoamericano: No taxation without representation”, organizzato dal Dipartimento di Diritto pubblico, italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, in collaborazione con il Centro studi sull'America latina del Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Bologna, il 7 novembre 2016.

<sup>4</sup> B. de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, in B. de Sousa Santos, A. Grijalva Jiménez (ed.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, 2012, 13 ss.

<sup>5</sup> Si rinvia a S. Fraudatario, *Dai diritti dei popoli ai diritti della natura. La voce dei tribunali di opinione*, in questa *Rivista*.

giustizia sociale e la concretizzazione dell'uguaglianza sostanziale in sede giurisdizionale»<sup>6</sup>.

Muovendo delle voci «(non del tutto inascoltate)»<sup>7</sup> di alcuni soggetti, cambia la prospettiva del rendere giustizia, a seconda che si tratti di giustizia indigena, ambientale, di transizione, di opinione. Inutile cercare un *file rouge* nelle forme e nei riti (dai quali queste forme di giustizia si distaccano), né nell'organizzazione di un apparato giudiziario e di una magistratura che possa rispondere ai requisiti di indipendenza e imparzialità, se non a rischio di semplificare ed etichettare tutte queste forme con il riduttivo ed impreciso aggettivo "alternativo".

Le forme di giustizia qui menzionate sono molte, ma si può affermare con certezza che esse si contrappongano a una forma unitaria e monolitica di giurisdizione e di potere giudiziario, nel senso che vi si dà dopo la nascita dello Stato moderno (e soprattutto dove si accolga la teoria della divisione dei poteri)? E, quindi, che siano veramente "alternative"?

La storia insegna che, in base alla teoria della divisione dei poteri, gli ordinamenti moderni liberal-democratici hanno affidato in esclusiva a un apposito potere, o ordine, o branca, lo svolgimento della giurisdizione, che si identifica per profili oggettivi (il modo di esercizio della funzione: il processo) e soggettivi (le caratteristiche degli organi che esercitano la funzione).

Ciò ha permesso di distinguere la funzione giudiziaria dalla funzione amministrativa all'interno di un concetto di ordine di derivazione occidentale, legato alla tradizionale nozione di *rule of law*, alla separazione dei poteri, all'attività di controllo delle Corti e al carattere vincolante delle loro decisioni.

L'ordine però è un concetto storico e relativo, come insegnano i filosofi e gli storici delle dottrine politiche<sup>8</sup>. Ciò incide sulla giurisdizione: la funzione giudiziaria e il ruolo del giudice non solo sono cambiati nel tempo, ma mutano a seconda della società e dell'ordine in cui si inseriscono (e contribuiscono a costruire). Il giudice partecipa infatti alla costruzione dell'ordine, perché risolve le controversie applicando le norme giuridiche prodotte nel rispetto dell'ordinamento<sup>9</sup>.

Quello che ha circolato maggiormente – veicolato dal formante dottrinale e culturale – è un concetto di società (e di ordine) riconducibile a quel fenomeno, tipicamente europeo, che Ehrlich denominava "statalizzazione della giustizia", legato alla diffusa credenza che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le

---

<sup>6</sup> Come ricordato da P. Viola, 'Giustizia sociale' e Public Interest Litigation nell'evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici, in questa *Rivista*, richiamando il pensiero di Baxi e della sua visione della PIL come una *Social Action Litigation*: U. Baxi, *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, Vol. 4, Article 6.

<sup>7</sup> S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, in questa *Rivista*.

<sup>8</sup> Sull'ordine come concetto storico e sulla "società come ordine", formatasi nel passaggio tra il XVIII e il XIX secolo, quando tramonta la società divisa in ordini, ovvero l'antica società per ceti, e cade il concetto di ordine «come presupposto ontologicamente formato», si veda M. Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, Macerata, 2010, 16 ss.

<sup>9</sup> Sia consentito rinviare al mio capitolo "Il potere giudiziario" nel manuale di L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino-Buenos Aires, 2017, spec. § 4, 513 ss.

sue leggi. Questo modello, frutto della *western tradition*, è entrato in crisi di fronte a uno scenario globalizzato e non è più idoneo a coprire fenomeni culturali e giuridici che non si identificano con il concetto occidentale di società e di ordine. Infatti, in altre aree del globo le fonti statali non hanno il monopolio della produzione normativa e il «diritto trae immediatamente origine dalla società in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali», come lo stesso Ehrlich arriva ad affermare<sup>10</sup>.

Rispetto a questo tipo di giurisdizione si può quindi – se pure con una certa approssimazione semantica – parlare di forme alternative di giustizia. Infatti, il problema organizzativo (*come rendere giustizia?*) segue quello teorico, filosofico, politico (*cos'è la giustizia?* Se per giustizia si intende “trattare gli eguali in modo eguale”, è stato ricordato che gli uomini sono veramente uguali solo di fronte alla morte, raffigurata, non a caso, come la “grande giustiziera” che non fa distinzioni); ma l'interrogativo è anche “*quale giustizia?*”, perché di giustizia non ce n'è una sola<sup>11</sup> e non è necessariamente statale, visto che vaste regioni geografiche e culturali continuano a confidare in tribunali non statali.

## **2. Silenzi assordanti, voci soffocate, caos dei suoni. Le tante sfumature delle «voci inascoltate»**

918

Nello studio dell'organizzazione della giustizia affiorano, più che in ogni altro campo, tutte le difficoltà di conciliare la produzione delle regole con la loro applicazione nei casi concreti; ancora prima, viene fuori la contrapposizione tra il diritto come sistema inglobante regole etiche, religiose, filosofiche, culturali, tradizionali, convenzionali, contrattuali, sociali, idonee a guidare la condotta dell'uomo, o come sistema che tali regole espelle, per confidare solo nel rito e nel rispetto di proposizioni/norme apposte da organi espressamente abilitati.

Per dare voce ai soggetti che confidano in talune regole etiche, religiose, tradizionali – e le rivendicano pure in società in cui ne vigono altre – giudici, legislatori (costituenti), studiosi si inseguono in una competizione in cui non c'è un vincitore, ma si possono apprezzare taluni scostamenti significativi.

La giustizia ambientale è un significativo esempio di interazione tra formanti: qui la “voce della Natura” assume timbri (tipologia) e volumi (intensità dell'attività) diversi, come dimostrano i casi proposti in questo fascicolo della Rivista. Essa si esprime, già da tempo, mediante un termine alquanto ampio (*environmental justice*), con il quale si fa riferimento sia all'attività di corti e tribunali specializzati – *Environmental Courts and Tribunals*, ECTs<sup>12</sup> –, sia alle «tutele giudiziali che non si esauriscono nel processo tradizionale, ma comprendono

<sup>10</sup> E. Ehrlich, *La sociologia del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 2, 1922, 102 ss.

<sup>11</sup> Esordisce con queste riflessioni N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in A. Pizzorusso (ed.), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, 163.

<sup>12</sup> Etichetta nella quale operano enti diversi in Paesi di tradizioni giuridiche diverse: cfr. gli studi di G. Pring e C. Pring che nell'arco di dieci anni hanno stimato una crescita quadruplicata dei tribunali ambientali. G. Pring, C. Pring, *Environmental Courts and Tribunals: a guide for policy makers*, Nairobi, 2016.

autorità indipendenti para-giurisdizionali, agenzie nazionali e sovranazionali, tribunali d'opinione, organi di mediazione, individui, enti, soggetti qualificati scientificamente e associazioni ambientaliste»<sup>13</sup>.

Dall'eterogeneità dei casi proposti si può tuttavia evincere un ruolo strategico del formante giurisprudenziale che si apprezza tanto in un'attività di sintesi di una «legislazione ambientale [talvolta] ipersviluppata», quanto in un dinamismo creativo di situazioni giuridiche non espressamente tutelate dalla legge e/o dalla Costituzione.

Il ruolo fondamentale dei giudici nel «(ri)plasmare il panorama della *governance* ambientale»<sup>14</sup> è il portato dei caratteri postmoderni del diritto ambientale, che ne risaltano i tratti interdisciplinari e il suo manifestarsi soprattutto attraverso “principi”, «operando più per la persecuzione di obiettivi che attraverso l'enunciazione di precetti»<sup>15</sup>. In tale contesto «la tutela giurisdizionale dell'ambiente, pur rappresentando soltanto uno degli elementi di un quadro certamente più ampio ed articolato, assume una notevole centralità perché la giurisdizione ha spesso svolto il ruolo di “battistrada” nell'affermazione di molti principi ed istituti del diritto ambientale». Ciò è avvenuto in passato, quando le Costituzioni non contenevano disposizioni *ad hoc* sull'ambiente (si pensi all'Italia, il cui silenzio permane), sia ai testi degli ultimi decenni, caratterizzati da un'ondata di “articoli ambientali” (e di Costituzioni “ecologiche”) in particolare nel Sud del mondo.

La rilevanza della giurisprudenza (ordinaria, non specializzata) nell'elaborazione della *earth jurisprudence* si rileva da tempo: basti ricordare che il dibattito scientifico in materia si è sviluppato da una sentenza adottata in un ordinamento – gli Stati Uniti d'America – che non riconosce formalmente i diritti della Natura e in un'epoca precedente all'ondata di Costituzioni “ecologiche”<sup>16</sup>.

Sicuramente, un ruolo attivo dei giudici si ha quando la giurisprudenza si muove in un contesto normativo (costituzionale e/o legislativo) che riconosce soggettività giuridica a enti naturali, come in Ecuador (il capitolo VIII della Costituzione del 2008 è dedicato ai “diritti della Natura”) o in Bolivia, dove la Costituzione del 2009 è improntata a una visione ecocentrica, pur non riconoscendo esplicitamente i diritti della Natura<sup>17</sup>, ma garantendo loro una protezione, oltre che in via legislativa, mediante l'assetto tripartito del potere giudiziario fra le giustizie ordinaria, agro-ambientale e indigena (art. 179 Cost.). Questo equilibrio tra formanti non ha però impedito il verificarsi del sostanziale

---

<sup>13</sup> R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale: modelli a confronto*, in questa *Rivista*.

<sup>14</sup> L. Kotze, A.R. Paterson (eds), *The Role of the Judiciary in Environmental Governance. Comparative Perspectives*, Preface, London, 2009, 23.

<sup>15</sup> D. Amirante, *Giustizia ambientale e giudici verdi nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, in questa *Rivista*.

<sup>16</sup> Il riferimento è al caso *Sierra Club v. Morton* del 1972 e alle *dissenting opinions* di due giudici della Corte Suprema, a favore dell'ampliamento dello *standing* per chi agisce a tutela dei diritti della Natura.

<sup>17</sup> Il legislatore dà comunque voce al *suma kamaña* riconoscendo i diritti della Natura con la Legge 71 del 2010 (*Ley de derechos de la Madre Tierra*) e con la Legge 300 del 2012 (*Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien*).

*incumplimiento* delle prime sentenze ecuadoriane *pro natura*<sup>18</sup>.

Il ruolo creativo della giurisprudenza si afferma ancora più in assenza di una esplicita copertura costituzionale (ma in presenza di una concezione ecocentrica e non più solo antropocentrica dell'intero ordinamento giuridico). Succede così che le Corti riconoscono soggettività giuridica ai fiumi (al Río Atrato in Colombia<sup>19</sup>, al Gange e al Yamuna in India<sup>20</sup>), all'Amazzonia<sup>21</sup>, ai ghiacciai (da cui originano i fiumi indiani)<sup>22</sup>, perfino all'intero regno animale<sup>23</sup>. Ciò è stato possibile grazie all'apertura dello *standing* da parte delle Corti, le quali hanno accettato azioni processuali intraprese da quei soggetti "deboli" di cui si fa cenno nel § precedente, nonché hanno dato voce (tramite loro) al nuovo soggetto di diritto: la Natura in quanto tale, o i suoi componenti animati o inanimati<sup>24</sup>.

In entrambi i Paesi si percepisce, più o meno nitidamente, «l'approccio critico allo sviluppo sostenibile [...] e la conseguente adesione alle nuove teorie ecocentriche dei diritti della Natura»<sup>25</sup>.

920

I modelli mediante i quali la giustizia ambientale opera sono diversi e sono stati tipizzati dalla dottrina negli articoli che seguono. La forma organizzativa adottata incide sulla *res*, sul *petitum* e sulle formule della *litis contestatio*: «mentre in genere la giustizia si pronuncia su comportamenti o atti tipizzati, lo spettro di questioni su cui intervengono gli ECTs è molto ampio e può investire leggi, comportamenti, atti pubblici e privati, politiche ... »<sup>26</sup>.

Significativo è il caso ricordato della giustizia agro-ambientale in Bolivia: il *Tribunal Agroambiental* e i *Juzgados Agroambientales* operano per difendere il diritto fondamentale a un ambiente salubre dei cittadini (anche in chiave intergenerazionale).

Quando la giustizia è espressione di un diritto tradizionale si possono verificare situazioni differenti, addirittura opposte: ci sono casi in cui essa viene soffocata perché lo stesso diritto tradizionale viene silenziato e diventa

<sup>18</sup> V. il caso *Loja v. Río Vilcabamba* risolto dalla Corte provinciale di Loja, il 30 marzo 2011, seguito poi dal ricorso per *incumplimiento* di fronte alla Corte costituzionale (sent. n. 012-18-SIS-CC, del 28 marzo 2018, la quale non conferma l'inadempimento). I casi sono ricordati nell'articolo di S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, cit.

<sup>19</sup> T-622 del 10 novembre 2016, emessa dalla *Sala sexta de revisión* della Corte costituzionale, dove si afferma perentoriamente che «9.31. la justicia [...] debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos».

<sup>20</sup> *Writ Petition (PIL) No.126 of 2014, sent. 20 marzo 2017* emessa dalla *High Court of Uttarakhand*.

<sup>21</sup> STC 4360/2018 del 5 aprile 2018 emessa dalla Corte Suprema di Giustizia colombiana, *sala de casación civil*.

<sup>22</sup> *Writ Petition (PIL) No.140 of 2015, sent. 30 marzo 2017* emessa dalla *High Court of Uttarakhand*.

<sup>23</sup> *Writ Petition (PIL) No. 43 of 2014, sent. 4 luglio 2018 2017* emessa dalla *High Court of Uttarakhand*.

<sup>24</sup> Per una riflessione sul tema v. M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Milano, 2017, 486 ss.

<sup>25</sup> S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, cit.

<sup>26</sup> R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale: modelli a confronto*, cit.

«invisibile», come dimostra la storia dei Paesi dell’Africa australe<sup>27</sup>, altri in cui riceve un riconoscimento costituzionale al pari di quella ordinaria – come in Bolivia<sup>28</sup> – ma sconta notevoli difficoltà in termini di coordinamento, a causa di un’implementazione legislativa ancora di stampo coloniale<sup>29</sup>.

Le esperienze post coloniali hanno matrici differenti che hanno portato a differenti soluzioni di “infiltrazione” del diritto coloniale, di controllo e di condivisione con il diritto tradizionale.

In Africa, il pensiero dominante europeo si impone mediante gli strumenti cartografici: nell’impossibilità di imbrigliare la cultura locale nelle categorie occidentali, la svuota per impiantare un diritto tribale occidentalizzato. Anche nei Paesi coloniali in cui si riconosceva il diritto consuetudinario, si manifestava una prevalenza del diritto europeo creando così una interazione a gradi differenti tra i sistemi giuridici, come è ben testimoniato dall’istituto del matrimonio negli ordinamenti africani<sup>30</sup>.

«La *razionalità cartesiana* recide il legame tra società e diritto tradizionale, convertendo la prima in oggetto e il secondo in strumento di dominazione. Il continente africano diviene così area caratterizzata da «silenzio giuridico»<sup>31</sup>. Nell’Africa australe la giustizia tribale viene silenziata per quasi un secolo poiché i suoi caratteri ctoni non sono riconducibili a quella europea (la giustizia tribale ignorava il nostro concetto di *iurisdictio* e la figura del giurista<sup>32</sup>; essa dialoga direttamente con il gruppo sociale e trae da esso i precetti da applicare<sup>33</sup>).

---

<sup>27</sup> M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe*, in questa *Rivista*.

<sup>28</sup> La giustizia indigena non corrisponde a un metodo alternativo di risoluzione delle controversie (come invece lo sono l’arbitrato, la conciliazione, ecc.), ma a una giustizia ancestrale, espressione di culture preesistenti all’organizzazione statale. Le esperienze storiche dimostrano che le forme di relazione sono state diverse: la negazione, la coesistenza a distanza, la riconciliazione e la convivialità: B. Clavero, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, México, 1994, 36. Pure gli strumenti sono diversi: le leggi (Ecuador, Bolivia), la giurisprudenza dei Tribunali costituzionali (Colombia) o delle Corti supreme (USA). Le nazioni e i popoli indigeni originari contadini (che in Bolivia rappresentano la maggioranza della popolazione e godono del diritto costituzionale all’auto-identificazione culturale *ex art.* 21, c. 1), sono stati per anni oggetto delle politiche di sviluppo di Governi nazionali, istituzioni internazionali e organizzazioni non governative, recentemente abbandonate a favore di politiche ispirate a una cosmovisione andina e agli stili di vita degli indigeni. La «emergenza indigena», ha spinto le popolazioni indigene a cercare il controllo delle istituzioni locali: J. Bengoa, *¿Una segunda etapa de la emergencia indígena en América Latina?*, in *Cuadernos de Antropología Social*, 29, 2009, 8 ss. In Bolivia ciò avviene in armonia con il nuovo testo costituzionale che avvalorava l’idea di un patto sociale nuovo, basato sull’armonia fra tutte le componenti sociali che si esprimono in un nuovo paradigma basato sulla interculturalità e plurinazionalità e trovano voce nel *Tribunal Constitucional Plurinacional*.

<sup>29</sup> E. Buono, *Pluralismo jurídico igualitario: il mandato costituzionale “inascoltato” nel modello boliviano di cooperazione inter-giurisdizionale*, in questa *Rivista*.

<sup>30</sup> E. Andreoli, *Recognising traditional marriages; pluralismo ordinamentale, diritto e giustizia nell’Africa coloniale*, in questa *Rivista*.

<sup>31</sup> M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe*, cit.

<sup>32</sup> R. Sacco, *Il diritto africano*, Torino, 2006, 75 ss., 89 ss.

<sup>33</sup> Piuttosto che applicare quelli riconosciuti nelle leggi e nella Costituzione, come testimonia il caso *Kanane v The State*, nel quale *Court of Appeal* del Botswana rigetta la questione di costituzionalità del reato di sodomia perché la condotta sessuale è socialmente *riprovevole* e

La “categoria del silenzio” ricorre sia nella dominazione francese, sia in quella anglosassone mediate lo strumento delle compilazioni di diritto tradizionale redatte dalla madrepatria e, dunque, con l'imposizione del formante legislativo su quello culturale. La Francia propugna una politica assimilazionista, ma la possibilità di applicare il diritto locale è riconosciuta nell'adozione del *indigénat* come un'eccezione alla regola<sup>34</sup>; Il Regno Unito riesce ad affermare la superiorità del diritto europeo nei possedimenti a *indirect rule* grazie ai *restatement*<sup>35</sup> i quali dispiegano i loro effetti oltre il periodo coloniale e lasciano alla giustizia tribale una pesante eredità europea<sup>36</sup>.

Paradossalmente, è con la politica dell'esclusione dell'*apartheid* che il *customary law* inizia ad essere ammesso e ascoltato per i diversi gruppi razziali ognuno nel proprio sistema giuridico.

Il recupero dei diritti ctoni<sup>37</sup> – mai realmente scomparsi in Africa – si manifesta in varie forme. La capacità di sapere usare i formanti ereditati (ctoni e occidentali) e di poterli autonomamente plasmare in nuovi istituti è una delle caratteristiche degli odierni diritti africani.

Nelle società multi culturali-etniche-religiose-razziali il superamento dell'intolleranza si esprime in varie forme di *legal pluralism*<sup>38</sup> che affiorano nella realtà socio-giuridica. Ciò è testato, ad esempio, nelle esperienze canadesi e statunitensi, la cui giurisprudenza ha saputo trovare gli strumenti per dare risposta al multiculturalismo radicato nella società. Il riconoscimento della tradizione, della cultura, della religione si sta affermando anche con una *fiction* giudiziaria: quando i fedeli musulmani richiedono di poter assoggettare taluni aspetti della propria vita privata al diritto islamico in Paesi che non riconoscono la *Shari'a* nascono gli *Shari'a Councils*. Si tratta di organismi di natura religiosa nei quali i fedeli musulmani confidano per risolvere controversie familiari attraverso l'istituto della mediazione<sup>39</sup>. Una rete di questi organismi opera in territorio britannico già dagli anni '80 e si sta espandendo in altri Paesi come il Canada e gli

---

non perché contrario ai principi costituzionali: [2003] 2 BLR 67, citato nell'articolo di M. Nicolini.

<sup>34</sup> G. Mann, *What was the 'Indigénat'? The 'Empire of Law' in French West Africa*, in *J. Afr. History*, 2009, 336.

<sup>35</sup> W. Twining, *The Restatement of African Customary Law: A Comment*, in *J. Mod. Afr. Studies*, 1963, 221-222; J. Vanderlinden, *La participation des facultés et institutions de recherche européennes au développement juridique africain*, in *J. Afr. L.*, 1971, 13 ss.

<sup>36</sup> Lo Stato colonizzatore, tendenzialmente, ha imposto ai popoli indigeni la tradizione giuridica eurocentrica basata su un modello di giustizia ordinaria, e pochi sono stati i tentativi riusciti di rivendicazione delle culture native (forse i Maori sono l'unico esempio riuscito di forte opposizione all'egemonizzazione britannica).

<sup>37</sup> R. Toniatti, *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in S. Bagni, G. Figueroa Mejia, G. Pavani, *La Ciencia del derecho constitucional comparado. Estudio en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo III, México, 2017, 1445 ss.

<sup>38</sup> Per una definizione si vedano, almeno: R. Griffiths, *What is legal pluralism?*, in *J. Legal Plur.*, 1, 1986; N. Rouland, *Aux Confins du droit*, Paris, 1991; J. Gilissen (cur.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1971.

<sup>39</sup> A. Rinella, *Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative*, in questa *Rivista*.

Stati Uniti<sup>40</sup>, creando di fatto un ordinamento di matrice islamica che si sovrappone – per certe materie – agli ordinamenti statali (nei quali i fedeli musulmani non confidano per la disciplina di fatti relativi al loro *status* personale). Il proliferare di questi *Shari'a Councils* ha contribuito inoltre al rafforzamento di un fenomeno identificato dalla dottrina come «una sorta di pluralismo legale interno alla *Shari'a*»<sup>41</sup>, dovuto sia alle sue diverse interpretazioni da parte delle scuole islamiche, sia ai processi di ibridazione del diritto islamico rispetto agli ordinamenti interni<sup>42</sup>.

Infine, c'è un tema che non riguarda direttamente – o, per lo meno, non esclusivamente – il sistema giudiziario statale, ma ha a che fare con il “rendere giustizia” in particolari momenti storici, e con lo strumento giudiziario per eccellenza (il processo), utilizzato per dare voce e accertare verità che vanno oltre la sfera individuale. Si tratta della “giustizia di transizione”<sup>43</sup> o “giustizia post-autoritaria”<sup>44</sup>.

Il secolo passato e l'inizio di quello attuale sono stati segnati da numerosi crimini internazionali commessi durante i periodi di totalitarismo e di autoritarismo in varie parti del mondo (dall'America latina, all'Europa mediterranea, continentale e dell'Est, all'Africa, all'Asia). L'idea di accertare i crimini del passato ha radici antiche, ma solo recentemente (dopo la II guerra mondiale) è stato superato l'atteggiamento, prevalente fino a quel momento, del perdono e l'applicazione dell'amnistia come strumento per favorire un rapido passaggio alla fase democratica.

Sia sul piano internazionale che su quello interno, il processo (penale), che per sua natura è lo strumento deputato alla ricerca della verità dei fatti e all'accertamento della responsabilità individuale, viene utilizzato per indagare il passato oscuro di uno Stato.

La giustizia di transizione si manifesta sotto diverse forme (punitiva, compassionevole, epurativa, compensativa ...), opera a più livelli (statale, internazionale), coinvolge soggetti e organi diversi (Commissioni create *ad hoc*,

---

<sup>40</sup> M.F. Cavalcanti, *Giurisdizione religiosa: la questione islamica in Canada e Stati Uniti*, in questa *Rivista*.

<sup>41</sup> A. Rinella, M.F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *DPCE*, 1/2017, 75.

<sup>42</sup> Cfr. I. Yilmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation State*, Aldershot, 2005, 31 ss.

<sup>43</sup> Gli studi di *transitional justice* appaiono negli ultimi 20 anni, parallelamente al diffondersi degli studi sulle transizioni democratiche. Il termine è onnicomprensivo e include vari strumenti giuridici impiegati per dirimere i conflitti con il passato. Per un inquadramento si veda R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford, 2000. La giustizia della transizione accomuna diverse esperienze sotto un'unica etichetta e, come è stato notato, contiene due “nozioni critiche”: la prima è la temporaneità delle misure che devono essere prese per «infondere confidenza nella costruzione della società post-dispotica»; la seconda è il rifiuto di un “winner-takeall approach”: M. Mutua, *A Critique of Rights in Transitional Justice: The African Experience*, in G. Oré Aguilar, F. Gomez Isa (eds), *Rethinking Transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Intersentia, Portland, 2011, 31.

<sup>44</sup> Uno studio di taglio comparato recente è A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di “giustizia post-autoritaria”*, Milano, 2012.

Tribunali internazionali, apparati statali preesistenti, popolazioni indigene ...), si impone per via legislativa.

Particolarmente attuale e interessante è il percorso della *justicia transicional de cierre de guerra* in Colombia, la quale «va más allá del mundo jurídico tradicional y ordinario: es la reconstrucción del tejido social»<sup>45</sup> e si inserisce nel contesto di pluralismo giuridico e culturale tipico del necostituzionalismo latino americano.

### **3. La dottrina manualistica contemporanea: un megafono (spento) per le «voci inascoltate»**

C'è un luogo in cui molte delle voci che gli articoli oggi pubblicati in questa Rivista hanno contribuito a far emergere, continuano ad essere inascoltate; è il luogo deputato alla trasmissione del sapere per eccellenza: la manualistica.

Nella gara – senza vincitori – tra i distinti formanti, ce n'è uno che accumula più ritardo rispetto agli altri: è la dottrina occidentale, la quale, nei manuali di diritto costituzionale (interno e comparato), dà poca voce al potere giudiziario nella parte dedicata all'organizzazione dei poteri dello Stato e silenzia le varie forme di giustizia alternativa. Questa assenza impedisce di diffondere presso un pubblico più vasto quella dottrina specializzata che negli ultimi anni non si è limitata a un ruolo codificatore, ma al contrario ha forgiato gli altri formanti (si pensi solamente al sostegno culturale che la dottrina latinoamericana ha dato ai costituenti di Ecuador e Bolivia e al lavoro preparatorio che ha svolto nei confronti delle Corti colombiane, le quali hanno superato il silenzio legislativo ancorandosi ai principi della Costituzione e confidando in un appoggio dottrinale nella costruzione della soggettività giuridica della Natura) e sta delineando i contorni di una nuova disciplina giuridica del secolo XX, il Derecho constitucional indígena (DCI)<sup>46</sup>.

In questo contesto culturale stride la scarsa apertura della manualistica, la quale dovrebbe essere invece il veicolo privilegiato per favorire una ventata di innovazione nello studio delle forme e dei riti della giustizia in un mondo globalizzato. È un megafono silenziato, quello della manualistica contemporanea, come emerge da una indagine condotta su un numero rilevante di testi di diritto costituzionale/pubblico comparato e – limitatamente ad alcuni Paesi – di diritto interno pubblicati degli ultimi anni<sup>47</sup>, finalizzato a capire (se e) come la dottrina si occupa del potere giudiziario<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> L. Estupiñán Achury, M. Romo Ordóñez, *La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de sur y pluralismo*, in questo numero.

<sup>46</sup> P. Grández Castro, *Sobre el emergente derecho constitucional indígena en el espacio interamericano. Notas sobre el derecho a la consulta desde la experiencia peruana*, Memoria del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, Tomo II, 372 ss.

<sup>47</sup> G. Pavani, *Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea*, in C.A. d'Alessandro, C. Marchese, *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, cit., 15 ss.

<sup>48</sup> La ricerca dà conto, contestualmente, della diversa considerazione del diritto comparato nelle aree culturali di riferimento. Solo in Europa si colgono differenze significative: ad es., nei Paesi germanofoni il ricorso alla comparazione nella manualistica non è escluso, sebbene il diritto comparato tenda a sfumare nella teoria generale, visto che in quell'area il diritto comparato non si è affermato come autonomo settore disciplinare, ma costituisce una sorta di

Un dato preliminare consegna un quadro sconcertante dal punto di vista contenutistico: in molti manuali il capitolo sul potere giudiziario è «latente»<sup>49</sup>, e ciò è in linea con il declino degli studi giuridici (un graduale distacco, quasi un abbandono, da parte dei giuristi, di alcuni aspetti rilevanti di questo tema) e il crescente interesse per l'amministrazione della giustizia da parte dei politologi, i quali hanno iniziato a considerarla un tema rilevante nel panorama dei fenomeni politici<sup>50</sup>, affrontando, tra i primi temi, i processi decisionali e gli elementi in grado di influenzare le decisioni dei giudici, le loro garanzie di indipendenza<sup>51</sup>, la struttura delle Corti<sup>52</sup>, il loro ruolo e l'impatto sui processi di *policy making*, muovendo dal quadro normativo<sup>53</sup>.

Quando è presente, il capitolo sul potere giudiziario risente dell'approccio del manuale ai grandi temi del diritto comparato (più o meno "eurocentrico") e del tipo di comparazione adottata (intraculturale o interculturale, non limitata a una sola tradizione giuridica e un'univoca concezione dell'organizzazione costituzionale dello Stato e del regime dei diritti fondamentali, ma aperta a una pluralità di esperienze che dia conto dei rapporti fra aree culturali diverse).

Attualmente l'impostazione eurocentrica e intraculturale è dominante, vista la provenienza della maggior parte degli autori dall'area culturale del costituzionalismo liberale.

Solitamente, i manuali di diritto costituzionale/pubblico comparato e interno pubblicati in Europa continentale seguono partizioni complesse, strutturate secondo logiche che ricordano quelle dei codici o delle Costituzioni e

---

appendice di altri settori, quali il diritto internazionale pubblico o il diritto privato internazionale (C.D. v. Busse, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden Baden, 2015, 53-91 per il capitolo sul potere giudiziario); in Francia il diritto comparato – per molti considerato «une méthode e non pas une discipline» (M.C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, 13) – fatica ad affermarsi come disciplina accademica e questa sofferenza si riversa sul dibattito scientifico e sull'autonomia scientifica della materia.

<sup>49</sup> Come ricordava Pizzorusso, con riferimento all'ordinamento italiano, «tra le discipline aventi ad oggetto quell'ampio settore degli studi umanistici che comprende l'aspetto giuridico dei fenomeni sociali, l'«ordinamento giudiziario» si presenta fra le più trascurate»: A. Pizzorusso, *Introduzione*, in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1976, 13.

<sup>50</sup> Nelle loro ricerche, i politologi hanno superato la netta separazione tra le sfere *giustizia* e *politica*, assimilando la funzione giudiziaria a quella burocratica e trattando le corti al pari di qualunque altra entità amministrativa nella quale non si eseguono solamente i dettati normativi (C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, 6. Ora si veda anche C. Guarnieri, P. Pederzoli, *Il sistema giudiziario. L'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2017). Ciò è particolarmente evidente nei Paesi dell'Europa continentale, dove il modello organizzativo cui si ispirano le magistrature è quello tipico delle burocrazie pubbliche: G. Di Federico, *The Italian judicial profession and its bureaucratic setting*, in *The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities*, 1976, Parte I, 40-57.

<sup>51</sup> P.H. Russell, D.M. O'Brien (a cura di), *Judicial Independence in the age of democracy*, Charlottesville-London, 2001.

<sup>52</sup> H.J. Abraham, *The judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France*, Oxford, 1993.

<sup>53</sup> M. Shapiro, *Courts: A comparative and political analysis*, Chicago-London, 1981.

sono ancorati a quella visione di potere originario e sovrano dello Stato e a quella forma-Stato «ordinata attorno alla *Drei-Elementen-Lehre*, [che] è divenuta per i costituzionalisti il modello da adottare per descrivere il diritto pubblico, che tutti o quasi i manualisti continuano a rappresentare come il diritto della organizzazione statale, costruito in sistema mediante la strumentazione del linguaggio logico-formale»<sup>54</sup>.

Le ricadute sul capitolo del potere giudiziario – quando c'è – sono evidenti: il tema è prevalentemente incentrato sulla classica contrapposizione tra la funzione giudiziaria e la funzione amministrativa all'interno di quel concetto di ordine, di derivazione occidentale, di cui abbiamo dato conto inizialmente. In assenza di una propensione verso una comparazione eterogenea e quindi aperta, sul piano macrocomparativo, a forme di Stato e a sistemi giuridici diversi, difficilmente è possibile “mappare” la funzione giudiziaria in aree culturali profondamente diverse e ragionare più sulla funzione (il “rendere giustizia”) che sulla struttura. In un cambio di ottica, invece, assumerebbe uguale rilevanza la descrizione del funzionamento di un tribunale statale, di un *fuero indígena* (nel quale i membri della comunità indigena sono giudicati dal loro giudice naturale), del mito *panchayat* in India (reintrodotti oggi nella forma delle autorità amministrative), il *chotei*, senza che queste diverse manifestazioni della “funzione giudiziaria” siano necessariamente collocate all'interno di una scala assiologica, poiché ognuna di esse avrà un proprio valore nell'ordinamento a cui si riferisce.

Pure in una visione prettamente occidentale, i manuali trascurano il fenomeno dell'espansione del potere giudiziario che caratterizza il nuovo assetto dei sistemi giuridici contemporanei e che ha visto mutare il ruolo del giudice, specialmente nelle società pluralistiche di cui si dà conto nelle pagine che seguono<sup>55</sup>. Il giudice oggi – utilizzando varie immagini evocate dalla letteratura – non si limita più al ruolo di «cane da guardia» (che può mordere)<sup>56</sup> e non riveste più la «posizione di distributore automatico di diritto»<sup>57</sup>, ma cerca di affrontare la “sete dei diritti” individuali e collettivi, alimentata dal costituzionalismo liberale, nazionale e sovranazionale<sup>58</sup>, convertendosi in un risolutore di conflitti che potrebbero/dovrebbero trovare una soluzione nel circuito della politica. Nei manuali giuridici, poco si parla sia di quel processo denominato “giudiziarizzazione

<sup>54</sup> Sono alcune delle considerazioni storiche sul legame tra Costituzione e costituzionalismo di A. Reposo, *Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo*, in Bagni-Figueroa Mejía-Pavani, a cura di, *La ciencia del derecho constitucional comparado. Homenaje a Lucio Pegoraro*, cit., Vol I, 1255.

<sup>55</sup> «Le strategie di accomodamento delle differenze culturali e religiose sollecitano fortemente le diverse componenti dell'ordinamento giuridico, ripercuotendosi sull'esercizio della funzione giurisdizionale con riferimento tanto al ruolo del giudice statale in rapporto al trattamento giuridico della diversità, quanto all'emersione di forme alternative di risoluzione delle controversie alla luce di norme giuridiche di matrice culturale o religiosa»: M.C. Locchi, *La complessità del “rendere giustizia” di fronte alla sfida del diritto*, in questa Rivista.

<sup>56</sup> M. Shapiro, *The European Court of Justice: of Institutions and Democracy*, in *Israel L.R.*, n. 1, 1998, p. 7.

<sup>57</sup> M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, Milano, 1968, II, 191.

<sup>58</sup> Questo concetto è illustrato da Friedman in più opere: L.M. Friedman, *Total Justice*, New York, 1994, e Id., *The Horizontal Society*, New Haven, 1999.

della politica”<sup>59</sup>, o “governo dei giudici”<sup>60</sup>, che caratterizza l’espansione del potere giudiziario, sia della sua progressiva frammentazione (sul versante interno e esterno).

Si dà conto, in molti manuali, della circolazione delle soluzioni giuridiche (e dei principi e delle idee) che avviene oggi in larga misura per via giurisprudenziale, grazie soprattutto all’apporto delle Corti costituzionali e delle Corti internazionali o transnazionali. Si rileva l’attacco all’unicità della giurisdizione nel mondo occidentale proveniente dall’esterno e meno dall’interno, da parte di molteplici soggetti che, non sempre, appartengono al corpo della magistratura. Si assiste a una crescita di “giurisdizioni private” (*Alternative Dispute Resolution*, arbitrati, ecc.), che non si risolvono nel contenzioso stragiudiziale, ma sempre più si inseriscono all’interno del processo, in forma collaborativa con l’autorità giudiziaria.

In via di principio, ciò ha posto alcuni problemi di ordine generale perché, storicamente, gli ordinamenti occidentali confidavano nel giudice e nella legge dello Stato per la risoluzione pacifica delle liti e ha comportato la perdita di centralità del giudice nel processo, il quale cede lo scettro a una serie di soggetti terzi estranei al corpo giudiziario.

La reticenza della manualistica a dar conto delle evoluzioni del *ius dicere* si nota forse di più in quei Paesi dove il passaggio dal monismo giuridico al pluralismo giuridico affonda le radici nelle Costituzioni e nella cultura del neocostituzionalismo latinoamericano. In questi contesti, il messaggio non solo non è aggiornato, ma è pure fuorviante, se la struttura dei manuali continua a rispecchiare una cultura giuridica dominante e egemonica, e continua a rappresentare lo Stato di diritto moderno secondo i principi fondamentali del diritto moderno eurocentrico (unicità della nazione, della cultura, del diritto, del sistema educativo ...). Con questa rappresentazione, la tradizione indigena non può che apparire come una «violazione del monopolio dello Stato». Se non si raccontano le voci del pluralismo, il messaggio culturale resterà immutato: «El primer campo de tensión y disputa se da entre el reconocimiento amplio de la justicia indígena y la tradición jurídica eurocéntrica plasmada en la arquitectura de la justicia ordinaria o estatal, en la teoría jurídica, los planes de estudios y en la formación profesional de los juristas en las facultades de derecho, en síntesis, en la cultura jurídica dominante»<sup>61</sup>.

Pure l’Africa offre uno scenario simile; la dottrina – formatasi fuori dal continente africano per mancanza di sedi universitarie prima dell’indipendenza – redige manuali globali, che non danno voce alle tradizioni giuridiche. Una “formula Starbucks del sapere giuridico” che continua a silenziare le culture locali.

---

<sup>59</sup> Una prima analisi e proposta di definizione si rinviene in C.N. Tate, T. Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995, ma si veda anche M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Judicialization & Politics*, Oxford, 2002, e M. Shapiro, *Judicialization of Politics in The United States*, in *Int. pol. sc. rev.*, n. 2, 1994.

<sup>60</sup> E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre le législation sociale aux Etas-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921.

<sup>61</sup> B. de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, cit., 18.

Sono silenzi soffocanti, che riaffermano una cultura dominante sulle altre, eppure, il silenzio ha anche un aspetto positivo: può rivelarsi uno strumento per ascoltare suoni e voci flebili, che difficilmente si potrebbero sentire in condizioni normali. John Cage *docet*<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> John Cage, *4'33''*, 1952.

## Le molte vie della giustizia ambientale: modelli a confronto

di Roberto Louvin

**Abstract:** *The multiple routes of environmental justice: models compared* – This research compares some environmental courts and tribunals (ECTs) - Environment Court of New Zealand, Chinese Environmental Courts, Indian National Green Tribunal and Bolivian Agri-environmental Tribunal - and reveals similarities and differences concerning the authority and impartiality of the judge, the type of actions, the conditions of access, the centralization or decentralization of these system of justice etc. External scientific and technical expertise, low-cost procedure and ethics inspiring judges are also crucial. New environmental courts seem to overcome the secular divide separating civil and criminal jurisdictions and indicate the lack of a dominant model in environmental justice within western legal tradition.

929

**Keywords:** Justice; Law; Environment; Courts; Trial.

### 1. La giustizia ambientale, definizione e caratteri

Una ricognizione delle vie che ha imboccato negli ultimi decenni la giustizia ambientale richiede alcune precisazioni. Identifichiamo questo concetto con il principio per cui rischi e conseguenze negative del degrado dell'ecosistema devono essere equamente ripartiti e i soggetti responsabili del depauperamento ambientale sono tenuti a riparare i danni provocati<sup>1</sup>. Ne sono corollario il diritto ad un controllo democratico sulle risorse naturali e la corretta ripartizione dei benefici e dei costi derivanti dal loro sfruttamento.

Da semplice oggetto di rivendicazione ad opera di gruppi e movimenti ambientalisti, intrecciato con profili di lotta alla xenofobia e alle disuguaglianze socio-economiche<sup>2</sup>, la giustizia ambientale è diventata un principio condiviso, facendo ingresso nelle carte internazionali e nelle Costituzioni di molti paesi<sup>3</sup>. Un principio etico in via di rapida giuridicizzazione, secondo schemi spesso svincolati da limiti territoriali statuali e non rinchiusi nel “guscio di lumaca” dei diritti

---

<sup>1</sup> J. Labarrère, *Justice environnementale*, in D. Bourg, A. Papaux, *Dictionnaire de la pensée écologique*, Paris, 2015, 583-586.

<sup>2</sup> Il carattere tendenzialmente squilibrato degli scambi ecologici è messo in evidenza da R.D. Bullard, *Dumping In Dixie: Race, Class, And Environmental Quality*, Boulder (CO), 2000.

<sup>3</sup> Ne troviamo un'ampia ricognizione in D.R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions*, Vancouver, 2012.

nazionali in base ai quali, per dirla alla Pascal, abbiamo «*Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà*»<sup>4</sup>.

Non dobbiamo però trascurare il fondo della questione: come recita la massima *zen*, «il dito che indica la luna non è la luna». Oltre ai meccanismi sanzionatori, al ristoro dei danni ambientali e ai correttivi nell'allocazione delle risorse, sono l'equilibrio ecosistemico e la sopravvivenza stessa dell'uomo sul pianeta Terra ad essere lo scopo ultimo della giustizia ambientale.

Le tutele giustiziali non si esauriscono nel processo tradizionale<sup>5</sup>, ma comprendono autorità indipendenti para-giurisdizionali, agenzie nazionali e sovranazionali, tribunali d'opinione, organi di mediazione, individui, enti, soggetti qualificati scientificamente e associazioni ambientaliste sollecitano con sempre maggior urgenza. La giustizia ambientale concorre alla *governance* e alla democrazia ambientale ed il punto di equilibrio ottimale del sistema è all'incrocio fra una solida legislazione, un'amministrazione attiva sensibile ed organizzata, una cittadinanza attiva e informata<sup>6</sup> e una giurisdizione vigile munita dei necessari poteri.

Quando parliamo di giustizia ambientale, ci riferiamo in questo scritto solo ai profili processuali inerenti ad organi giurisdizionali speciali, evidenziando che la centralità della sostenibilità ambientale difesa da apparati giudiziari efficienti si è ormai imposta come vero e proprio *key concept* costituzionale, al pari della sovranità, della democrazia, del *rule of law*, dell'uguaglianza o della libertà<sup>7</sup>.

## 2. Tribunali atipici per una giustizia speciale: modelli a confronto

Le corti e i tribunali ambientali sorti nel corso dell'ultimo trentennio si fanno spazio in ambienti giudiziari diversi e devono far accettare la preminenza di tematiche oggettivamente nuove da parte di istituzioni giudiziarie concorrenti già insediate da secoli, valorizzando il loro approccio sistemico alla materia e l'elevata interdisciplinarietà scientifica, in contrasto con la tradizionale segmentazione delle competenze giudiziarie e con la stringente giuridicità dei concetti utilizzati in quella sede.

Le corti e i tribunali ambientali – *Environmental Courts and Tribunals*, ECTs – sono un tema sfidante per i comparatisti perché sorgono in paesi di varia tradizione giuridica, con connotati diversi fra loro e dietro analogie nominali si celano disparità che rendono rischiosa una comparazione per mera assonanza. Evidenziamo preliminarmente la distinzione fra i *tribunali ambientali* veri e propri come uffici giudiziari dotati di larga autonomia organizzativa e le *corti ambientali*,

<sup>4</sup> B. Pascal, *Les Pensées*, Frammento “Misère”, n. 9/24.

<sup>5</sup> Per una panoramica di questa dimensione ‘allargata’ della giustizia ambientale: J. Ebbesson, Ph. Okowa (cur.), *Environmental law and justice in context*, Cambridge (Mass.), 2009.

<sup>6</sup> Sulla concreta implementazione dei principi della Convenzione di Aarhus, prima griglia di riferimento è fornita da A. Tanzi, E. Fasoli, L. Iapichino L. (cur.), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011.

<sup>7</sup> T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni. Lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1, 2016, 43-78.

che assumono invece una pura rilevanza interna nel quadro di uffici di più ampie dimensioni.

La massima diffusione delle corti ambientali si è finora avuta in paesi di ‘giustizia giovane’, con ordinamenti più aperti al cambiamento, mentre nell’emisfero settentrionale lo sviluppo è stato più lento a causa dell’alta densità dei fori esistenti e della loro scarsa propensione a fare spazio a nuove giurisdizioni. Nel mondo occidentale avanzato la giustizia ambientale trova infatti difficilmente uno spazio autonomo, con conseguente frantumazione della risposta alle emergenze ambientali in una pluralità di giurisdizioni penali, civili e amministrative.

Tra le centinaia di esempi rilevati - sono oltre 360 quelli censiti in uno studio già risalente al 2009<sup>8</sup> - abbiamo individuato alcuni esempi più significativi dei diversi approcci e delle varie soluzioni possibili. È partendo da quattro particolari modelli - neozelandese, cinese, indiano e boliviano - che tentiamo di evidenziare i punti di forza e le fragilità delle nascenti giurisdizioni ambientali.

### **2.1. L’*Environment Court of New Zealand***

La Nuova Zelanda è l’apripista nella processualizzazione della giustizia ambientale e la sua esperienza è generalmente considerata come un autentico successo.

L’*Environment Court of New Zealand* (NZEC) opera in base al *Resource Management Amendment Act* del 1991<sup>9</sup>, corpus legislativo fondamentale e *framework statute* della Nuova Zelanda, emendato dal *Resource Management Amendment Act* 2013 che ha convogliato in questo organismo, ampliandole, le funzioni già attribuite agli *Appeal Boards*<sup>10</sup> e al *Planning Tribunal*<sup>11</sup>, aggiungendovi competenze derivanti da altre normative sostanziali<sup>12</sup>.

Il NZEC ha ridotte dimensioni ed è composto da sette giudici a vita e quindici commissari, nominati per cinque anni come soggetti laici qualificati che operano affiancano i suoi giudici, presenziando alle udienze e assistendoli nella redazione delle sentenze. I commissari non hanno necessariamente una formazione giuridica e sono scelti per garantire una giusta combinazione di conoscenze ed esperienze nei diversi ambiti scientifici.

Benché corte unica, il NZEC tiene regolarmente udienza in diverse località del paese (Wellington, Auckland e Christchurch). Il suo ambito d’intervento abbraccia questioni che riguardano la gestione dell’aria, della terra e dell’acqua. La maggior parte delle cause discusse riguarda ricorsi di carattere amministrativo, poiché la Corte è parte di un ampio processo di *sustainable management* e si trova spesso a dirimere controversie generate da piani, atti amministrativi, certificazioni, applicazione di politiche regionali ecc.

---

<sup>8</sup> G. e C. Pring, *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, online sul sito dell’Università di Denver: [www.law.du.edu](http://www.law.du.edu).

<sup>9</sup> Normativa consultabile sul sito del governo neozelandese: [www.legislation.govt.nz](http://www.legislation.govt.nz).

<sup>10</sup> *Town and Country Planning Act*, 1953.

<sup>11</sup> *Town and Country Planning Act*, 1977.

<sup>12</sup> Tra cui l’*Historic Places Act* 1993, l’*Electricity Act* 1992 ed il *Public Transport Management Act* 2008.

In termini di accessibilità ed efficienza, il NZEC ha raggiunto un elevato *standard* di apertura e flessibilità grazie a norme procedurali elastiche e regola esso stesso i suoi procedimenti, senza formalità purché in conformità a equità ed efficienza<sup>13</sup>: l'accesso alla Corte avviene in maniera quanto più possibile *user friendly*<sup>14</sup>.

Le udienze sono aperte al pubblico e si svolgono con caratteri di informalità, senza vincoli o prescrizioni nemmeno in materia di prova. Il Tribunale prende in considerazione ogni prova ritenuta utile e le sue decisioni sostituiscono immediatamente le determinazioni assunte in precedenza dalle autorità amministrative, con attenzione più alla sostanza che alla procedura seguita dalle stesse<sup>15</sup>. Si giudica nel rispetto dei vincoli operanti per le controversie in contraddittorio<sup>16</sup> e l'organo ha facoltà di agire sia secondo procedure civili che penali<sup>17</sup>. Il NZEC è inoltre titolato ad esprimere giudizi interpretativi della volontà espressa dal *Resource Management Act*.

Le valutazioni della Corte in ordine alla sostenibilità ambientale tengono conto di diverse sensibilità sociali, culturali economiche ed etiche, talvolta impossibili da accertare su basi documentali né suscettibili di essere definite in base ad un normale processo di interpretazione legislativa. Pertanto, il giudizio avviene in considerazione di diverse “*policy, ideas, opinion, discretion, or philosophical preferences*” e la Corte utilizza l'intera gamma delle esperienze collettive locali per la loro più corretta qualificazione<sup>18</sup>. Lasciamo al lettore immaginare la complessità di strutturare in termini fenomenici ambientali le credenze ontologiche delle popolazioni Maori e di tradurle nel comune linguaggio giuridico ...

Negli ultimi anni sono emerse critiche per l'eccessiva espansione dell'operato della Corte nel suo approccio di *overall judgment*, da più parti ritenuto contrastare con il principio di separazione dei poteri quanto al rapporto fra i poteri esecutivo e giudiziario.

A riportare ad una equilibrata lettura dei compiti del tribunale specializzato è stata la Corte suprema della Nuova Zelanda con la sentenza *King Salmon case*<sup>19</sup>, che ha operato la distinzione fra le funzioni riconosciute alla NZEC come giudice specializzato ambientale (*adjudicative and legislative fact finding*) e le determinazioni che portano impropriamente la Corte a sconfinare nella sfera della definizione delle politiche. Circoscrivendo l'intervento giudiziale nel quadro di *policies* definite a monte dall'autorità di governo responsabile a seguito di un'ampia partecipazione

<sup>13</sup> *Environment Court Procedure*, RMA, 269.

<sup>14</sup> D. Grinlinton, *Access to Environmental Justice in New Zealand*, in *Acta Juridica*, 80, 1999.

<sup>15</sup> B.C. Birdsong, *Adjudicating Sustainability: New Zealand's Environment Court*, in *Ecology L.Q.*, 27, 2002, 26-38.

<sup>16</sup> C. Warnock, *Reconceptualising the Role of the New Zealand Environment Court*, in *J.E.L.*, 26, 2014, 517.

<sup>17</sup> B.C. Birdsong, *Adjudicating ... cit.*, 77.

<sup>18</sup> C. Warnock, *Reconceptualising ... cit.*, 510. L'autore ricorda anche come la Corte stessa sottolinei volutamente questa ampiezza, con una deliberata apertura nel linguaggio e nelle sue connotazioni per consentire un'applicazione generale e larga dei principi della legge.

<sup>19</sup> *New Zealand Supreme Court, Environmental Defence Society Incorporated v Marlborough District Council*, 2014.

pubblica, si è neutralizzato il rischio di conflitti fra i diversi rami dell'ordinamento<sup>20</sup>.

Le sentenze del NZEC sono appellabili solo in termini di corretta applicazione della legge di fronte all'Alta Corte della Nuova Zelanda<sup>21</sup>.

## 2.2. I tribunali ambientali cinesi

La giustizia ambientale cinese prende avvio negli anni '80, con l'istituzione sperimentale di alcuni tribunali specializzati. I primi tentativi sortiscono risultati modesti e la Corte suprema del popolo cinese rileva una carenza di legittimazione di questi organi in quanto le questioni ambientali sono ancora ritenute di esclusiva competenza delle agenzie governative.

Tra il 2007 e il 2013 sono tuttavia istituiti con successo oltre 130 tribunali ambientali<sup>22</sup>. Il risveglio è favorito dal nuovo concetto di "civiltà ecologica" introdotto dal Presidente Hu Jintao<sup>23</sup> nella valutazione delle prestazioni dei funzionari governativi locali, dopo un lungo periodo in cui erano prevalse le ragioni di uno sviluppo poco attento alle ragioni ambientali<sup>24</sup>.

Alla svolta contribuiscono l'imminenza dei Giochi olimpici di Pechino e una pronuncia del Consiglio di Stato che auspica cambiamenti istituzionali per garantire un ambiente più salubre e pulito. Di converso, l'impulso è frenato da interessi economici localistici e da una diffusa corruzione amministrativa<sup>25</sup>: la debolezza degli apparati giudiziari, la genericità del diritto ambientale cinese e la scarsa osservanza delle leggi ostacolano il raggiungimento degli obiettivi di salubrità ecologica. Ciò nonostante, i moderni tribunali ambientali istituiti a seguito di un emendamento apportato al Codice di Procedura Civile cinese nel 2012<sup>26</sup> si adattano rapidamente alle tradizioni politiche e alle esigenze dei governi locali per tre specifiche ragioni.

Innanzitutto per la loro flessibilità, dando l'impressione di rispondere alle preoccupazioni ambientali del governo centrale, permettendo nel contempo ai governi locali di mantenere lo *status quo* nella crescita economica. In secondo luogo, perché si inseriscono nella tradizione dei tribunali socialisti come istituzioni di sensibilizzazione. Infine, perché i rischi di instabilità sociale provocati dalle

<sup>20</sup> C. Warnock, *Reconceptualising ...* cit. 517.

<sup>21</sup> *Resource Management Act* 1991, § 299.

<sup>22</sup> Istituzione vista con favore dalla dottrina: D.J. Goelz, *China's environmental problems: is a specialized court the solution?*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, 2009, 18, 155 ss., ricorda l'importante ruolo già svolto in direzione analoga dai tribunali marittimi. Sull'esercizio delle funzioni giurisdizionali nella Cina moderna: M. Mazza, *La Cina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma, 2014., in particolare 675-680.

<sup>23</sup> Rachel E. Stern analizza il contesto politico di questa svolta in *The Political Logic of China's New Environmental Courts*, in *The China Journal*, 72, 2014, 53-74.

<sup>24</sup> Yuhong Zhao, *Environmental Dispute Resolution in China*, in *J. Envtl. L.*, 16, 2004, 157.

<sup>25</sup> Shun Yong Yeh, *Is China's Development Path Sustainable? An Overview on the Legal and Policy Framework in Relation to Environmental Protection in China*, in *Asian J. Wto & Int. Health L. & P.*, 399, 2007, 444.

<sup>26</sup> Wang Tianhua, *Gli organi dello Stato come parte querelante. Un aspetto dei contenziosi amministrativi di pubblico interesse sull'ambiente in Cina*, in *Riv. Q. Dir. Amb.*, 1, 2016.

controversie ambientali hanno reso indispensabile identificare una piattaforma relativamente (anche se spesso solo apparentemente) indipendente per arbitrare le controversie e sfogare i disordini sociali. Tenendo conto di queste logiche politiche si comprendono i limiti operativi dei tribunali ambientali a fronte dei problemi ambientali più gravi.

Quanto alla legittimazione ad agire, la normativa cinese la configura in maniera ristretta, poiché “il ricorrente deve essere un cittadino, una persona giuridica o un’organizzazione che ha un interesse diretto alla causa; ci deve essere un controinteressato ben individuato; una richiesta concreta, delle basi di fatto e una causa che giustifichi l’azione, la quale deve rientrare negli scopi e nella giurisdizione della corte”<sup>27</sup>.

Nelle cause civili, si fanno notare l’assenza di controversie di origine pubblica, una scarsa esperienza dei giudici e notevoli ostacoli per le organizzazioni non governative nell’avviare le cause. La maggior parte dei processi penali riguarda reati minori contro l’ambiente commessi da imputati di modesta estrazione sociale e privi di adeguata tutela processuale, mentre i reati gravi commessi da imprese e industrie gravemente inquinanti sono raramente giudicati in tribunale<sup>28</sup>: l’efficacia di questi tribunali non deve dunque essere sopravvalutata.

Gli analisti più attenti ritengono che un maggior grado di autonomia e di specializzazione, sul modello neozelandese, risulterebbe benefico, considerando la crescente propensione dei cinesi a rivolgersi a queste corti, a dispetto della tradizionale reticenza a fare ricorso al sistema contenzioso di giustizia<sup>29</sup>.

### 2.3. L’India, fonte di rigogliosa giurisprudenza

La specializzazione delle Corti ambientali in India è frutto del *National Green Tribunal Bill* del 2009 con cui è stata sostituita la *National Environmental Appellate Authority* (NEAA)<sup>30</sup>, in risposta a pressanti sollecitazioni della Corte Suprema e del Comitato legislativo (*Law Commission*) e in relazione al vasto contenzioso gravante sui tribunali ordinari, dando vita ad una singolare *judge-driven reform*<sup>31</sup>. Questa legge autorizza il Governo indiano ad istituire sedi del *National Green Tribunal* (NGT) in diverse città della Federazione.

Alla conoscenza del *Green Tribunal* sono demandati sia ricorsi *de novo* che varie forme di appello contro decisioni di diverse autorità amministrative in riferimento alle normative ambientali. I ricorsi possono essere presentati da parti lese, proprietari danneggiati, rappresentanti di persone decedute per causa ambientale, enti e associazioni operanti nell’ambito delle questioni ecologiche, così

<sup>27</sup> *Civil Procedure Law*, cap. 12, § 1, art. 108.

<sup>28</sup> E. Stern, *The Political Logic ...* cit., 63.

<sup>29</sup> D.J. Goelz, *China’s environmental problems ...* cit., 172-174.

<sup>30</sup> Il *National Environment Tribunal Act, 1995* ed il *National Environment Appellate Authority Act, 1997* avevano già creato corti specializzate in materia ambientale, con esito giudicato insoddisfacente.

<sup>31</sup> Secondo la calzante definizione di D. Amirante, *Environmental Courts and Tribunals: Improving Access to Justice and Protection of the Environment Around the World*, in *Pace Environmental Law Review*, 29, 2012, 454.

come dal governo centrale, dai governi degli stati o da autorità sottoposte al loro controllo.

La protezione del NGT non è funzionale al soddisfacimento di un diritto individuale all'ambiente, bensì alla promozione del diritto ad un ambiente salubre come parte del diritto alla vita<sup>32</sup>. Sono escluse azioni per il ristoro di danni sofferti da singoli individui o gruppi di persone, ma trovano risposta i ricorsi riguardanti in generale la comunità (*the community at large*) o la salute pubblica e solo per danni concreti (*substantial*) all'ambiente o alla proprietà. L'accesso al Tribunale è configurato in maniera da consentire un *effective and expeditious disposal of environmental cases*, in termini dunque per quanto possibile rapidi ed informali<sup>33</sup>.

La composizione di questo tribunale ha carattere misto e comprende come *Chairperson* o *Judicial members* sia giudici togati (già membri della Suprema Corte o di Alte Corti) che non togati cui sono richieste competenze scientifiche, tecniche o pratiche. La loro nomina compete al governo, che fa spesso ricorso a persone che hanno già svolto in precedenza funzioni amministrative<sup>34</sup>.

La qualificazione della materia oggetto di giurisdizione è soggetta a libera interpretazione da parte della corte: deve trattarsi di *substantial question relating to the environment* che investa complessivamente la comunità o fatti rilevanti per l'ambiente o che ledano in maniera considerevole la salute pubblica.

Tratto caratteristico di quest'organo giudiziario è la sua bivalenza come organo di giustizia civile e penale. Esso ha facoltà di convocare coattivamente le persone ed esaminarle sotto giuramento, può ammettere prove in base a dichiarazioni giurate ed emettere provvedimenti provvisori, ingiunzioni e sospensioni. Non si applicano né il *Civil Procedure Code* né l'*Indian Evidence Act* e le regole procedurali sono ispirate ai principi della *Natural Justice*<sup>35</sup>; l'NGT ha dunque la facoltà di determinare esso stesso la procedura da applicare. Gli strumenti rimediali sono ampi e comprendono, oltre al ristoro e alla compensazione dei danni provocati, misure restrittive della libertà personale fino a tre anni di carcere e sanzioni pecuniarie elevate a carico di persone fisiche e imprese.

Se la giurisprudenza del *Green Tribunal* si segnala come coraggiosa e innovativa e costituisce riferimento autorevole anche per molti paesi nell'area del sud est asiatico<sup>36</sup>, va rilevata la problematica genericità dei termini utilizzati dal *National Green Tribunal Bill* del 2009 quando si riferisce a fattispecie come l'impatto sulla *community at large*, il *substantial damage to environment and property* o ancora il danno *broadly measurable* alla salute pubblica.

---

<sup>32</sup> *National Green Tribunal Bill*, 2009, Preambolo. Il diritto alla vita è garantito dalla Costituzione indiana all'art. 21.

<sup>33</sup> *National Green Tribunal Bill*, 2009, cl. 28.

<sup>34</sup> In teoria con esperienza amministrativa di almeno 15 anni in campo ambientale nella funzione pubblica o in qualificate istituzioni nazionali. La quasi totalità dei giudici è però costituita da funzionari in pensione privi di competenze specifiche.

<sup>35</sup> Testualmente: «*The Tribunal shall not be bound by the procedure laid down under the Code of Civil Procedure, 1908, but shall be guided by principles of natural justice*», *National Green Tribunal Bill*, 2009, c. 19, 1.

<sup>36</sup> Come nel caso relativo alla *Yamuna Conservation Zone* di Nuova Delhi *Manoj Misra Vs Union of India & Others*, 13/01/2015.

## 2.4. Un ramo nuovo di giurisdizione per la Bolivia

Il potere giudiziario boliviano presenta un assetto originale per la sua tripartizione fra le giustizie ordinaria, agro-ambientale ed indigena<sup>37</sup> ed è soprattutto in questi due ultimi settori che si concentrano le maggiori singolarità<sup>38</sup>, con un connotato distintivo che la dottrina qualifica come “contro-egemonico”<sup>39</sup>.

La giustizia agro-ambientale è al servizio dei cittadini boliviani (anche in chiave intergenerazionale), che godono costituzionalmente del diritto fondamentale ad un ambiente salubre<sup>40</sup>, ma anche a tutela dei diritti della *Madre Tierra* (*Pacha Mama*), ed opera nel rispetto tanto del dettato legislativo quanto sulla scorta di principi etico-ambientali diffusi nell’ambito del nuovo costituzionalismo latino-americano<sup>41</sup> e declinati in maniera articolata nel contesto plurinazionale boliviano<sup>42</sup>. La sua azione investe in prevalenza la gestione delle terre comunitarie e la tutela delle foreste e il suo diritto agroambientale si pone con carattere di ‘norma superprimaria’ nella complessiva cornice costituzionale interculturale<sup>43</sup>.

Il *Tribunal Agroambiental* (TA), affiancato dai *Juzgados Agroambientales*, è organo specializzato di vertice della giurisdizione agro-ambientale, fondando la sua missione sui principi di funzione sociale, integralità, immediatezza, sostenibilità e interculturalità<sup>44</sup>. I suoi compiti sono fissati dal testo costituzionale<sup>45</sup> che gli affida la decisione dei ricorsi di cassazione in materia agraria, forestale, ambientale, idrica, di risorse naturali e di biodiversità, i giudizi relativi ai danni provocati alla fauna, alla flora e all’ambiente, nonché sulle pratiche che ne mettono in pericolo la conservazione. Gli sono inoltre affidati contenziosi amministrativi connessi a contratti, negoziati, autorizzazioni, riconoscimenti e allocazione di diritti di sfruttamento delle risorse naturali, con tutti gli atti connessi. È infine suo compito definire l’organizzazione dei tribunali (*juzgados*) agroambientali decentrati.

La composizione del TA è limitata a sette magistrati, divisi in due camere, eletti per sei anni con mandato non rinnovabile dal popolo sulla base di una lista

<sup>37</sup> Cost. Bolivia, art. 179.

<sup>38</sup> Sulla prospettiva della nuova giustizia latino-americana si vedano soprattutto A. Pigrau Solé (cur.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Valencia, 2013 e la serie di interessanti contributi di R. Volante, S. Baldin, P. Moreno Cruz e A. Vespaziani in C. A. D’Alessandro, C. Marchese (cur.), *Jus dicere in a globalized world. A comparative overview*, v. 1, Roma, 2018, 321-429.

<sup>39</sup> S. Baldin, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Bol. Mex. Der. Comp.*, 143, 2015, 504 ss.

<sup>40</sup> Cost. Bolivia, art. 33.

<sup>41</sup> G. Cordini, *Influssi Internazionali e svolgimenti di Diritto Comparato nel Costituzionalismo ambientale dell’America Latina*, in *St. Urb.*, 4, 2010, 558-568.

<sup>42</sup> Fra cui il *suma qamaña* (*vivir bien*) e il *ñandereko* (*vida armoniosa*): Cost. Bolivia, art. 8, I.

<sup>43</sup> Sui caratteri di questa nuova forma di Stato: S. Bagni (cur.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, Bologna, 2017. Circa la presunta predominanza della giustizia ordinaria e agroambientale a discapito della giurisdizione campesina indigena, si noti che formalmente la funzione giudiziaria resta unica e che la giurisdizione indigena gode dello stesso *status* delle altre giurisdizioni legalmente riconosciute: *Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional*, art. 3.

<sup>44</sup> Cost. Bolivia, art. 187.

<sup>45</sup> Cost. Bolivia, art. 190.

di 28 candidati predisposta dall'Assemblea Legislativa Plurinazionale<sup>46</sup>. I requisiti di eleggibilità, in aggiunta a quelli prescritti per fare parte del *Tribunal Supremo de Justicia*, comprendono una specializzazione in materia agroambientale ed il precedente esercizio – con *idoneidad, ética y honestidad* – di funzioni giudiziarie agrarie, libera professione o attività accademica. La preselezione garantisce il pluralismo etnico e nazionale degli eletti<sup>47</sup>.

Il *Plenum (Sala Plena)* del *Tribunal Agroambiental* decide dei conflitti di competenza tra giudici agroambientali, delle cause di ricusazione, della revisione straordinaria delle sentenze, della determinazione del numero dei giudici agroambientali e del bilancio annuale della giurisdizione agroambientale<sup>48</sup>. Un ruolo preminente è assunto dal Presidente del *Tribunal Agroambiental*, che riveste una funzione di supervisione, organizzativa e di rappresentanza<sup>49</sup> all'interno del Tribunale a cui la legge assicura piena autonomia rispetto all'esecutivo anche in termini di bilancio<sup>50</sup>.

La giurisprudenza del *Tribunal Agroambiental* insiste sulle condizioni di effettività al diritto di tutti di rivolgersi ad esso per la tutela dei loro diritti, collegandolo al principio di qualità dell'amministrazione. L'accesso alla giustizia come parte del servizio pubblico è ricompreso fra i diritti anche di matrice internazionale che rientrano nel blocco di costituzionalità in forza dell'art. 410 della Costituzione; vi si applicano pertanto tutti i principi che regolano i servizi pubblici: universalità, accessibilità, continuità, qualità, efficienza, efficacia ed eguaglianza<sup>51</sup>.

### 3. I caratteri salienti

Per orientarsi in una materia tanto vasta, è necessario seguire le orme dello schema classico del processo romanistico, evidenziando la *res*, la tipologia dell'azione, i caratteri del giudice, la qualificazione dell'attore, il *petitum* e le formule della *litis contestatio*. Per molti di questi aspetti, le tipologie innovative degli ECTs si discostano dall'impostazione processuale ricorrente negli ordinamenti occidentali contemporanei.

Il raffronto non si può limitare agli aspetti strutturali esteriori, ma deve tenere presenti molti aspetti connessi decisivi per la funzionalità dello strumento giudiziario. Si pensi soprattutto allo *status* e all'autorevolezza dell'organismo, alla sua indipendenza e imparzialità rispetto alle autorità di governo, alla centralizzazione o meno del sistema di giustizia ambientale, al livello di

<sup>46</sup> *Ley 025 del Órgano Judicial*, 24 giugno 2010, artt. 134-136.

<sup>47</sup> Cost. Bolivia, art. 188.

<sup>48</sup> *Ley 025/2010*, art. 140

<sup>49</sup> *Ivi*, art. 142.

<sup>50</sup> *Ley 025 del Órgano Judicial*, art. 8, c. 1.

<sup>51</sup> Sulla filosofia aperta del TA in materia di accesso e su contenuti e metodi di questo ramo della giustizia: *Plan estratégico institucional de la jurisdicción agroambiental con base a un modelo de gestión por audiencias y de gestión decalidad*, Sucre, 2015, [www.tribunalagroambiental.bo](http://www.tribunalagroambiental.bo).2015-2020, in particolare 30-44.

competenza e il prestigio di cui godono i giudici, all'organizzazione su una o più camere.

Si devono inoltre considerare anche la disponibilità o meno di competenze scientifiche e tecniche esterne, le facilitazioni nell'accesso da parte dei ricorrenti, la speditezza e l'economicità della controversia, la reattività dei giudici e l'adeguatezza della loro risposta, lo sviluppo complessivo della giurisprudenza ambientale, la consapevolezza della missione e l'etica che ispira i magistrati, la flessibilità, la capacità di innovazione, senza dimenticare il valore aggiunto della loro azione nelle ricadute su altre funzioni pubbliche (legislative, regolamentari ed amministrative)<sup>52</sup>.

L'ecosistema di cui si occupano questi nuovi organi giudiziari è una *res* (nel senso romanistico di 'questione') nuova e articolata. Ad esso sono correlati processi e fenomeni diversi (salubrità dell'aria, stabilità dei suoli, ciclo delle acque, clima<sup>53</sup> ...) che chiamano i giudici dell'ambiente a pronunciarsi su una miriade di questioni complesse e ancora inesplorate. Mentre in genere la giustizia si pronuncia su comportamenti o atti tipizzati, lo spettro di questioni su cui intervengono gli ECTs è molto ampio e può investire leggi, comportamenti, atti pubblici e privati, politiche ...

L'identificazione, inizialmente generica, dei diritti che fondano le rivendicazioni ambientaliste trova oggi basi precise e in parte nuove. In origine l'ancoraggio si limitava alla sola tutela della salute o della proprietà e la valutazione del danno registrava solo gli effetti più immediati, si nota oggi un'espansione sia temporale (a beneficio e tutela dell'interesse delle generazioni future) che materiale (per una tutela che trascende i diritti propriamente umani per estendersi a posizioni giuridiche nuove ed emergenti facenti capo alla Natura o a parti di essa)<sup>54</sup>. Si fa progressivamente strada, accanto all'*Equal Protection* ancora prevalente in molti paesi a partire dagli Stati Uniti<sup>55</sup>, un nuovo paradigma di diretta legittimazione in giudizio della Natura o di parti di essa (fiumi, foreste, specie animali) come detentori di autonoma soggettività in quanto persone giuridiche distinte<sup>56</sup>. Per quanto il diritto fondamentale costituzionalizzato ad un

---

<sup>52</sup> Un'ampia trattazione di questi profili, arricchita da un vasta esperienza diretta, è proposta dal Justice Brian J. Preston, *Characteristics of successful environmental courts and tribunals*, consultabile sul sito della *Land and Environment Court* del *New South Wales*: [www.lec.justice.nsw.gov.au](http://www.lec.justice.nsw.gov.au).

<sup>53</sup> Tra le prime decisioni in materia climatica spicca l'importante sentenza *Urgenda Climate Case* del 24 giugno 2015 del Tribunale distrettuale dell'Aja, con cui le autorità olandesi sono state condannate all'immediata riduzione dei gas a effetto serra: J. Van Zeven, *Establishing a governmental duty of care for climate change mitigation: will Urgenda turn the tide?*, in *Tr. Env. L.*, 4, 2015, 339-357.

<sup>54</sup> Per una panoramica dei nuovi diritti emergenti: AA.VV., *Des droits pour la nature*, Paris, 2016.

<sup>55</sup> M.B. Gerrard, Sh. R. Foster, *The Law of Environmental Justice: Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks*, Chicago, 2008, soprattutto 3-21.

<sup>56</sup> Abbiamo trattato questi profili riguardo alle tematiche idriche in R. Louvin, *L'attribuzione di personalità giuridica ai corpi idrici naturali*, in *DPCE*, 3, 2017, 623-648, sottolineando la necessità di superare i modelli tradizionali del diritto occidentale e ricorrendo a tecniche di personificazione giuridica, unitaria o frazionata, degli elementi naturali: sulla stessa linea è D.

ambiente salubre rappresenti oggi la base giuridica più diffusa di riferimento per le azioni in giustizia, soprattutto laddove assumono un carattere di azione collettiva, la questione di chi siano i veri titolari dei diritti ambientali – i singoli, le comunità oppure la Natura stessa – è destinata a diventare un nodo filosofico-giuridico centrale<sup>57</sup>.

Un aspetto di assoluto rilievo resta quello dell'accesso (*Standing*) e delle regole che legittimano al giudizio vari soggetti - privati, enti, associazioni - sia come ricorrenti che come parti lese. Guardando ai profili sostanziali delle condizioni di accessibilità, occorre prestare attenzione al profilo economico della gratuità o meno del ricorso alle corti.

La tipologia dei fori speciali è variegata: si tratta di corti civili, penali, amministrative, a competenza mista, indipendente o semindipendenti (i cosiddetti *captive tribunals*), di primo livello o di appello. Tutti gli ECTs esaminati hanno comunque carattere permanente e sono istituiti come tribunali autonomi e non come semplici *green chambers*, ossia di camere o collegi (formali o informali) operanti presso tribunali ordinari a cui siano attribuite talune specifiche competenze in materia ambientale, né si limitano a prevedere semplici *green judges* selezionati all'interno di tribunali ordinari a cui assegnare le cause in tema di ambiente.

I magistrati degli ECTs non sono sempre di estrazione giudiziaria, di carriera o elettivi, ma sono spesso individuati in funzione della loro particolare competenza tecnica o della loro provenienza accademica, professionale o burocratica. Anche le giurisdizioni ambientali atipiche dei tribunali internazionali d'opinione presentano al loro interno come prevalente il connotato della provenienza dalla società civile<sup>58</sup>.

La maggior parte degli ECTs prende corpo a livello statale, con una prevalenza, negli stati federali, per l'istituzione ad opera degli stati membri, dove si manifesta più direttamente la pressione delle comunità interessate, per poi approdare successivamente al livello federale.

Le procedure e la definizione del materiale probatorio ammesso in giudizio si diversificano notevolmente, potendo comprendere o meno prove testimoniali, analisi tecniche prodotte dalle parti, *expertises* ... La qualificazione giuridica del danno si sta aprendo a nuove soluzioni: le punte più avanzate della giurisprudenza evidenziano ormai un crescente orientamento a favore di una configurazione autonoma di questi pregiudizi rispetto agli interessi esclusivamente umani<sup>59</sup>.

---

Shelton, *Nature as a legal person*, in *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, 22, 2015.

<sup>57</sup> Sui profili giuridico-filosofici della questione rinviamo ai penetranti scritti di Y. Thomas oggi raccolti in *Les opérations du droit*, Paris, 2011, e alle osservazioni di R. Esposito, *Le persone e le cose*, Torino, 2014.

<sup>58</sup> Come nel caso dell'*International Rights of Nature Tribunal* formato nel 2014 su impulso di un organismo associativo privato, la *Global Alliance for the Rights of Nature* (GARN).

<sup>59</sup> A partire dall'*affaire Erika* (Corte d'Appello di Parigi, 30 marzo 2010), il pregiudizio morale conseguente alla lesione dell'integrità del patrimonio naturale non è più soltanto inteso in riferimento agli interessi umani, ma come "pregiudizio oggettivo ed autonomo", anche in assenza di "ripercussioni su un interesse umano particolare": M. Boutonnet, *La classification des catégories de préjudices à l'épreuve de l'arrêt Erika*, in *R.L.D.C.*, 73, 2010, 18-24.

La cassetta degli attrezzi a disposizione dei giudici ambientali, quanto agli strumenti decisori rimediali, è corposa e le alternative spaziano dalla monetizzazione all'obbligo di riduzione *in pristino*, con scelte legislative e soluzioni giurisprudenziali variegate, attente non solo ai profili di danno, ma estese alla componente del rischio ambientale futuro<sup>60</sup>. Dovendo perseguire scopi di giustizia effettiva e di ristabilimento di equilibri complessivamente alterati, essa comprende perciò, accanto agli ordini ad esecuzione diretta, interventi di mediazione e di raccomandazione che si aprono verso forme complementari di intervento rispetto alla questione principale oggetto del giudizio.

#### 4. Osservazioni conclusive

La breve ricognizione svolta in queste pagine non permette delle conclusioni definitive, ma tutt'al più delle sommarie osservazioni sui primi passi della giovane giustizia ambientale.

Il fattore propulsivo decisivo per la creazione di nuove corti è l'urgenza di ristabilire un'equa condivisione dei rischi ambientali. Le risposte osservate, in termini strutturali, denotano un'alta variabilità delle formule adottate e l'assenza di un modello dominante. Al tempo stesso, si percepisce già un intenso dialogo fra le corti e un'attenzione sostenuta da parte della dottrina, segno della stretta "interdipendenza che lega fra loro, con sempre maggiore frequenza, fenomeni rinvenibili all'interno degli Stati nazionali e fenomeni che vanno al di là degli Stati stessi"<sup>61</sup>.

L'assoluta prevalenza e precocità delle esperienze di giustizia degli ECTs nelle aree geografiche poste al di fuori del mondo occidentale<sup>62</sup> è sintomatica di un evidente policentrismo quanto ai suoi modelli ispiratori e denota, diversamente da altri settori del diritto, la mancanza di un modello-faro all'interno della *western legal tradition*. Non si tratta dunque di una delle tante vicende di trapianti e di rigetti dovuti all'elevato "tasso di imprevedibilità, circa la tutela di ogni diritto e l'attuazione di ogni regola imposta dall'esterno"<sup>63</sup>.

Nella loro impetuosa crescita, gli ECTs denotano la forte tendenza espansiva del loro intervento, talvolta favorita, come in India, da normative di base particolarmente aperte e in altri casi contrastata invece da un contenimento regolativo, come nel caso neozelandese, o addirittura da condizioni di depotenziamento fattuale come in Cina. La convivenza degli organi di giustizia con le sfere di potere riservate ai rami legislativi ed esecutivi dell'ordinamento è d'altra parte storia antica e resta un aspetto centrale del costituzionalismo moderno<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Sulla cui definizione rinviamo a G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 164-174.

<sup>61</sup> R. Scarciglia, *Costituzionalismo globale, tradizioni legali e diritto comparato*, in *DPCE*, 2013, 449.

<sup>62</sup> Lo osserva D. Amirante, *Environmental Courts ... cit.*, p. 441. Fanno però eccezione esperienze significative, come la *Vermont Environmental Court*, la *Hawaii's Environmental Court* negli Stati Uniti e le *Sweden's Environmental Courts*.

<sup>63</sup> M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente: geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 179.

<sup>64</sup> G. Pavani, *Il potere giudiziario*, in *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 501-541.

Nel complesso, la giustizia ambientale tende come si è visto a definire canoni propri, svincolati da uno stretto legalismo e si rivela capace di superare il secolare *divide* che separa fra loro le giurisdizioni civile e penali.

Resta in ultimo da vedere se e in quale misura, nello scenario in divenire rappresentato, oltre che dagli ECTs, da tutte le forme similari e concorrenti di giustizia ambientale sapranno imporsi anche soggetti giuridici nuovi e non umani come portatori di distinti interessi tutelati<sup>65</sup>. Le premesse ci sono tutte: resta solo da scrivere la trama di questo nuovo interessante capitolo della storia del diritto.

---

<sup>65</sup> Secondo schemi rilevabili in diversi contesti che abbiamo richiamato, nei loro precedenti normativi e giurisprudenziali, in *Aqua aequa. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Torino, 2018, 254-265.

## Dai diritti dei popoli ai diritti della natura. La voce dei tribunali di opinione

di Simonetta Fraudatario

**Abstract: *From the rights of people to the rights of nature. The voice of the opinion tribunals*** – The opinion tribunals have been considered an expression of alternative justice in contrast with the current law. Rather, they contribute to fill in the hole of justice determined by an absence of norms or a lack of effectiveness of the existing ones. The Permanent peoples' tribunal and the International tribunal for the rights of nature are an interesting example of the contribution of the justice from below in defining new legal categories, by answering to collectivities and social actors that move their demands inside and outside the law. The article traces the doctrine developed by them on environmental issues, from the perspective of human and peoples' rights and the rights of nature.

**Keywords:** Opinion tribunals; Ethic justice; Peoples' rights; Environmental justice; Rights of nature.

943

*I poteri economici continuano a giustificare l'attuale sistema mondiale,  
in cui prevalgono una speculazione e una ricerca della rendita finanziaria  
che tendono a ignorare ogni contesto e gli effetti sulla dignità umana e sull'ambiente.  
Così si manifesta che il degrado ambientale e il degrado umano ed etico sono intimamente connessi.  
(Lettera enciclica Laudato si')*

### 1. Tribunali di opinione tra sussidiarietà e concezione evolutiva del diritto

I tribunali di opinione si sono affermati nel dibattito internazionale negli ultimi anni, nonostante queste esperienze non siano recenti. Conosciuti anche come tribunali etici, di coscienza, dei popoli o della società civile, tali organi operano al di fuori dall'ambito della giustizia convenzionale<sup>1</sup>. Possono ritenersi oggi una realtà consolidata della giurisdizione internazionale "informale". Sono espressione della giustizia "dal basso" e vengono istituiti per portare alla luce casi inascoltati di violazione dei diritti umani. I Tribunali di opinione si attivano su richiesta di forze sociali che, in assenza di iniziative di tribunali ordinari nazionali, regionali o internazionali, promuovono l'istituzione di organismi speciali considerati forme alternative di giustizia. Le istanze di giustizia sono presentate ad una giuria

<sup>1</sup> A. Byrnes, G. Simm, *International peoples' tribunals. Their nature, practice and significance*, in A. Byrnes, G. Simm (eds), *Peoples' tribunals and international law*, Cambridge, 2018, 15 ss.

internazionale composta da esperti appartenenti a diverse discipline, che sono chiamati a interpretare e tradurre in pratiche politiche e giuridiche quanto documentato e ricostruito dagli attori richiedenti. Come è noto, le sentenze emesse da questi Tribunali non hanno valore giuridico vincolante, ma svolgono piuttosto una azione di supplenza rispetto ad una assenza di diritto formale e riparano sul piano morale le violazioni subite da individui e collettività<sup>2</sup>.

Negli ultimi anni alcuni studiosi si sono dedicati alla documentazione e all'analisi di queste esperienze, nate sulla scia dei celebri antecedenti dei due Tribunali Russell, il primo sulla guerra in Vietnam (1966-67), il secondo sulle dittature in America Latina (1974-76). Pur condividendo la stessa natura, le funzioni e competenze di ciascun tribunale di opinione sono legate alle ragioni storiche, politiche giuridiche che ne sottendono l'istituzione. L'eterogeneità dei temi oggetto di queste esperienze deriva dalla molteplicità e polisemicità dei contesti di origine dove l'assenza del diritto determina il protagonismo delle forze sociali e delle vittime degli abusi denunciati, che assumono la funzione chiave di nominare le violazioni, di ricostruire la verità e di "riabilitare" il diritto<sup>3</sup>. Al di là della loro specificità, i casi presi in esame difficilmente rispondono a fenomeni isolati, e rappresentano invece casi sistematici di violazione dei diritti umani di cui si indaga e documenta il complesso intreccio di cause e responsabilità.

Non essendo possibile fornire un elenco esaustivo di tutte queste esperienze, può essere sufficiente menzionare i tribunali più noti, molti dei quali hanno una giurisdizione limitata ad eventi o a crimini specifici, come per esempio il Tribunale Russell sulle vicende del Congo (1982), il Tribunale sulle donne in Pakistan (1992), il Tribunale sulle donne di Tokyo (2000), il Tribunale mondiale sull'Iraq (2003), il Tribunale Russell sulla Palestina (2010-2013), il Tribunale delle donne in ex-Yugoslavia (2015), il Tribunale internazionale sui crimini contro l'umanità in Indonesia 1965 (2016-2017), il Tribunale latinoamericano dell'acqua, attivo dal 1998 a oggi.

Fondato nel 1979 a Bologna dal giurista Lelio Basso, il Tribunale permanente dei popoli (TPP) costituisce la diretta prosecuzione dei Tribunali Russell sul Vietnam e sull'America Latina. La sua natura permanente fa del TPP un *unicum* nella storia dei tribunali di opinione. Come stabilito nel suo Statuto, il TPP è una «tribuna di visibilità, di diritto di parola e di affermazione dei diritti dei popoli» e una istituzione che si fa promotrice di «una indagine diretta a riempire lacune istituzionali e dottrinali del diritto internazionale vigente»<sup>4</sup>. L'indagine del TPP ha una duplice funzione: non è solo rivolta a un allargamento della competenza delle giurisdizioni internazionali, ma anche ad un allargamento degli scopi del diritto internazionale, contribuendo al suo sviluppo. Questa intuizione di matrice bassiana è particolarmente evidente nella giurisprudenza prodotta dal TPP. Se è pur vero che molte sentenze si sono basate quasi esclusivamente sulle

---

<sup>2</sup> G. Tognoni, *Alle radici del progetto TPP*, in G. Tognoni (cur.), *Tribunale Permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979 – 1998*, Lecco, 1998, 11 ss.

<sup>3</sup> L. Moita, *I tribunali di opinione e il Tribunale Permanente dei Popoli*, in *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, vol. 6, n. 1, maggio-ottobre 2015, 141 ss.

<sup>4</sup> V. Preambolo del nuovo Statuto del Tribunale Permanente dei Popoli approvato il 9 marzo 2018, in Fondazione Lelio e Lisli Basso. Materiale in via di pubblicazione.

fonti del diritto in vigore, in molte altre il TPP non si è limitato all'applicazione delle norme esistenti. Come era accaduto per il Tribunale Russell II, il TPP si fa promotore di una continua esplorazione delle frontiere del diritto per avvicinarlo sempre di più alle complesse situazioni umane.

Questa concezione programmatica ed evolutiva del diritto è particolarmente condivisa dal Tribunale internazionale per i diritti della natura (TIDN), fondato nel 2014 su iniziativa della *Global Alliance for the Rights of Nature*. In assenza di una Corte internazionale in grado di giudicare i crimini ambientali, il TIDN si propone di costruire una alternativa al sistema attuale di protezione ambientale e al diritto ambientale vigente, a partire dal riconoscimento dei diritti della natura.

I due Tribunali offrono un interessante punto di osservazione sulla loro interazione con il diritto, concepito non come un *corpus* rigido di norme, ma come un sistema di norme sottoposto a continue verifiche. Per i due tribunali, la loro applicazione non si può esaurire nelle giurisdizioni formali, ma necessita della funzione correttiva e riabilitativa delle forze sociali che aspirano a migliorare le proprie condizioni di vita e quelle dell'umanità. Questi due Tribunali hanno interpretato con il loro operato il significato più autentico della giustizia etica, che si colloca metà strada tra l'applicazione della norma esistente e la norma che deve essere<sup>5</sup>.

## 2. Principi ispiratori del Tribunale permanente dei popoli e del Tribunale internazionale per i diritti della natura

Il TPP e il TIDN nascono in epoche storiche profondamente diverse. Il tempo che vede sorgere il TPP è quello delle "grandi inquietudini" suscitate dal modello politico ed economico che stava per delinarsi, e delle "grandi speranze"<sup>6</sup> riposte nell'evoluzione del sistema internazionale dei diritti umani e nel ruolo che popoli e forze sociali, sempre più protagonisti, potevano assumere nella sua evoluzione ed applicazione. Il TIDN viene creato a distanza di 34 anni, in un momento di massima penetrazione dell'economia in tutti gli ambiti della vita politica e sociale a livello globale. In un certo modo, il TIDN eredita la memoria delle lotte di tanti popoli nel mondo e la conoscenza acquisita sui multipli livelli di erosione dell'umana dignità, delle istituzioni, del diritto, dell'ambiente, determinati dal neoassolutismo dei grandi poteri economici e finanziari.

L'anelito di cambiamento condiviso da entrambi i tribunali è raccolto nelle due Dichiarazioni a cui si ispirano, la Dichiarazione universale dei diritti dei popoli, proclamata ad Algeri nel 1976, e la Dichiarazione universale dei diritti della madre terra, proclamata in occasione della Conferenza dei popoli del mondo sul cambiamento climatico e i diritti della madre terra tenutasi a Cochabamba nel 2010.

Il contesto storico di riferimento della Dichiarazione di Algeri è quello del

---

<sup>5</sup> F. Rigaux, *Per una lettura complessiva del Tribunale Permanente dei Popoli*, in G. Tognoni (cur.), *op. cit.*, 756 ss.

<sup>6</sup> «Noi viviamo tempi di grandi speranze, ma anche di profonde inquietudini», Dichiarazione Universale dei diritti dei popoli, Preambolo: cfr. [permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2011/05/Carta-di-Algeri\\_IT1.pdf](http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2011/05/Carta-di-Algeri_IT1.pdf).

trentennale processo di decolonizzazione avviato nel secondo dopoguerra e della creazione delle istituzioni e degli strumenti normativi internazionali che ne rivoluzionano l'ordinamento, riconoscendo i principi della pace, dei diritti umani e dell'autodeterminazione dei popoli. La Dichiarazione di Algeri fa suoi i primi passi mossi in direzione del riconoscimento dei popoli, ma li supera per formularne nuovi, tenendo conto degli scenari di dominazione politica ed economica emersi dalle analisi del Tribunale Russell II<sup>7</sup>.

La Dichiarazione enuncia i diritti dei popoli in un testo di trenta articoli che creano un nesso tra democrazia, liberazione e diritto. La Dichiarazione affida le categorie di popolo e di autodeterminazione alle variabili dei contesti storici, politici ed economici, rifuggendo da valenze assolutistiche. In questo modo, lungo la storia del TPP, la categoria di autodeterminazione si è allargata a nuovi diritti aprendosi alle interpretazioni arricchenti delle collettività e dei soggetti che hanno incrociato il TPP nel loro percorso di liberazione<sup>8</sup>.

Riconoscendo che la natura ha diritto all'esistenza, ad essere rispettata e a rigenerarsi, la Dichiarazione universale sui diritti della madre terra contrassegna una rottura con l'ideologia di progresso e di sviluppo originatasi con le politiche coloniali e neocolonialiste di controllo, dominio e saccheggio. È quanto si legge nel preambolo della Dichiarazione, dove si fa riferimento all'emergenza planetaria derivata dalla distruzione di interi ecosistemi e dai cambiamenti climatici: «the capitalist system and all forms of depredation, exploitation, abuse and contamination have caused great destruction, degradation and disruption of Mother Earth»<sup>9</sup>.

I principi enunciati nella Dichiarazione sintetizzano una moltitudine di riflessioni individuali e collettive delle ultime decadi, che hanno portato all'inclusione dei diritti della natura nelle Costituzioni dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009. L'immaginario proposto dalla Dichiarazione aspira a liberare e a emancipare la natura dal paradigma antropocentrico che ha mantenuto per secoli la separazione tra uomo e natura. Per superare questa separazione, la Dichiarazione ripropone una visione unitaria e non frammentata della natura, recupera tutti gli elementi che la compongono riscattando la loro indivisibilità e complementarità, e allo stesso tempo, la memoria storica e la visione originaria dell'umanità<sup>10</sup>.

Entrambe le Dichiarazioni rompono la concezione positivista del diritto secondo cui non esiste che il diritto formale creato dalle fonti ufficiali. Muovono dall'individuazione delle lacune diritto internazionale e proiettano un orizzonte di lavoro introducendo una nuova etica per una nuova visione di società e dello stesso diritto. Orientano il lavoro e le decisioni dei due tribunali, che diventano strumenti di verifica della traducibilità dei principi in esse enunciati nella vita reale dei popoli.

---

<sup>7</sup> A. Cassese, *La portée politico-juridique de la Déclaration d'Alger*, in A. Cassese, E. Jouve (Eds), *Pour un droit des peuples*, Paris, 1978, 62 ss.

<sup>8</sup> V. F. Rigaux, *I diritti dei popoli e la Carta di Algeri*, Torino, 2012, II ed.

<sup>9</sup> *Universal declaration of rights of mother earth*: Cfr. [therightsofnature.org/](http://therightsofnature.org/).

<sup>10</sup> F. Houtart, *De los bienes comunes al bien común de la humanidad*, in *Revista El Agora*, Vol. 14, N.1, 2014, 261 ss. Si veda anche E. Gudynas, *Concepciones de la naturaleza y desarrollo en América Latina*, in *Persona y sociedad*, 13 (1), abril de 1999, 101-125.

Come per la Dichiarazione di Algeri, l'aspirazione della Dichiarazione universale sui diritti della madre terra è quello di spostare l'azione della rivendicazione sul piano internazionale, prescindendo dalla volontà dei singoli governi e affidandosi alla capacità propositiva e anticipatrice degli attori sociali che, «conscious of the urgency of taking decisive, collective action to transform structures and systems that cause climate change and other threats to Mother Earth»<sup>11</sup>, possono favorire l'individuazione degli strumenti più adeguati per difenderla<sup>12</sup>.

### **3. Popoli, ambiente e natura nel TPP**

#### *3.1. Politiche globali e rischi industriali*

Dal suo insediamento a oggi, il Tribunale ha operato in numerosi contesti di negazione del diritto dei popoli, prendendo in esame situazioni che vanno dalle lotte di liberazione alla dichiarazione di non competenza della Corte penale internazionale (CPI) in materia economica e ambientale<sup>13</sup>. Comparando lo sviluppo cronologico delle quarantasei sessioni fino ad ora realizzate con il progressivo evolversi del sistema internazionale dei diritti umani, non è difficile cogliere il contributo dato dal Tribunale in funzione della comprensione e specificazione delle modalità con cui sono perpetrati crimini di guerra, crimini contro la pace, genocidio, crimini contro l'umanità. I nuovi scenari di violazione dei diritti dei popoli che si sono riprodotti su scala globale hanno implicato un ampliamento dell'orizzonte del suo intervento, includendo nuove fattispecie di crimini che il TPP ha adottato nello Statuto approvato il 9 marzo 2018. Questo presenta la rivisitazione del crimine di genocidio rispetto a quanto osservato dalla Convenzione sul genocidio del 1948 e dallo Statuto di Roma della CPI, e la formulazione di nuovi crimini: ecologici, economici e di sistema<sup>14</sup>.

Il Tribunale offre una lettura originale del rapporto tra diritti umani, diritti dei popoli e diritto ambientale. La Dichiarazione di Algeri dedica una sezione specifica al diritto all'ambiente e alle risorse comuni (sez. VI) che fu adottata in un momento in cui la sensibilità per tali questioni spingeva verso la formulazione di una normativa di riferimento per la tutela ambientale. Come nella Dichiarazione di Stoccolma del 1972, la Dichiarazione di Algeri evidenzia lo stretto vincolo tra dimensione ambientale, dimensione umana e sviluppo, specificando il rapporto tra popoli e ambiente: l'esistenza dei popoli (art. 1) è resa possibile grazie alla conservazione, protezione e miglioramento del proprio ambiente (art. 16), che deve essere sostenuta dal godimento di tutti gli altri diritti riconosciuti ad Algeri. Inoltre, la piena realizzazione dell'autodeterminazione di un dato popolo «deve tenere conto della necessità di coordinare le esigenze del proprio sviluppo

---

<sup>11</sup> *Universal Declaration of Rights of Mother Earth, Preamble*: cfr. [therightsofnature.org/](http://therightsofnature.org/).

<sup>12</sup> V. A. Acosta, *Hacia la Declaración universal de los derechos de la naturaleza. Reflexiones para la acción*, in *Afese* 54, 2010, 11-29.

<sup>13</sup> V. G. Tognoni, *The history of the Permanent peoples' tribunal*, in A. Byrnes, G. Simm, *op. cit.*, 42 ss.

<sup>14</sup> Gli articoli 1-7 dello Statuto del 2018 definiscono i crimini di competenza del TPP.

economico e quelle della solidarietà tra tutti i popoli del mondo»<sup>15</sup>.

L'attenzione ai casi di violazione dei diritti umani derivati dalle politiche economiche applicate a livello globale viene introdotta dal Tribunale con le Sessioni su *Il Fondo Monetario Internazionale e la Banca mondiale*, realizzate a Berlino nel 1988 e a Madrid nel 1995. Nella sentenza di Berlino, il TPP evidenzia un peggioramento drammatico «della situazione sociale, politica, economica ed ecologica della maggior parte dei paesi del Terzo mondo»<sup>16</sup>, mettendo in luce il deficit ecologico provocato da un modello di sviluppo basato sull'estrazione e l'esportazione delle materie prime, in chiaro detrimento del diritto dei popoli allo sviluppo riconosciuto, tra l'altro, dalla Dichiarazione sullo Sviluppo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1986. Eduardo Galeano, giudice del TPP, riportò ne *Il Paradosso Amaro di Don Dinero*, testo allegato alla sentenza di Berlino, le parole di Vandana Shiva sul caso dell'India: «[...] in nome dello sviluppo hanno violato i cicli e le leggi della natura, hanno distrutto boschi e creato deserti, hanno avvelenato il mio suolo, la mia acqua, la mia aria. La medicina di Bretton Woods sta uccidendo l'India»<sup>17</sup>.

Con la sessione su *Amazzonia brasiliana* (Parigi, 1990) l'ambiente diventa nelle analisi del TPP indicatore del restringimento delle garanzie di rispetto del diritto dei popoli. Nella sentenza si legge: «Il modello di industrializzazione forzata, divoratore di energia, che suscita dei bisogni di consumo sempre maggiori» è un «modello fondato sull'aggressione della natura e sul saccheggio delle sue risorse»<sup>18</sup>. L'Amazzonia è emblema delle forme di sfruttamento e di rapina delle risorse che «mettono a repentaglio il diritto di tutti i membri della comunità internazionale ad un ambiente sano, del cui precario equilibrio ognuno è responsabile». In questa occasione, il TPP avverte sulle «conseguenze drammatiche dell'aumento dell'effetto serra o delle modificazioni climatologiche legate alla scomparsa della foresta amazzonica», e conclude, «poiché l'ambiente è fondamentale cosa di tutti e oggi è divenuto particolarmente critico, si deve condannare lo Stato che intenda perseguir finalità proprie che rischiano di rivelarsi disastrose per l'umanità»<sup>19</sup>.

Due anni dopo la sessione sull'Amazzonia brasiliana, il Tribunale convoca nelle città di Padova e Venezia una sessione per ricordare *I cinquecento anni della conquista dell'America Latina* (1992), per interrogarsi sull'origine del diritto internazionale e sull'eredità dei meccanismi di conquista. Il TPP traccia i tratti essenziali del paradigma occidentale esportato e imposto a livello universale, tra cui concezione del «pianeta come spazio aperto all'appropriazione delle risorse unificato dal commercio e dai traffici»<sup>20</sup>. Sottolinea, tra le altre cose, l'imposizione

---

<sup>15</sup> Dichiarazione universale dei diritti dei popoli, art. 18, sez. VI. Cfr.: [permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2011/05/Carta-di-Algeri\\_IT1.pdf](http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2011/05/Carta-di-Algeri_IT1.pdf)

<sup>16</sup> Tribunale permanente dei popoli, *Le politiche del Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale, sentenza* (Berlino ovest, 26-29 settembre 1988), in G. Tognoni, *Tribunale permanente dei popoli. Le sentenze: 1979-1988, op. cit.*, 292.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 309.

<sup>18</sup> *Ibidem*, 369, *Amazzonia brasiliana, sentenza* (Parigi 12-16 ottobre 1990).

<sup>19</sup> *Ibidem*, 381.

<sup>20</sup> *Ibidem*, 438, *La conquista dell'America e il diritto internazionale, sentenza* (Padova, Venezia, 5-8 ottobre 1992).

di un nuovo atteggiamento nei confronti della natura che «capovolge il rapporto tra uomo e natura. Il capovolgimento si iscrive infatti a un nuovo modello di razionalità, che è quello dello scambio mercantile [...] caratterizzato dall'inclusione delle risorse naturali e delle relazioni di lavoro in un sistema universale che trasforma ogni bene e ogni attività in un equivalente monetario»<sup>21</sup>. Inoltre, ritiene che il diritto nato con l'era moderna legittimi un «modello fondato sulla mistificazione degli specifici interessi dei conquistatori come diritti universali»<sup>22</sup>.

Con le sessioni sul disastro di Bhopal (Bhopal, 1992; Londra 1994) e di Chernobyl (Vienna, 1996), il TPP inaugura i processi dedicati alla documentazione e qualificazione dei rischi delle attività industriali in contesti fragili di disuguaglianza e ingiustizia socio-economica. Nelle due sentenze, il TPP riflette una nuova consapevolezza che si stava affermando a livello globale, che concepiva l'ambiente come elemento di equità e giustizia sociale. Va ricordato che, contemporaneamente ai lavori del TPP, si realizzava a Rio de Janeiro il Summit da cui originò la Dichiarazione sull'ambiente e sullo sviluppo del 1992, che pose al centro del dibattito la questione della giustizia sociale, distributiva, partecipativa e compensatoria. Nelle due sentenze, il Tribunale evidenzia il vincolo tra disastri e impunità, oltre alla violazione del diritto "non negoziabile" alla dignità umana. Nella sentenza di Bhopal il TPP comincia a concepire il danno ambientale non solo come elemento connaturato ad attività industriali ad alto rischio, ma anche come violazione dei diritti fondamentali dei popoli e dell'umanità intera. La sentenza si conclude con la "Carta sui rischi industriali e i diritti umani" che riconosce il diritto a vivere in un ambiente libero da rischi e che concepisce la salvaguardia dell'ambiente non solo come oggetto di tutela di interventi degli Stati ma come diritto fondamentale. Nella sentenza su Chernobyl, il TPP riconosce che «ascoltare la voce delle popolazioni di Chernobyl ha reso ancora più evidente il fatto che i concetti e le categorie che caratterizzano la dottrina dominante sui diritti umani sono sempre più insufficienti per comprendere e far fronte alla violenza dei tempi [...]. Esiste un urgente bisogno di una nuova giurisprudenza sui diritti umani che comprenda il diritto di tutti i popoli ad essere considerati come esseri umani [...]. Dobbiamo estendere gli orizzonti dei diritti umani, al di là dei parametri di conoscenza oggi esistenti»<sup>23</sup>.

### 3.2 Le indagini sulle imprese transnazionali

Con questo intento il TPP apre dalla fine degli anni '90 nuove indagini sulle attività delle imprese transnazionali e i diritti dei popoli. Fanno parte di questa linea di lavoro dodici sessioni, di cui due in fase di realizzazione, tra le quali menzioniamo: *Multinational and human "wrongs"* (Warwick, 2010), *Empresas transnacionales y derechos de los pueblos en Colombia* (Colombia, 2006 – 2008), *Empresas transnacionales uropeas en América Latina* (Lima 2006; Vienna 2008; Madrid 2010), *Libre comercio, violencia, impunidad y derechos de los pueblos en México*

<sup>21</sup> *Ivi.*

<sup>22</sup> *Ivi.*

<sup>23</sup> Tribunale permanente dei popoli, *Chernobyl: ambiente, salute e diritti umani, sentenza*, cit., 710.

(Messico, 2011-2014), *Diritti fondamentali, partecipazione delle comunità locali e grandi opere. Dal Tav Torino-Lione alla realtà globale* (Torino, 2014-2015) e, infine, le due sessioni in corso dedicate a *Transnational corporations in Southern Africa and Human rights, fracking and climate change*. Va ricordato che, mentre il Tribunale indagava le responsabilità di stati e imprese per gli abusi commessi, è proseguito, con ripetuti arresti e ingiustificabili ritardi, il tavolo di lavoro delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani che ha visto l'approvazione, solo nel 2014, della Risoluzione 26/09 del Consiglio dei diritti umani per l'elaborazione di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante.

Le sentenze emesse dal TPP in questo periodo evidenziano un modello generalizzato di violenza che coinvolge persone e collettività in dimensioni spazio-temporali molto diversi. Con l'udienza tematica sulla *Biodiversidad* (2007) facente parte del processo condotto in Colombia il Tribunale acquisisce elementi nuovi per le sue analisi<sup>24</sup>. Accanto alle denunce sugli sfollamenti di massa forzati compiuti per favorire l'ingresso delle imprese agroalimentari nei territori abitati dalle comunità afrocolombiane, contadine e indigene, l'attenzione fu riposta sulle conseguenze che la monocultura aveva sulla diversità biologica e sugli equilibri tra specie animali e vegetali. L'udienza sull'*Exterminio Indígena* permise, invece, una maggiore comprensione della relazione tra popoli indigeni e natura. La sentenza, integrata da rappresentanti delle popolazioni indigene, riflette questa nuova consapevolezza, emersa anche in seno all'ONU con la Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni del 2009, successiva a questa decisione: «En la cosmovisión indígena el territorio representa el universo, esto es, lo que está encima del suelo, sobre el suelo y debajo del suelo. Incluye los recursos naturales renovables (fuentes de agua, madereros, flora y fauna) como lo no renovables (minas, gas, petróleo). El territorio está legado a lo sagrado, al espacio de reproducción social, de supervivencia física, de trabajo, de solidaridad, en general de ejercicio de nuestra autonomía»<sup>25</sup>.

La sessione sulle imprese transnazionali europee in America Latina raccolse numerose istanze in favore del riconoscimento alle comunità del diritto di esercitare il controllo sulle risorse. Si affacciano al Tribunale le idee del debito ecologico e della giustizia climatica che si stavano diffondendo nella sensibilità e consapevolezza delle forze sociali e dei movimenti a livello globale. Nella sua sentenza finale che concluse il processo di indagine, il TPP dedicò un paragrafo alle vittime, come «attori principali nella lotta contro gli abusi delle imprese transnazionali e per la trasformazione del quadro giuridico che li rende possibili». Recita la sentenza: «In questi casi si tratta di vittime collettive, vittime di autentiche macroazioni che incidono pesantemente non solo sulle esistenze individuali, ma anche sulle basi stesse delle forme di vita delle comunità rurali: sulla terra che lavorano, sull'aria che respirano, sull'acqua che da sempre soddisfa

<sup>24</sup> Cfr. [permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2006/04/Colombia\\_III\\_TPP\\_Es.pdf](http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2006/04/Colombia_III_TPP_Es.pdf).

<sup>25</sup> Tribunale permanente dei popoli, *Audiencia sobre el exterminio indígena, sentencia* (Atánquez, 18-19 luglio 2008), Cfr.: [permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2006/04/Colombia\\_VI\\_TPP\\_Es.pdf](http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2006/04/Colombia_VI_TPP_Es.pdf).

le necessità più elementari»<sup>26</sup>.

E, descrivendo la violenza esercitata sulla vita delle persone, fa riferimento a quella esercitata sull'ambiente circostante equiparandole: «È la dignità il primo valore, il primo bene aggredito dai modi di agire che qui si stanno giudicando. Perché le transnazionali hanno brutalmente maltrattato gli esseri umani interessati dalle loro pratiche negandoli come soggetti portatori di diritti e riducendoli invece alla semplice condizione di oggetti, allo stesso livello della terra smossa dai bulldozer e degli alberi abbattuti dalle seghe elettriche»<sup>27</sup>.

### 3.3. Dalla devastación ambiental ai diritti della natura

Nel 2011 il TPP inaugura a Ciudad Juarez la sessione sulle responsabilità delle politiche di libero commercio nella riconfigurazione di tutti gli aspetti della vita politica, istituzionale, economica, sociale, ambientale, culturale in Messico. Il processo, concluso nel 2014 a Città del Messico, si è articolato in dieci udienze tematiche itineranti che hanno riguardato i diversi settori, tra cui quello della *devastación ambiental*. La sentenza sull'ambiente mette in evidenza le dimensioni che lo definiscono ed esamina la totalità dei fenomeni che sono alla radice della devastazione ambientale: non solo lo sfruttamento delle risorse, ma anche l'industrializzazione feroce, l'inquinamento, l'urbanizzazione, la *descampesinización*. La sentenza ritorna sul concetto di territorio per una comprensione della generalizzazione della distruzione ambientale: «La devastación ambiental aterriza sobre escenarios concretos. Los territorios deben ser entendidos como espacios no solo productivos y de vida, sino también culturales y espirituales, pues en ellos se reproduce la vida y cultura de los pueblos. En estos territorios se entretienen complejas relaciones sociales y culturales, que hablan de saberes, pensares, formas de gestionar la vida»<sup>28</sup>.

La complessità e la profondità della devastazione ambientale si mostra sia per la durezza dell'attacco alla natura, sia per la perdita della straordinaria ricchezza dei valori culturali e biologici che in essa coabitano. Anche in questo caso si ritorna alle cause dell'attacco sistematico all'ambiente e al paradigma ideologico determinato che in questa sentenza è espresso nei termini di *cosmovisión mercantil*: «Cada movimiento, entidad y construcción humana opera con una cosmovisión particular, una forma de pensar en lo que es el universo, y como debemos vivir en él. [...] Los que en su afán de acumulación formularon los Tratados de Libre Comercio, y otras expresiones de cómo debemos organizar nuestras economías entre naciones, también tienen su propia cosmovisión [...]. Esta cosmovisión no percibe los árboles, ríos, tierra, montañas como seres con su propia dignidad y derechos, sino como parte de un mundo de “recursos naturales” y “capital natural”,

---

<sup>26</sup> Tribunale permanente dei popoli, *L'Unione europea e le imprese transnazionali in America Latina: politiche, strumenti, attori e complici nelle violazioni dei diritti dei popoli, sentenza* (Madrid, 14-17 maggio 2010), Cfr.: [permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2006/05/TNCs\\_AL\\_III\\_TPP\\_It.pdf](http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2006/05/TNCs_AL_III_TPP_It.pdf).

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Tribunale permanente dei popoli, *Devastación ambiental y derechos de los pueblos, dictamen* (Ciudad de México, 15-17 de noviembre de 2013), cfr.: [permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2012/07/Dictamen-Ambiente-F.pdf](http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2012/07/Dictamen-Ambiente-F.pdf), 15.

o sea, bienes y servicios que esperan el desarrollo de la inversión para poder ser consumidos productivamente tras ser intercambiados en un mercado. Este proceso tiene como fin una acumulación sin comparación en la historia humana, y su resultado devastador ha sido la decadencia casi total del planeta y de sus tierras, mares, ríos, lagos, bosques, praderas, cuencas y otros lugares, lo mismo que de las comunidades originarias que los habitan, y de sus formas de pensar, vivir e intercambiar con el universo»<sup>29</sup>.

La sentenza spiega come in nessun altro caso il *desencuentro* tra uomo e ambiente, le sue conseguenze in termini universali e l'urgenza di riaffermare un paradigma di ambiente e territorio che ricostruisca la reciprocità tra tutti gli elementi e i fattori che lo costituiscono.

A un anno dalla conclusione del processo in Messico, il TPP emette la sentenza su *Diritti fondamentali, partecipazione delle comunità locali e grandi opere. Dal Tav Torino-Lione alla comunità globale* (Torino, novembre 2015). Anche se in questo caso il giudizio del Tribunale si attiene ai profili riguardanti la democrazia e la partecipazione dei cittadini nelle scelte che li riguardano, la sentenza riflette la consapevolezza del crescere di situazioni ambientali e territoriali critiche anche in Europa, a fronte delle quali la comunità internazionale e i singoli paesi hanno prodotto quadri di riferimento con diritti e doveri specifici dei popoli e degli Stati, per la gestione sostenibile dei beni comuni, delle risorse naturali e dei territori, che sono stati disattesi. Il Tribunale per questo caso ha voluto ricordare che il diritto di partecipazione è un diritto fondamentale e meccanismo di garanzia per la tutela dell'ambiente e la salute delle popolazioni presenti e future, ricordando che i popoli hanno diritto al controllo sulle loro risorse e sull'ambiente.

Il 21 gennaio 2018, il TPP è stato interessato da una nuova richiesta che ha riguardato l'esame delle nuove frontiere di estrazione delle risorse a forte impatto ambientale, la cui decisione è in fase di definizione. La sessione sul *fracking* si inserisce nello scenario di sconfinamento dei limiti consentiti alla distruzione ambientale e della cecità delle istituzioni internazionali e degli Stati dinanzi alle ripetute avvertenze della comunità scientifica. Per la prima volta è stato incaricato di pronunciarsi su questioni come il cambiamento climatico e sul nesso tra diritti dei popoli e diritti della natura.

#### 4. I diritti della natura secondo il TIDN

Nel corso della prima sessione del TIDN tenutasi a Quito il 17 gennaio 2014, l'avvocato ecuadoregno Ramiro Ávila Santamaría, ha dichiarato: «We the people assume the authority to conduct an International Tribunal for The Rights of Nature. We will investigate case of environmental destruction which violate the rights of nature»<sup>30</sup>. Dalla prima sessione di Quito, il TIDN ha realizzato ulteriori tre sessioni, in concomitanza con le Conferenze delle Nazioni Unite sul clima tenutesi a Lima (COP 20, dicembre 2014), Parigi (COP 21, dicembre 2015) e Bonn (COP 23, novembre 2017). Nel corso delle sue sessioni, il TIDN ha ascoltato

<sup>29</sup> *Ibidem*, 14.

<sup>30</sup> Cfr. [therightsofnature.org/rights-of-nature-tribunal-quito/](http://therightsofnature.org/rights-of-nature-tribunal-quito/).

trentasei casi e prodotto due decisioni.

Come da Statuto, il Tribunale viene istituito per promuovere il rispetto e l'osservanza dei diritti stabiliti dalla Dichiarazione universale dei diritti della madre terra<sup>31</sup>, secondo cui, all'art. 1.1, «Mother Earth is a unique, indivisible, self-regulating community of interrelated beings that sustains, contains and reproduce all beings». La Dichiarazione riconosce l'esistenza degli ecosistemi e delle comunità naturali, il loro diritto indipendente di esistere, rigenerare la propria biocapacità, continuare il ciclo vitale, mantenere identità e integrità. La natura esiste come sistema complesso titolare di diritti.

Il TIDN afferma il paradigma bio-centrico nella sua narrazione sui rischi, sugli abusi, sulla violenza e sulla distruzione determinate dalle attività economiche promosse da Stati e imprese. La natura è la prima vittima degli abusi dello sfruttamento. Lo stesso danno viene definito secondo la prospettiva che “vede” gli ecosistemi, “comprende” i suoi cicli vitali e “parla” in loro rappresentanza. Non è concepito in nome degli interessi dell'uomo o delle collettività, ma dei bisogni della natura e di tutte le forme di vita, in una dimensione olistica, che non separa e devasta, ma integra e rispetta. Per i territori minacciati o distrutti dalle umane attività, si tiene conto di tutti gli elementi danneggiati o a rischio. L'acqua, le sementi, le specie, i microorganismi sono visti nella loro complessità ed interazione con tutti gli altri esseri viventi. Il diritto all'acqua, per esempio, sancisce non solo la sua difesa ma anche il rapporto con il suo ciclo idrologico. In ultimo, la riparazione adeguata del danno non è concepita nei termini di un indennizzo economico o della sola rigenerazione degli elementi danneggiati per il benessere dell'uomo. Riparare la natura o i suoi elementi vuol dire prevenire e garantire che il danno non si ripeta in futuro.

Nella sessione di Bonn, il discorso sull'abuso e sulla protezione della natura si è articolato con maggiore incisività e consapevolezza, aspirando a rafforzare il nesso tra diritti della natura, diritti umani e dei popoli, dove i primi sono condizione e premessa vitale per il godimento di tutti i diritti, in un'ottica di interdipendenza e di mutuo sostegno. Ciò è particolarmente evidente, per esempio, nei casi riguardanti l'Amazzonia ecuadoriana, brasiliana e boliviana, che contano con una maggiore conoscenza del sistema natura e una pratica di difesa di lungo periodo. Il TIDN ha mantenuto la sua attenzione su alcuni casi chiave per l'applicabilità di diritti della natura su scala universale, come il cambiamento climatico che, secondo quanto testimoniato a Bonn, costituisce una «violación sistémica de los derechos de la madre tierra». Tom Goldstone, presidente della giuria, ne ha definito le conseguenze nei termini di «irreversible and fatal change to the very web of life and grave violation of Mother Earth's Rights»<sup>32</sup>. In considerazione delle «cynical dissemination of information and the promotion of

---

<sup>31</sup> Art. 2 dello Statuto del TIDN: «The Tribunal is established to promote universal respect for and observance of the rights and duties established by the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth, and thereby promote the harmonious co-existence of humans and other beings».

<sup>32</sup> *Report on judgments of the International rights of nature Tribunal*, Decision n. 2/2018 (Bonn, 7-8 November 2017), 7.

false solutions»<sup>33</sup>, il TIDN ha preso in esame i meccanismi previsti a partire dalla Conferenza climatica di Cancún del 2010, come il REDD+, *Reducing emissions from deforestation and forest degradation*, che si propone di gestire la finanza e in maniera sostenibile le risorse naturali. Il Tribunale si esprime con chiarezza: «The Tribunal condemn the false and repugnant idea that the violation of the Declaration can be rendered legitimate and lawful by purchasing “credits”, thereby enabling the wealthy to purchase immunity from the consequence of violating fundamental and inherent rights». E conclude: «it is urgent recognize life than instruments that sought to measure and quantify Mother Earth’s vital life cycles as a commodity to be sold (...). The wounds on Mother Earth cannot be compensated. They must be healed at source»<sup>34</sup>. La vita è il primo valore e la natura deve essere guarita e protetta alla fonte.

### 5. Considerazioni finali

L’articolo ha voluto ripercorrere il cammino dei due tribunali in esame per cogliere la portata innovativa delle loro proposte e per evidenziare il contributo di questi nella formulazione di una nuova cultura politica e giuridica. Nell’interazione con il diritto internazionale, i due tribunali hanno condiviso l’osservazione dei fatti e una visione dialettica tra diritti umani, dei popoli, della natura. Hanno fatto dell’indagine sperimentale il loro metodo, e dell’integrazione dei saperi il punto di partenza per formulare proposte di superamento delle lacune del diritto vigente. Entrambi i tribunali, in due momenti diversi, hanno colto la sfida del riconoscimento di nuovi soggetti della storia dinanzi a diritti concepiti prima per i soli individui, poi per gli esseri umani. Come era e continua ad essere per i diritti dei popoli, i diritti della natura chiedono di rivedere, attraverso la formulazione di «una nuova etica della convivenza», lo status della titolarità dei diritti, i principi di uguaglianza e di pari dignità tra gli esseri viventi. Al momento attuale, i due tribunali aprono questioni formulando ipotesi significative volte alla creazione di un nuovo equilibrio tra economia e diritto, che sia garanzia di sostenibilità e vita per le generazioni future e per l’umanità.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, 8.

<sup>34</sup> *Ivi*.

## **Giustizia ambientale e *green judges* nel diritto comparato: il caso del *National Green Tribunal of India***

*di Domenico Amirante*

**Abstract: *Environmental Justice and Green Judges in Comparative Law: the Case of the National Green Tribunal of India*** – The paper discusses the recent diffusion of environmental courts and tribunal all over the world. After a comparative introduction it describes the leading experience at a world level: the National Green Tribunal of India. This judicial body (normally addressed as NGT) was established in 2010 to fulfil a specific request of the Supreme Court to set up a judicial body for “the effective and expeditious disposal of cases relating to environmental protection and conservation of forest and other natural resources.”

One of the main NGT’s features is its constitution: it comprises both ordinary judges and expert members coming from the scientific and technical disciplines, with a 50% ratio. It represents, thus, a “mixed jurisdiction” where members not having a legal background can adjudicate a case with their decisive vote. The paper analyzes some of such cases illustrating how the NGT is not only deciding on big infrastructural or industrial projects having adverse effects on the environment, but also on very relevant questions regarding the relations between science and environment, or environment and religious/ local customs.

955

---

**Keywords:** Comparative Law, Environmental Courts, National Green Tribunals.

### **1. Giustizia ambientale e giurisdizioni ambientali**

La nozione di giustizia ambientale assume oggi, sia nel linguaggio comune, che nella letteratura politologica e giuridica, un significato assai ampio, che va molto al di là della semplice risoluzione in sedi giurisdizionali delle controversie relative all’ambiente. Il termine *environmental justice* appare, in effetti, sin dagli anni Ottanta nel dibattito statunitense e designa in primis quei movimenti popolari impegnati nella rivendicazione di “giustizia sociale” in relazione alla fruizione dell’ambiente ed alle relative discriminazioni, soprattutto nei confronti delle categorie sociali svantaggiate<sup>1</sup>. Successivamente, l’approccio essenzialmente ‘redistributivo’ alla giustizia ambientale viene ulteriormente ampliato, applicandolo

---

<sup>1</sup> In merito alla nascita ed allo sviluppo dell’*environmental justice movement* cfr. D. Schlosberg, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford, 2007. Nella definizione dell’*Environmental Protection Agency*, per *Environmental justice* bisogna intendere «the fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income, with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies».

sia all'etica ambientale che agli strumenti giuridici per una tutela, anche in sede giudiziaria, degli interessi sociali legati alla conservazione dell'ambiente, fino ad estendersi a questioni equitative nei rapporti fra Nord e Sud del mondo, anche in relazione ai diritti delle popolazioni indigene<sup>2</sup>.

La giustizia ambientale rientra poi, in senso lato, nel dibattito costituzionale che ha portato all'introduzione di 'articoli ambientali' in molte delle Costituzioni occidentali (con l'assordante silenzio dell'Italia) o di filosofie ambientali che hanno influito sulla struttura stessa di molte Costituzioni approvate *ex novo* o totalmente revisionate fra la fine del Novecento e gli inizi degli anni duemila. In particolare in molte Costituzioni del Sud del mondo, emanate negli ultimi trenta anni sia in Africa che in Asia, la tutela dell'ambiente è situata fra i capisaldi dell'ordinamento costituzionale ed è inserita come elemento fondamentale nella struttura stessa degli ordinamenti. In alcuni casi, come nelle recenti costituzioni di Ecuador e Bolivia nell'America latina, il rapporto fra uomo e natura diventa addirittura la chiave principale di lettura dell'intero ordinamento costituzionale<sup>3</sup>. Le idee e i movimenti legati alla giustizia ambientale hanno quindi contribuito in modo sostanziale al rafforzamento della convinzione che l'ambiente non costituisca soltanto una variabile funzionale degli ordinamenti costituzionali ma vada a determinarne anche l'assetto assiologico, fino a comportare una riconsiderazione delle strutture statali e ad una trasformazione degli stessi ordinamenti giuridici.

956

In tale contesto la tutela giurisdizionale dell'ambiente, pur rappresentando soltanto uno degli elementi di un quadro certamente più ampio ed articolato, assume una notevole centralità perché la giurisdizione ha spesso svolto il ruolo di "battistrada" nell'affermazione di molti principi ed istituti del diritto ambientale. Va inoltre considerato che oggi, di fronte ad una legislazione ambientale ipersviluppata e spesso pletorica (che risulta peraltro spesso eterodeterminata vuoi attraverso le norme tecniche, vuoi attraverso la normativa a cascata degli ordinamenti multilivello tipici della globalizzazione), il ruolo di "*recondutio ad unum*" dei giudici risulta molto utile per dare coerenza ad orditi costituzional-legislativi spesso confusi, quando non contraddittori.

Le considerazioni che seguono affronteranno quindi il rapporto fra giustizia e giurisdizione ambientale a partire da una specifica prospettiva, cioè quella della proliferazione (partita significativamente dal Sud del mondo) di un nuovo tipo di organi giurisdizionali, creati specificamente per affrontare i problemi di applicazione del diritto dell'ambiente, i 'giudici verdi', vale a dire organismi giurisdizionali specializzati in materia ambientale ed autonomi rispetto alla giurisdizione ordinaria. Si tratta di un fenomeno particolarmente interessante anche perché in diversi casi queste giurisdizioni presentano particolari modalità di composizione dei collegi giudicanti (spesso derogatorie rispetto all'organizzazione della giurisdizione ordinaria) e godono di poteri ed ambiti di intervento speciali.

---

<sup>2</sup> Sull'applicazione della giustizia ambientale ai rapporti con le comunità indigene, cfr. L. Westra, *Environmental Justice and the Rights of Indigenous Peoples. International and Domestic Legal Perspectives*, London, 2008.

<sup>3</sup> In merito cfr., S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014.

## 2. Caratteri postmoderni del diritto ambientale e giudici verdi

Come ho avuto modo di ricordare in alte occasioni, il diritto ambientale simboleggia meglio di altri rami del diritto il passaggio ad una nuova cultura giuridica, identificandosi come la disciplina simbolo dell'evoluzione dal diritto moderno al diritto postmoderno. D'altra parte, questa branca del diritto, di cui ancora oggi viene contestata l'autonomia, da quanti la considerano un mero sotto-settore del diritto amministrativo, ha fin dalle sue origini posto quesiti ed aperto prospettive che mettono a dura prova l'ortodossia positivista, monista e 'meccanicistica' del diritto moderno. F. Spantigati, sottolineando la sua forte valenza euristica, definiva (nel 2002) il diritto ambientale «una sonda nella teoria del diritto». Più di recente, in un *pamphlet* interdisciplinare, un fisico (Capra) ed un giurista (Mattei) propongono una "ecologia del diritto", basata su una visione ecologica della società «non vista come aggregato di particelle, bensì come insieme di reti sociali e comunità»<sup>4</sup>. Il merito di questo libro è sottolineare la stretta interconnessione fra scienza e diritto, o meglio fra paradigmi scientifici dominanti e interpretazioni giuridiche della realtà sociale, proponendo una vera e propria "ecologizzazione del diritto", cioè «una profonda trasformazione della nostra concezione di diritto e l'elaborazione di alcuni principi giuridici ecologicamente orientati che siano capaci di cominciare la traduzione della visione ecologica del mondo in una teoria e in una prassi istituzionali»<sup>5</sup>.

A tal proposito, nell'ormai lontano 2006, ricordavo come il diritto ambientale sia «la disciplina nella quale il dialogo con gli altri ambiti scientifici e l'apertura verso il diritto internazionale e sovranazionale rappresentano non solo e non tanto il frutto di una scelta culturale, quanto elementi indispensabili per la sua formazione e la sua applicazione»<sup>6</sup>.

Una prima connotazione tipicamente post-moderna del diritto ambientale è data dal fatto che questo si manifesta soprattutto attraverso "principi", operando più per la persecuzione di obiettivi che attraverso l'enunciazione di precetti. Esso segue quindi una razionalità "strategica", laddove, il principio sostituisce alla rigidità del precetto la sua capacità di agire nel tempo e di essere applicato a diversi contesti, in relazione alle condizioni che di fatto che si verificano di volta in volta (o di come esse vengono rappresentate).

In secondo luogo, va considerato che uno dei contributi fondamentali del diritto ambientale alla teoria e alla pratica giuridica riguarda un'area tipica del pensiero postmoderno, cioè il rapporto tra scienza e diritto. Nella prima fase dello sviluppo del diritto ambientale, l'uso della scienza e delle prove tecniche ha spesso occultato le decisioni politico-amministrative dietro un riferimento all'oggettività scientifica, definita da R. Romi come una "falsa obiettività", riproducendo quello che Capra e Mattei chiamano il 'paradigma meccanicistico'<sup>7</sup>. Nel corso del tempo

<sup>4</sup> F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017, 29.

<sup>5</sup> *Ibidem*, 223.

<sup>6</sup> D. Amirante, *I principi generali nell'evoluzione del diritto contemporaneo: note minime introduttive*, in Id. (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006, 12-13.

<sup>7</sup> R. Romi, *Droit Et Administration De L'environnement*, n. 23, Paris, 13 (2001).

lo sviluppo di un diritto ambientale maturo ha rivelato che le norme ambientali devono poggiare su un confronto interdisciplinare capace di considerare e integrare i diversi elementi (scientifico, politico, amministrativo), consentendo di risolvere le questioni ambientali attraverso la valutazione di una pluralità di possibili risposte.

Un altro settore rilevante in cui il ruolo innovativo del diritto ambientale ha prodotto risultati molto importanti è quello della soluzione conflitti, attraverso contenziosi ordinari o forme alternative di risoluzione delle controversie (ADR). In particolare, dal momento che la legislazione ambientale soffre ancora nella maggior parte del mondo di problemi di corretta applicazione, l'organizzazione del sistema giurisdizionale, la sua sensibilità ambientale, nonché i sistemi nazionali di accesso alla giustizia, sono diventati problemi cruciali nell'attuazione sia della legislazione ambientale in generale e dei principi di gestione ambientale. Possiamo quindi concordare con quanti affermano che nell'attuale fase di consolidamento del diritto ambientale «viene ribadito il ruolo fondamentale che i giudici svolgono nel (ri)plasmare il panorama della *governance* ambientale»<sup>8</sup>.

Alla luce di quanto sinora osservato, non ci si può meravigliare del fatto che, soprattutto nei paesi in via di sviluppo o di recente sviluppo, l'attuale tendenza è stata quella di creare tribunali specializzati per trattare casi ambientali e garantire un facile accesso alla giustizia per i cittadini, le ONG, i soggetti ed i gruppi svantaggiati.

Dall'inizio degli anni Duemila, abbiamo quindi assistito da una crescita impressionante di corti e tribunali ambientali (comunemente individuati con l'acronimo ECT, *Environmental Courts and Tribunals*). Nel 2010, uno studio comparativo d'insieme sul tema (G. Pring e C. Pring) individuava circa 360 corti e tribunali ambientali attivi in tutto il mondo, creati per lo più in soli 5 anni (2005-2010)<sup>9</sup>. Pochi anni dopo, nel 2016, gli stessi autori hanno dovuto constatare una vera e "esplosione" nel numero di tribunali e tribunali ambientali, che porta oggi ad una sorprendente quantità di 1200 corti e tribunali ambientali distribuiti in 44 paesi a livello nazionale o statale / regionale, con circa 20 ulteriori paesi che discutono se introdurre o meno giudici verdi<sup>10</sup>. Secondo Pring e Pring questa vertiginoso incremento è determinato da una serie di fattori diversi, fra i quali essi individuano: «lo sviluppo di nuove leggi e principi ambientali internazionali e nazionali, il riconoscimento del legame tra diritti umani e protezione ambientale, la minaccia del cambiamento climatico e l'insoddisfazione generale nei confronti dei forum giudiziari generali esistenti»<sup>11</sup>.

### 3. Modelli di giurisdizione ambientale: dal giudice generalista alle corti ambientali

<sup>8</sup> L. Kotze, A.R. Paterson (eds), *The Role of the Judiciary in Environmental Governance. Comparative Perspectives, Preface*, London, 2009, 23.

<sup>9</sup> G. Pring, C. Pring, *Specialized Environmental Courts and Tribunals at the Confluence of Human Rights and the Environment*, 2010, [www.law.uoregon.edu/org/oril/docs/11-2/Pring.pdf](http://www.law.uoregon.edu/org/oril/docs/11-2/Pring.pdf), 3.

<sup>10</sup> G. Pring, C. Pring, *Environmental Courts and Tribunals: a guide for policy makers*, Nairobi, UN Environment-Law Division, 2016.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Una visione complessiva del modo in cui il potere giudiziario affronta le questioni ambientali in tutto il mondo mostra ovviamente una grande quantità di opzioni diverse. Ogni Stato con il suo sistema giuridico, la sua storia e la sua specifica configurazione della materia ambientale nell'ordinamento nazionale (rilevanza costituzionale dell'ambiente vs. semplice *status* normativo, attribuzioni ai livelli decentrati di competenze organiche o frammentate, ecc.), presenta una serie di varianti, sia in relazione alle giurisdizioni coinvolte che in merito al riparto di giurisdizione.

Per semplificare, è possibile classificare l'insieme delle giurisdizioni che si occupano di ambiente in tre gruppi: i sistemi che consegnano le questioni ambientali alle giurisdizioni ordinarie, quelli che fanno affidamento sulla "specializzazione interna" degli organi giudiziari (la creazione di giudici verdi, senza alterazioni formali della struttura giudiziaria) e, quindi, i sistemi che creano corti o tribunali ambientali *ex novo*.

Il primo sistema è diffuso nei paesi occidentali, specialmente in Europa e negli Stati Uniti, dove le corti ambientali sono un'eccezione e il contenzioso ambientale è normalmente coperto dai tribunali ordinari, seguendo uno schema di assegnazione di casi ambientali a diversi organi giudiziari (giudici civili, penali, amministrativi o costituzionali), a seconda della materia specifica trattata in ciascun caso. Le ragioni per il mantenimento del contenzioso ambientale nell'ambito della giurisdizione ordinaria sono di natura 'sistemica': lo sviluppo del diritto ambientale come disciplina "ancillare" con un limitato grado di autonomia, l'assenza dell'ambiente nell'impianto costituzionale originario, e la riluttanza verso una completa rivisitazione del sistema giudiziario richiesto dall'istituzione di nuovi tribunali. Oltre a queste caratteristiche, i sistemi giudiziari europei e nordamericani condividono «il mito del giudice generalista», con il risultato di «una profonda avversione per la specializzazione»<sup>12</sup>.

Il secondo sistema, fondato sull'istituzione di singole sezioni specializzate o giudici verdi monocratici, è una soluzione intermedia di più facile applicazione in quegli Stati che hanno già un sistema giudiziario consolidato e "pesante", relativamente conforme a quello europeo o statunitense (a volte è riscontrabile una tendenza alla specializzazione informale di sezioni specifiche dei tribunali, come accade in alcuni tribunali amministrativi negli ordinamenti di *civil law*). Pring e Pring hanno osservato che «questo modello consente al tribunale di gestire un carico di lavoro in cui il numero e la complessità dei casi ambientali fluttua e garantisce comunque l'equa distribuzione del carico di lavoro tra tutti i giudici. Non richiede al pubblico di presentare ricorsi ad un tribunale separato, che potrebbe trovarsi in un altro luogo, e non richiede che l'uomo comune sia informato su ciò che distingue un caso ambientale. Non richiede neanche

---

<sup>12</sup> E.K. Cheng, *The Myth of the Generalist Judge*, in 61 *Stan. L. Rev.* 521 (2008). Secondo Cheng, «la visione romantica del giudice federale generalista, tuttavia, non è priva di criticità. L'ossessione con il modello generalista priva il potere giudiziario federale di cognizioni che potrebbero essere estremamente utili in casi che coinvolgono conoscenze specialistiche», come nel caso del diritto ambientale. *Ibidem*, 524.

necessariamente la nomina di giudici specificamente formati per la materia o particolarmente interessati al diritto ambientale»<sup>13</sup>.

Il terzo modello si basa sull'istituzione di corti o tribunali verdi, specializzati esclusivamente in materia ambientale. Questo modello è molto diffuso nel mondo extra-occidentale, in base al numero crescente di nuovi tribunali indicati dagli studi citati sopra. Naturalmente, i tribunali ambientali presentano diversi vantaggi: rapidità nelle valutazioni, efficienza, giudici addestrati e specializzati, abituati a trattare con esperti del settore. Normalmente questo modello è più facile da applicare alle nuove democrazie basate su costituzioni recenti (o molto riviste), in cui il sistema giuridico può fondarsi sul coinvolgimento strutturale della materia ambientale tra i diritti costituzionali o tra i valori fondamentali.

È importante notare che i tre modelli non sono totalmente alternativi ma possono coesistere. Si consideri, ad esempio, che negli ordinamenti che conoscono il sindacato di costituzionalità delle leggi o prevedono una Corte costituzionale, possono coesistere tribunali ambientali di prima istanza e corti superiori con sezioni ambientali specializzate al loro interno (come nel caso dell'India, a seguito della riforma che sarà analizzata in un paragrafo successivo).

#### **4. La *social action litigation*: ampliamento della legittimazione processuale in India e contenzioso ambientale**

In India, il potere giudiziario ha svolto un ruolo cruciale nell'applicazione della protezione ambientale e gli studiosi indiani concordano sostanzialmente sul ruolo della Corte Suprema nella fondazione e nel consolidamento del diritto ambientale<sup>14</sup>, sottolineando anche il carattere innovativo della sua giurisprudenza, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedurale<sup>15</sup>.

L'azione maggiormente utilizzata in materia ambientale è oggi probabilmente la *public interest litigation* (P.I.L.)<sup>16</sup>. Si tratta di un tipo di azione processuale, relativamente recente, che consente di adire le giurisdizioni superiori, le *High Courts* statali e la Corte Suprema federale, in caso di violazione di diritti fondamentali (ma secondo l'interpretazione sempre più estensiva, anche sociali), oppure in caso di atti o comportamenti del governo che risultino in contrasto con tali diritti. Si tratta di un'azione svolta nel pubblico interesse attraverso una semplice petizione o da parte del soggetto danneggiato, oppure da altri soggetti, in base ad una casistica sviluppata dalla giurisprudenza.

---

<sup>13</sup> G. Pring, C. Pring, *Greening Justice, Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, cit., 23-24, [www.eufje.org/images/DocDivers/Rapport%20Pring.pdf](http://www.eufje.org/images/DocDivers/Rapport%20Pring.pdf). (ultimo accesso 27 marzo 2018).

<sup>14</sup> Fra gli altri lavori sull'argomento, è indispensabile citare il fondamentale S. Divan, A. Rosencranz, *Environmental Law and Policy in India, Cases, Materials and Statutes*, Oxford, 2001; S.C. Shastri, *Environmental law*, Lucknow, 2008. Su questo specifico argomento, v. anche: M.A.A. Baig, *Environmental Law and Justice*, New Delhi, 1996.

<sup>15</sup> M.K. Ramesh, *Environmental Justice: Courts and Beyond*, in *Indian Journal of Environmental*, 3 (2002), 20. G. Sahu, *Implications of Indian Supreme Court's Innovations for Environmental Jurisprudence*, in *Law, Environment and Development Journal*, 4/1, 2008, 5 ss.

<sup>16</sup> Per un inquadramento generale della problematica cfr. il completo e documentato studio di P.M. Bakshi, *Public Interest Litigations*, New Delhi, 1998.

In effetti, secondo la dottrina indiana l'ampliamento dei soggetti abilitati ad avviare una *public interest litigation* avrebbe completamente scardinato le rigide regole del *locus standi* (cioè dell'interesse ad agire) ereditate dalla *common law* anglo-americana<sup>17</sup>. Questa vera e propria rivoluzione delle regole di accesso alla giustizia è stata motivata dalle Corti superiori con la necessità, in un paese come l'India, di dare voce alle classi sfavorite o portatrici di culture diverse, che non avrebbero altrimenti la possibilità rivolgersi ai giudici. Nelle intenzioni dei giudici essa doveva garantire una estesa «alfabetizzazione giuridica» alle classi popolari indiane, in linea con gli obiettivi costituzionali del sistema giudiziario.

Considerando le caratteristiche particolarmente originali e l'espansione quantitativa di questo tipo di azioni, che si differenziano in maniera radicale anche da modello relativamente 'aperto' della *Public Interest Litigation* statunitense, U. Baxi l'ha definita come *Social Action Litigation*, sottolineando come in tal modo la Corte Suprema ha inteso trasformarsi in un *forum* di facile accesso per gli strati sociali più sofferenti della società indiana (*rectius* delle società indiane)<sup>18</sup>. Per Baxi la *social action litigation* va considerata di una sorta di "catarsi" successiva al periodo dell'Emergenza degli anni 1975-77, nei quali l'allora Primo Ministro Indira Gandhi sospese per un lungo periodo le garanzie democratiche<sup>19</sup>. È infatti a partire dal 1977 che la Corte Suprema comincia ad accogliere ricorsi presentati da terzi nell'interesse di cittadini appartenenti a classi discriminate (in base al sistema delle caste) o a comunità di villaggio o tribali.

Si sviluppa in tal modo l'istituto del *representative standing*, molto utilizzato in materia ambientale quando le vittime dell'inquinamento o del degrado dell'ambiente appartengono ai gruppi sociali considerati particolarmente deboli. Un altro orientamento giurisprudenziale espansivo dell'interesse ad agire è quello che ha legittimato il *citizen standing* (o anche *standing in cases of executive abuse*). Come si evince dalle definizioni si tratta di casi in cui i cittadini possono adire le Corti in quanto vittime di abusi del governo, anche se questi non hanno provocato danni diretti all'individuo. In tal senso la legittimazione ad agire nell'interesse pubblico viene garantita dalla semplice qualità di cittadino, oppure in altri casi, da quella di residente, utente di un determinato servizio pubblico, etc. Come si può notare si tratta di azioni giudiziali molto 'aperte', spesso utilizzate dalle associazioni ambientaliste come principale strumento per condurre avanti le proprie contestazioni nei confronti di atti od omissioni dei governi in relazione a leggi e politiche ambientali.

Oltre all'ampia legittimazione ad agire la *public interest litigation* presenta altri vantaggi, sotto il profilo del contenzioso ambientale. Le formalità ed i costi dell'azione sono ridotti, rispetto alle normali azioni dei privati in *common law*. Peraltro, in genere, è facile trovare associazioni disposte ad assumersi gli oneri processuali, insieme alla 'paternità' della causa. Ma è in relazione ai risultati che essa assume ancora maggior interesse. Difatti la finalità dell'azione non è quasi

<sup>17</sup> Così A. Rosencranz, S. Divan, M.L. Noble, *Environmental law and policy in India*, cit., 120.

<sup>18</sup> U. Baxi, *Taking suffering seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, vol. 4, 1985, art. 6, 107 ss.

<sup>19</sup> *Idem*, 108.

mai compensatoria ma correttiva e si presta particolarmente ad intervenire nei casi, molto frequenti nel contenzioso ambientale, in cui il danno è difficilmente quantificabile e risarcibile ma risulta determinante porre fine al fenomeno inquinante. È proprio in relazione a questo tipo di azione che si è sviluppato il già menzionato *judicial activism* in materia ambientale che ha portato a notevoli risultati nei confronti di attività ad alto impatto ambientale quali quelle estrattive, quelle industriali, etc. L'importanza di queste azioni è dovuta anche ai soggetti presso i quali vengono presentate, le Corti apicali, di livello federale e statale, che possono dettare vere e proprie regole di comportamento ai soggetti titolari di attività ad impatto ambientale, attraverso gli *orders*, il cui mancato rispetto può comportare anche la cessazione dell'attività inquinanti e, qualora comporti *contempt of court*, anche conseguenze in sede penale.

In tal senso alcuni autori hanno affermato che la *Public Interest Environmental Litigation* (spesso oggi definita anche come PIEL) sia un vero e proprio *market-based instrument* per la riduzione dell'inquinamento, in quanto «le pressioni da parte delle comunità di base in India hanno svolto un ruolo molto significativo, diversamente da quanto successo nel resto dell'Asia ... proprio grazie a alla PIEL ed all'attivismo dei giudici»<sup>20</sup>. Secondo questo approccio, la capillare tutela giudiziale nei confronti degli inquinamenti e, più in generale, dei danni ambientali consentita dalla PIEL «ha comportato pressioni indirette sui produttori di inquinamento favorendo la crescita di un mercato ecologicamente orientato»<sup>21</sup>.

La *Social Action Litigation* nel suo complesso e la *Public Interest Environmental Litigation* in particolare hanno letteralmente trasformato il sistema giudiziario indiano rendendolo accessibile agli strati inferiori della società ed hanno aumentato, ovviamente, in maniera esponenziale il carico di lavoro dei giudici, soprattutto di quelli apicali (*High Courts* statali e *Supreme Court*). Nonostante varie riforme volte sia ad affinare gli strumenti di *case selection* che a rafforzare gli organici delle istituzioni giudiziarie (la sola Corte suprema ha visto un incremento del numero dei suoi giudici dai 7 inizialmente previsti nel 1950 ai 31 del 2008), il sistema giurisdizionale indiano viene oggi costantemente criticato per il sovraffollamento dei casi pendenti e, conseguentemente, per la sua lentezza.

Proprio per rispondere a tali critiche, e dietro pressioni della stessa Corte suprema, il Parlamento indiano ha istituito nel 2010 una giurisdizione speciale per l'ambiente, il *National Green Tribunal of India* (NGT), la cui specifica missione, come si evince dalla relazione introduttiva alla legge istitutiva, è quella di garantire «la risoluzione rapida ed efficace delle controversie giudiziali relative

---

<sup>20</sup>A. Sawhney, *Public Interest Litigation as Indirect Market-Based Instrument of Pollution Control*, in *IIM Bangalore Research Paper No. 200*, September 30, 2002, [ssrn.com/abstract=2154537](http://ssrn.com/abstract=2154537) oppure [dx.doi.org/10.2139/ssrn.2154537](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2154537). V. anche: A. Saha, *Judicial Activism in Curbing the Problem of Public Nuisance on Environment*, Jodhpur, [dx.doi.org/10.2139/ssrn.1439704](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1439704); M.G. Faure, A.V. Raja, *Effectiveness of Environmental Public Interest Litigation in India: Determining the Key Variables*, Maastricht, [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1776923](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1776923).

<sup>21</sup>A. Sawhney, *Public interest litigation as indirect Market-Based Instrument of Pollution Control*, cit., 2.

alla tutela dell'ambiente e alla conservazione delle foreste e delle altre risorse naturali»<sup>22</sup>.

### 5. Il *National Green Tribunal*: una giurisdizione mista

L'istituzione del *National Green Tribunal of India* (NGT) è avvenuta a seguito di un processo lungo e particolarmente articolato. Fra i fattori che hanno determinato la sua creazione si possono ricordare: la svolta in senso fortemente ambientalista dell'ordinamento indiano a partire dagli anni Settanta del Novecento<sup>23</sup>, l'orientamento particolarmente favorevole delle giurisdizioni indiane ad accogliere azioni collettive o nell'interesse pubblico<sup>24</sup>, la conseguente crescita esponenziale del contenzioso ambientale, il *favor* della stessa *Supreme Court* nei confronti della creazione di un sistema di tribunali specializzati in materia ambientale.

Considerando l'ultimo dei fattori appena menzionati, si può sicuramente sostenere che l'istituzione dei giudici verdi in India sia stata una riforma guidata proprio dai giudici. E' molto significativo in tal senso che il 186<sup>esimo</sup> Rapporto della *Law Commission of India* (2003), intitolato *Proposals to constitute Environment Courts*, indichi nella sua introduzione che tali proposte sono state avanzate proprio «pursuant to the observations of the Supreme Court of India in four judgments», nei quali «reference was made to the idea of a 'multi-faceted' Environmental Court with judicial and technical/scientific inputs»<sup>25</sup>. In particolare possiamo ricordare la celebre sentenza *A.P. Pollution Control Board vs. M.V. Nayudu del 1999*, nella quale la suprema giurisdizione indiana affermò che «le difficoltà incontrate dai giudici nel trattare casi basati su questioni scientifiche o tecnologiche assai complesse rappresentano ormai un fenomeno sempre più diffuso» e che «l'incertezza crea problemi quando le valutazioni scientifiche vengono istituzionalizzate all'interno di politiche pubbliche o utilizzate come elementi di decisione da parte di pubbliche amministrazioni o giudici»<sup>26</sup>. La Corte conclude quindi osservando che: «da quanto esaminato sopra la situazione non è affatto soddisfacente e si rileva un bisogno urgente di riforme che dotino le autorità interessate e le giurisdizioni coinvolte di personale interno (sia membri tecnici che giuridici) specializzato in questioni di diritto ambientale. Il persistere di questi problemi impedisce in modo

---

<sup>22</sup> Sul *National Green Tribunal*, v. D. Amirante, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in *Pace Environmental Law Review*, 2012, 441 ss.

<sup>23</sup> Harish Salve, *Justice Between Generation: Environment and Social Justice*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, G. Subramaniam, R. Dhavan, R. Ramachandran (eds), *Supreme but not Infallible: Essays in Honor of the Supreme Court of India*, Delhi, 2000, 360, 366.

<sup>24</sup> A.H. Desai, S. Muralidhar, *Public Interest Litigation: Potential and Problems*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, G. Subramaniam, R. Dhavan, R. Ramachandran (eds), *op. cit.*, 158.

<sup>25</sup> La *Law Commission* cita esplicitamente le sentenze *M.C. Mehta vs. Union of India*, 1986 (2) SCC 176; *Indian Council for Environmental-Legal Action vs. Union of India*: 1996(3)SCC 212; *A.P. Pollution Control Board vs. M.V. Nayudu*: 1999(2)SCC 718 e *A.P. Pollution Control Board vs. M.V. Nayudu II*: 2001(2)SCC62.

<sup>26</sup> AIR 1999 SC 812.

evidente l'applicazione della legislazione ambientale ed il raggiungimento dei suoi obiettivi»<sup>27</sup>.

Il riferimento a queste esplicite richieste d'intervento del legislatore da parte della Corte suprema ci conduce quindi a sottolineare la caratteristica più interessante di questa nuova forma di giurisdizione che è il suo carattere "misto". Il Tribunale verde, infatti, pur essendo un organo giurisdizionale a tutti gli effetti, è composto su base paritaria da membri togati e da esperti in discipline scientifiche e tecnologiche. Secondo l'articolo 4 della legge istitutiva, la composizione del Tribunale può variare da 21 a 41 membri così distribuiti: un presidente del Tribunale (togato), da 10 a 20 giudici a tempo pieno, e da 10 a 20 esperti, scelti dal governo federale, in modo da garantire l'equilibrio fra giudici e d esperti. I membri "tecnici" del Tribunale verde devono avere una elevata qualificazione e, in particolare, essere titolari di master o dottorato in scienze, ingegneria ed altre materie tecnologiche. Devono inoltre possedere un'esperienza di almeno 15 anni lavorativi nei rispettivi settori ed almeno 5 anni di esperienza nel settore ambientale. Gli esperti possono anche provenire dall'amministrazione e dalla società civile, ONG incluse, ma devono presentare caratteristiche analoghe a quelle dei loro colleghi provenienti dai settori scientifici (15 anni di esperienza lavorativa di cui almeno 5 nel settore ambientale)<sup>28</sup>. È inoltre possibile, in relazione a singoli casi, invitare, su iniziativa del Presidente del collegio giudicante "una o più persone specializzate nella questione in esame o dotate di una specifica esperienza nel campo" per assistere il tribunale verde (art. 4 c. 2 della legge istitutiva).

964

I vantaggi e gli aspetti innovativi di tale composizione del giudice ambientale sono evidenti.

Innanzitutto per quanto riguarda l'*expertise* tecnico-scientifica che da elemento esogeno alla causa e (quindi da *deus ex machina*, come nello schema classico del contenzioso su base tecnica) diventa un elemento endogeno della decisione giudiziale. Non si ricorre più a periti esterni, occasionalmente coinvolti, ma la trattazione degli aspetti tecnico-scientifici della problematica ambientale in esame vengono svolti tutti all'interno del collegio, attraverso l'interazione alla pari fra membri togati ed esperti.

La composizione mista dei collegi quindi, oltre a migliorare la qualità intrinseca delle decisioni, produce anche un effetto di riequilibrio nei rapporti fra le parti, normalmente fortemente sbilanciati a favore di chi inquina. Infatti, potenzialmente vengono azzerati i costi di perizie tecnico-scientifiche che nel contenzioso ambientale sono di solito a carico delle parti lese, quindi degli interessi deboli all'interno del processo. In tal senso è stato giustamente osservato che «dotare il Tribunale di competenze produce una vera e propria *equality of arms* e impedisce che interessi forti e corporativi possano avere la meglio sulle parti lese

<sup>27</sup> *AP Pollution Control Board vs. M.V. Nayudu*, AIR 1999 SC 812.

<sup>28</sup> *The National Green Tribunal Act*, No. 19 of 2010, § 5(2)(b), India Code (2010), vol. 19.

proprio in ragione della loro maggiore disponibilità nel procurarsi perizie tecniche di qualità»<sup>29</sup>.

Altro elemento che tende a favorir le vittime degli inquinamenti è l'ampio raggio di applicazione delle competenze del *National Green Tribunal*. L'art. 14 della legge istitutiva prevede infatti che questo sia competente in merito a «tutte le cause civili il cui oggetto sia una questione sostanziale in materia di ambiente (compresa la tutela di qualsiasi diritto collegato all'ambiente materia) ovvero sia riferibile all'applicazione delle leggi di cui all'Allegato I della presente legge»<sup>30</sup>. Il significato dell'espressione «questione sostanziale in materia di ambiente» è specificato dall'articolo 2 (lett. m) della legge ed amplia in materia notevole il campo di applicazione della giurisdizione del *Green Tribunal*.

Quest'articolo individua due possibili modalità di ricorso al tribunale verde. La prima si verifica quando vi sia una diretta violazione di una specifica norma legislativa a danno di un soggetto, della comunità in generale o di un gruppo di individui che abbia conseguenze sull'ambiente attuali o potenziali (*likely to be affected* nella forma passiva inglese), oppure sia verificabile un danno sostanziale all'ambiente o a proprietà private, oppure un danno nei confronti della salute pubblica. Qui i riferimenti a nozioni molto ampie come «danno alla comunità (*public at large*) o danno alla salute pubblica (*damage to public health*) indicano la volontà di consentire la massima ampiezza al contenzioso ambientale di fronte al *Tribunal*, in linea con la giurisprudenza della Corte suprema in materia di PIL. La seconda modalità di ricorso riguarda i casi in cui «*the environmental consequences relate to a specific activity or a point source of pollution*» (le conseguenze ambientali riguardano una attività specifica o una specifica fonte di inquinamento). In merito va però ricordato che la giurisdizione del *Tribunal* non si estende al diritto ambientale, quindi risulta limitata sotto il profilo della diretta repressione dei crimini ambientali.

Il NGT agisce anche come giurisdizione di secondo grado (l'appello si svolgerà quindi presso lo stesso tribunale, ma con collegio diverso), mentre l'eventuale terzo grado si svolgerà di fronte alla Corte Suprema. In tal senso l'art. 22 della legge prevede che: «any person aggrieved by any award, decision or order of the Tribunal may file an appeal to Supreme Court, within ninety days from the date of communication of the award, decision or order of the Tribunal».

L'ultimo aspetto da menzionare riguarda poi l'amplissimo accesso alla giurisdizione ambientale, garantito ai cittadini indiani dalle norme dell'art. 18 il cui obiettivo dichiarato è quello di rendere accessibile a tutti il contenzioso ambientale. Qui le condizioni per l'accesso al giudice appaiono estese quanto quelle relative alla *public interest litigation* dinanzi alla Corte Suprema. Infatti, possono inoltrare il ricorso non solo le persone direttamente coinvolte nella controversia

---

<sup>29</sup> G.N. Gill, *A Green Tribunal for India*, in *J Environmental Law*, 2010; 22 (3): 461-474, in part. 474.

<sup>30</sup> Nell'all. I vengono menzionate le seguenti leggi: 1. *The Water (Prevention and Control of Pollution) Act*, 1974; 2. *The Water (Prevention and Control of Pollution) Cess Act*, 1977; 3. *The Forest (Conservation) Act*, 1980; 4. *The Air (Prevention and Control of Pollution) Act*, 1981; 5. *The Environment (Protection) Act*, 1986; 6. *The Public Liability Insurance Act*, 1991; 7. *The Biological Diversity Act*, 2002.

(o vittime del danno ambientale), ma anche un ampio numero di soggetti specificamente individuati dal comma 2 dello stesso art. 18. In particolare la lett. b) di questo comma abilita qualsiasi persona danneggiata e qualsiasi organizzazione o ente di rappresentanza («any person aggrieved, including any representative body or organization»), lasciando quindi ampio spazio a qualunque tipo di associazione ambientalista (anche di piccole dimensioni) di intervenire. L'intento espresso di questa norma è quello di sollevare la Corte suprema indiana da gran parte del contenzioso ambientale che, prima dell'istituzione del giudice verde, poteva essere attivato quasi esclusivamente tramite ricorsi nel pubblico interesse presentati di fronte alle *High Courts* o alla *Supreme Court*. Si ottiene in tal modo il doppio beneficio di sollevare la suprema giurisdizione da un grosso carico di contenzioso e di garantire alla popolazione una giurisdizione più "vicina" e di più immediato accesso, in quanto il *National Green Tribunal* è organizzato in *benches* (sezioni) in diverse aree dell'India e può anche, in casi particolare recarsi nelle località dove si è originato il contenzioso, organizzando sessioni speciali.

Ma il modo migliore di illustrare il rilievo e l'importanza che hanno assunto in India i giudici verdi è quello di analizzare alcuni casi giurisprudenziali particolarmente esemplari trattati negli ultimi anni.

## 6. Il caso “*immersion of idols*”: ambiente vs. religione?

Un caso di grande interesse, che mostra l'atteggiamento prudente del *National Green Tribunal* nei confronti della religione, riguarda l'inquinamento causato da cerimonie religiose e, in particolare, la "immersione degli idoli" in fiumi, laghi o nel mare. L'occasione per intervenire su tale pratica è stata offerta dalle attività normative che hanno disciplinato le celebrazioni della festività Hindu conosciuta come “Ganesh Chaturthi”.

Il Ganesh Chaturthi è un festival indù dedicato al dio Ganesh, “distruttore di ostacoli” e propiziatore del benessere fisico e spirituale. Le celebrazioni, profondamente radicate nelle regioni meridionali e centrali del subcontinente indiano, si svolgono con eventi pubblici o privati organizzati in un periodo che va da agosto a settembre. I festeggiamenti durano dieci giorni e sono caratterizzati da una serie di attività che spaziano dal canto degli inni vedici a spettacoli musicali e coreografie. Il culmine di queste feste è la preparazione di statue dei principali idoli adagate sui *Pandals* (palchi temporanei), i quali vengono poi portati in processione e poi immersi in fiumi, laghi o mari, a simboleggiare la riunione di Ganesha con Shiva e Parvati sul Monte Kailash.

Qui è importante sottolineare che, nonostante sia celebrato in tutta l'India, il Ganesh Chaturthi si svolge in forma pubblica in Maharashtra, Gujarat e Chhattisgarh, mentre è organizzato privatamente in Tamil Nadu, Telangana, Andhra Pradesh e Madhya Pradesh. Nella loro forma pubblica questi festival hanno un impatto significativo sull'ambiente. In particolare, ai fini di valutarne l'impatto, è fondamentale considerare il materiale con cui sono costruite le statue votive. In passato era utilizzata l'argilla, che si dissolveva in poco tempo a contatto con l'acqua. Nel corso degli anni, per ragioni economiche, è stata utilizzata

terracotta e, recentemente, PoP (*Plastic of Paris*, in italiano gesso di Parigi)<sup>31</sup>. L'uso di quest'ultimo materiale ha creato seri dubbi sulla sua sostenibilità e preoccupazioni in merito alle sue proprietà inquinanti, specialmente in relazione al fatto che gli "idoli" sono lasciati in acqua fino alla decomposizione. Infatti, queste statue, prima costruite con argilla non rivestita, si deterioravano in breve tempo, mentre la terracotta e – in misura maggiore – il PoP impiegano molto più tempo.

Su tale pratica religiosa si è aperto un lungo contenzioso, addirittura antecedente all'istituzione del *National Green Tribunal*. Infatti, già nel 2004, la *High Court* di Madras aveva temporaneamente vietato l'immersione di statue costruite con PoP, mentre lo Stato di Goa ha per primo regolato l'uso di materiali chimici per la costruzione degli idoli. Infatti, il Dipartimento di Scienza, Tecnologia e Ambiente dello Stato di Goa, in base all'art. 15 della Legge sulla protezione dell'ambiente del 1986, ha vietato la costruzione e il trasporto di manufatti votivi in PoP durante i festival sin dal 2008 (stranamente, il divieto non si applicava all'uso di vernici altamente tossiche, anch'esse utilizzate per decorare gli idoli). Nello stesso anno, la *High Court* di Bombay, nel caso *J. Manch, B. Raiyani e G. Vora vs. Stato del Maharashtra e altri*, aveva evidenziato, tra l'altro, come l'uso di PoP concretizzasse un problema di natura federale e non solo statale. In questa decisione la Corte, pur affermando prudentemente di «non poter decidere su cosa la religione consenta o vieti», osserva che «l'opinione pubblica e l'interesse pubblico a volte non vanno di pari passo, è dunque difficile riconciliare i due e, perciò, è sempre necessario in tali situazioni che il governo gestisca la questione in un modo da servire l'interesse pubblico».

Nel merito della questione, quindi, la Corte assunse una posizione ferma imponendo al Governo di costituire un'apposita Commissione per disciplinare le modalità di informazione del pubblico in merito alle esigenze di protezione idrica e ambientale. Inoltre, sempre nello stesso provvedimento la Corte dispone che il Governo dell'Unione debba redigere delle linee guida per l'immersione degli idoli e le connesse questioni relative all'inquinamento dei corpi idrici, chiedendo all'amministrazione un intervento rapido, poiché «il tempo perso potrebbe rivelarsi pericoloso per lo stato dell'ambiente nel lungo periodo, a causa dell'inquinamento prodotto».

In applicazione di questa decisione, nel 2010 il *Central Pollution Control Board* (organismo federale competente in merito di controllo sugli inquinamenti) ha pubblicato un "codice di condotta" per regolamentare l'immersione delle statue. Questo codice di condotta contiene una serie di linee guida e istruzioni di carattere generale indirizzate alle autorità locali. Il *Central Pollution Control Board* (CPCB) ha quindi indicato che:

«(i) le statue devono essere realizzate con materiali naturali come descritto nelle Sacre Scritture ovvero si dovrebbe incoraggiare, permettere e promuovere l'utilizzo dell'argilla tradizionale per la produzione degli idoli, piuttosto che terracotta, PoP, ecc.

---

<sup>31</sup> Il gesso di Parigi è una fine polvere bianca costituita da solfato di calcio semiidrato. Il nome è legato alle antiche cave di Montmartre famose per il gesso adoperato in vasta scala nella capitale francese.

(ii) La verniciatura delle statue deve essere scoraggiata. Nel caso in cui gli idoli debbano essere dipinti, vanno utilizzati coloranti naturali solubili in acqua e non tossici. L'uso di coloranti chimici tossici e non biodegradabili dovrebbe essere severamente proibito.

(iii) I materiali di culto come fiori, abiti, materiale per decorazioni (in carta e plastica) etc., devono essere rimossi prima di immergere le statue. I materiali biodegradabili devono essere raccolti separatamente per il riciclaggio o il compostaggio. I materiali non biodegradabili devono essere raccolti separatamente per lo smaltimento nelle discariche. I vestiti utilizzati possono essere inviati a orfanotrofi locali.

(iv) Il pubblico deve essere informato sugli effetti nocivi dell'immersione delle statue in acqua attraverso un "programma di consapevolezza di massa" (*mass awareness program*).

(v) I "luoghi di immersione degli idoli" devono essere delimitati e recintati. In casi particolari si possono preventivamente applicare teli sintetici per la protezione. Questi rivestimenti devono essere rimossi al termine della cerimonia di immersione in modo che i resti degli idoli vengano adagiati sulla riva. I tronchi di bambù e di legno vanno riciclati, mentre l'argilla ed altri materiali devono essere depositati in una discarica per lo smaltimento»<sup>32</sup>.

Alcuni anni dopo l'emanazione di questa regolamentazione il *National Green Tribunal* è stato investito della questione, all'interno del caso *S.K. Waghvankar et alii vs. The State of Gujarat et al.*, del 2012. Il Collegio giudicante, composto da un giudice e ben tre membri esperti, si è pronunciato sull'appello presentato da un gruppo di artigiani ai sensi degli artt. 14 e 16 del *NGT Act*.

Il caso era stato inizialmente presentato alla *High Court* del Gujarat, che il 23 gennaio 2012 lo ha trasferito al NGT, chiedendo a questo di decidere sul divieto

<sup>32</sup> Central Pollution Control Board, *Guidelines for Idol Immersion*, 2010: «(i) Local bodies/District Authorities generally make efforts to identify adequate number of designated immersion spots to avoid overcrowding and also to reduce pollution load on water bodies, such spots need to be notified and public & pooja committees be informed of such designated sites through awareness programme preferably a month before such events of idol immersion. All the stakeholders such as River Authority, Port Authority, Water Supply Board, Irrigation Department, etc. be consulted for identification of the Immersion Ghats, where flow in stream is naturally available.

(ii) A co-ordination Committee comprising Police, Non-Government Organizations, Local Authorities, SPCBs, representatives of pooja committees and stakeholders may be set up for guiding the public in carrying out the immersion with minimal impact on water bodies. (iii) At the immersion sites, burning of solid wastes, so generated comprising of used flowers, clothes, decorating materials, etc. should be prohibited.

(iv) Within 48 hours of the immersion of idols, the left over material at idol immersion points on the banks of rivers, lakes, beaches, etc. should be collected by the local bodies for disposal as per point 2.1.

(iii) above. (v) In case of immersion of idols in rivers and lakes, arrangement may be made for construction of temporary confined ponds with earthen bunds for the purpose of immersion of idols. After the completion of immersion, supernatant water may be allowed to flow in river, pond and lake, as the case may be, after checking for colour and turbidity. Lime may be added in temporary confined ponds.

(vi) The Pooja organizers be involved in a campaign on the ill effects of the toxic components of coloring materials, not only of the idols, but also other decorating materials used during the festive season. Specific leaflets and poster for mass awareness may be prepared and the Pooja committees persuaded to be display such posters and distribute leaflets among worshippers».

dell'uso di PoP per la costruzione di idoli raffiguranti Ganesh. Nella sentenza il Tribunale, dopo una ricostruzione storico-giuridica della controversia, si interroga su questioni procedurali e di competenza, chiedendosi in particolare se «(i) Il Dipartimento delle foreste e dell'ambiente dello Stato del Gujarat è competente a emettere direttive e porre implicite restrizioni sull'uso di *Plaster of Paris* (PoP) per la produzione/realizzazione di idoli di divinità indù». Sotto il profilo procedurale il NGT accoglie quindi il ricorso presentato dai privati decidendo che innanzitutto «la direttiva emessa dal Dipartimento in questione è priva di legittimità in base all'articolo 5 dell'*Environment (Protection) Act* del 1986, che non assegna tale potere agli stati membri. Nel merito, però il giudice verde interviene in via indiretta, utilizzando il principio di precauzione. Il *Green Tribunal* sostiene infatti che: «l'uso di PoP per fabbricare non solo statue di Ganesh, ma anche altri idoli o articoli fatti di PoP, che sono tradizionalmente immersi in fiumi, stagni, mare o altri corpi idrici, necessita di alcune ragionevoli restrizioni». Il NGT quindi, pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle restrizioni da determinare si è limitato a fissare alcuni principi generali che le Agenzie per il controllo dell'inquinamento (*Central Pollution Control Board o CPCB, e State Pollution Control Boards*) avrebbero dovuto successivamente dettagliare.

Inoltre il NGT ha richiesto alle stesse Agenzie per il controllo dell'inquinamento di condurre studi scientifici sull'impatto ambientale del PoP, con particolare riguardo alle acque. Si legge nel provvedimento: «invitiamo il GPCB e tutte le altre Agenzie per il controllo dell'inquinamento ad intraprendere studi scientifici sull'impatto di statue realizzate in PoP e sulla loro immersione in acqua, in relazione alla qualità dell'acqua di mare fiumi, laghi o altri corpi idrici, ed esaminare se si tratta di un inquinante ambientale. Chiediamo inoltre ai suddetti PCB di chiarire se l'immersione di PoP influisca sulla qualità delle acque, anche se si stabilisce che il PoP di per sé non può essere considerato un inquinante».

In particolare, il NGT, chiarendo che non risulta ancora scientificamente provato che il PoP sia un "inquinante ambientale", ha invitato le Agenzie di controllo dell'inquinamento (CPCB e SPCB) e il Governo a stabilire norme di riferimento per le dimensioni delle statue in PoP destinate all'immersione, in conformità con la natura degli specifici luoghi di immersione (fiumi, mare, etc.).

A seguito di questa sentenza dell'NGT sono stati prodotti, nel 2014, i primi studi scientifici sull'impatto dell'immersione del PoP in acqua, tutti convergenti nel sostenerne il nocivo impatto ambientale. Infatti, è stato affermato che dopo 48 ore di immersione il composto chimico non si disperde, creando problemi di sedimentazione e causando un tipo di inquinamento che si protrae nel tempo, causando un aumento della concentrazione di piombo e cadmio nelle acque, accompagnato dalla diminuzione di cromo, zinco e rame dovuta all'assorbimento da parte delle statue.

Altri studi scientifici<sup>33</sup> hanno dimostrato che, anche se non si riscontrano effetti sull'acqua nel breve periodo, i materiali in questione presentano una

---

<sup>33</sup> N.P. Shukla, P.S. Bundela, S.K. Khare and S. Sarsaiya, *Study of the Impact of Plaster of Paris (Pop) and Clay Idols Immersion in Water*, in *International Journal of Scientific Engineering and Technology*, Vol. No. 3, Issue No. 7, 1<sup>st</sup> July 2014, 861-864.

notevole tossicità a lungo termine, dal momento che, se consideriamo la diffusione e la continuità delle cerimonie religiose, l'immersione delle statue associata all'uso di altri materiali votivi comporta un notevole aumento dei metalli pesanti presenti nell'acqua<sup>34</sup>.

Il NGT è stato nuovamente investito della questione, a più riprese, con richieste presentate sia alla Sezione Centrale (*Central Bench*, appello del 2013, ordinanza del 2014) che alla sezione Meridionale (*Chennai Bench*, appello del 2014, ordinanza del 2016), i quali non hanno manifestato alcun dubbio nell'affermare l'effetto inquinante del PoP usato per la costruzione di statue dedicate all'immersione. A tal proposito, in un'ulteriore ordinanza del 18 agosto 2015 il giudice verde ha affermato che l'uso di statue costruite con PoP e altre sostanze non solubili come plastica e terracotta, (che sono peraltro decorate con colori sintetici, coloranti e altri materiali). quando immerse in laghi, stagni, fiumi e corpi idrici, causano un grave inquinamento non solo all'acqua ma modifica permanentemente la morfologia marina, considerando che i detriti sono insolubili. Inoltre, le ordinanze *de quo* hanno chiaramente statuito che tutti questi materiali non sono biodegradabili, e pertanto sono inadatti alla costruzione di statue per l'immersione durante il Ganesh Chaturti e la Durga Puja.

In merito al carattere vincolante delle linee-guida, nonostante varie questioni riguardanti la competenza, la Sezione Centrale del NGT ha chiarito che:

970

- (1) Tutti i Governi Statali hanno l'obbligo di emanare nuove linee guida e direttive indirizzate all'amministrazione provinciale e alle autorità locali per garantire che nessun materiale sintetico, fra cui il PoP, venga utilizzato per il culto e la successiva immersione di statue durante le festività dedicate a Ganesh e a Durga.
- (2) Deve essere data comunicazione agli addetti alla creazione delle statue in merito al divieto di uso di PoP, informandoli che, qualora venga messo in vendita, questi ultimi sono sottoposti a confisca.
- (3) L'uso di vernici chimiche e coloranti sintetici è vietato e non può essere utilizzato dai produttori delle statue.
- (4) L'amministrazione distrettuale è tenuta ad assicurare la conformità delle suddette direttive e delle linee guida del CPCB.
- (5) L'immersione delle statue avverrà solo nel luogo designato dalle autorità locali, in conformità alle linee guida del CPCB.
- (6) Nel caso in cui gli enti locali non abbiano ancora predisposto o organizzato l'immersione delle statue e dei *taziyas* (tempietti in miniatura) in specifici siti appositamente individuati, essi hanno l'obbligo di adottare misure immediate per identificare e predisporre tali siti, in conformità con le linee guida del CPCB, al fine di ripristinare dopo gli eventi religiosi lo *status quo ante* dei luoghi.

---

<sup>34</sup> S. Bhattacharya, A. Bera, A. Dutta, U.C. Ghosh, *Effects of idol immersion on the water quality parameters of Indian water bodies: Environmental health perspectives*, in *International Letters of Chemistry, Physics and Astronomy*, 20(2), (2014), 234-263.

## 7. Il caso “rat-hole mining”: diritto ambientale, interessi economici e consuetudini tribali

Nell'aprile 2014 il *National Green Tribunal* ha emesso una sentenza di grande rilievo e risalto mediatico, vietando le attività minerarie che si svolgono in uno Stato del Nord-Est dell'India, il Meghalaya. Le miniere che operano in questo Stato sono basate su di una tecnica di estrazione nota come *rat-hole mining* (letteralmente: miniera a tana di topo). Si tratta di un caso che riguarda principalmente il conflitto fra sviluppo economico (attività mineraria nel caso di specie) e la tutela dell'ambiente ma investe anche la relazione trilaterale tra sviluppo, ambiente e consuetudini tribali. In effetti, il *rat-hole mining* è una tecnica estrattiva del carbone considerata molto primitiva, in quanto eseguita manualmente e in una forma non regolamentata, non scientifica e generalmente altamente pericolosa. In particolare, questa pratica consiste nel disboscare le aree verdi nelle colline e scavare pozzi o buche con metodi primitivi per l'estrazione del carbone; ne deriva il degrado delle foreste, del suolo e l'inquinamento dei fiumi, provocando danni ecologici alla flora, alla fauna e alle persone che vivono nei territori interessati. Nonostante critiche unanimi sull'utilizzo di tale tecnica, essa è stata spesso difesa in base ad una sua rappresentazione come un'attività tradizionale dei popoli tribali del Meghalaya, e quindi ontologicamente compatibile con l'ambiente.

Il giudice ambientale è stato investito della questione dall'Unione studentesca *All Dimasa*, che ha denunciato come «le attività di *rat-hole mining* sono state praticate da decenni nella zona collinare di Jaintia senza essere regolate da alcuna legge, e che l'estrazione di carbone è diventata il *business* principale di soggetti senza scrupoli, che la praticano in modo quasi illegale e non scientifico»<sup>35</sup>. Il ricorso ha anche evidenziato che «in virtù delle attività minerarie, durante la stagione delle piogge l'acqua ha invaso le stesse miniere, causando la morte di molti individui, prevalentemente lavoratori». L'Associazione in questione ha anche prodotto un rapporto scientifico<sup>36</sup> – riconosciuto come valido anche dall'NGT – nel quale si afferma che il *rat-hole mining* determina «una situazione allarmante, specialmente nelle colline di Jaintia, dove è stato praticato per molto tempo». Secondo il Tribunale verde, tale metodo illegale e non scientifico non può essere consentito nell'interesse di mantenere l'equilibrio ecologico del paese e la sicurezza dei lavoratori. In pratica il NGT non ha lasciato spazio ad alcuna attività di *rat-hole mining*, vietando tutte le attività connesse a questa pratica (quali, ad esempio, il trasporto e la vendita di carbone).

Per quanto riguarda l'inquinamento idrico, i consulenti tecnici nominati dal Tribunale con un'ordinanza del 9.6.2014, hanno evidenziato che nelle Colline di Garo, sia ad Ovest che ad Est di Jaintia il deflusso superficiale dai cantieri di

---

<sup>35</sup> NGT, Order of 17<sup>th</sup> April 2014, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee vs. State and Meghalaya and Others*.

<sup>36</sup> Il Rapporto è redatto dal prof. O.P. Singh (Professore del Dipartimento di Studi Ambientali, North-Eastern Hills University, Shillong).

carbone hanno trasformato il pH dell'acqua in acido<sup>37</sup>, rendendo l'acqua del fiume Kopili di colore marrone scuro, contaminando, inoltre, anche le fonti di acqua potabile<sup>38</sup>. Ulteriore effetto letale *rat-hole mining* è il disastro ambientale del fiume Lukha, nel distretto di Est Jaintia, le cui acque sono diventate blu cobalto – così come quelle del fiume Myntdu nelle colline occidentali di Jaintia –, dato indiziario della elevata presenza di acidi nelle acque.

Nonostante l'indiscutibile gravità del fenomeno in termini ambientali, l'intervento del Tribunale ha causato una forte opposizione da parte di quanti erano coinvolti nelle attività produttive, sviluppatasi in decenni di sfruttamento incontrollato del territorio. Inoltre, i rapporti politici ed economici che collegavano i cosiddetti "baroni del carbone" allo Stato del Meghalaya hanno creato un clima politico e sociale che ha reso difficile l'applicazione ed il rispetto dei provvedimenti giudiziari. Le difficoltà nell'esecuzione delle sentenze sono state riconosciute esplicitamente dal NGT, il quale, nell'ordinanza del 25.03.2015, ha affermato che: «senza esitazione, registriamo la nostra disapprovazione, per il comportamento dello Stato del Meghalaya che non ha elaborato politiche e linee-guida adeguate nonostante gli ordini del Tribunale, anche nel congruo termine di un anno». L'ordinanza in questione si chiude, poi, con il divieto assoluto di svolgere attività minerarie finché il Governo dello Stato non abbia adottato le misure obbligatorie indicate dal Tribunale.

972

Un esempio della connivenza del governo statale con i "baroni del carbone" è dato dalla sostituzione – dopo appena due mesi dall'assegnazione dell'incarico – del Comitato di esperti nominato dal Tribunale verde, con un nuovo organo avente le stesse competenze e gli stessi obiettivi del precedente. Rientravano fra le competenze del comitato di esperti: l'ispezione di tutti i siti minerari nei distretti interessati dello Stato di Meghalaya, la quantificazione del carbone estratto, l'indicazione del valore approssimativo del carbone in giacenza. Il provvedimento del NGT investiva di ulteriori competenze il Comitato di esperti: indicare le modalità più adeguate di trasporto del carbone estratto, tenendo debitamente conto delle precauzioni che il trasportatore deve adottare, sia per quanto riguarda la salute del pubblico in generale, che per quella dei lavoratori coinvolti nel trasporto e per la tutela dell'ambiente. Bisognava inoltre istituire due presidi di controllo per il trasporto del carbone estratto dal punto di carico al punto di destinazione, che dovevano aggiungersi a quelli già previsti ai confini col Bangladesh e con lo Stato di Assam. In merito il giudice verde ha successivamente sottolineato che «si può apertamente riconoscere che il Comitato ha omesso di svolgere la funzione assegnatagli e ha causato, invece, seri impedimenti». In conclusione il NGT ha anche affermato, con un *obiter dicta* assai audace, che sono solo le "mafie del carbone" trarre benefici da questo tipo di attività mineraria.

---

<sup>37</sup> NGT, Order of 9<sup>th</sup> June 2014, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee vs. State of Meghalaya & Ors.*

<sup>38</sup> The times of India, *Two rivers turn blue in Meghalaya; high acid content doubted*, 18<sup>th</sup> November 2015; B. Majaw, *Ending Meghalaya's "Deadly Occupation": India's National Green Tribunal's Ban on Rat-Hole Mining*, VRÜ Verfassung und Recht in Übersee, 34-52.

Un altro aspetto che il Tribunale ha dovuto considerare è stato quello legato agli stock di carbone estratto prima dell’emanazione del divieto di estrazione<sup>39</sup>. Il NGT aveva infatti consentito il trasporto e lo smaltimento delle scorte accumulate, ma solo a seguito della creazione di appositi registri che indicavano l’ammontare effettivo di tali stock. Tuttavia, come riportato da diversi Commissari *ad hoc* inviati dalla Sezione principale del NGT, le cifre sono state falsificate, allo scopo di continuare a estrarre illegalmente nuovo materiale<sup>40</sup>.

Per evitare che false stime e dichiarazioni rendessero vano l’intervento giudiziario, il NGT ha ulteriormente ristretto l’ambito di manovra dei proprietari delle miniere, creando una serie di checkpoint per la quantificazione del materiale trasportato. Quest’ultima ordinanza (10 maggio 2016) è stata impugnata con ricorso alla Corte Suprema per vizio d’incompetenza. La Corte suprema, in data 21 settembre 2016, si è pronunciata, accogliendo l’appello. Tuttavia, secondo il giudice supremo, l’incompetenza del NGT non era da considerarsi come assoluta, ma solo in relazione alle ultime disposizioni presenti nell’ordinanza impugnata. Pertanto, il giudice verde rimaneva investito della questione *rat-hole mining*. In un successivo provvedimento (ordinanza 11 novembre 2016) il NGT ha disposto che per quanto riguardava il trasporto di carbone e lo stoccaggio nel territorio statale, la questione fosse di esclusiva competenza della Corte Suprema e, pertanto, lo stesso non poteva procedere o emanare provvedimenti in merito. Tuttavia, nel medesimo provvedimento il Tribunale ha ribadito la sua competenza «in riferimento ai piani minerari e all’impatto ambientale del carbone già estratto illegalmente» ritenendosi competente, inoltre, a irrogare pene pecuniarie per la mancata esecuzione dei provvedimenti.

Sotto il profilo economico è evidente l’interesse dello Stato del Meghalaya a mantenere il preesistente status quo, e ad evitare gli ingenti costi per la riparazione dei danni ambientali causati dal *rat-hole mining*. In merito il NGT, con un provvedimento datato 25 marzo 2015, richiamando il principio del “chi inquina paga”, ha imposto allo Stato del Meghalaya di aggiungere il 10% di royalties per

---

<sup>39</sup> NGT, Order of 9<sup>th</sup> June 2014, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee vs. State of Meghalaya & Ors.* «Due records shall be maintained by these check points. Further the mine-owners would also maintain the records which will be subject to check and verification by the staff of the concerned authorities in the State Government. The records shall state the quantity of coal loaded, quantity transported, quantity received at destination and particularly at the border of the State. We are permitting the transportation of extracted coal lying near the mines, only for a period of three months and would consider enlargement of such period or passing of such other directions at a subsequent stage».

<sup>40</sup> NGT, Order of 23 March 2015, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee vs. State of Meghalaya & Ors.*; NGT, Order of 9<sup>th</sup> June 2014, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee vs. State of Meghalaya & Ors.* «Due records shall be maintained by these check points. Further the mine-owners would also maintain the records which will be subject to check and verification by the staff of the concerned authorities in the State Government. The records shall state the quantity of coal loaded, quantity transported, quantity received at destination and particularly at the border of the State. We are permitting the transportation of extracted coal lying near the mines, only for a period of three months and would consider enlargement of such period or passing of such other directions at a subsequent stage». Vd. NGT, Order of 23 March 2015, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee vs. State of Meghalaya & Ors.*

il trasporto di carbone da versare al *Meghalaya Environment Protection and Restoration Fund*, fondo creato appositamente per la raccolta delle somme da utilizzare per ripristinare i siti<sup>41</sup>.

Il caso del *rat-hole mining* non ha avuto solo ripercussioni in tema ambientale ed economico, ma ha investito anche l'aspetto giuslavoristico, con particolare riguardo alla tutela dei lavoratori. Un caso molto esemplificativo è l'incidente del 6 giugno 2012 (avvenuto nelle miniere di proprietà degli esaminati nella sentenza 1 agosto 2014), in cui morirono 15 persone. A seguito dell'incidente, il NGT ha chiesto l'intervento immediato del governo dello stato di Meghalaya per proteggere la salute dei lavoratori, con l'obbligo aggiuntivo di predisporre un piano sanitario<sup>42</sup>.

Per descrivere la situazione dei minatori, il NGT ha richiamato il rapporto del 2003 del *Pollution Control Board*, in cui si affermava che «i lavoratori delle miniere di carbone soffrono di malattie come la malaria, le malattie della pelle, la tubercolosi e il cancro ai polmoni»<sup>43</sup>. Nella stessa ordinanza, il Tribunale ha affermato che «Il degrado ambientale e il deterioramento non finiscono qui. In un'ispezione molto recente condotta da un gruppo congiunto del *Central Pollution Control Board* (CPCB) e del *Meghalaya State Pollution Control Board* (MSPCB), si è rilevato che i fiumi, le falde acquifere e l'ambiente in generale sono stati gravemente danneggiati e nessuna misura per porre rimedio al progressivo deterioramento è stata presa da alcuna delle autorità, incluso il governo statale».

Nonostante la vicenda appaia chiara e i contorni siano piuttosto netti, a seguito delle ordinanze del NGT e delle lotte ambientaliste, in Meghalaya è stato creato un comitato che rivendicava il diritto al *rat-hole mining*<sup>44</sup>. Un argomento molto interessante esposto dagli oppositori pretendeva che le ordinanze del NGT non rispettassero le consuetudini locali, soprattutto per quanto riguarda le modalità con cui viene estratto il carbone e la regolamentazione della proprietà terriera. In effetti, per quanto riguarda le consuetudini tribali, una questione centrale riguarda la proprietà e il controllo della terra, poiché in Meghalaya le tribù godono di disposizioni speciali costituzionalmente sancite dall'Allegato IV della Costituzione. Come rileva da B. Majaw, «esistono due tipi di terre nelle colline Khasi-Jaintia, chiamate Ri Raid e Ri Kynti. Le prime sono di proprietà della comunità, mentre le seconde sono proprietà privata». Nel tempo, l'uso delle terre

<sup>41</sup> NGT, Order of 23 March 2015, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee Vs. State of Meghalaya & Ors.*

<sup>42</sup> NGT, Order of 9<sup>th</sup> June 2014, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee Vs. State of Meghalaya & Ors.*

<sup>43</sup> NGT, Order of 1<sup>st</sup> August 2014, *All Dimasa Students Union Dima Hasao Dist. Committee Vs. State of Meghalaya & Ors.*

<sup>44</sup> B. Majaw, *Ending Meghalaya's "Deadly Occupation": India's National Green Tribunal's Ban on Rat-Hole Mining*, *supra* n. 35: «The chorus of opposition was led by Shillong Member of Parliament (MP) Vincent H. Pala and a prominent Member of the Legislative Assembly (MLA), Ardent Miller Basaiawmoit. It also included the former Chief Executive Member of the Khasi Hills Autonomous District Council (KHADC), the Meghalaya state government, as well as John F. Kharshiing, who presents the voice of the Grand Council of Chiefs (GCOC). Significantly, also opposing this Order we find the banned insurgent group Hynniewtrep National Liberation Council (HNLC), several legal experts and of course the local coal barons».

comuni è stato gradualmente sostituito e sopraffatto dall'uso privato, con la conseguenza che «vaste distese di terra originariamente Ri Raid si sono concentrate nelle mani di pochi trasformandosi in Ri Kynti», privando, così, le comunità tribali autoctone della proprietà terriera e trasformando di fatto i singoli individui in affittuari o lavoratori salariati di pochi ricchi proprietari<sup>45</sup>. Majaw giunge così alla conclusione che «in nome delle consuetudini e della tradizione, sostenuta dagli influenti poteri dei ministri e dei burocrati sotto la copertura dell'Allegato VI della Costituzione, la situazione dei minatori negli ultimi tempi in Meghalaya è in balia dei baroni del carbone locali, il cui interesse è quello di estrarre quanto più carbone, a costo della vita dei lavoratori, della distruzione dell'ambiente e dell'inquinamento dei corpi idrici»<sup>46</sup>. Significativamente, dopo il primo provvedimento del NGT, è stato costituito il movimento per i diritti e il sostentamento dei popoli indigeni del Meghalaya (MIPRL) al fine di rivendicare i diritti tribali, in chiara opposizione con la prospettiva ambientalista adottata dal NGT<sup>47</sup>.

Secondo Majaw «la principale argomentazione di questo movimento verteva sul fatto che il giudice verde non possedeva alcuna autorità per intromettersi nelle abitudini tribali ed impedire il godimento dei tradizionali diritti sulla terra. Dal loro punto di vista, la sentenza del 2014 era completamente priva di fondamento etico ed illegittima in termini di tutela dell'interesse delle comunità tribali»<sup>48</sup>. Gli interessi economici alla base delle attività minerarie nella regione si sono manifestati nell'iniziativa di un influente parlamentare, nativo del Meghalaya (ed in particolare della zona in cui si trova la maggiore vena carbonifera), Vincent H. Pala, che, nel luglio 2014, ha presentato alla Lok Sabha un progetto di legge per emendare la Costituzione (in particolare l'allegato VI), con l'obiettivo indiretto di limitare la portata del divieto del NGT in Meghalaya<sup>49</sup>. L'argomentazione principale esposta da V.H. Pala era che il divieto del giudice verde aveva messo a

---

<sup>45</sup> B. Majaw, *Ending Meghalaya's "Deadly Occupation": India's National Green Tribunal's Ban on Rat-Hole Mining*, cit.: «Individuals who own Ri Kynti have exclusive rights to this land through sale or inheritance. Not long ago there were no Ri Kynti lands in Meghalaya, particularly in the Khasi-Jaintia Hills. Instead, traditional institutions were commonly found there, known as Hima, a territorial and political unit of several villages. Under the Hima system, there are villages (shnong) which function as autonomous units. These shnong as traditional institutions manage and control their own territory according to local customs and traditions. According to customary practices, the inhabitants of every village (Trai-shnong) are the only permitted users of the community lands, because they are permanent residents of the constituent village of a Hima. Therefore, it seems that land was primarily not supposed to be private property, but deemed to be property of the community».

<sup>46</sup> B. Majaw, *Ending Meghalaya's "Deadly Occupation": India's National Green Tribunal's Ban on Rat-Hole Mining*, cit.

<sup>47</sup> Il MIPRL è stato creato a seguito dei divieti al *rat-hole mining* imposti dal NGT, con lo scopo di implementare il § 12-A(b), Sixth Schedule, Constitution of India, tutelando le comunità Khasi, Jaintia, Garo e i relativi diritti assoluti e inalienabili sulle aree tribali.

<sup>48</sup> B. Majaw, *Ending Meghalaya's "Deadly Occupation": India's National Green Tribunal's Ban on Rat-Hole Mining*, *supra* n. 35: "It seemed thus that Meghalaya operated like an independent country when it comes to rat-hole mining".

<sup>49</sup> The Sixth Schedule to the Constitution (Amendment) Bill, 2015 (Amendment of Sixth Schedule). La mozione riguardante gli "affair tribali" di Shri Vincent H. Pala fu presentata il 5 agosto 2016.

repentaglio la stessa sopravvivenza materiale del popolo tribale, affermando che il divieto violava il loro diritto alla vita. L'iniziativa non ha però avuto seguito per cui, attualmente, permane il divieto di condurre attività minerarie nello Stato del Meghalaya, nonostante le forti pressioni delle élites locali e dello stesso governo dello Stato per riprendere questo tipo di attività economica fortemente nocivo per la popolazione locale e per l'ambiente.

## “Giustizia sociale” e *Public Interest Litigation* nell’evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici

di Pasquale Viola

**Abstract:** *Social Justice and Public Interest Litigation in The Constitutional Development of Some Asian Legal Systems* – Traditionally, the rules regarding to the *locus standi*, as well as the exact definition of the legal status, restrict proceedings to the sole right holder. This account could appear an easy, clear and basic legal issue, both in judicial and *de iure condendo* standpoints, but in some social and anthropological experiences the debate is perpetually open. In the following essay, after having illustrated the relationship between the Indian Supreme Court and the legislative and executive powers, I will draw up a legal framework of the Public Interest Litigation (PIL) in India and Nepal, for acknowledging that the definition ‘Social Action Litigation’ enhance the PIL’s role with regard to a widespread idea of social justice in the Indian subcontinent.

**Keywords:** Public Interest Litigation; Constitutionalism; Indian Subcontinent; Social Justice; *locus standi*.

977

---

*The Constitution is not intended to be the arena of legal quibbling  
for men with long purses. It is made for the common people.  
It should generally be so construed as that they can understand and appreciate it.  
The more they understand it the more they love it and the more they prize it.*  
Kesavananda Bharathi v. State of Kerala

*So, every time the curtain falls  
Every time the curtain falls on some forgotten life  
It is because we all stood by, silent and indifferent  
It's normal*  
R. Waters, *Is This the Life We Really Want?*

### 1. Premessa

Tradizionalmente la disciplina del *locus standi* in materia di diritti umani ha dovuto fare i conti con la legittimazione ad agire del solo titolare del diritto che si assume violato, nonché con l’esatta definizione della personalità giuridica, altro elemento necessario affinché si possano attribuire diritti e doveri. Ciò potrebbe apparire un processo lineare e giuridicamente basilare, sia in fase giurisdizionale che *de iure condendo*, ma in alcune realtà sociali e antropologiche il dibattito è perennemente aperto. Nonostante queste realtà possano apparire sul piano geografico ‘lontane’,

giuridicamente esse propongono soluzioni alternative o audaci che spesso influenzano anche il diritto occidentale, da sempre ritenuto un prodotto da esportazione piuttosto che il risultato di un processo bilaterale. In questi contesti, i modelli occidentali fungono da strumento che riesce solo a tradurre in parte le istanze di giustizia, come testimoniato dalla recente attività giudiziaria in materia ambientale in Colombia, Ecuador, Bolivia ed India<sup>1</sup> o l'attivismo finalizzato alla tutela dei diritti sociali ed economici in Asia, in particolare nel subcontinente indiano<sup>2</sup>. Fra vari elementi, le esperienze giuridiche citate hanno in comune un punto: permettono alle 'voci inascoltate' di essere udite in giudizio.

Questa asserzione, prossima ad un ossimoro, fa emergere una serie di spunti e riflessioni che vanno ben oltre la mera comparazione giuridica, a volte semanticamente 'arida', fra modelli giurisdizionali occidentali e non. Quali sono le voci 'inascoltate'? Le voci 'inascoltate' sono quelle degli 'inesistenti', degli ultimi, degli scarti di una società dedita allo sviluppo economico? Cos'è la giustizia? E cosa intendiamo per equità, intesa come giustizia del caso concreto? Dove collochiamo le forme alternative di giustizia (in un sistema giuridico, religioso, culturale, etc...)? Nascono, così, serie concentriche di quesiti che, dopo aver attraversato una scala di 'transfiniti del dubbio', approdano alla domanda ultima: la giustizia contiene o è contenuta in un sistema giuridico?

978

Tuttavia, mettendo da parte le giurisdizioni alternative, che in un continente come quello asiatico soffrono un processo di cariocinesi che si perde nell'ultimo Panchayat indiano o in una remota assemblea locale nepalese, ci sono stati esempi di esercizio alternativo della funzione giurisdizionale tradizionale che ha posto al centro le esigenze dei 'diseredati del diritto'? In particolare, la Corte Suprema della più grande macchina giudiziaria al mondo, ossia quella indiana, come ha dialogato nei decenni con la necessità di alleviare l'invisibilità degli ultimi? Proveremo, attraverso le riflessioni che seguono, a delineare la disciplina della *Public Interest Litigation* (PIL) per portare alla luce una definizione della stessa che, già illustrata in passato, meglio ne definisce il ruolo in rapporto ad un'idea diffusa di giustizia sociale.

Alla luce di quanto indicato poc'anzi, appare necessaria una premessa metodologica. Come sottolineato da autorevole dottrina, le difficoltà nel riordinare un'analisi comparatistica – e post-moderna – ha indotto i comparatisti a «mescolare criteri giuridici con canoni politologici»<sup>3</sup>. Nel presente articolo delinearò, quindi, l'attività della Corte Suprema indiana e il rapporto coi poteri legislativo ed esecutivo dell'Unione alla luce della distinzione in fasi operata in un recente studio – compiuto senza alcuna retorica autocelebrativa – di A.

<sup>1</sup> Vd. S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, *infra*; D. Amirante, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in 29 *Pace Envtl. L. Rev.*, 441 (2012); F. de Castro, B. Hogenboom & M. Baud (Eds.), *Environmental Governance in Latin America*, London, 2016.

<sup>2</sup> Cfr., fra gli altri, D. Bonilla Maldonado, *Constitutionalism of the Global South*, Oxford, 2013; O. Vilhena, U. Baxi & F. Viljoen (Eds.), *Transformative Constitutionalism: comparing the apex courts of Brasil, India and South Africa*, Pretoria, 2013; D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *DPCE*, 1(2015), 1-36.

<sup>3</sup> L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2017.

Thiruvengadam sulla Costituzione indiana<sup>4</sup>. Dopo aver illustrato la distinzione in fasi dell’operato della Corte Suprema dal 1950 ad oggi, esporrò la disciplina della *Public Interest Litigation* in India e l’evoluzione che ha interessato l’oggetto dell’attività giurisdizionale inerente alla PIL, nonché l’introduzione ed uso della stessa in Nepal.

## 2. La Corte suprema indiana, l’esecutivo e il potere legislativo: la ragionevolezza alla prova dell’interpretazione giuridica

L’articolazione giurisdizionale indiana non è nata dal nulla dopo l’indipendenza dal Regno Unito, ma si è collocata sulla struttura già tracciata in epoca coloniale. Nonostante alcuni processi per sedizione risalenti alla fine del Diciannovesimo secolo, il processo di ‘indianizzazione’ delle *High Courts* del British Raj (Bombay, Calcutta, Madras, Allahâbâd, Patna e Lahore) era già iniziato. Tuttavia, la dialettica era ancora lontana dal recepimento delle ‘voci inascoltate’, in quanto cercava di gestire il conflitto fra poteri indigeni e coloniali.

Un significativo cambiamento, evidentemente, si ebbe con l’Indipendenza dal British Raj e l’istituzionalizzazione della Corte Suprema, in un’ottica che intendeva concretamente ‘separare i poteri’ pur non inserendo alcuna previsione esplicita nel testo costituzionale del 1950.

Come anticipato nel paragrafo precedente, l’attività della Corte Suprema nell’applicazione ed interpretazione del diritto costituzionale, così come i rapporti della stessa con i poteri legislativo ed esecutivo, non è stata lineare, ma è mutata nel corso dei decenni in base alle contingenze. Alla luce di tale precisazione è possibile suddividere l’attività della Corte in cinque fasi: i) approccio tecnocratico e *Judicial Review* (1950-66), ii) fase teleologica (1966-77); iii) PIL e implementazione dei *Directive Principles*; iv) supremazia del potere giudiziario e della spinta verso la *good governance* (1989-2014); v) ritorno alla tecnocrazia (dal 2014).

i) Il 28 gennaio 1950, due giorni dopo l’entrata in vigore della Costituzione, la Corte Suprema avviò la propria attività giurisdizionale. In questa fase, che combacia con l’attività politica di J. Nehru, il ruolo della Corte Suprema si sostanziava in un’opposizione “debole, ma leale”<sup>5</sup> allineata con la missione nazionalista tratteggiata dalla Costituzione sul piano giuridico e dall’attività del Governo su quello politico. Emblematico è il caso *AK Gopalan v. State of Madras*<sup>6</sup>, in cui la Corte Suprema non ritenne incostituzionale la detenzione preventiva – in contrasto con alcuni articoli della Costituzione, in particolare gli artt. 19 e 21 rubricati, rispettivamente, *Protection of certain rights regarding freedom of speech etc* e *Protection of life and personal liberty* – affermando, però, il principio di diritto per il quale la Corte avrebbe potuto ritenere illegittima ogni norma in contrasto con il dettato costituzionale. ii) La seconda fase, ossia quella ‘teleologica’, va dal 1966 al

<sup>4</sup> A.K. Thiruvengadam, *The Constitution of India. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, 2017; in particolare vd. Cap. 4, ‘Fundamental Rights, Directive Principles and the Judiciary’, 101-137, spec. 118 ss.

<sup>5</sup> Ivi, 120.

<sup>6</sup> *AK Gopalan v. State of Madras*, AIR 1950 SC 27.

1977. In questo lasso di tempo, la politica indiana affrontò la fase ‘Post-Nehru’, che vide la figura di Indira Gandhi farsi largo nello scenario politico. Col mutare della compagine politica si assistette a un conflitto aperto fra esecutivo e Corte Suprema, in cui ad ogni riforma strutturale del sistema giuridico indiano, si assisteva ad un puntuale intervento della Corte, che ne rilevava l’illegittimità costituzionale. Emblematici di questa fase sono due precedenti destinati a diventare dei *leading cases*: *Golak Nath v. State of Punjab*<sup>7</sup>, in cui la Corte sancì il principio secondo il quale il Parlamento non può modificare i diritti fondamentali garantiti dalla parte III della Costituzione<sup>8</sup>; *Kesavananda Bharathi v. State of Kerala*<sup>9</sup>, che introdusse la dottrina delle *basic features* (o *basic structure*), in base alla quale il Parlamento non può modificare ciò che viene ermeneuticamente inteso come nucleo essenziale della Costituzione.

Tuttavia, nonostante l’attività interpretativa della corte avesse dimostrato particolare audacia e determinazione nel perseguimento dell’ideale di giustizia sociale, si verificò una inversione al regime tecnocratico contestuale all’emergenza del 1975-77. Esemplificativo di questo ritorno al formalismo è il caso *ADM Jabalpur v. S. S. Shukla*<sup>10</sup>, un giudizio sulla legittimità del *Maintenance of Internal Security Act*, 1971, una legge impiegata come base giuridica per la detenzione di centinaia di migliaia di oppositori politici, ritornando, così, ad una «venerazione formalistica del testo»<sup>11</sup>. A seguito di questa inversione di tendenza, la Corte Suprema indiana divenne un guardiano senza percezione della coscienza costituzionale<sup>12</sup>. iii) La terza fase è quella contraddistinta dall’uso della *Public Interest Litigation* per l’emanazione di provvedimenti che hanno profondamente segnato la società indiana. Durante questo periodo (1977-89) la Corte ha introdotto e accolto numerosi ricorsi riguardanti i diritti sociali ed economici delle classi più povere e svantaggiate della società indiana, arrivando persino a statuire, con il *leading case* *Minerva Mills v. Union of India*<sup>13</sup>, che i *Directive Principles* ai sensi della Parte IV della Costituzione indiana godevano del medesimo status e valore giuridico dei diritti fondamentali, aprendo definitivamente le porte ad una serie di giudizi attinenti ai diritti sociali<sup>14</sup>. iv) La supremazia del potere giudiziario e la

<sup>7</sup> *Golak Nath v. State of Punjab* (1970) 1 SCC 248.

<sup>8</sup> Per un’introduzione al tema vd. Z. Modi, *10 Judgements That Changed India*, New Delhi, 2013. Per un approfondimento sulla dottrina della *basic structure* vd., V.N. Shukla, *Constitution of India*, Lucknow, 2016; M. Seervai, *Constitutional Law of India*, New Delhi, 2015; D.D. Basu, *Comparative Constitutional Law*, Gurgaon, 2014.

<sup>9</sup> *Kesavananda Bharathi v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225.

<sup>10</sup> *Jabalpur v. S. S. Shukla*, AIR 1976 SC 1207.

<sup>11</sup> A. Thiruvengadam, *The Indian Constitution. A Contextual Analysis*, cit., 127.

<sup>12</sup> Il riferimento è a G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford-New Delhi, 1999, il quale definisce l’insieme composto dalla Parte III, IV e IV-A della Carta fondamentale indiana come “la coscienza della Costituzione”. Sulla Costituzione indiana vd. D. Amirante, *India*, Bologna, 2007; Id., *Lo Stato Multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, Bologna, 2014; P. Viola, *Stato, sistema di governo, diritti e doveri nello sviluppo costituzionale indiano*, in D. Amirante (cur.), *Sistemi costituzionali del subcontinente indiano*, Padova, in press.

<sup>13</sup> AIR 1978 SC 1789.

<sup>14</sup> A. Thiruvengadam, *The Indian Constitution. A Contextual Analysis*, cit.

spinta verso la *good governance* in un’epoca di coalizioni<sup>15</sup> in cui si sono alternati una serie di esecutivi che raccoglievano frammenti politici per formare Governi sostanzialmente di centro coincide con la quarta fase. In questo periodo, i giudizi della Corte furono incentrati soprattutto sull’effettiva realizzazione dei programmi di sviluppo economico, mentre da un lato si ridussero drasticamente i giudizi tendenti a garantire i diritti sociali ed economici a tutti i cittadini<sup>16</sup>. v) Secondo alcuni autori stiamo assistendo ad una forma di ‘evasione’<sup>17</sup> della Corte Suprema dalle questioni ritenute centrali per la politica dell’Esecutivo e del Premier Narendra Modi, membro del Bharatiya Janata Party (BJP)<sup>18</sup>.

### **3. Right here, right now. La Public Interest Litigation in India**

L’articolo 32 della Costituzione Indiana, rubricato ‘Rimedi per l’esecuzione dei diritti conferiti dal presente Parte’, sancisce al co. 1 che ‘è garantito il diritto di adire la Corte suprema mediante opportuni procedimenti per l’esecuzione dei diritti conferiti da questa Parte’, ossia i diritti che si assumono come fondamentali. Tale clausola è stata posta come base giuridica per concedere la possibilità a chiunque di adire la Corte qualora si verificasse la presunta violazione di un diritto fondamentale. Inizialmente, legittimato ad agire era solo il titolare del diritto violato, i suoi prossimi congiunti o gli amici qualora questi fosse stato detenuto o materialmente impossibilitato ad adire la Corte<sup>19</sup>. Questa formula, però, fu messa significativamente in crisi dall’attività di giudici e avvocati, nonché dal dinamismo di associazioni *pro bono publico* istituite nella seconda metà degli anni’70. Con la sentenza *S. P. Gupta v. Union of India*<sup>20</sup>, un provvedimento che nasce da un ricorso depositato da alcuni avvocati per sindacare la legittimità di un decreto ministeriale che influiva sull’indipendenza dei giudici, la Corte affermò il principio per il quale chiunque può essere legittimato a ricorrere se l’oggetto della controversia riguarda questioni di interesse pubblico. La ratio di tale decisione è da rinvenire nell’applicazione concreta della *rule of law* e la realizzazione degli obiettivi sanciti dalla Costituzione. Alcuni anni dopo, la Corte chiarì nello sviluppo argomentativo

---

<sup>15</sup> Per una panoramica sui partiti e sulle coalizioni in India vd. R. Diwakar, *Party System in India*, Oxford-New Delhi, 2017; B. Chakrabarty, *Coalition Politics in India*, Oxford-New Delhi, 2014.

<sup>16</sup> A. Thiruvengadam, *The Indian Constitution. A Contextual Analysis*, cit., 129-134.

<sup>17</sup> G. Bhatia, *O, Brave New World: The Supreme Court’s Evolving Doctrine of Constitutional Evasion*, in *Indian Constitutional Law and Philosophy* blog, <https://indconlawphil.wordpress.com/2017/01/06/o-brave-new-world-the-supreme-courts-evolving-doctrine-of-constitutional-evasion/> (ult. acc. settembre 2018); cit. anche in A. Thiruvengadam, *op. cit.*

<sup>18</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso sul diritto alla privacy *Justice K S Puttaswamy (Retd.) and Anr v. Union of India and Ors.*, Writ Petition (civil) 494/2012, che ha commentato anche l’introduzione dell’Aadhaar, un codice identificativo numerico unico che raccoglie i dati biometrici dei residenti in India.

<sup>19</sup> V.N. Shukla, *Constitution of India*, cit., 355 ss.; M. Seervai, *Constitutional Law of India*, cit.; *Bokaro and Ramgur Ltd. v. State of Bihar*, AIR 1963 SC 516, 518; *Sunil Batra (2) v. Delhi Admin.*, (1980) 3 SCC 488; AIR 1980 SC 1579.

<sup>20</sup> V. N. Shukla, *Constitution of India*, cit., 1981 Supp SCC 87; AIR 1982 SC 149.

della sentenza *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*<sup>21</sup> il principio di diritto per il quale una persona, mossa da spirito pubblico e in buona fede, che si rivolge alla Corte in nome di un individuo o insieme di persone povere, con disabilità, socialmente o economicamente svantaggiate per le quali non è possibile un diretto intervento presso la Corte, è legittimata e può proporre ricorso anche inviando una semplice lettera, senza dover pagare alcuna somma, in quanto è manifestamente illogico, a fronte dello «spirito della Costituzione, il fatto per il quale una persona che agisce *pro bono publico* debba sostenere le spese di tasca propria per la nomina di un avvocato e la preparazione di un regolare ricorso da depositare in tribunale per l'esecuzione del diritto fondamentale di una sezione povera e svantaggiata della comunità»<sup>22</sup>. Sempre nella stessa sentenza, la Corte evidenzia la ratio dell'esclusione di un eccessivo formalismo, affermando che «[...] una formula processuale rigida per l'esecuzione di un diritto fondamentale sarebbe autodistruttiva, perché porrebbe l'applicazione dei diritti fondamentali e i rimedi per l'applicazione degli stessi al di là della portata dell'uomo comune, considerando che i Costituenti hanno ritenuto tale rimedio così prezioso e inestimabile da elevarlo allo status di un diritto fondamentale»<sup>23</sup>. Sulla base della precedente considerazione di merito sulla ratio e la necessità di rendere attuali e concrete le disposizioni costituzionali inerenti ai diritti fondamentali, in una prospettiva giuridica esente da forme, la Corte Suprema ha ritenuto sufficienti articoli pubblicati da quotidiani, semplici lettere da parte di privati e persino cartoline postali per introdurre una questione in giudizio.

Tuttavia, apparirebbe un errore considerare la PIL come uno strumento 'in bianco' per accedere alla Corte Suprema; infatti, comprensibilmente sono considerate inammissibili tutte quelle questioni che hanno un risvolto prettamente privato o sono meramente irragionevoli. Nonostante l'approccio liberale, quindi, alcune limitazioni sono state poste in via giurisprudenziale. Innanzitutto, la Corte non ammette che le associazioni non riconosciute possano depositare ricorso ai sensi dell'art. 42<sup>24</sup>, non sono ammessi a presentare ricorso gli avvocati nei confronti di magistrati per questioni attinenti allo svolgimento del processo penale e non può essere introdotto un giudizio avente ad oggetto una materia già decisa in sede giurisdizionale. Una ulteriore e particolare limitazione è prevista per questioni attinenti alla materia penale: solo l'accusato può rivolgersi alla Corte Suprema, fatta eccezione per i casi in cui il soggetto sia detenuto o versi in condizione di disabilità.

Nonostante la libertà di forme, alcune regole di procedura sono state fissate al fine di razionalizzare l'istituto. Ad adire la Corte Suprema può essere solo un cittadino indiano, portatore di interessi pubblici, e la questione non può tassativamente concernere interessi privati, ma solo collettivi. Il ricorso è depositato in duplice copia alla High Court competente o in cinque copie direttamente presso la Corte Suprema. Per la PIL dinnanzi alla High Court, il

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, *M. C. Metha v. Union of India (Shriram-Oleum Gas)*, (1987) 1 SCC 395: AIR 1987 SC 1086, 1089.

<sup>22</sup> *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, AIR (1984) SC 802.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Mahinder Kumar Gupta v. Union of India*, (1995) 1 SCC 85, 89; cfr. V. N. Shukla, *op. cit.*

ricorrente è obbligato a notificare l’atto al resistente, mentre tale procedura non è richiesta se si investe della questione la Corte Suprema. Infine, i costi sono molto esigui, in quanto il contributo da versare è pari a 50 rupie per ogni resistente (ca. 0,60 €), alle quali vanno aggiunte le eventuali spese legali, ma la gran parte degli avvocati esercita *pro bono*.

Circa l’esercizio dell’azione, il ricorrente non può rinunciarvi, anche qualora sia stato udito personalmente in giudizio, né può imporre condizioni. Come sottolineato da M. P. Singh, però, lo strumento della PIL è mutato nel corso dei decenni, portando a due distinte evoluzioni: da un lato, ha dato voce ai deboli e disabili su questioni politiche, corruzione ed ineffettività dei rimedi adottati dal governo; dall’altro, mediante la PIL sono state decise numerose questioni che, pur non violando direttamente i diritti fondamentali ai sensi della Parte III della Costituzione indiana, sono state introdotte e decise<sup>25</sup>.

Quest’ultimo punto, in particolare, ha indotto alcuni ricercatori a tracciare una divisione in periodi della *Public Interest Litigation* in base a quattro elementi frequenti: a) ricorrente, b) oggetto, c) resistente, d) contenuto del dispositivo.

Durante il primo periodo, che sul piano temporale per somme linee combacia con la seconda metà degli anni ’70 e ’80, a ricorrere erano principalmente persone animate da un genuino ‘spirito pubblico’, nella maggior parte dei casi avvocati, giornalisti e attivisti. I ricorsi avevano ad oggetto principalmente i diritti delle fasce più deboli della società indiana, ossia bambini, operai, persone economicamente soggiogate o ridotte in schiavitù, minatori e donne. Oggetto delle controversie erano in linea di massima gli atti dell’Esecutivo in violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o quei provvedimenti di natura amministrativa che non erano in grado di garantire un’adeguata tutela ai sensi della Parte II della Costituzione. La Corte Suprema nella maggior parte dei casi ha riconosciuto le pretese dei ricorrenti, dando indicazioni al governo al fine di compensare le violazioni.

Il secondo periodo coincide pressappoco con gli anni ’90 e l’apertura dell’India al mercato globale ed ai *foreign direct investments*. Durante questo arco temporale, si concretizza una prassi di istituzionalizzazione del ricorrente, in quanto la materia viene devoluta dai privati ad avvocati che esercitano *pro bono* o ad organizzazioni non governative che si occupano prevalentemente di PIL; anche l’oggetto si amplia, includendo la tutela dell’ambiente, i fenomeni di corruzione, l’errata o insoddisfacente attività della pubblica amministrazione, il diritto all’istruzione, la delocalizzazione delle industrie, il rispetto della *rule of law*, la *governance* e il rispetto dei *directive principles*<sup>26</sup>, la responsabilità generale del Governo. I giudizi non sono più esclusivamente diretti a sindacare l’azione/non-azione dell’Esecutivo, ma sono rivolti anche a privati, e in alcuni casi a sfere di intervento che apparterrebbero alle attribuzioni del potere legislativo. Durante questa seconda fase, la Corte ha adottato una prospettiva definita «audace e non

---

<sup>25</sup> Ivi, 358.

<sup>26</sup> Part. IV, Costituzione della Repubblica dell’India, 1950. Vd. G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, cit.; S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford-New Delhi, 2016.

convenzionale»<sup>27</sup>; esemplificando, la magistratura non ha esitato a tracciare linee guida dettagliate laddove si riscontravano lacune legislative, anche adoperando le misure necessarie al fine di far rispettare i diritti fondamentali nei confronti dei privati, concedendo azioni risarcitorie e riparatorie anche qualora a resistere era la stessa Unione indiana. Importante sottolineare che in questa fase la Corte ha implementato l'esecuzione dei propri provvedimenti, e in caso di non-conformità ha imposto la creazione di agenzie investigative e di controllo governativo o ha direttamente punito i dipendenti pubblici per non aver rispettato gli obblighi derivanti dal proprio ufficio. L'ultimo periodo, quello che va dalla fine degli anni '90 ad oggi, è quello in cui, secondo alcuni, si è verificato un indebolimento morale della PIL, in quanto spesso sono depositati ed accolti ricorsi per questioni 'in voga' contro i privati e l'esecutivo<sup>28</sup>.

#### 4. La disciplina della PIL in Nepal: dichiarazione e tutela dei diritti fondamentali in una neo-repubblica democratica

984

Per illustrare la *Public Interest Litigation* in Nepal è necessario precisare due punti di snodo obbligati: accennare alla svolta politica del 1990, grazie alla quale fu concesso ai partiti politici di esercitare la propria attività; chiarire la differenza fra attivismo giudiziario e PIL.

Durante il Panchayat System, ossia la democrazia senza partiti del Regno Hindu del Nepal che va dal 1960 al 1990, in vigenza della Costituzione del 1962 fu vietato lo svolgimento dell'attività politica mediante partiti. A seguito del primo Jana Andolan, lo scenario politico nepalese mutò considerevolmente, ritornando al pluralismo partitico, mentre sul piano giuridico si cristallizzò questo cambiamento socio-politico attraverso l'introduzione del nuovo testo costituzionale (che sarà poi sostituito dalla Costituzione ad Interim del 2007)<sup>29</sup>. Caratteristica di questo periodo è l'assenza di una previsione costituzionale che esplicitamente sancisce la possibilità per chiunque di adire *pro bono publico* la Corte Suprema per la violazione di un diritto fondamentale. Eppure, nonostante l'assenza formale della PIL dal sistema giuridico nepalese, l'attività giudiziaria produsse alcuni provvedimenti per il rispetto dei diritti fondamentali. In quest'ultimo assunto si evidenzia la

<sup>27</sup> S. Deva, *Public Interest Litigation in India: A Critical Review*, in *Civil Justice Quarterly*, 28, 2009, 19-40.

<sup>28</sup> Ivi.

<sup>29</sup> Per l'economia del presente lavoro non è possibile illustrare in modo compiuto la storia e lo sviluppo della società nepalese, sia sul piano politico-giuridico, che antropologico. Per un approfondimento sul tema vd. M. Malagodi, *The End of a National Monarchy: Nepal's Recent Constitutional Transition from Hindu Kingdom to Secular Federal Republic*, in *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 11, No. 2, 2011, 234-251; Id., *Constitutional Nationalism and Legal Exclusion. Equality, Identity Politics, and Democracy in Nepal (1990-2007)*, Oxford, 2013; T.L. Brown, *The challenge to democracy in Nepal. A political history*, London-New York, 1996; P. Viola, *Lingua e diritto nella Costituzione Nepalese del 20 settembre 2015: "diversità non discordante e Stato multicultural"*, in *DPCEonline*, vol. 28, 4/2016, 77-90; Y. Ghai, *Ethnicity, Identity, Participation and Social Justice: A Constitution for New Nepal*, in *International Journal On Minority And Group Rights*, III(18), 2011, 309-334; Id., *The Old Order Is Dying, the New Order Is Not Yet Born. Politics of Constitution Demolishing and Constitution Building in Nepal*, in H.Y. Chen, *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge, 2014, 367-390.

distinzione fra attivismo giudiziario e PIL, in quanto la prima attività non necessita di uno strumento quale, per l’appunto, la PIL per far sì che la magistratura intervenga su questioni di dominio e interesse pubblico rispettando il *locus standi*, le procedure per l’introduzione delle controversie *suo moto* o utilizzando una *writ petition* come pretesto.

Anche se in modo embrionale, però, già dal 1986, mediante il nono emendamento al Codice civile nepalese, fu disposta la possibilità di poter investire la Corte per una materia di pubblico interesse<sup>30</sup>. Tuttavia, sulla scorta dell’esperienza indiana<sup>31</sup>, solo con la costituzionalizzazione dell’istituto si ottenne la definizione contestuale della giurisdizione e della competenza, nonché del contenuto della PIL, mediante il combinato disposto degli articoli 23 e 88 co. 2 della Costituzione del 1990. L’articolo 23 conferiva alla Corte Suprema la giurisdizione esclusiva per le controversie riguardanti la violazione o l’*enforcement* dei diritti fondamentali sanciti nella Parte III del testo. Circa la giurisdizione e la competenza della Corte, essa poteva emettere qualsiasi provvedimento necessario e appropriato per far rispettare i diritti fondamentali o per risolvere la controversia alla base della violazione. La possibilità di adire la Corte si concretizzava in riferimento all’esecuzione o all’esercizio di un diritto fondamentale o di qualsiasi altro diritto per il quale non era stato fornito alcun altro rimedio o quest’ultimo risultasse inadeguato e/o inefficace, nonché per la risoluzione di qualsiasi questione costituzionale o giuridica in cui la materia oggetto del contendere era di interesse pubblico<sup>32</sup>.

La Costituzione ad Interim del 2007 riprese quasi completamente la disciplina della PIL del precedente testo costituzionale. Nello specifico, all’art. 28 fu sancito l’*enforcement* dei diritti fondamentali<sup>33</sup>, mentre all’art. 107 fu ribadita la giurisdizione della Corte Suprema in materie di pubblico interesse. Da sottolineare è l’incipit dell’articolo *de quo* «Qualsiasi cittadino del Nepal»<sup>34</sup>, avente un valore

---

<sup>30</sup> H.B. Tripathi, *Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, in *NJA Law Journal*, Vol. 1, No. 1, 2007, 49-72, spec. 65 e *passim*.

<sup>31</sup> D. Amirante, P. Viola, *South Asian Constitutionalism in Comparative Perspective: the Indian ‘prototype’ and some recent borrowings in the 2015 Nepalese Constitution*, in M.P. Singh (Ed.), *The Indian Yearbook of Comparative Law 2017*, Routledge, *in press*.

<sup>32</sup> Art. 23, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 1990 – Right to Constitutional Remedy: The right to proceed in the manner set forth in Article 88 for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed. Art. 88, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 1990 – Jurisdiction of the Supreme Court: (2) The Supreme Court shall, for the enforcement of the fundamental rights conferred by this Constitution, or the enforcement of any other legal right for which no other remedy has been provided or for which the remedy even though provided appears to be inadequate or ineffective, or for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern, have the extraordinary power to issue necessary and appropriate orders to enforce such rights or to settle the dispute.

<sup>33</sup> Art. 28, Costituzione *ad Interim*, 2007 – Right to constitutional remedy: The right to proceed in the manner set out in Article 107 for the enforcement of the rights conferred in this Part is guaranteed.

<sup>34</sup> Art. 107, Costituzione *ad Interim*, 2007 – Jurisdiction of the Supreme Court: (1) Any Nepali citizen may file a petition in the Supreme Court to have any law or any part thereof declared void on the ground of inconsistency with this Constitution because it imposes an unreasonable

simbolico in un contesto post-rivoluzionario che ha travolto la monarchia in favore della repubblica. La disciplina è rimasta sostanzialmente invariata in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 2015. Gli articoli 46 e 133, infatti, ripropongono quanto già indicato nel precedente testo costituzionale<sup>35</sup>. Va sottolineato che l'art. 133 espressamente prevede che qualsiasi cittadino nepalese può presentare ricorso presso la Corte Suprema, la quale potrà statuire la nullità *ex nunc* o *ex tunc* di una legge o parte di essa se incoerente con la Costituzione, per aver imposto una restrizione irragionevole sul godimento dei diritti fondamentali o per qualsiasi altra ragione. In particolare, al co. 2 è previsto l'obbligo di instaurare un giudizio qualora la controversia riguardi l'interesse pubblico, specificando che anche in questo caso la Corte può utilizzare qualsiasi rimedio giuridico, senza alcuna limitazione o distinzione rispetto ai casi che non si configurano come PIL<sup>36</sup>.

Anche se l'istituto della *Public Interest Litigation* in Nepal è relativamente recente se comparato ad altre esperienze del subcontinente indiano<sup>37</sup>, esso è riuscito negli anni ad imporsi come strumento principale e necessario per l'attuazione e il rispetto delle previsioni costituzionali. Casi come *Radheshyam Adhikari v. Secretariat of the Council of Ministers & Others*<sup>38</sup>, *Surya Prasad Dhungel v. Godabari Marble Industries Pvt. Ltd. & Others*<sup>39</sup>, *Advocate Meera Dhungana vs. HMG & Others*<sup>40</sup> o *Advocate Pun Devi Maharjan v. His Majesty's Govt. of Nepal*<sup>41</sup> sono solo alcune delle sentenze che hanno profondamente riscritto il rapporto fra potere,

---

restriction on the enjoyment of the fundamental rights conferred by this Constitution or on any other ground [...].

(2) The Supreme Court shall, for the enforcement of the fundamental rights conferred by this Constitution, for the enforcement [...] or for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern, have the extraordinary power to issue necessary and appropriate orders to enforce such rights or settle the dispute [...].

<sup>35</sup> Art. 46, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 2015 – Right to constitutional remedy: There shall be right to constitutional remedy pursuant to the Articles 133 or 144 in course of implementation of rights granted in this part. Art. 133, co. 1, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 2015 – Jurisdiction of the Supreme Court: 1. Any Nepali citizen may file a petition in the Supreme Court to have any law or any part thereof declared void on the ground of inconsistency with this Constitution because it imposes an unreasonable restriction on the enjoyment of the fundamental rights conferred by this Constitution or on any other ground [...].

<sup>36</sup> Art. 133 co. 2, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 2015 – 2. The Supreme Court shall, [...] for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern, have the extraordinary power to issue necessary and appropriate orders to enforce such rights or settle the dispute.

<sup>37</sup> Per una prospettiva generale sulla PIL nel subcontinente indiano vd. H.B. Tripathi, *Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, cit. Per un'introduzione alla PIL in Sri Lanka vd. M. Gomez, *Litigating to Change: Public Interest Litigation and Sri Lanka*, Ministry of Justice, disponibile all'indirizzo web <https://www.lawnet.gov.lk/1960/12/31/litigating-to-change-public-interest-litigation-and-sri-lanka/> (ult. acc. settembre 2018).

<sup>38</sup> 33 NKP 810 (1991).

<sup>39</sup> WP 35/1992.

<sup>40</sup> NKP 2052 (1995).

<sup>41</sup> Vd. C. Letizia, *The goddess Kumari at the Supreme Court: Divine kinship and secularism in Nepal*, in L. Michelutti, A. Forbess (Eds.), *Divine kinship and politics, FOCAAL, Journal of Global and Historical Anthropology*, 67: 32- 46. Per un approfondimento sul laicismo in Nepal vd. Id., *Shaping Secularism in Nepal*, in *European Bulletin of Himalayan Research*, 39: 66-104 (2012).

diritto e società in Nepal. Il conferimento in capo ad un singolo della possibilità di essere portavoce di un interesse superindividuale e collettivo, la necessità di far rientrare nel diritto alla vita anche il diritto ad un ambiente salubre e vivibile, il caso del *marital rape* che, da semplice appello, è servito ad amplificare e universalizzare il dibattito sul ruolo della donna nella società nepalese, il caso ‘Kumari’, che ha inciso su un istituto religioso e fatto dialogare in sede giuridica tradizioni antiche e diritti moderni, sono solo alcuni degli effetti che l’istituto della PIL ha prodotto in una società restia al cambiamento o, in altra prospettiva, fedele alle proprie tradizioni religiose e sociali. Da qui l’idea della PIL come un «prodotto di ingegneria giudiziaria creativa»<sup>42</sup> che «a differenza dell’*adversary litigation* [...] è una sorta di contenzioso cooperativo e collaborativo che coinvolge la Corte, il ricorrente, il governo o una pubblica autorità, condividendo la realizzazione di una legge o l’impegno costituzionale alla giustizia sociale, allo stato di diritto, al buon governo e al rispetto dei diritti umani e fondamentali»<sup>43</sup>.

### **5. *Public Interest Litigation* o *Social Action Litigation*? Quando la sofferenza è ‘presa sul serio’**

Dare un giudizio sulla *Public Interest Litigation* o semplicemente descriverne il regime giuridico non è semplice come possa apparire a primo acchito. La PIL, infatti, è uno strumento mediante il quale il catalogo aperto dei diritti fondamentali continuamente colma semanticamente sé stesso, adattando le norme ad una società in divenire. Come primo punto conclusivo, quindi, si potrebbe attribuire alla PIL il ruolo di strumento di aggiornamento e definizione di norme destinate ad essere valide ed efficaci in un tempo pluri-generazionale. La funzione della PIL, però, non si esaurisce in un mero dato semantico, in quanto assume in sé il carico valoriale di un intero sistema giuridico chiamato a garantire e realizzare l’idea di ‘giustizia sociale’. È proprio grazie a tale strumento che le ‘voci inascoltate’ si sono tramutate in grida capaci di scuotere un intero sistema socio-economico e giuridico. A tal fine, credo si possa condividere la tesi di U. Baxi quando, in piena prima fase della PIL in India, asseriva che tale istituto andrebbe indicato con la locuzione *Social Action Litigation*, anziché con il comune acronimo che richiama precedenti esperienze costituzionali<sup>44</sup>. Infatti, la PIL si è diffusa nei sistemi costituzionali del subcontinente indiano<sup>45</sup> come strumento per il raggiungimento della giustizia sociale e la concretizzazione dell’uguaglianza sostanziale in sede giurisdizionale. Sin dal 1988, infatti, con il caso *Benazir Bhutto v. President of Pakistan*<sup>46</sup> si è introdotto questo rimedio in Pakistan, mentre in Bangladesh, già dagli anni ’70, l’attivismo giudiziario si indirizzò verso l’adozione della PIL, al punto che alcuni

<sup>42</sup> H.B. Tripathi, *Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, cit., spec. 70.

<sup>43</sup> Ivi, 71.

<sup>44</sup> U. Baxi, *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, Vol. 4, art. 6. Vd. anche Id., *Human Rights in a Posthuman World. Critical essays*, Oxford, 2007.

<sup>45</sup> Cfr. n. 37, *supra*.

<sup>46</sup> PLD 1988 SC 388. Per un approfondimento sulla PIL in Pakistan si rinvia a M.H. Khan, *Public Interest Litigation: Growth of the concept and its meaning in Pakistan*, Karachi, 1993; W. Menski, A.R. Alam, M.K. Raza, *Public Interest Litigation in Pakistan*, Karachi, 2000.

studiosi hanno considerato il caso *Kazi Mukhlesur Rahman v Bangladesh*<sup>47</sup> un giudizio «that had a strong PIL flavour»<sup>48</sup>, mentre solo nel 1996, con la sentenza *Dr Mohiuddin Farooque v. Bangladesh*<sup>49</sup> si è definitivamente introdotta nell'ordinamento giuridico bengalese la PIL. Pertanto, dati gli elementi appena illustrati, credo che la tesi<sup>50</sup> secondo la quale oggi staremmo assistendo ad un abuso della PIL in India sia eccessivamente drastica, poiché bisogna considerare anche una sorta di assuefazione della società ad uno strumento che si dà per scontato, così come a volte si dà per scontata la resilienza di situazioni di fatto che pregiudicano il rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia, non si può negare, alla luce delle migrazioni e dei trapianti giuridici nel subcontinente, che l'esperienza indiana riguardante la PIL si è sostanzialmente posta come modello di esercizio capace di battere il sentiero per il raggiungimento dell'ideale di giustizia sociale. Va infine rimarcato che, per l'intrinseca portata valoriale che ha permesso a tanti 'Davide' di far sentire la propria voce, alcuni hanno intravisto nella PIL – o SAL – una forma di risposta giurisdizionale al British Raj e alle logiche colonialiste<sup>51</sup>, ma anche in riferimento al Nepal, che rimase indipendente e non fu mai soggiogato dai colonizzatori britannici, è possibile estendere l'affermazione per la quale la PIL rappresenta una *Social Action Litigation* capace di diminuire la distanza fra una realtà estremamente dinamica ed una ipotetica giustizia sociale.

---

<sup>47</sup> 26 DLR (AD) (1974) 44.

<sup>48</sup> Per un'introduzione alla PIL in Bangladesh vd. R. Hoque, *Taking justice seriously: judicial public interest and constitutional activism in Bangladesh*, in *Contemporary South Asia*, 15(4), December, 2006, 399-422, cit. 401.

<sup>49</sup> IX (1996) Bangladesh Supreme Court Report 27.

<sup>50</sup> S. Deva, *op. cit.*

<sup>51</sup> A. Bhuwania, *Courting the People. Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, Cambridge, 2017.

## Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana

di Silvia Bagni

**Abstract:** *The (not completely unheard) voices of Nature in recent Colombian and Indian case-law* – Nature has been for long time an unheard voice for the Law. Since the Seventies of the past century, however, the international community has begun to change its mind and to consider the environment as something worthy of consideration from a legal perspective. The environmental crisis that is menacing the existence of our common Home and new epistemological approaches based on earth jurisprudence have favored the emergence of the concept of “rights of Nature”. At constitutional level, it has been introduced in the 2008 Ecuadorian Constitution. Besides, other countries have implemented laws about the rights of rivers, glaciers, animals, etc. The article focuses on the case-law formant and compares recent Colombian and Indian case-law, where “legal personality” has been recognized to natural elements.

989

**Keywords:** Rights of Nature; Ecological constitutionalism; Harmony with Nature; Biocultural rights; Sustainable development.

*Before these priceless bits of America (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard»  
Mr. Justice Douglas (diss.op.), in Sierra Club vs. Morton, 405 U.S. 727 (1972)*

### 1. La voce “inascoltata” della Natura: finalità della comparazione e criterio di comparabilità

La crisi ecologica che il pianeta sta attraversando ha provocato in ambito giuridico un ripensamento delle categorie tradizionali del diritto dell’ambiente, partendo da una visione non più antropocentrica, bensì bio- o eco-centrica. Il cambio di prospettiva permette di avanzare l’idea di una nuova dogmatica dei diritti, che includa fra i soggetti giuridici anche esseri non umani, come la Natura in quanto tale, o suoi componenti animati o inanimati<sup>1</sup>.

Contemporaneamente, si sono moltiplicate in diversi Paesi concrete iniziative in difesa dei diritti della Natura, ad es., attraverso il riconoscimento per

---

<sup>1</sup> Per una esaustiva riflessione sul tema v. M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Milano, 2017, 486 ss.

legge di soggettività giuridica o di un particolare statuto di diritti a elementi naturali come fiumi o interi habitat, molto spesso legati in qualche modo alle tradizioni religiose delle comunità indigene locali, come in Australia con il fiume Yarra o in Nuova Zelanda con l'ex parco nazionale Te Urewera o con il fiume Te Waiū-o-Te-Ika.

Tra le iniziative sopra ricordate ci sono anche alcune sentenze di Corti nazionali di vario livello<sup>2</sup>. Scopo del presente scritto è quello di studiare, attraverso la comparazione delle sentenze, di quali strumenti giuridici, parametri costituzionali e argomentazioni legali, le Corti si sono di volta in volta servite per riconoscere tutela diretta a fiumi, laghi, ghiacciai, habitat naturali, ecc.

In Ecuador, il 30 marzo 2011, la Corte provinciale di Loja risolve il caso *Loja v. Río Vilcabamba*, dando per la prima volta diretta applicazione all'art. 71 cost. sui diritti della Natura, a difesa del diritto al rispetto del ciclo vitale di un fiume, minacciato dai lavori di scavo di una nuova arteria stradale provinciale. L'azione di protezione viene proposta su iniziativa di due cittadini stranieri residenti nell'area, sulla base della legittimazione universale riconosciuta dall'ordinamento per l'esercizio di azioni costituzionali. La sentenza rappresenta sul piano formale una vittoria per coloro che fin dalla Costituente avevano sostenuto che l'estensione del concetto di soggettività giuridica alla Natura si sarebbe dimostrato nel tempo un prezioso strumento legale di difesa dell'ecosistema<sup>3</sup>. Ciò nonostante, essa è rimasta parzialmente disattesa, tanto che i ricorrenti hanno agito per *incumplimiento* di fronte alla Corte costituzionale, lamentando la mancata elaborazione, da parte delle autorità competenti, di un Piano di recupero e riabilitazione delle aree colpite. La Corte ha emesso la sentenza n. 012-18-SIS-CC, del 28 marzo 2018, negando tuttavia l'inadempimento e dunque ritenendo sufficienti i passi intrapresi dalle autorità pubbliche per il ripristino del letto del fiume.

Successivamente, altre sentenze ecuadoriane, tanto costituzionali che di giudici ordinari, hanno riconosciuto i diritti della Natura in svariate circostanze<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Il sito del programma *Harmony with Nature*, [www.harmonywithnatureun.org](http://www.harmonywithnatureun.org), cura l'aggiornamento di un *database* dei provvedimenti normativi e giurisprudenziali relativi al progressivo riconoscimento giuridico dei diritti della Natura in tutto il mondo. Gli ordinamenti in cui sono presenti pronunce legate ai diritti della Natura sono quelli colombiano, ecuadoriano, indiano e statunitense. V. anche L. Cano Pecharroman, *Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court*, in *Resources*, vol. 7, n. 1, 2018, 1-14.

<sup>3</sup> Cfr., durante i lavori della costituente, A. Acosta, *¿Tienen derechos los animales?*, in *La Insignia*, 10 gennaio 2008, e poi i saggi contenuti in A. Acosta, E. Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, 2009 e da ultimo A. Acosta, E. Martínez, *Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, in S. Bagni (a cura di), *Come governare l'ecosistema? - How to govern the ecosystem? - ¿Como gobernar el ecosistema?*, Bologna, 2018, DOI 10.6092/unibo/amsacta/5799Bologna, 13 ss.; nonché vari scritti di R. Ávila Santamaría, ad es. in *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, 2016.

<sup>4</sup> V., ad es., Corte cost., sent. n. 017-12-SIN-CC, del 26 aprile 2012, sui limiti al diritto di stabilimento alle Galápagos; *Juez Temporal Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos*, giudizio cautelare n. 269-2012, in tema di opere pubbliche senza autorizzazione ambientale; *noveno Tribunal de Garantías penales del Guayas*, giudizio pen. 09171-2015-0004, sulla pesca illegale di squali; *Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito*, causa n. 2003-2014 - C.T., 8 settembre 2015, sulla uccisione illegale di un giaguaro; Corte cost., sent. n. 218-15-SEP-CC, in tema di ponderazione tra diritti della Natura

Tuttavia, ai fini della presente ricerca, tale giurisprudenza non è comparabile con quella di altri Paesi dove manca un riconoscimento normativo esplicito dei diritti della Natura. Infatti, la presenza di un parametro di rango addirittura costituzionale, in un sistema che prevede la diretta applicazione dei diritti costituzionali da parte di qualsiasi operatore pubblico (art. 11, n. 3 cost.), l'assenza di gerarchia fra i diritti costituzionali (art. 11, n. 6 cost.) e il principio interpretativo *in dubio pro natura* (art. 395, n. 4) rende quasi obbligatorio per i giudici ecuadoriani riconoscere tutela alla Natura in giudizi promossi per violazione di suoi diritti.

Venendo dunque a ordinamenti che non riconoscono formalmente diritti alla Natura, la prima sentenza che nella storia affrontò un problema simile fu quella della Corte Suprema statunitense nel caso *Sierra Club v. Morton*, del 1972. Il Sierra Club, un comitato di cittadini costituitosi in difesa del mantenimento di un'area naturalistica nella Sierra Nevada, contea di Tulare, California, era ricorso in giudizio per fermare un progetto di sviluppo turistico dell'area, presentato dalla Walt Disney Enterprises. La compagnia aveva partecipato a un bando del Servizio forestale statunitense, e aveva elaborato un progetto che prevedeva la costruzione di *resorts*, hotels, piscine e altre *facilities*, in un'area di 80 acri, prossima al Sequoia National Park, con un investimento di 35 milioni di dollari. La corte distrettuale aveva in primo grado accolto il ricorso del Sierra Club, emettendo un'ingiunzione per sospendere l'esecuzione del progetto. La Disney ricorreva in appello e la Corte del nono circuito riformava la pronuncia di primo grado. Il Sierra Club presentava *writ of certiorari* alla Corte Suprema.

Anche questo caso non è utile ai fini comparativi inizialmente posti, in quanto la Corte Suprema a maggioranza rigettò il ricorso per motivi processuali, convenendo con la motivazione della Corte d'appello circa l'assenza di *standing* da parte del Sierra Club. Ciò nonostante, la pronuncia è considerata come il punto di partenza della riflessione scientifica che ha condotto all'elaborazione della *earth jurisprudence*, a motivo delle opinioni dissenzienti dei giudici Douglas e Blackmun, a favore dell'ampliamento dello *standing* per chi agisce a tutela dei diritti della Natura. C'è comunque da considerare che il giudizio fu pronunciato in un momento storico totalmente diverso da quello attuale, quanto a diffusione di consapevolezza ecologica in dottrina e fra i cittadini comuni, e quanto a (supposto) impegno istituzionale per la tutela dell'ambiente.

Alla luce di quanto finora analizzato, il criterio di comparabilità che adottiamo risulta dalla combinazione di due elementi: il comune risultato del riconoscimento di soggettività giuridica, e dunque della titolarità di diritti propri, a enti naturali quali fiumi, ghiacciai, foreste, animali, ecosistemi; l'assenza di norme esplicite in Costituzione che facciano apertamente propria la prospettiva ecocentrica rispetto a quella antropocentrica del diritto a un ambiente sano.

Queste condizioni sono soddisfatte da una serie di recenti pronunce di Corti colombiane e indiane. Fissati gli elementi di comparabilità, è opportuno

---

e diritto al lavoro (si tratta della prima pronuncia sui diritti della Natura in un'azione straordinaria di protezione: cfr. F.J. Bustamante Romo Leroux, *Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, 1 marzo 2016, observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec).

sottolineare le differenze fra i due ordinamenti, a partire dai contesti politici, economici e culturali.

Sul piano strettamente giuridico, una prima annotazione riguarda i testi costituzionali dei rispettivi Paesi.

La Costituzione indiana è del 1950 e questa “anzianità” si riflette nelle espressioni con cui riconosce tutela all’ambiente. L’articolo 48 («The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country») è infatti incluso nella parte IV intitolata “Principi direttivi della politica statale”, e non in quella precedente, dedicata ai diritti fondamentali. La tutela ambientale viene comunque catalogata anche quale dovere fondamentale dei cittadini indiani (art. 51, lett. g «to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures»).

La Costituzione colombiana è molto più recente, per cui il suo linguaggio risente del dibattito internazionale sviluppatosi attorno alla relazione necessaria tra sviluppo, sostenibilità e tutela ambientale, a partire dalla Conferenza di Stoccolma sull’ambiente umano del 1972, e in particolare con il rapporto Brundtland del 1987. Negli articoli 79 e 80 cost. si afferma il diritto a un ambiente sano e il dovere dello Stato di proteggere la sua diversità e integrità e le aree di speciale rilievo ecologico; inoltre, lo Stato si impegna all’attuazione di politiche di sfruttamento delle risorse ambientali che assicurino lo sviluppo sostenibile<sup>5</sup>. La Costituzione, dunque, non si limita a menzionare l’ambiente, ma richiama più volte la necessità di tutelare gli aspetti “ecologici” legati ad altri diritti, come quello di proprietà o allo sviluppo economico.

L’altro elemento differenziale da tenere in considerazione, soprattutto nella valutazione degli strumenti giuridici che le Corti utilizzano per raggiungere il medesimo obiettivo, è quello dell’appartenenza dei due sistemi a famiglie giuridiche diverse: di diritto misto, per l’India, con forte retaggio anglosassone; di *civil law*, in Colombia. Questa differenza produce notevoli conseguenze rispetto allo strumentario a disposizione delle Corti per il riconoscimento e l’implementazione dei diritti riconosciuti. Tuttavia, ciò permette anche di annullare parzialmente un’ulteriore differenza, ossia quella del livello delle Corti la cui giurisprudenza verrà analizzata. Si tratta infatti di Corti nazionali di vertice (Corte costituzionale e Corte Suprema), per la Colombia; di una *High Court* di uno Stato membro, per il caso indiano. L’applicabilità della dottrina del precedente e della *judge-made law*, il sistema della *Public Interest Litigation* (PIL)<sup>6</sup> e gli ampi poteri di ingiunzione e di esecuzione in capo alle corti nel sistema indiano

---

<sup>5</sup> «Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Art. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados».

<sup>6</sup> Su cui v. P. Viola, ‘Giustizia sociale’ e *Public Interest Litigation* nell’evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici, in questa *Rivista*.

conferiscono alla giurisprudenza che si andrà ad analizzare un peso rilevante per l'intero ordinamento giuridico, andando così ad accorciare le distanze di comparabilità, rispetto alla giurisprudenza colombiana.

## 2. Colombia

### 2.1. Il caso *Río Atrato*

La prima sentenza in ordine cronologico è la T-622 del 10 novembre 2016, emessa dalla *Sala sexta de revisión* della Corte costituzionale. Si tratta di un ricorso per revisione di sentenza nell'azione di tutela<sup>7</sup> promossa dal *Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna"*, in rappresentanza di vari consigli comunitari, finalizzata a «detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales» nell'area del Chocó, lungo le sponde del rio Atrato. I ricorrenti sostengono che tali attività mettono in serio pericolo le forme di vita tradizionali delle comunità etniche che vivono su quel territorio. L'area è per il 96% della sua superficie costituita da territori collettivi di 600 comunità afro, raggruppate in 70 consigli comunitari maggiori e 120 *resguardos* indigeni.

L'attività mineraria intensiva distrugge il letto del fiume, procura sversamento di sostanze altamente inquinanti, come il mercurio e il cianuro, e dispersione di vapori di mercurio dal trattamento delle sostanze residue sicché «la contaminación del río Atrato está atentando contra la supervivencia de la población, los peces y el desarrollo de la agricultura que son elementos indispensables y esenciales de alimento en la región, que es el lugar en donde las comunidades han construido su territorio, su vida y recrean su cultura».

I ricorrenti denunciano inoltre lo sfruttamento forestale, l'assenza di infrastrutture basiche volte alla depurazione delle acque, al trattamento dei rifiuti, ecc.; l'aumento di malattie infantili anche mortali; la perdita di navigabilità di intere parti del fiume; la diminuzione drastica dell'aspettativa media di vita nell'area (58.3 anni contro 70.3).

I parametri costituzionali invocati sono i diritti fondamentali alla vita, alla salute, all'acqua, alla sicurezza alimentare, all'ambiente sano, alla cultura e al territorio delle comunità etniche ricorrenti.

In primo grado, il tribunale amministrativo di Cundinamarca rigetta la domanda per motivi processuali, ritenendo trattarsi di diritti collettivi, e non

---

<sup>7</sup> «Art. 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

fondamentali, per i quali non è ammessa azione di tutela, bensì azione popolare<sup>8</sup>. In appello, il Consiglio di Stato conferma la sentenza. Per contro, la Corte costituzionale ritiene l'azione esercitabile, in quanto i diritti per cui si chiede tutela sono sia collettivi che fondamentali di comunità etniche.

L'argomentazione della Corte parte dall'analisi della formula "Stato sociale di diritto" prevista in Costituzione, che si compone tanto del riconoscimento della diversità etnico-culturale quanto della difesa dell'ambiente e delle risorse naturali (punto 4.7). Infatti, fin dai primi anni di vigenza della nuova Costituzione, la Corte aveva affermato che nel testo erano chiaramente riconoscibili tanto una "costituzione ecologica"<sup>9</sup>, quanto una "costituzione culturale" (punto 5.22 ss.).

Il riconoscimento finale dei diritti del fiume Atrato deriva dall'unione di questi due statuti di diritti nei cd. *biocultural rights*, ossia i diritti delle comunità etniche (e dunque non solo di quelle indigene, ma anche degli afrocolombiani) ad amministrare e tutelare le forme di vita e gli ecosistemi con cui sviluppano speciali relazioni simbiotiche attraverso le proprie regole e tradizioni<sup>10</sup>. Essi sono il *trait-d'union* tra ambiente e cultura in prospettiva olistica (punto 5.11). La protezione «de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad» fa parte dello standard derivato dal principio di «diversidad étnica y cultural de la nación», per cui lo Stato non può imporre una specifica concezione del mondo.

La Corte interpreta dunque la Costituzione con approccio multiculturale e sviluppatista. Conclude ritenendo le autorità statali responsabili per omissione di fronte a una situazione critica di violazione dei diritti alla vita, alla salute e all'ambiente delle comunità etniche della valle del fiume Atrato e dei loro diritti bioculturali, derivante dall'ipersfruttamento dell'industria estrattiva e forestale. In applicazione del principio di precauzione, proibisce l'uso di sostanze tossiche nell'attività mineraria; e «(ii) declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración» (9.25). Per l'adempimento effettivo della sentenza, la Corte dispone che lo Stato colombiano eserciti la rappresentanza legale dei diritti del fiume, insieme alle comunità etniche che vi abitano. Impone l'istituzione di una "commissione di guardiani del fiume", integrata da una squadra di tecnici, tra cui WWF Colombia e Istituto Humboldt, che dovrà assumersi il compito di adottare le misure previste dalla sentenza (piano di risanamento del fiume; piano per

<sup>8</sup> «Art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos».

<sup>9</sup> Nella sentenza T-411 de 1992, la Corte interpreta la Costituzione in modo sistematico, assiologico e finalista, deducendo il concetto di costituzione ecologica da 34 disposizioni costituzionali. V. anche la giurisprudenza richiamata nella nota 44 della sentenza in commento.

<sup>10</sup> K.S. Bavikatte, T. Bennett, *Community stewardship: the foundation of biocultural rights*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 No. 1, 2015, 7-29.

eliminare l'estrazione illegale; piano per il recupero delle forme ancestrali di sussistenza e alimentazione; esecuzione di studi tossicologici ed epidemiologici sulle acque dei fiumi e nelle comunità; piano di verifica dell'attuazione della sentenza; previsioni di risorse finanziarie sufficienti nel budget statale) e di monitorare il loro stato di attuazione.

Questo dispositivo spinge il costituzionalismo colombiano oltre il modello dello sviluppo sostenibile, verso una nuova dogmatica ecocentrica del diritto e della giustizia ambientale: «9.31. En otras palabras, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato».

Il Governo colombiano ha dato seguito alla sentenza con il decreto del Ministero dell'Ambiente e dello Sviluppo Sostenibile n. 1148 del 2017, del 5 luglio, con cui il Ministero si designa quale rappresentante dei diritti del fiume Atrato, e con la risoluzione ministeriale n. 0907 del 22 maggio 2018, con cui viene creata la *Comisión de Guardianes del río Atrato*, articolata nella componente dei Guardiani comunitari, nominati da una serie di organizzazioni locali, e dei Guardiani del Governo nazionale, rappresentati dal Ministero dell'Ambiente e da membri dei Dipartimenti e degli enti locali interessati. La risoluzione, sulla base della sentenza, prevede che la Commissione possa avvalersi, quando lo ritiene opportuno, di una squadra di consiglieri costituita da organizzazioni e professionisti che operano nel campo della salvaguardia ambientale, ed enumera le funzioni della Commissione, corrispondenti a tutti gli adempimenti richiesti dalla Corte costituzionale.

## *2.2. Il caso sui diritti dell'Amazzonia*

Il 5 aprile 2018 la Corte Suprema di Giustizia colombiana, *sala de casación civil*, emette la pronuncia STC 4360/2018 a firma del magistrato Luis Armando Tolosa Villabona.

Si tratta di un'azione di tutela contro la sentenza della *sala civil especializada en restitución de tierra* del *Tribunal Superior* del *distrito judicial* di Bogotá.

I ricorrenti sono un gruppo di 25 cittadini di età compresa fra i 7 e i 25 anni, residenti in città inserite nella lista di quelle a maggior rischio per il cambiamento climatico, che agiscono con motivo di contrastare l'«incremento de la deforestación en Amazonia».

I parametri richiamati dai ricorrenti sono gli stessi del caso Atrato (diritto alla vita, alla salute e a un ambiente sano). Questa volta però, differisce la fonte della legittimazione ad agire, in quanto ricorrono in qualità di membri della generazione futura che subirà il cambiamento climatico dovuto ai comportamenti attuali.

In base all'accordo di Parigi e al Piano nazionale di sviluppo 2014-2018, lo Stato si è impegnato a ridurre la deforestazione. Invece, i ricorrenti documentano che ogni anno si stanno perdendo sempre più ettari di terreno (riportano un

aumento del 44% tra il 2014 e il 2015), dovuto ad accaparramento di terre, coltivazioni illecite, attività estrattive illecite, infrastrutture, agricoltura industriale, sfruttamento illecito di legname. Ritengono lo Stato responsabile per la sua inerzia di fronte a questa situazione di grave pericolo per i cittadini.

Mentre la sentenza impugnata rigetta il ricorso per improcedibilità, sulla base della medesima motivazione processuale vista *supra* per il caso Atrato, la Corte Suprema riconosce che si sta dibattendo di diritti fondamentali e ammette l'azione di tutela.

Nel merito, anche la Corte Suprema colombiana sostiene che l'ordinamento sta compiendo il passaggio da una visione antropocentrica del diritto all'ambiente ("homomensura autista antropocentrismo") a una "ecocentrica antropica". Tuttavia, il nucleo duro della motivazione è in questo caso il principio di solidarietà, declinato nei confronti della Natura, ma soprattutto delle generazioni future.

In alcuni passi la motivazione è quasi mistica. Il giudice si appella alla tutela del "prossimo" che è alterità, e la sua essenza sono le altre persone che abitano il pianeta, incluso le altre specie animali e vegetali e i soggetti non ancora nati<sup>11</sup>.

La soluzione del caso viene dunque fondata sulla solidarietà intra-specie e sul valore della Natura in sé. Le conclusioni conseguono all'applicazione dei principi di precauzione, equità intergenerazionale e solidarietà: con il primo, si accetta il pericolo di danno; con il secondo, si accetta che possano essere violati diritti delle generazioni future; con il terzo, si fonda la responsabilità omissiva dello Stato.

La Corte Suprema si richiama espressamente alla sentenza della Corte costituzionale nel caso *Río Atrato*. Con la stessa formula riconosce soggettività giuridica all'Amazzonia e ordina alle istituzioni, insieme con i ricorrenti e tutte le comunità lese, di redigere un piano per ridurre la deforestazione e un "piano intergenerazionale per la vita dell'Amazzonia colombiana", con l'obiettivo di ridurre a zero la deforestazione e l'emissione di gas-serra; nonché prescrive ai municipi di aggiornare i rispettivi piani di organizzazione territoriale per ridurre la deforestazione nei loro territori.

### 3. India

Tutti e tre i casi indiani che andremo ad analizzare originano da azioni di *Public Interest Litigation* (PIL) e sono stati risolti dalla *High Court of Uttarakhand*. Parliamo dunque di una Corte statale, non federale.

#### 3.1. *Writ Petition (PIL) No.126 of 2014, sent. 20 marzo 2017*<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> La sentenza in commento potrebbe essere letta anche come espressione di un trend attuale verso il recupero di principi etici e morali come quelli di solidarietà, fraternità e compassione. V. di recente *Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018*.

<sup>12</sup> È opportuno segnalare che il Governo dell'Uttarakhand ha impugnato la sentenza alla Corte Suprema, la quale, in attesa di pronunciarsi nel merito, ha sospeso il provvedimento (*Order* del 7 luglio 2018).

Il giudizio nasce dal ricorso di un residente del distretto di Haridwar, Mohammad Salim, contro lo svolgimento di attività di escavazione e costruzione lungo il fiume Gange. La Corte, accogliendo la richiesta, bandisce tali attività presso il fiume e lungo gli affluenti della zona alta del bacino e ordina al Governo centrale di creare un'autorità per la gestione del bacino del Gange, la *Ganga Management Board*, composta da ufficiali federali e da membri nominati dai due Stati interessati, Uttar Pradesh e Uttarakhand<sup>13</sup>. I due Stati, tuttavia, non collaborano nel fornire i nominativi richiesti. La PIL successiva è quindi volta a far rispettare l'ordine inevaso della Corte.

Le argomentazioni sono principalmente volte a giustificare il riconoscimento della personalità giuridica ai fiumi Gange e Yamuna, in base al diritto indiano. La Corte cita copiosa giurisprudenza della Corte Suprema, che a sua volta richiama precedenti del *Judicial Committee* e fonti autoritative quali Pollock, Maitland e Salmond. Tali fonti attestano l'evoluzione che ha subito il concetto di persona, dall'antichità, quando addirittura alcuni esseri umani, come gli schiavi, non erano considerati "persone", al riconoscimento della personalità giuridica a società, istituzioni, sindacati, fondi, come, in India, idoli e divinità. Sicché, la Corte definisce «persona», in termini giuridici, «una qualsiasi entità (non necessariamente un essere umano) a cui la legge attribuisce diritti e doveri».

Il motivo di tale estensione di senso è individuato in maniera apodittica in «subserving the needs and faith of the society» e per questo la Corte ritiene di dover riconoscere personalità giuridica ai fiumi Gange e Yamuna. Il § 17 della sentenza giustifica i motivi di "interesse pubblico" alla base di tale riconoscimento. I fiumi sono sacri per la popolazione indù e forniscono a metà della popolazione indiana sostentamento fisico e spirituale da tempo immemorabile. Garantiscono il benessere fisico e spirituale delle comunità che attraversano, dai monti al mare.

Successivamente, la Corte individua tra le autorità pubbliche resistenti i soggetti che dovranno agire *in loco parentis* per proteggere, conservare e preservare la salute e il benessere dei due fiumi e dei loro affluenti.

### *3.2. Writ Petition (PIL) No.140 of 2015, sent. 30 marzo 2017*

La stessa Corte, pochi giorni dopo questa sentenza, ne emette un'altra correlata, riconoscendo personalità giuridica ai ghiacciai da cui originano i due fiumi.

Questa volta la sentenza indugia in maniera molto più articolata sulla relazione ecosistemica tra uomo e natura, da cui trae fondamento la giurisprudenza sui diritti della Natura. Lunghissimi passi tratti da libri di ecologia vengono riportati a testimonianza del pericolo di perdita irreversibile della biodiversità, per l'estinzione di specie animali e vegetali dovuta al sovra-sfruttamento delle risorse naturali e alla distruzione di habitat unici. Ancora più rilevante è la citazione di un passo in cui si denuncia l'inganno, a cui le nostre menti sono ormai assuefatte, di considerare l'economia "verde" e lo "sviluppo sostenibile" come soluzioni per assicurare crescita e tutela ambientale. Nel riferimento citato, gli autori dello studio, Vikram Soni e Sanjay Parikh, sottolineano con forza che la "narrazione" del

<sup>13</sup> Cfr. V. Narain, *Indian Court Recognizes Rivers as Legal Entities*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, June 13, 2017, [www.iconnectblog.com](http://www.iconnectblog.com).

“verde” e del “sostenibile” (con il suo *passepertout* del principio di precauzione) è oggi la moneta di scambio con cui si sdogana la distruzione della biodiversità, che non potrà mai essere compensata in nessun modo, nemmeno con la riforestazione, per cui «We have to remove the hypocrisy of these ‘green’ clichés from our dictionary before such language seals our fate» (p. 8).

L’aspetto ecologico è in questo caso innalzato sopra quello culturale, comunque presente nei riferimenti alla venerazione degli alberi come simbolo delle divinità, tanto nella religione induista quanto nella filosofia buddista. La Corte dichiara apertamente di aderire alla nuova filosofia della terra: «The Courts are duty bound to protect the environmental ecology under the ‘New Environment Justice Jurisprudence’». L’attivismo della Corte è dichiarato: «Besides our constitutional and legal duties, it is our moral duty to protect the environment and ecology». Essa non soltanto riconosce ai fiumi e ai laghi un diritto intrinseco a non essere inquinati («Rivers and Lakes have intrinsic right not to be polluted») bensì equipara il danno alla persona a quello alla Natura («Polluting and damaging the rivers, forests, lakes, water bodies, air and glaciers will be legally equivalent to harming, hurting and causing injury to person»). Infine, lo statuto dei diritti riconosciuto alle entità naturali ricalca quasi fedelmente l’art. 71 cost. ecuadoriana: «Rivers, Forests, Lakes, Water Bodies, Air, Glaciers and Springs have a right to exist, persist, maintain, sustain and regenerate their own vital ecology system. The rivers are not just water bodies. These are scientifically and biologically living.» e poco oltre «We must recognize and bestow the Constitutional legal rights to the ‘Mother Earth’».

998

Nella sentenza, troviamo anche un brevissimo cenno ai diritti delle nuove generazioni («The past generations have handed over the ‘Mother Earth’ to us in its pristine glory and we are morally bound to hand over the same Mother Earth to the next generation»), che invece abbiamo visto essere l’argomento fondamentale nella sentenza della Corte Suprema colombiana.

Nella seconda parte della motivazione, torna centrale l’aspetto tecnico-giuridico di come si possa realizzare la soluzione invocata attraverso l’istituto della rappresentanza *parens patriae*. Per questo aspetto la Corte saccheggia ad ampie mani la giurisprudenza e la dottrina statunitense.

### 3.3. *Writ Petition (PIL) No. 43 of 2014, sent. 4 luglio 2018*

Infine, la più recente sentenza riconosce personalità giuridica a tutto il regno animale. Il giudizio origina da una PIL presentata per la protezione e il benessere degli animali rispetto al maltrattamento subito dai cavalli che trainano carretti o *tongas* al confine tra India e Nepal, nel distretto di Champawat. Il ricorrente lamentava che l’uso degli animali da traino non era affatto regolamentato e che i cavalli venivano sottoposti a crudeli sforzi, dovendo trainare carretti sovraccarichi per lunghi tragitti. Gli animali arrivavano spesso in India malati, e stazionavano per la strada incustoditi per giorni. Tutto ciò, nonostante la vigenza di una legge dell’Unione del 1960, sulla prevenzione del maltrattamento agli animali.

La sentenza verte dunque essenzialmente sul riconoscimento dei diritti degli animali, un tema che anche in Occidente, a differenza dei casi visti *supra*, aveva già

avuto in passato un certo riconoscimento giuridico, tanto in leggi quanto in alcune Costituzioni, come quella tedesca. In effetti, alcune caratteristiche degli animali, ricordate anche in testo, come l'intelligenza, l'altruismo, la capacità di comunicare, ecc., hanno da sempre reso l'uomo più simpatetico nei loro confronti, e dunque anche la scienza giuridica più disponibile ad ampliare l'ambito di applicazione di nozioni come quella di "persona giuridica" o di "vita". Il parametro richiamato dalla Corte è giustappunto l'art. 21 cost. indiana, che riconosce il diritto alla vita e alla libertà. La Corte, richiamando precedenti della Corte Suprema, ricorda come l'interpretazione di "life" sia stata sempre estensiva, includendovi ogni forma di vita, non solo umana, e intesa in senso qualitativo, ossia come vita con un intrinseco valore, onore e dignità, in applicazione di principi ecocentrici.

Lo strumento processuale con cui si raggiunge il fine di tutela è sempre il medesimo, ossia l'attribuzione di personalità giuridica alle componenti naturali, e il riconoscimento di tutti i cittadini dello Stato dell'Uttarakhand come persone *in loco parentis*. Su questo aspetto, la Corte cita il *dissent* del giudice Douglas nel caso *Sierra Club*, del 1972, in cui sia lui che il giudice Blackmun si dichiarano a favore di un ampliamento dello *standing* a tutti coloro che traggono giovamento da un habitat naturale, e dove Douglas cita il famoso articolo di Stone "Should trees have standing"<sup>14</sup>. La Corte riprende anche la metafora del giudice Douglas sulla necessità di dar voce alla natura<sup>15</sup>: «We have to show compassion towards all living creatures. Animals may be mute but we as a society have to speak on their behalf».

Tra le argomentazioni usate dalla Corte non manca nuovamente l'elemento culturale, che tuttavia, come negli altri casi, è *ad abundantiam* rispetto a quello ecologico. In particolare, la Corte ricorda come molti animali sono sacri in India e come uno dei principali lasciti culturali indiani è *ahimsa*, ossia la non violenza, che implica la rinuncia all'uso della violenza anche nei confronti degli animali, invitando addirittura a condurre una vita da vegetariani.

#### 4. Riflessioni comparative di sintesi su alcune linee di tendenza

Al di là degli elementi di comparabilità inizialmente individuati, e nonostante le differenze di contesto ugualmente evidenziate nella premessa alla comparazione, il confronto fra le sentenze sul riconoscimento di diritti alla Natura in Colombia e India ci consegna alcuni interessanti punti di contatto.

Possiamo dividere le osservazioni secondo tre diversi ambiti: la dimensione processuale; la dimensione sostanziale; lo stile delle sentenze.

Le azioni processuali che in entrambi i Paesi hanno consentito ai cittadini di accedere alle Corti per la tutela dell'ecosistema hanno una *ratio* simile, consistente

---

<sup>14</sup> C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California L.R.* 45 (1972), 450-501.

<sup>15</sup> «The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it. Those people who have a meaningful relation to that body of water – whether it be a fisherman, a canoeist, a zoologist, or a logger – must be able to speak for the values which the river represents and which are threatened with destruction. [...] The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled».

nel garantire l'accesso alla giustizia anche a categorie deboli. La Corte costituzionale colombiana, motivando circa lo *standing* dei ricorrenti nell'azione di tutela, afferma: «Esa posibilidad, que, se insiste, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante. Con este propósito, la Corte Constitucional ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas».

Si tratta di un obiettivo molto simile a quello che motivò la Corte Suprema indiana, alla fine degli anni '70, a creare l'istituto della PIL. Nel caso dei ghiacciai, l'Alta Corte dell'Uttarakhand richiama in proposito un precedente della Corte Suprema dell'Unione dove si spiega l'intento della PIL: «The proceedings in a public interest litigation are, therefore, intended to vindicate and effectuate the public interest by prevention of violation of the rights, constitutional or statutory, of sizeable segments of the society, which owing to poverty, ignorance, social and economic disadvantages cannot themselves assert — and quite often not even aware of — those rights. The technique of public interest litigation serves to provide an effective remedy to enforce these group rights and interests». Se il contesto culturale, giuridico e temporale fra i due casi non fosse così diverso, si potrebbe quasi pensare a un calco della motivazione indiana da parte della Corte colombiana!

Un altro lato in comune dei due istituti, legato alla loro finalità, è l'efficacia generale riconosciuta alle pronunce. La tutela e la PIL, pur generando da casi concreti, estendono i propri effetti, oltre che sui ricorrenti, nei confronti di tutti coloro che sono in qualche modo interessati dalla situazione illegittima.

Resta, tuttavia, una fondamentale differenza. Mentre per agire in tutela è necessario essere titolari di un diritto costituzionale fondamentale, con la PIL chiunque può agire nell'interesse pubblico, non dovendo dimostrare di essere direttamente leso dalla situazione impugnata.

Tale differenza ne produce un'altra, questa volta sul piano sostanziale. In Colombia, la protezione della *pacha mama* è un effetto dell'obiettivo primario di garantire i diritti alla cultura e all'identità delle comunità etniche<sup>16</sup>. Solo in questo modo è possibile individuare un legame certo tra i ricorrenti e l'azione<sup>17</sup>. In India, invece, non sussistendo un problema probatorio legato alla dimostrazione dello

---

<sup>16</sup> «Por lo tanto, la protección del medio ambiente sano de las comunidades negras adquiere especial relevancia desde el punto de vista constitucional, dado que es una condición necesaria para garantizar la vigencia de su estilo de vida y de sus tradiciones ancestrales».

<sup>17</sup> Francisca Pou, nel commentare la sentenza della Corte Suprema colombiana, rimarca il fatto che da un punto di vista sostanziale essa non introduca novità nel panorama dei diritti riconosciuti dall'ordinamento. L'affermazione è vera, ma non coglie il legame fra la motivazione e il tipo di azione processuale disponibile. Cfr. F. Pou Giménez, *The Rights of Rivers and Forests and Apex Court Dynamics in Colombia: On Natural and Institutional Environments*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, June 13, 2018, [www.icconnectblog.com/](http://www.icconnectblog.com/).

*standing*, la Corte si concentra nel fondare giuridicamente il riconoscimento della soggettività giuridica alla Natura, al fine di creare una *doctrine* valida *pro futuro*.

Un profilo argomentativo molto interessante, che accomuna i due ordinamenti, è l'approccio critico allo sviluppo sostenibile (più velato in Colombia, apertamente dichiarato in India) e la conseguente adesione alle nuove teorie ecocentriche dei diritti della Natura.

La Corte costituzionale colombiana, inserendo i diritti bioculturali nell'evoluzione del costituzionalismo internazionale, riconosce che i concetti che ne sono alla base (sviluppo economico e sostenibilità ambientale) non sono facilmente conciliabili fra loro: «Así las cosas, en nuestro constitucionalismo -que sigue las tendencias globales en la materia-, el medio ambiente y la biodiversidad han adquirido progresivamente valiosas connotaciones socio-jurídicas. Sin embargo, no ha sido un proceso fácil: la evolución conceptual del derecho a la par del reconocimiento de la importancia de la “madre tierra” y sus múltiples componentes frente a la estrategia del desarrollo sostenible han sido producto de un proceso complejo y difícil que aún genera controversia al intentar conciliar a un mismo tiempo tres elementos: el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente en el entendido que esta conjugación permita la posibilidad de aprovechamiento sostenible de los recursos en el presente y en el futuro».

La Corte dell'Uttarakhand, su questo tema, è molto più diretta, richiamando dottrina che auspica apertamente l'abbandono di questa “finzione”, al fine di consentire l'elaborazione di una nuova dogmatica che sia in grado di dare una chance di recupero rispetto alle previsioni degli ecologisti circa il futuro del pianeta (v. *supra*, § 4.2).

Infine, in entrambi i casi affiora, in certi passi delle sentenze, l'eco dello stile delle pronunce miliari della Corte Suprema statunitense. Per l'India, il riferimento è facilmente comprensibile, vista l'ispirazione del sistema di giustizia costituzionale indiano da quello nordamericano e la comune appartenenza al *common law*; per la Colombia, il dato testimonia la deferenza della Corte costituzionale verso il modello statunitense di tutela dei diritti, nonostante il vigente sistema di giustizia costituzionale sia frutto di una integrazione fra modello kelseniano e prototipi autoctoni.

La Corte costituzionale colombiana, nel momento di sancire il proprio impegno verso una virata ecocentrica dell'ordinamento, dichiara: «Ahora es el momento de comenzar a tomar las primeras medidas para proteger de forma eficaz al planeta y a sus recursos antes de que sea demasiado tarde o el daño sea irreversible, no solo para las futuras generaciones sino para la especie humana». Sembra di rileggere in versione ecologica il perentorio richiamo al “qui e ora” nell'implementazione della desegregazione razziale prevista da *Brown v. Board of Education* nel caso *Griffin* del 1964<sup>18</sup>.

La Corte dell'Uttarakhand, dal canto suo, concludendo la parte “ecologica” della motivazione nel caso relativo ai ghiacciai del Gange e del Yamuna, afferma:

---

<sup>18</sup> «The time for mere “deliberate speed” has run out». Justice Black, *delivering the opinion of the Court, Griffin et al. v. County School Board of Prince Edward County et al.*, 377 U.S. 218 (1964).

«It is the fundamental duty of all the citizens to preserve and conserve the nature in its pristine glory» (p. 42), ricalcando l'incipit della famosissima frase del giudice Marshall sull'istituzione del controllo di costituzionalità.

In dottrina, non è la prima volta che si realizza una comparazione fra la giurisprudenza colombiana e quella indiana, su temi rilevanti del costituzionalismo contemporaneo, come l'implementazione dei diritti sociali e la difesa delle minoranze<sup>19</sup>. In quel caso, tuttavia, l'elemento di comparabilità era costituito dall'*attivismo* delle rispettive Corti costituzionali e supreme, a cui si aggiungeva quello della Corte sudafricana, col fine di dimostrare l'esistenza di un costituzionalismo del *Global South*.

Lo studio che abbiamo condotto corrobora questa tesi, ampliandola. Innanzitutto, in materia ecologica, l'attivismo giudiziale di Colombia e India non si limita alle sole Corti *lato sensu* costituzionali, bensì evidenzia una sensibilità estesa anche ai livelli superiori della magistratura ordinaria<sup>20</sup>. Riteniamo che questo dato, considerato congiuntamente alla giurisprudenza ecuadoriana ricordata *supra*, consenta di affermare che la tutela della Natura e della biodiversità in prospettiva ecologica rappresenta uno dei fondamenti su cui si può efficacemente costruire il discorso sul *Global South Constitutionalism*.

Un ulteriore ampliamento della tesi di Bonilla Maldonado va nel senso di considerare tale giurisprudenza pioniera e prototipica della costruzione di un *Ecological Global Law*, costruito dal basso, ma che *deve* espandersi oltre i confini statali, secondo modalità e istituzioni ancora da definire<sup>21</sup>. La struttura stessa, ecosistemica e olistica, di questo nuovo diritto *in fieri* lo impone, in quanto il suo titolare (la Natura) non ha né nazionalità né cittadinanza, né può essere geolocalizzato, né è fisicamente distinguibile dalla fonte della sua minaccia (l'umanità). Come evidenzia Magalhães, la Natura è stata finora inesistente per il diritto in

---

<sup>19</sup> Sulla comparabilità dei sistemi costituzionali colombiano e indiano v. D. Bonilla Maldonado (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge et al., 2013, in part. 26-28.

<sup>20</sup> Ad es., rileva il ruolo centrale del giudiziario nella tutela dell'ambiente in India e in particolare nella creazione di un Tribunale verde D. Amirante, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in *29 Pace Env'tl. L. Rev.* 441 (2012), [digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/3](https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/3), in part. 455: «Having considered all these elements, it must be noted that the main factor of the entire process for the establishment of the National Green Tribunal of India should be indicated in the judiciary itself».

<sup>21</sup> V. S. Fraudatario, *Dai diritti dei popoli ai diritti della natura. La voce dei tribunali di opinione*, in questa *Rivista*, nonché il tentativo di sistematizzare i fondamenti della materia in L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford-Portland, Oregon, 2016. Ho sostenuto che solo questo diritto è veramente "globale" in *Comparative law and... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2017, 64. Avanzano critiche al supposto "diritto globale", che non considera il deficit ecologico M. Carducci, L.P. Castillo Amaya, *La Naturaleza como "Grundnorm" y "Tertium comparationis" del constitucionalismo global*, in T. Bustamante, B. Gonçalves Fernandes, J.A. Leite Sampaio, É. Nacur Rezende, A.L. Navarro Moreira, J.V. Nascimento Martins e I. de Carvalho Enríquez (orgs.), *O funcionamento da Corte Constitucional: a interpretação constitucional, as práticas argumentativas, a teoria do direito e o comportamento judicial*, Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, Belo Horizonte, 2015, DOI: 10.17931/dfcp\_v2\_art16.

quanto “non-spazio”, o meglio, “oggetto” oltre lo spazio delimitato dal riconoscimento degli ordinamenti giuridici statali: «Everything that exists is defined around what is seized. On a global scale, is as if each State was an island where all that is beyond its limit belongs to everyone, but indeed, belongs to no one. [...] The common is not what by its nature is truly common but the remainder of the appropriation»<sup>22</sup>. Mentre l'ecologia concepisce la Natura in prospettiva ecosistemica, «it remains invisible to the law. Therefore, “global” is a new reality that is outside the legal frameworks built to date»<sup>23</sup>. Attraverso la giurisprudenza analizzata, le Corti hanno reso giuridicamente visibile la Natura. Il fatto che abbiano raggiunto tale risultato, sfruttando gli strumenti processuali e sostanziali che i rispettivi ordinamenti avevano concepito con altre finalità, è un invito a valorizzare in modo interculturale il proprio diritto. Il pluralismo giuridico che caratterizza questi Paesi è concausa dell'apertura mentale alle soluzioni elaborate nelle sentenze sui diritti della Natura e invita non tanto all'imitazione di modelli altrui, quanto a elaborazioni originali in funzione di una meta comune.

---

<sup>22</sup> P. Magalhães, *Common Home of Humanity. Our Common Home as a legal construction based on science*, in S. Bagni (a cura di), *Come governare l'ecosistema?*, cit., 121.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 122.

## Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative

*di Angelo Rinella*

**Abstract:** *Legal Pluralism and Alternative Religious Jurisdictions* – The protection of cultural minorities and religious minorities crosses the conceptual category of legal pluralism. The observation of contemporary multicultural systems shows an overlap of claims and instances regarding the application of religious and traditional rules. The diffusion of faith-based arbitrations into common law systems seems to suggest a careful assessment of the effectiveness of ADR instruments for disputes in matters governed by religious precepts (personal law, family law, divorce, inheritance).

**Keywords:** Cultural minorities, Religious minorities, Legal pluralism, Faith-based arbitrations, Alternative dispute resolution (ADR).

1005

---

### 1. Minoranze tra identità culturale e identità religiosa

Esiste un'area di sovrapposizione e intersezione tra le componenti che delineano l'identità culturale di una comunità e quelle che segnano l'identità religiosa. Una sovrapposizione che rende meno agevole distinguerle e che, di conseguenza, presenta delle implicazioni dal punto di vista della tutela giuridica invocata.

In linea generale, gli ordinamenti costituzionali di matrice democratica mostrano un'attenzione primaria verso la tutela delle minoranze autoctone. Appare spesso irrilevante il tratto distintivo religioso, seppure non potrebbe negarsi il fatto che la componente religiosa concorre – dove più, dove meno – a definire quelle identità culturali minoritarie. La religione e le pratiche religiose, infatti, condizionano significativamente i processi di formazione e di trasformazione dell'apparato culturale che identifica una comunità. Allo stesso modo, la cultura e le tradizioni di un gruppo sociale possono determinare una lettura e un'interpretazione di un certo credo religioso differente rispetto a quella propria di un'altra comunità che presenta tratti culturali differenti.

La realtà mostra, dunque, che identità culturali e identità religiose non necessariamente coincidono. Il fattore religioso, infatti, taglia trasversalmente culture diverse. Lo stesso credo religioso – seppure con interpretazioni e letture diversificate – può essere rinvenuto in differenti gruppi sociali. Mentre appare meno frequente che religioni diverse possano concorrere a delineare una medesima identità culturale (singolare, a questo proposito, appare il caso dell'India<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Cfr. D. Amirante, *India*, Bologna, 2007; Id., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bologna, 2014.

La questione si pone in termini critici quando una comunità minore chiede il riconoscimento e la tutela dei propri diritti collettivi in ragione dell'appartenenza dei suoi membri ad una confessione religiosa. La difficoltà per l'ordinamento giuridico di matrice laica nasce soprattutto quando determinate pratiche che qualificano l'identità di quel gruppo sociale si pongono sul crinale tra la sfera culturale e quella religiosa.

Nel caso dell'ordinamento europeo e degli ordinamenti degli Stati membri, in genere le minoranze sono riconosciute meritevoli di tutela principalmente per i loro connotati culturali e linguistici. Di conseguenza, alcune pratiche di origine religiosa possono essere riconosciute dall'ordinamento giuridico per la loro valenza culturale e quindi tutelate.

Gli esempi sono diversi. La questione dell'esposizione dei simboli religiosi nei luoghi pubblici ha toccato, negli anni recenti, il nostro paese a proposito della affissione del crocifisso nelle aule scolastiche (il caso *Lautsi c. Italia*<sup>2</sup>).

Altri casi di confusione tra valenza culturale e valenza religiosa di simboli e pratiche possono ravvisarsi con riferimento al *foulard* (*hijab*) che copre il collo e il capo delle donne musulmane e alla disciplina dettata dall'ordinamento francese che in esso ha ravvisato un simbolo religioso incompatibile con il principio di laicità dello Stato mentre ha ritenuto il *burqa* la manifestazione di una tradizione culturale<sup>3</sup>; ma anche alle alterazioni non terapeutiche dei genitali maschili (la circoncisione) e femminili (clitoridectomia, escissione, infibulazione) per cui le prime sono considerate generalmente pratiche religiose lecite, le seconde pratiche culturali barbare<sup>4</sup>.

Ora, l'appartenenza a una confessione non si esaurisce in un moto dell'animo interiore. Non diversamente dall'identità culturale, l'identità religiosa si fonda su dati oggettivi: essa comporta l'esercizio del culto e lo svolgimento di riti e pratiche religiose che identificano quella confessione; si tratta di un fatto collettivo che si manifesta pubblicamente; l'identità di una comunità religiosa è riconosciuta come tale anche da coloro che non vi appartengono.

---

<sup>2</sup> Cfr. M. Lugato (cur.), *La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori*, Torino, 2015; A. Bettetini, *Il crocifisso nelle aule scolastiche: la legittimità di un simbolo che "dà a pensare"*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 27, n. 6, 2011, 281-290; L. Carlassare, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa "non laica"*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 27, n. 6, 2011, 291-296; G. Itzcovich, *One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciation: The Lautsi Case*, in *Human Rights Law Review* 13, n. 2, 2013, 287-308; S. Mancini, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008.

<sup>3</sup> Cfr. P. Cavana, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, 2004; R. Pepicelli, *Il velo nell'Islam. Storia, politica, estetica*, Roma, 2012; R. Aluffi Beck-Peccoz, "Burqa" e Islam, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2012, 13-25.

<sup>4</sup> Si rinvia all'efficace e sintetica ricostruzione elaborata da P. Parolari, *Cultura, Diritto, Diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, 2016, 33 ss., e alla letteratura ivi citata. Si vedano anche E. Ceccherini, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, in E. Ceccherini (cur.), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Milano, 2012, 1-81; C. Gazzetta, *Religione e cultura nello Stato contemporaneo. Brevi riflessioni sulle mutilazioni genitali femminili*, in C. Gazzetta, F. Ricciardi Celsi (cur.), *La libertà religiosa tra pluralismo e integrazione*, Roma, 2016, 113-138; F. Botti, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bologna, 2009.

In linea generale, ma ancor più in una realtà multiculturale, le confessioni religiose svolgono un ruolo pubblico e politico che l'ordinamento giuridico è chiamato a riconoscere<sup>5</sup>.

## 2. La controversa categoria del pluralismo giuridico e sue intersezioni con il pluralismo religioso.

Gli ordinamenti di matrice democratico-sociale considerano estranee al loro orizzonte costituzionale quelle politiche di assimilazione delle minoranze culturali al corpo sociale maggioritario<sup>6</sup>. Questo orientamento non viene meno neanche di fronte alla pluralità delle istanze confessionali che nel tempo si sono andate configurando nella realtà degli ordinamenti occidentali.

È difficile oggi sostenere che la confessione religiosa che un tempo costituiva la matrice unitaria di un popolo e la base identitaria di una nazione, abbia mantenuto lo stesso e medesimo ruolo di fronte alla diversificazione delle credenze religiose che attraversano la popolazione<sup>7</sup>. I motivi che hanno condotto a una tale

---

<sup>5</sup> Sull'argomento rinvio alle pagine di G. Dalla Torre, *Conclusioni*, in M. Lugato (cur.), *La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori*, cit., 149 ss.; F. Viola, *Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale*, in C. Vigna, S. Zamagni (cur.), *Multiculturalismo e identità*, Milano, 2002, 107-138; Id., *Identità culturali e religiose*, in *Cosmopolis*, n. 2, 2006, [www.cosmopolisonline.it/](http://www.cosmopolisonline.it/); si vedano anche E. Mendieta, J. van Antwerpen (cur.), *Religioni e spazio pubblico. Un dialogo tra J. Habermas, C. Taylor, J. Butler e C. West*, Roma, 2015; P. Norris, R. Inglehart, *Sacro e secolare. Religione e politica nel mondo globalizzato*, Bologna, 2004; P. Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Torino, 2002; A. Aldridge, *La religione nel mondo contemporaneo*, Bologna, 2005, 124 ss.; G. Dammacco, *Il diritto alla pace e la diplomazia del dialogo*, in E. Camassa (a cura di), *Democrazie e Religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Atti del Convegno Nazionale ADEC (Trento, 22-23 ottobre 2015), Napoli, 2016, 271 ss.; G. Filoramo, *Disgregazione sociale e capacità delle religioni di attenuare i conflitti*, in S. Berlingò (cur.), *Il fattore religioso fra vecchie e nuove tensioni*, Torino, 1998, 166; S. Martelli, *La religione nella società post-moderna*, Bologna, 1990; R. Remond, *La secolarizzazione. Religione e società nell'Europa contemporanea*, Roma-Bari, 1999, 283-284. Cfr. altresì, A. Bettetini, *Sulle relazioni fra religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, in *Diritto ecclesiastico*, 2003, I, 911 ss.; N. Colaianni, *Intervento, Stato e confessioni religiose in Europa tra separazione e cooperazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009/2, 289-290; D. Garcia-Pardo D., *Intervento, Stato e confessioni religiose in Europa tra separazione e cooperazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009/2, 299; C. Mirabelli, *Intervento, Stato e confessioni religiose in Europa tra separazione e cooperazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009/2, 304; G. Rivetti, *Spazio pubblico e religioni. Prospettive di superamento della dicotomia pubblico-privato nelle manifestazioni del sacro*, in R. Coppola, C. Ventrella (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, Atti del I Convegno Nazionale di Studi A.D.E.C., Bari, 2012, 369 ss.

<sup>6</sup> Cfr. G. Rolla, *La tutela costituzionale delle identità culturali*, in G. Rolla (cur.) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, 111 ss.

<sup>7</sup> Sembra oramai superato il tempo in cui la religione di Stato concorreva a determinare l'identità nazionale. I riferimenti che ancor oggi è possibile rinvenire in alcune costituzioni europee a una determinata confessione religiosa o, comunque, alla sfera spirituale sembrano non incrinare il pluralismo religioso e il riconoscimento - formale o informale - delle religioni "altre" rispetto alla tradizione religiosa più diffusa. Per una ricognizione delle teorie relative ai rapporti tra Stato e confessioni religiose, sia consentito rinviare a A. Rinella, *The Irish Constitutional Preamble In a Comparative Perspective*, in G.F. Ferrari, J. O'Dowd (eds.) *75 Years of the Constitution of Ireland. An Irish-Italian Dialogue*, Dublin, 2014, 119-132 e alla bibliografia ivi citata.

diversificazione possono essere rinvenuti negli studi demografici e sociologici. Quel che preme far rilevare è che una delle espressioni più complesse e articolate del pluralismo culturale attiene alla dimensione religiosa e alla diffusa presenza di una pluralità di comunità religiose portatrici di tradizioni e norme che pretendono di affermarsi anche nell'arena sociale.

Questa circostanza induce a richiamare la nozione di “pluralismo giuridico” o “*legal pluralism*” che, secondo una certa lettura antropologica e sociologica, caratterizzerebbe gli scenari degli ordinamenti costituzionali aperti alla pluralità delle culture e delle religioni e dunque attraversati da norme non riconducibile direttamente all'ordinamento statale. Nelle società tradizionali prive di una struttura organizzativa che potesse assomigliare allo Stato, le regole di comportamento potevano avere diverse origini: le tradizioni, la religione, le convenzioni politiche, la giurisdizione. Gli antropologi del diritto, a questo riguardo, hanno formulato il concetto di “pluralismo giuridico” per rappresentare un dato della realtà di fatto, vale dire la convivenza di norme, sanzioni e organi di giustizia non riconducibili formalmente all'ordinamento statale e pur tuttavia in grado di agire all'interno della medesima arena sociale.

1008

Con lo sviluppo di quei fenomeni riconducibili alla crisi dello Stato nazione, alla globalizzazione e all'intensificarsi dei flussi migratori, il concetto di pluralismo giuridico è sembrato idoneo a rappresentare i nuovi scenari: su scala interna agli Stati, la richiesta di antiche e nuove minoranze di ottenere il riconoscimento non solo della pari dignità con la componente maggioritaria della comunità; ma anche l'affermazione di regole appartenenti alla propria tradizione o religione per disciplinare, almeno in parte, i fatti della propria esistenza. Su scala esterna agli Stati, principalmente in relazione ai nuovi fenomeni economici, si sono affermati modelli di comportamento che travalicano i tradizionali confini degli Stati per collocarsi in una dimensione transnazionale.

L'ordinamento giuridico statale, dunque, vede la propria produzione normativa integrata da norme che sfuggono al proprio controllo e che al tempo stesso trovano effettiva applicazione nelle relazioni tra i consociati. Si tratta di una pluralità di norme che tuttavia non presentano tutte il carattere proprio delle norme giuridiche. In effetti, con riferimento alle società occidentali, appare più opportuno usare l'espressione “pluralismo normativo”<sup>8</sup>, piuttosto che “pluralismo

<sup>8</sup> A. Facchi, *Prospettive attuali del pluralismo normativo*, in *Jura Gentium*, (rivista telematica), [www.juragentium.org/topics/rights/it/facchi.htm](http://www.juragentium.org/topics/rights/it/facchi.htm), 2005. Cfr. anche M.C. Locchi, *Pluralismo giuridico e diritto comparato nelle società occidentali di immigrazione*, in Bagni S. (cur.), *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?*, Bologna, 2017, [amsacta.unibo.it/5488/#](http://amsacta.unibo.it/5488/#), 99-119; M. C. Locchi, *Legal pluralism in multicultural societies: new perspectives for comparative constitutional law*, in A. Alabrian, O. Moroteau (sous la direction de) *Le droit comparé et ...*, Press Universitaire d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2016, 139-148; A. Facchi, *Customary and Religious Law: Current Perspectives in Legal Pluralism*, in *Jura Gentium*, 2007; R. McDonald, *L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées*, in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 33, 2002-2003, 141 ss.; R. Motta, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2004, 345-362; C. Faralli, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in A. Facchi, M.P. Mittica (cur.), *Concetti e norme. Teoria e ricerche di antropologia giuridica*, Franco Angeli, Milano, 2000, 89-102; F. Puppo, *Il problema del pluralismo giuridico*, in *Società e diritti*, rivista elettronica, II, n. 4, 2017105-130.

giuridico”<sup>9</sup>, che non aiuta a distinguere quelle norme che di giuridico hanno ben poco.

La prospettiva che qui interessa, in particolare riferita a determinate comunità religiose stanziate in territori estranei alla loro tradizione, guarda al problema della mediazione e composizione tra le norme dell’ordinamento statale e quelle di riferimento delle comunità, sull’assunto che il quadro normativo di riferimento di quelle comunità religiose sia composito, ma non frammentario.

Il tema presenta un duplice aspetto: la compatibilità del sistema normativo particolare con quello generale (e non viceversa) e gli strumenti giuridici idonei a garantire una corretta convivenza tra il sistema minore e quello maggiore<sup>10</sup>.

### **3. La *Alternative Dispute Resolution* (ADR) come forma di esercizio volontario della giurisdizione religiosa.**

Il tema della giurisdizione religiosa attraverso meccanismi legali paralleli rispetto alla giurisdizione ordinaria, rappresenta uno degli strumenti di valorizzazione delle identità religiose, siano esse minoritarie o ampiamente diffuse nella popolazione. Esso consente di stemperare la tensione tra norme statali e norme religiose in quelle materie sulle quali si registra una sovrapposizione di regole. Materie che non possono sfuggire al diritto positivo prodotto dagli organi statali; ma che, al tempo stesso, sono oggetto di regole religiose non derogabili da parte dei fedeli.

La risoluzione delle antinomie tra regole statali e regole religiose, quando risulti politicamente utile per ragioni di contenimento delle tensioni sociali e consolidamento del pluralismo religioso e culturale, può essere oggetto di azioni diversificate da parte dello Stato.

Un ruolo determinante a tal fine è svolto dalla attività giurisdizionale che, nella valutazione dei casi nei quali la sovrapposizione di regole mostra le antinomie, svolge un’opera di bilanciamento dei valori e dei diritti in gioco, producendo decisioni elaborate secondo i criteri della *reasonable accommodation*.

La composizione ragionevole delle antinomie affidata ai giudici ordinari della giurisdizione statale ha il pregio di produrre effetti civili direttamente nella sfera giuridica delle parti del processo. Tuttavia, come è agevole cogliere, non sempre la magistratura ordinaria è attrezzata in termini di conoscenze del diritto religioso. Talvolta lo stesso ordinamento giudiziario statale assegna a giurisperiti della confessione religiosa, una funzione pubblica inquadrata nell’ordinamento

---

<sup>9</sup> S. Falk Moore, *Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study*, in *Law and Society Review*, 1973, 719-746; B. De Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 1987, 14, 279-302; S. E. Merry, *Legal pluralism*, in *Law and Society Review*, 22, 1988, 869-901; A. Starr, J.F. Collier (eds.), *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*, New York, 1989; G. Teubner, *The Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in *Cardozo Law Review*, 5, 1993, 1443 ss.; B.T. Tamanaha, *The Folly of the Scientific Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, 20, 1993, 192-217.

<sup>10</sup> Esprime critiche verso la categoria del “legal pluralism”, R. Sandberg, *The Failure of Legal Pluralism*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 18, n. 2, 2016, 137-157; Id., *The Impossible Compromise*, in Sandberg R. (ed.), *Religion and Legal Pluralism*, Farnham, 2015, 1-20.

giudiziario a tutti gli effetti. Il caso del *Mufti* in Grecia è, a tal proposito, esemplare e al tempo stesso isolato, almeno in Europa.

Dove non sia prevista l'istituzione di un organo giudicante competente in materia religiosa in seno all'ordinamento giudiziario, spetta ai giudici esercitare quella sensibilità culturale che consente di pervenire a decisioni ragionevoli fondate sul bilanciamento dei diritti in gioco e la composizione delle antinomie tra regole secolari e regole religiose. L'interpretazione dei giudici secondo i parametri della *reasonable accommodation* dovrà comunque ancorarsi a disposizioni costituzionali o legislative che legittimino l'eccezione alla regola generale.

La stessa *reasonable accommodation* è esercitata quando la giurisdizione religiosa è affidata a organi giudicanti di diritto privato, alternativi rispetto alla giurisdizione statale. Il riferimento è agli organi e alle procedure che vanno sotto l'etichetta della *Alternative Dispute Resolution (ADR)*.

È comunemente riconosciuto che gli appartenenti alla medesima confessione religiosa aspirino a vedere le controversie, che eventualmente dovessero insorgere tra loro stessi, risolte e decise attraverso organi e prescrizioni religiose, quando appartengano a determinate materie. Le decisioni fondate sui precetti della religione di appartenenza e formulate da soggetti che condividono quella stessa fede, risultano in genere pienamente accettate dalle parti, anche se risultino soccombenti<sup>11</sup>.

Gli ordinamenti che maggiormente si fanno carico delle istanze della società pluralistica, hanno accolto la possibilità che gli appartenenti ad una comunità religiosa risolvano le proprie controversie attraverso i meccanismi della *ADR*. È meno frequente, invece, l'ipotesi che, ricorrendo determinate condizioni, l'ordinamento attribuisca effetti civili alle decisioni assunte dai tribunali confessionali<sup>12</sup>.

Ora, in termini tecnici, il carattere alternativo degli strumenti giuridici di risoluzione delle controversie sta a indicare la possibilità di ottenere una decisione di natura giurisdizionale attraverso un procedimento alternativo rispetto al processo ordinario. Il carattere alternativo, dunque, attiene al rito, all'organo giudicante e alle regole in base alle quali sarà assunta una decisione. Gli effetti giuridici della decisione sono disciplinati dall'ordinamento statale.

La tendenza cui si assiste, specie nei sistemi di *common law*<sup>13</sup>, è quella della diffusione del fenomeno dei cd *faith-based arbitrations*; tendenza che mostra

---

<sup>11</sup> Cfr. G. Anello, *Tradizioni di giustizia e stato di diritto*, vol. I – *Religioni, giurisdizione, pluralismo*, Napoli, 2011, 259; O.G. Chase, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London, 2005; trad. it.: *Gestire i conflitti. Diritti, cultura, rituali*, Roma-Bari, 2009, 85.

<sup>12</sup> A. Ferrari, *Matrimoni religiosi e diritti statuali: topografia di una relazione a "geometria variabile"*, in I. Zilio Grandi (cur.), *Sposare l'altro. Matrimoni e matrimoni misti nell'ordinamento italiano e nel diritto islamico*, Venezia, 2006, 85.

<sup>13</sup> Il fenomeno non conosce la stessa diffusione negli ordinamenti di *civil law*, dove invece si registra una certa resistenza alle forme di composizione delle liti a base religiosa attraverso vie alternative alla giurisdizione statale. Fanno eccezione Italia e Spagna che attribuiscono effetti civili alle sentenze canoniche di nullità del matrimonio, riconoscendo dunque l'esercizio della *iurisdictio nullitatum* da parte Chiesa cattolica nei confronti dei propri fedeli. Cfr. G. Boni, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis*

l'esigenza pressante delle comunità religiose di regolare le controversie tra i propri membri secondo i precetti religiosi, almeno in determinati campi del diritto civile, come il diritto di famiglia e delle successioni. In questi casi, sulla base di un accordo, le parti conferiscono a un'autorità giudicante, estranea al sistema della giurisdizione statale, il compito di risolvere la controversia insorta avendo come parametro di riferimento il sacro diritto della propria confessione. Viene così meno il monopolio dello Stato sulla giurisdizione<sup>14</sup>: la tutela giurisdizionale ricerca vie alternative, di natura privatistica, normalmente come rimedio al formalismo, ai costi, alla lentezza e alla rigidità della giustizia civile ordinaria<sup>15</sup>. Nel caso dei tribunali arbitrali religiosi, si persegue anche il fine della salvaguardia dell'identità di una comunità religiosa; i fedeli invocano l'osservanza di precetti religiosi e, per tale ragione, con un atto di autonomia privata, legittimano un "giudice" che condivide la loro stessa fede e al quale demandano la risoluzione delle loro controversie.

#### 4. Cenni conclusivi tra la metafora della diga e le questioni aperte

Il sistema delle ADR sembra offrire una strada di una qualche utilità agli Stati costituzionali che, di fronte alla pluralità delle comunità religiose e alle istanze di tutela della propria identità, ricercano in modo dinamico un bilanciamento tra principio di uguaglianza e diritto alla diversità.

Una delle questioni centrali, come si è potuto intravedere, sta nella verifica della compatibilità tra le regole del diritto religioso che si chiede di applicare in sede di giurisdizione arbitrale e i diritti e le libertà fondamentali degli individui che l'ordinamento giuridico statale garantisce. Peraltro, la sfera religiosa richiama una delle fondamentali libertà riconosciute dalle costituzioni di democrazia occidentale: la libertà religiosa e più a valle la libertà di coscienza. Libertà che si esprime anche nella richiesta degli individui appartenenti alla medesima confessione, di vedere le proprie controversie decise e risolte secondo i precetti della propria fede.

La necessità di una continua ricerca del punto di equilibrio tra i diritti in questione, fa sì che l'arbitrato religioso, dove ammesso e praticato, non comporti da parte dello Stato una totale remissione della funzione giurisdizionale. È vero che il monopolio statale della giurisdizione cede alla giustizia tra privati un margine di azione; tuttavia, l'autonomia giurisdizionale riconosciuta alle confessioni religiose non è piena. Le decisioni adottate dal giudice religioso non

---

*iudex*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 4-5/2017; F. Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova, 2011, 50 s.; N. Colaianni, *I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione: la giurisdizione*, in *Rivista di diritto privato*, n. 4, 2009, 7-32, in particolare 13.

<sup>14</sup> Cfr. G. Verde, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. di diritto processuale*, 2003, 371 ss.; P. Biavati, *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, in *Riv. trim. di diritto e procedura civile*, n. 2, 2009, 523 ss.; N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, in particolare 165 ss.

<sup>15</sup> Sui vantaggi delle ADR in generale, cfr. M. Boyd, *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*, Report December 2004, [www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html](http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html).

possono essere *contra legem*. Possono avvalersi dei margini di interpretazione delle disposizioni vigenti secondo la tecnica della *reasonable accommodation*, ma non possono violare i principi costituzionali. Sicché, la decisione dell'autorità religiosa può essere impugnata davanti alle corti civili ed eventualmente riformata sia per motivi sostanziali (violazione della legge statale o delle disposizioni costituzionali; violazione dell'accordo preliminare tra le parti) che per motivi procedurali (violazione delle disposizioni statali in materia di garanzie processuali)<sup>16</sup>. Per questo motivo è stato opportunamente osservato che l'arbitrato religioso, tra le espressioni più avanzate delle politiche multiculturali, costituisce una forma di *amministrazione congiunta della giurisdizione* tra lo Stato e l'autorità religiosa giudicante<sup>17</sup>.

In termini funzionali, si può invece parlare di un *sistema suppletivo e parallelo* rispetto alla giurisdizione statale. In effetti, i tribunali confessionali istituiti sulla base della legislazione statale in materia di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, da una parte ricevono dallo Stato la potestà di adottare atti giudiziari in conformità a principi e regole della propria confessione. Dall'altra, l'autorità religiosa nell'esercizio della funzione giurisdizionale non può omettere la tutela dei diritti e delle libertà che l'ordinamento statale normalmente garantisce attraverso i propri giudici. Le coordinate giuridiche che dettano l'orientamento delle autorità religiose giudicanti vanno ricercate nei precetti religiosi e nelle leggi dello Stato. Il collegio religioso giudicante deve assicurare – nella sua composizione – anche la conoscenza del diritto secolare.

L'Italia, l'Europa, il mondo occidentale attraversano in questa fase della storia dell'umanità, una condizione che ciclicamente la storia ripropone. I flussi umani che, nella legittima ricerca di migliori o di sufficienti condizioni di vita, si spostano in modo massivo da un'area ad un'altra del globo terrestre, non rappresentano una novità nella storia dell'umanità.

Il dato tragico che oggi si registra è l'alto tasso di sofferenza e di mortalità che le condizioni di queste migrazioni procurano tra le popolazioni migranti.

Il dibattito attuale, e il confronto tra i paesi membri dell'Unione europea, si concentra sui meccanismi diplomatici e sugli strumenti di deterrenza volti a attenuare, fino a interrompere, l'impeto disordinato dei flussi migratori. È un dibattito miope! Si limita a guardare al problema dei moti migratori cercando diappare la falla che, qui e ora, produce danno.

Nessuna visione strategica e di lungo periodo accompagna – in questo momento – l'agitarsi della classe politica, o almeno della parte più "agitata" di essa.

Le migrazioni di popoli alla ricerca di migliori condizioni di vita non potranno mai essere fermate o impedito. Leggi o barriere non assicurano alcuna tenuta stagna.

La ricerca di quella "felicità" di cui parla la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti non appartiene alle aspirazioni di una sola fetta dell'umanità.

---

<sup>16</sup> Cfr. G. Passaniti, *Gli Arbitration Tribunals nella realtà multietnica canadese: multiculturalismo vs. uguaglianza*, in Rolla G. (cur.), *Eguali ma diversi. Identità e autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006, 239.

<sup>17</sup> F. Alicino, *Stato costituzionale, pluralismo giudiziario e società policulturale*, in F. Alicino (cur.), *Il costituzionalismo di fronte all'Islam*, cit., 53.

La metafora della diga artificiale offre una lettura chiara del fenomeno che si registra in questo tempo. Una diga è destinata a arginare l'impetuoso affluire delle acque; ne consente la raccolta in un bacino artificiale; ma mai potrà interrompere – né aspira a tanto – il flusso delle acque. Costruire una diga oggi ha senso solo se si predispongono le infrastrutture idriche necessarie a far defluire utilmente le acque che continueranno ad affluire e che nessun bacino, diga o barriera potrà mai interrompere.

Allo stesso modo, i flussi migratori così imponenti e carichi di disperazione umana non cesseranno fintanto che la disparità di condizioni di vita tra il Nord e Sud del mondo non avrà trovato un punto di equilibrio accettabile.

Nel frattempo – cioè, nella migliore delle ipotesi, nei prossimi cento anni – la marea umana di disperati non interromperà il suo moto e, come le acque, cercherà senza sosta e troverà vie di penetrazione e infiltrazione nei territori della “felicità”.

È riconducibile – per mantenere la metafora di ingegneria idraulica – alla realizzazione delle infrastrutture destinate a regolare e governare il flusso delle acque raccolte e poi rilasciate dal bacino, la ricerca di strumenti giuridicamente sostenibili per agevolare la pacifica convivenza nelle società caratterizzate da un pluralismo culturale e religioso elevato.

In particolare, si tratta di comprendere quali vie possono essere tracciate per l'ordinata convivenza con le popolazioni di religione islamica. Popolazioni la cui disponibilità a accettare le condizioni di vita del paese ospite non giunge, tuttavia, a rinunciare alle proprie regole religiose, specialmente quelle attinenti lo statuto della persona e delle sue relazioni familiari.

I tribunali religiosi possono rientrare nel quadro degli strumenti giuridici utili a governare il sistema? Dov'è il punto di equilibrio tra la legittima aspirazione all'esercizio di una autonomia giurisdizionale per le questioni sulle quali si gioca l'identità religiosa di una comunità, da una parte; e, dall'altra, la conformità dei comportamenti dei membri della comunità religiosa ai valori che informano le fondamenta dello Stato che li accoglie? A chi spetta individuare, di volta in volta, il giusto e ragionevole criterio di composizione della controversia tra libertà religiosa e diritti fondamentali?

## La complessità del “rendere giustizia” di fronte alla sfida del diritto interculturale

di Maria Chiara Locchi

**Abstract:** *The difficulties of settling disputes faced with the challenge of intercultural law* – The demands for accommodation of cultural and religious differences in Western pluralistic societies strongly stress legal systems; cultural and religious diversity has a particularly strong impact on “settling disputes”, in relation to both the implications of dealing with diversity for state courts and the potential of faith-based ADR (Alternative Dispute Resolution). In fact, on the one hand, Western judges are increasingly confronted with their changing role as possible “intercultural legal professionals”; on the other hand, faith-based mediation and arbitration raises some important questions related to women’s dignity and rights to personal autonomy and self-determination.

1015

---

**Keywords:** Cultural and religious diversity; Legal pluralism; Intercultural legal professionals; Faith-based ADR; Islamic councils.

### 1. Considerazioni introduttive

Le richieste di accomodamento delle differenze culturali e religiose negli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali di immigrazione rappresentano un fenomeno ormai consolidato ed ampiamente indagato dalla scienza giuridica. Sono possibili diverse risposte a tali richieste: mentre un approccio orientato all’assimilazione forzata di coloro che esprimono identità differenziate appare irricevibile negli Stati costituzionali liberal-democratici<sup>1</sup>, le politiche multiculturaliste hanno conosciuto negli ultimi anni aspre critiche e sono state apertamente sconfessate, almeno sul piano delle dichiarazioni ufficiali<sup>2</sup>.

Se l’opzione multiculturalista sembra dunque essere caduta in disgrazia, il concetto di “interculturalismo” è invece tra quelli che hanno ricevuto un’attenzione crescente, tanto sul piano delle politiche istituzionali quanto nell’ambito dibattito accademico. Senza poter qui richiamare la complessità delle riflessioni che ne

---

<sup>1</sup> Cfr. L. Orgrad, *The Cultural Defense of Nations: A Liberal Theory of Majority Rights*, Oxford, 2015, 7.

<sup>2</sup> C. Joppke, *Is Multiculturalism Dead?*, Malden, 2017, 43 ss., che stigmatizza il carattere spesso semplicificante delle ricostruzioni del concetto di “multiculturalismo” e segnala il carattere retorico di molte dichiarazioni con le quali ne è stato sancito il superamento, anche in contesti nei quali non sono mai effettivamente esistite delle “politiche multiculturali” a livello di indirizzo politico nazionale (ad es. in Germania).

hanno segnato lo sviluppo, è utile tuttavia rimarcare come con la nozione di “interculturalismo”, e di “politiche interculturali”, si sia tentato di superare le derive comunitariste ed essenzialiste ricollegate al multiculturalismo, valorizzando la dimensione individuale rispetto a quella di gruppo e mettendo al centro l’idea del “dialogo”, dell’“interazione” tra diversi, della “coesione” e del “mutuo rispetto”<sup>3</sup>.

Le strategie di accomodamento delle differenze culturali e religiose sollecitano fortemente le diverse componenti dell’ordinamento giuridico, ripercuotendosi sull’esercizio della funzione giurisdizionale con riferimento tanto al ruolo del giudice statale in rapporto al trattamento giuridico della diversità, quanto all’emersione di forme alternative di risoluzione delle controversie alla luce di norme giuridiche di matrice culturale o religiosa.

La diversa identità culturale e religiosa, infatti, si configura in certi casi come appartenenza anche ad un autonomo sistema giuridico; il riferimento privilegiato, anche se non esclusivo<sup>4</sup>, è alla “produzione normativa” dell’Islam europeo, un concetto immaginabile a partire dal carattere confessionale, personale e extraterritoriale del *fiqh* e, quindi, dall’esistenza di un obbligo di osservanza di norme giuridiche di derivazione religiosa da parte dei musulmani, stranieri e cittadini, pur residenti in Europa.

Il pluralismo giuridico che ne deriva ha un carattere “multiplo”: non soltanto si determina una situazione di coesistenza *di fatto* tra il diritto ufficiale dello Stato e le norme giuridiche islamiche osservate dai musulmani che vivono nei paesi occidentali, ma i due sistemi si presentano come intrinsecamente complessi a nella misura in cui sono interessati da fenomeni di interazione e ibridazione<sup>5</sup>.

Il carattere ibrido e poroso dell’identità – culturale, religiosa, giuridica – appare in effetti come una chiave di lettura imprescindibile delle richieste di riconoscimento dei membri dei gruppi minoritari, che ricostruiscono il proprio mondo giuridico “navigando” attraverso diversi sistemi legali alla ricerca di

---

<sup>3</sup> Sulla specificità dell’interculturalismo rispetto al multiculturalismo cfr. N. Meer, T. Modood, *How Does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2, 2011, 175-196. Dalla prospettiva del Consiglio d’Europa, il paradigma interculturale combina elementi propri del modello assimilazionista e di quello multiculturalista: «it takes from assimilation the focus on the individual; it takes from multiculturalism the recognition of cultural diversity. And it adds the new element, critical to integration and social cohesion, of dialogue on the basis of equal dignity and shared values», cfr. il *White Paper on Intercultural Dialogue “Living Together As Equals in Dignity”*, Strasbourg, 7 May 2008, 19.

<sup>4</sup> Si pensi, ad es., anche al caso delle comunità cinesi e rom, sulle quali cfr., tra gli altri, B. Chen Goh, *Law without lawyers, justice without courts: on traditional Chinese mediation*, Aldershot, 2002; S. G. Drummond, *Mapping Marriage Law in Spanish Gitano Communities*, Vancouver, 2005; P. D. Farah, *L’influenza della concezione confuciana sulla costruzione del sistema giuridico e politico cinese*, in G. Bombelli, B. Montanari (a cura di), *Identità europea e politiche migratorie*, Milano, 2008, 193-226; I. Nafstad, *Gypsy law - the non-state normative orders of Roma: scholarly debates and the Scandinavian knowledge chasm*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1, 2016, 92-109.

<sup>5</sup> Cfr. W. F. Menski, *Rethinking Legal Theory in the Light of South-North Migration*, in P. Shah, W. F. Menski (eds.), *Migration, Diaspora and Legal Systems in Europe*, Cavendish, 2006, 13 ss., che sottolinea come gli stati occidentali, se vogliono mantenere il controllo sulla produzione e l’applicazione del diritto all’interno dei propri confini, debbano acquisire una conoscenza approfondita e affidabile di queste forme di ibridazione giuridica.

soluzioni concrete in grado di adattare le proprie pratiche e credenze al contesto, culturale e giuridico, occidentale<sup>6</sup>. A questo proposito Boaventura de Sousa Santos ha fatto ricorso al concetto di “interlegalità”<sup>7</sup>, una condizione caratterizzata dalla compenetrazione di diversi ordini normativi (le regole giuridiche consuetudinarie e di matrice religiosa, il diritto nazionale e internazionale), che, nel caso dei musulmani europei, risulta ulteriormente complicata dalla eterogeneità delle concezioni di “Islam” e “sharia” espresse dalle diverse comunità islamiche diasporiche.

In questo scenario di accresciuto pluralismo culturale e religioso, apprezzabile anche nei termini di un pluralismo giuridico, la funzione del “rendere giustizia” appare dunque attraversata da spinte e tensioni che interrogano sia il ruolo della giurisdizione ordinaria che le potenzialità delle forme di “giustizia alternativa” in quanto possibili spazi di produzione di un diritto interculturale.

## 2. Il giudice occidentale come operatore interculturale

Il ruolo cruciale delle corti nella tutela delle istanze di minoranze e gruppi storicamente emarginati all’interno delle società pluralistiche contemporanee è stato da tempo riconosciuto<sup>8</sup>; l’attivismo giudiziale delle corti, e in particolare di quelle costituzionali, non è, del resto, privo di profili problematici, soprattutto in relazione al depotenziamento del circuito democratico-rappresentativo rispetto a questioni decisive quali l’accomodamento delle differenze culturali e religiose<sup>9</sup>.

Se i rischi connessi alla figura di un “giudice erculeo”, per dirla con Ronald Dworkin<sup>10</sup>, gettano più di un’ombra sulla preferibilità della via giurisdizionale alla risoluzione delle controversie culturali, è altrettanto evidente che l’approccio casistico e concreto delle corti si dimostra particolarmente funzionale alla pluralizzazione delle fonti di conoscenza e al riconoscimento dei processi giusgenerativi dei gruppi particolari e degli stessi individui che chiedono giustizia<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Sul concetto di *cultural navigation* cfr. R. Ballard (ed.), *Desh Pradesh. The South Asian presence in Britain*, London, 1994, 30-33.

<sup>7</sup> Cfr. B. de Sousa Santos, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociologia del diritto*, 3, 1990, 28.

<sup>8</sup> Cfr. S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 195.

<sup>9</sup> Cfr. E. Olivito, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, [www.statoeChiese.it](http://www.statoeChiese.it), per la quale, d’altra parte, è opportuno ricontestualizzare tali critiche alla luce del «desolante arretramento delle istituzioni rappresentative» e, in particolare, della «quasi completa abdicazione del legislatore su temi e questioni legati al pluralismo sociale», 13. Il ruolo di giudici e legislatore nella risoluzione dei “conflitti culturali” non si configura in modo omogeneo nei diversi ordinamenti costituzionali: in Europa, ad esempio, l’A. identifica un “modello francese”, caratterizzato da “blindature legislative”, e un “modello tedesco”, maggiormente orientato a pronunce giurisdizionali “aperte”.

<sup>10</sup> Cfr. R. Dworkin, *Law’s Empire*, Cambridge, 1986, 245.

<sup>11</sup> Cfr. A. Miranda, *Lo “stingimento” delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell’era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *Cardozo Electronic Law Bulletin*, April 2018, che si interroga sul problema dello “stingimento” delle regole giuridiche autoctone, nei termini di un «effetto “scolorente” di regole, valori, miti e mode aliene sul canovaccio del sistema autoctono», 11. Con riferimento al problema della valutazione di compatibilità o di

La centralità dell'individuo e della sua *agency*, che costituisce la cifra caratteristica dell'approccio interculturale all'accomodamento delle differenze, valorizza il ruolo del giudice come soggetto chiamato a tener conto delle molteplici normatività che si confrontano, ed eventualmente si scontrano, in occasione dei "conflitti culturali". Il *focus* sull'autodeterminazione individuale ha segnato le riflessioni più recenti sul pluralismo giuridico delle stesse società occidentali di immigrazione, consentendo di passare da un approccio orientato alla «descrizione di un "sistema" che consti di più ordini di norme (eventualmente antagonistici)» ad una lettura "critica", nella quale il paradigma pluralistico diventa «uno strumento adottabile dall'individuo per traguardare le differenti realtà giuridiche»<sup>12</sup>. Da una prospettiva di pluralismo giuridico "soggettivo", ad esempio, il giurista canadese Roderick Macdonald ritiene che le "traduzioni" giuridiche formali, ufficiali, siano solo "ipotesi rappresentative" e che le istituzioni dello Stato – non solo i giudici, ma anche il legislatore – potrebbero adottare un approccio più aperto e culturalista senza essere ossessionate dalla coerenza interna delle proprie decisioni; giudici e legislatore sarebbero quindi liberati «from the impossible task of writing, interpreting and enforcing The Law», in quanto finalmente riconosciuti «as privileged – but not authoritative – spokespersons of a normative universe that is, at its roots, heterogeneous»<sup>13</sup>.

Il giudice, in quanto interprete, è altresì un mediatore e un traduttore. Dalla prospettiva dell'ermeneutica giuridica, Francesco Viola ha rimarcato come, a fronte del pluralismo giuridico delle società multiculturali contemporanee, l'interpretazione giuridica veda rafforzata la sua funzione di strumento di fusione tra orizzonti culturali differenti. L'interprete è indubbiamente immerso in un contesto particolare ma, al tempo stesso, si propone di «superare il particolarismo mediante progressive intese con altre particolarità culturali»: la ricerca di un senso comune tra "il mondo del testo" e "il mondo dell'interprete" non potrà avvenire sulla scorta di conoscenze puramente teoriche e astratte, «ma solo nell'evento pratico del discorso, in cui prende forma la partecipazione a un'impresa comune»<sup>14</sup>.

---

incompatibilità delle pratiche o regole giuridiche "aliene" rispetto alla coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico, l'A. sottolinea come nel sistema inglese tale valutazione sia presa «*case by case and as matter of fact* attraverso il raffronto operato dai giudici (mai monocratici e sempre di grandissima esperienza) con i "values" (di cui il *public order* è solo uno dei tanti elementi) cioè quei principi di interesse collettivo e sociale riconosciuti dalla collettività [...]», 23.

<sup>12</sup> Cfr. R. Motta, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2004, 355. I teorici del pluralismo "soggettivo", come Jaques Vanderlinden e Roderick A. Macdonald, appaiono interessati, da un lato, ad indagare il ruolo del singolo individuo nella scelta del foro e/o della norma giuridica ritenuti preferibili – tra i diversi ai quali risulta collegato per via della sua appartenenza alle molteplici reti sociali – allo scopo di soddisfare la sua legittima attesa ("pluralismo di adesione"); dall'altro lato, ad approfondire le modalità con le quali l'individuo, colto nella sua molteplicità interna, crea egli stesso un diritto originale al fine di inquadrare giuridicamente la sua interazione con la società ("pluralismo di creazione").

<sup>13</sup> Cfr. R. A. Macdonald, D. Sandomierski, *Against Nomopolies*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 4, 2006, 629.

<sup>14</sup> Cfr. F. Viola, *Ermeneutica giuridica e pluralismo*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2012, 25 e 35.

All’insegna di una concezione critica del ruolo del giurista – che interpreta il materiale normativo, alla luce della realtà sociale, trasformandolo in “corpo vivo”, e cioè in “ordinamento”<sup>15</sup> – il giudice può dunque essere visto come un operatore giuridico interculturale<sup>16</sup>.

Mario Ricca ha sviluppato un’interessante analisi del compito di traduzione interculturale affidato al giudice, a partire dalla presa d’atto dei limiti della “strategia multiculturalista” in quanto caratterizzata dall’«adozione di logiche differenzialiste che polarizzano l’appartenenza culturale» e volta, in ultima analisi, a legittimare «un pluralismo difettivo, antagonistico e pulviscolare, fatto di deroghe, di eccezioni al diritto nazionale/universale, piuttosto che di rinegoziazioni generali della soggettività giuridica e sociale»<sup>17</sup>. Il compito di “traduzione interculturale” affidato agli operatori del diritto, e *in primis* ai giudici, valorizza invece l’universalismo delle categorie giuridiche, generali ed astratte, formulate dai legislatori negli Stati costituzionali occidentali: attraverso la loro *ars combinatoria*, infatti, i giudici e gli altri professionisti del diritto “utilizzano” l’ambiguità semantica e le capacità inclusive delle generalizzazioni normative, così da far emergere la «dialettica tra significati normativi e significati sociali» e dare forma e legittimità a «soluzioni e situazioni normative del tutto imprevedibili in sede di confezione delle leggi e di elaborazione delle corrispondenti prognosi di effettività»<sup>18</sup>.

La modulazione semantica delle generalizzazioni normative in chiave interculturale può realizzarsi seguendo almeno tre *iter* tecnici<sup>19</sup>. Una prima modalità consiste nello «spostamento infranormativo delle richieste di

---

<sup>15</sup> Cfr. V. Crescenzi, *Lettera di saluto*, in *Diritto romano attuale*, 13-14, 2005, 9-10, secondo il quale «è il giurista [...] che identifica i precetti vigenti, coniugando le proposizioni normative in funzione della costruzione pragmatica dell’ordinamento come ambiente nel quale le differenti forze che sostengono gli interessi in gioco, si trovino in equilibrio [...] nessuna tecnica può costituire uno strumento di sopraffazione di alcuni membri di una compagine sociale nei confronti di altri [...] è nella razionalità dell’equilibrio che le tessere, spesso contraddittorie e comunque in-ordinate, che dal materiale normativo provengono, trovano la loro funzione. Non il soggiacere all’atomismo dei precetti, e delle più o meno consapevoli mire di coloro che li hanno posti in essere, connota il lavoro della scienza giuridica, ma il dominarlo, questo atomismo, analizzando criticamente le forme che il materiale precettivo tende a costruire in funzione degli interessi cui intende dare prevalenza, analizzando questi stessi interessi, ascoltando la società e identificandone le tensioni verso il diritto di cui ha bisogno».

<sup>16</sup> Il giudice può essere visto anche come “antropologo” nella misura in cui è chiamato a confrontarsi con la cultura nell’esercizio delle sue funzioni, cfr. I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

<sup>17</sup> Cfr. M. Ricca, *Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale. Alterità e storia nell’agire giuridico interculturale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2010, p. 544. Dello stesso A. cfr. anche *Sul diritto interculturale. Costruire l’esperienza giuridica oltre le identità*, in *Daimon*, 8, 2008; *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008; *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

<sup>18</sup> Cfr. M. Ricca, *Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale*, cit., p. 542, che ritiene avvocati, magistrati e notai gli artefici del processo di “continua deriva semantica” al quale sono sottoposte le categorizzazioni normative, in quanto tali “esaustive e comprendenti”: «Lo sforzo di queste agenzie professionali di contenere dentro le categorie normative il pullulante e proteiforme manifestarsi dell’esistente ha prodotto un’erosione costante, eppure taumaturgica, sulle rigidità semantico-politiche implicite nell’azione legislativa».

<sup>19</sup> Cfr. M. Ricca, *Culture interdette*, cit., p. 357.

riconoscimento», così da riconsiderare la rilevanza normativa dei singoli comportamenti e la loro “qualificazione giuridica”, nei termini di una loro ricollocazione all’interno di una determinata categoria normativa piuttosto che in un’altra. Una seconda via è quella della «rimodellazione categoriale delle generalizzazioni normative a forte connotazione assiologica»: il riferimento è al potenziale di trasformazione/traduzione dell’Alterità proprio dei diritti fondamentali, che a volte operano implicitamente per mezzo dell’applicazione di principi e clausole generali quali l’analogia, la ragionevolezza, lo stesso principio di uguaglianza. Le norme sovranazionali e costituzionali a tutela dei diritti fondamentali, dunque, attivano un processo di risignificazione delle generalizzazioni legislative che consente un loro costante aggiornamento alla luce delle nuove esperienze giuridiche di cui quegli stessi diritti fondamentali garantiscono la tutela. L’«uso interculturale del sistema giuridico», infine, è il terzo e ultimo meccanismo identificato da Ricca, che vede nel diritto vivente il prodotto finale di una lunga sequenza di “eventi ermeneutici” animati dalle ricostruzioni dei giudici e degli altri operatori del diritto; l’azione dei professionisti del diritto riceve altresì il supporto di quei tecnici ed esperti, quali antropologi, psicologi culturali, linguisti, che contribuiscono a «far emergere i retroscena semantici, gli sfondi di senso delle richieste di riconoscimento culturale e a dar voce alle loro *parti mute* [...] ma non per questo meno decisive per valutare correttamente la rilevanza giuridica di quelle richieste»<sup>20</sup>.

Gli ordinamenti giuridici occidentali risultano dunque già dotati di dispositivi di riconoscimento degli effetti giuridici della diversa identità culturale e religiosa, un riconoscimento che può restringersi o espandersi in relazione al concreto utilizzo, da parte dei giudici, dei margini di interpretazione e applicazione delle norme, in special modo di quelle contenenti “concetti giuridici aperti”<sup>21</sup>. Si consideri, ad esempio, la regolazione giuridica delle relazioni familiari, che si dimostra particolarmente sollecitata dall’impatto della diversità culturale e religiosa<sup>22</sup>; in quest’ambito l’identità delle parti può venire in rilievo grazie al riconoscimento di spazi di autonomia privata quali, ad esempio, gli accordi prematrimoniali; il giudice occidentale potrebbe poi trovarsi ad applicare istituti giuridici che sono configurati dal diritto civile in termini neutri ma “includenti”, e

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, 78-80. Sul ruolo degli esperti culturali nel processo cfr. L. Holden, *Cultural Expertise and Litigation. Patterns, Conflicts, Narratives*, Abingdon, 2011.

<sup>21</sup> Cfr. J. Ringelheim, *Diritto e diversità culturale. La scienza giuridica di fronte alla sfida del pluralismo*, in *Ragion pratica*, 36, 2011, 121.

<sup>22</sup> Il diritto di famiglia non è l’unico ambito del diritto civile ad essere interessato dall’incidenza delle differenze culturali e religiose, cfr. A. Dundes Renteln, *Making room for Culture in the Court*, in *The Judge’s Journal*, 2, 2010, che riporta alcuni esempi in tema di azioni concernenti i diritti civili, di discriminazione sul lavoro e di azioni aquiliane, nelle quali la cultura può rilevare in sede di quantificazione del risarcimento danni. In ambito penalistico è ormai corposa la letteratura scientifica sulla *cultural defence* e i c.d. reati culturalmente motivati, cfr. A. Dundes Renteln, *The cultural defense*, Oxford, 2004; J. A. R. Nafziger, R. Kirkwood Paterson, A. Dundes Renteln, *Cultural law. International, comparative, and indigenous*, Cambridge, 2010; F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Padova, 2010.

cioè tali da legittimare determinate pratiche o istituti di matrice religiosa<sup>23</sup>; in altri casi, invece, è lo stesso diritto civile ad attribuire espressamente al giudice, al fine di perfezionare l’atto giuridico disciplinato dal diritto occidentale, il compito di verificare il compimento di determinati adempimenti o pratiche prescritti dal diritto religioso delle parti<sup>24</sup>.

Sempre più spesso il giudice occidentale sarà messo di fronte al nodo problematico legato al suo ruolo potenziale di “operatore giuridico interculturale”. Ad una donna che rivendichi diritti patrimoniali nei confronti di un coniuge con il quale risulta sposata esclusivamente con rito religioso, o ad una coppia che abbia contratto un matrimonio tanto civile quanto religioso, il giudice occidentale potrebbe, rispettivamente, negare tutela giuridica a fronte dell’assenza di un matrimonio valido per il diritto dello Stato, od occuparsi unicamente del divorzio civile, disinteressandosi delle vicende di quello religioso; il mancato ascolto di queste inedite domande di giustizia, tuttavia, non sarà privo di conseguenze rispetto all’effettiva protezione del principio di uguaglianza sostanziale e del diritto di autodeterminazione in una società pluralistica<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Con l’*Adoption and Children Act* del 2002, ad esempio, è stata introdotta nell’ordinamento giuridico britannico la *special guardianship*, un nuovo istituto volto alla protezione dei minori abbandonati che si pone come alternativa all’adozione legittimante e risulta compatibile con la disciplina della *kafalah* islamica. Sulla base del superiore interesse del minore in diversi stati occidentali sono riconosciuti effetti giuridici alla *kafalah*, tanto in relazione all’adozione quanto in tema di autorizzazione al ricongiungimento familiare; sulle aperture al riconoscimento della *kafalah* islamica da parte della giurisprudenza di legittimità in Italia cfr. M. Di Masi, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, maggio-giugno 2018, 267-269.

<sup>24</sup> È quanto avviene, in Inghilterra, in relazione al divorzio tra coniugi di fede ebraica. Ai sensi del *Divorce (Religious Marriages) Act* del 2002, infatti, qualora un uomo sposato sia con rito civile che con rito religioso ebraico avvii una pratica di divorzio davanti ad un tribunale civile, il giudice può aggiornare la sua domanda fino a quando non abbia la prova che i coniugi abbiano proceduto altresì ad un divorzio religioso (*get*); lo scopo della legge è quello di evitare che il marito, intenzionato ad ottenere un divorzio civile, “punisca”, allo stesso tempo, la moglie attraverso la negazione del divorzio religioso. In Spagna l’art. 7 della l. 26/1992, di recepimento dell’accordo tra lo Stato spagnolo e Commissione Islamica, attribuisce effetti civili al matrimonio celebrato secondo il rito religioso islamico, qualora siano verificate le condizioni previste dal Codice Civile spagnolo e richiamate nell’accordo.

<sup>25</sup> Le corti inglesi hanno mostrato degli importanti segnali di apertura nella direzione dell’interazione tra i diversi sistemi giuridici rilevanti per le parti. Nel 2000, con il caso *Ali v Ali*, la High Court ha imposto al Sig. Ali il pagamento del *mahr* che era stato negoziato nell’ambito del matrimonio islamico stipulato dai due coniugi e che, in quanto tale, non produrrebbe nessun effetto giuridico per il diritto inglese; il giudice inglese, decidendo di non pronunciarsi unicamente sul divorzio civile, ha mostrato di accogliere la ricostruzione prospettata da W. F. Menski, intervenuto nel processo in quanto esperto di diritto islamico: lo scenario ibrido nel quale si muovono le parti, che si erano unite in matrimonio sia civilmente che con rito religioso, fa sì che la mancata considerazione, da parte del giudice occidentale, degli obblighi del marito alla luce del diritto religioso si risolva in una mancata tutela dei diritti della moglie e in un incentivo al ricorso agli *Islamic councils*, cfr. W. F. Menski, *Immigration and Multiculturalism in Britain: New Issues in Research and Policy*, relazione tenuta presso la University of Foreign Studies di Osaka, 2002, [www.casas.org.uk/papers/pdfpapers/osakalecture.pdf](http://www.casas.org.uk/papers/pdfpapers/osakalecture.pdf). Il giudice inglese, peraltro, ha accordato alla Sig.ra Ali 30.000 sterline, ovvero una sterlina in meno rispetto alla cifra concordata in sede di accordi matrimoniali (30.001 sterline): la sterlina mancante, secondo Menski, sta a dimostrare come la soluzione a cui il giudice è pervenuto sia frutto del suo

Il diritto internazionale privato costituisce un altro meccanismo di applicazione di norme giuridiche di matrice religiosa da parte del giudice occidentale, nella misura in cui in molti paesi di immigrazione il criterio di collegamento prioritario al fine di determinare la disciplina di fatti e rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale è rappresentato dalla cittadinanza delle parti. L'applicazione del diritto straniero da parte del giudice, d'altra parte, potrà avvenire esclusivamente nel rispetto dell'"ordine pubblico", costituito da quei principi supremi dell'ordinamento tra i quali figurano l'uguaglianza tra i sessi, la dignità umana, la stessa libertà religiosa<sup>26</sup>. Nel contesto del diritto internazionale privato, quindi, il giudice occidentale può ritrovarsi ad applicare il diritto islamico, o meglio la versione di quel diritto, geograficamente, storicamente e dottrinalmente determinata, a cui fanno rinvio le fonti statali del paese straniero da cui provengono le parti; Elisa Giunchi ha opportunamente osservato, a questo proposito che, sebbene «the Western judge needs not be aware of the plurality of Islamic sources and exegetical methods [...] his limited knowledge of the nuances and meaning of Islamic law may hinder his understanding of state Islamic law»<sup>27</sup>.

approccio pragmatico ed equitativo e non dell'applicazione di quanto prescritto dal diritto islamico. Con un'altra importante decisione, adottata nel 2018, la *High Court* si è espressa sulla delicata situazione di una coppia di coniugi musulmani che aveva contratto un matrimonio esclusivamente religioso per volontà del marito, il quale aveva rifiutato di sposare la moglie anche civilmente, con la conseguenza che la donna si ritrovava impossibilitata ad ottenere un'assistenza economica all'atto della separazione. Ritenendo inapplicabile l'istituto della "presunzione di matrimonio" – che avrebbe comportato l'esistenza di un valido matrimonio ai sensi del diritto inglese e, quindi, la possibilità di un divorzio civile – il giudice ha escluso, d'altra parte, di poter considerare il matrimonio tra le parti come "non esistente", nella misura in cui «those who have religiously married and have lived for many years, raised families and been treated by the family community and state authorities as married should not have the term non-marriage applied to them». Sulla base di un'argomentazione prevalentemente fondata sul richiamo dei diritti umani sanciti dalla Cedu (in particolare, dagli artt. 8 e 12) e dal principio del superiore interesse del minore protetto dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, i giudici inglesi hanno ritenuto che i due coniugi avessero stipulato un matrimonio in violazione di determinati requisiti previsti dalla legge inglese, riconoscendo alla moglie il diritto ad ottenere una pronuncia di nullità del matrimonio stesso e i benefici economici ad essa connessi.

<sup>26</sup> La necessità di proteggere gli interessi dei "soggetti deboli" ha portato all'elaborazione di concezioni "attenuate" dell'ordine pubblico in alcuni paesi europei (in particolare Francia, Belgio, Germania), allo scopo di impedire che il mancato riconoscimento di qualsivoglia effetto giuridico ad istituti di matrice culturale e religiosa in principio contrari all'ordine pubblico (es. poligamia e ripudio islamico) si risolva in una – paradossale – assenza di tutela giuridica. Sul carattere complesso e ambiguo dell'utilizzo dell'ordine pubblico rispetto al riconoscimento delle richieste di accomodamento della diversità culturale e religiosa cfr. D. Strazzari, *Pluralismo giuridico e diritti fondamentali: il riconoscimento di atti di ripudio islamico in alcuni ordinamenti europei*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 17, 2015, 1-23.

<sup>27</sup> Cfr. E. Giunchi, *Muslim family law and legal practice in the West. An introduction*, in E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, London-New York, 2014, 2, che ha approfondito, in relazione agli ordinamenti giuridici dei paesi islamici, il potenziale progressista ed emancipatorio di certe interpretazioni giurisprudenziali delle fonti islamiche, a fronte del carattere "anelastico" delle leggi scritte, fortemente condizionate da fattori politici, cfr. E. Giunchi (ed.), *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, Routledge, London, 2013. La difficoltà, per il giudice occidentale, di comprendere la complessità del diritto islamico "vivente" spesso conduce ad interpretazioni più letterali e conservatrici di quelle adottate nei

Un caso peculiare nel contesto europeo è rappresentato dalla speciale autorità giurisdizionale del *Mufti*, riconosciuta nella Grecia settentrionale, che può essere qui menzionata in quanto esempio di applicazione, formalmente riconosciuta, del diritto islamico da parte di un giudice confessionale in un paese occidentale; il *Mufti*, in particolare, è autorizzato a pronunciarsi sulle questioni attinenti allo statuto personale dei membri della minoranza musulmana della Tracia occidentale<sup>28</sup>.

L'impatto della diversità culturale sul ruolo del giudice non va considerato soltanto in relazione al diritto applicabile e al contenuto, culturalmente e religiosamente orientato, delle decisioni rese, ma altresì con riguardo all'obbligo di *fair treatment* a cui il giudice è tenuto nei confronti delle molteplici forme di diversità che possono venire in rilievo in un'aula di tribunale. Se l'uguaglianza davanti alla legge è innanzitutto garantita dall'indipendenza e dall'imparzialità dei giudici, infatti, il principio di uguaglianza e di *fair treatment* richiede tuttavia di riconoscere la differenza delle circostanze concrete e di adottare quelle misure che si rendano necessarie a correggere una situazione di svantaggio produttiva di disuguaglianza. *L'Equal Treatment Bench Book* fornisce a questo scopo una serie di suggerimenti operativi ai giudici britannici: con riferimento alla diversa appartenenza culturale o religiosa, ad esempio, i giudici sono invitati a tener conto delle barriere linguistiche e culturali che possono incidere sull'accesso alla giustizia da parte dei membri dei gruppi minoritari e, in particolare, ad adottare tutti gli accorgimenti utili a tener conto della particolare condizione di vulnerabilità delle persone di fede musulmana<sup>29</sup>.

---

paesi di origine delle parti, cfr. A.-R. Moosa, D. Helly, *An analysis of British judicial treatment of Islamic divorces, 1997–2009*, in E. Giunchi (ed.), *op. cit.*, 130 ss.

<sup>28</sup> Cfr. A. Rinella, M. F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 91 ss. Nel gennaio 2018 la l. n. 4511 ha riformato la legge che regola la materia (l. 1920/1991), riconoscendo ai membri della minoranza islamica, da un lato, il diritto di rinunciare alla giurisdizione confessionale e di ricorrere a quella civile (*opt-out*) e, dall'altro lato, il diritto di scegliere l'applicazione del diritto islamico (*opt-in*) previa verifica dell'accordo tra le parti.

<sup>29</sup> Cfr. la versione aggiornata e ampliata dell'*Equal Treatment Bench Book*, del febbraio 2018, [www.judiciary.uk](http://www.judiciary.uk). Nel documento si sottolinea come alle diverse culture siano associati diversi stili comunicativi e diverse modalità di esprimere le emozioni; tali differenze possono influenzare la comprensione delle persone nel contesto delle udienze formali, anche quando si tratti di individui che parlano la lingua nazionale in modo relativamente fluente e operino normalmente in contesti sociali o lavorativi “occidentali”. Lo stesso utilizzo dell'interprete, che corrisponde ad un diritto fondamentale funzionale a garantire un effettivo accesso alla giustizia, deve essere assistito dalle dovute cautele, a partire dalla consapevolezza delle difficoltà e dei limiti insiti nell'attività di traduzione; a questo proposito, è raccomandato a giudici e avvocati di utilizzare la lingua inglese nei modi più consoni a comunicare con persone che parlino l'inglese come seconda lingua. Un problema specificamente trattato è quello, solo apparentemente secondario, della pronuncia dei nomi di origine straniera da parte dei giudici in apertura delle udienze; il tipo di reazione manifestata dal giudice al norme straniero può essere indicativo del suo atteggiamento nei confronti della diversità culturale, provocando reazioni di sfiducia nelle parti o nei testimoni membri di minoranze etno-culturali; a tal proposito, si consiglia ai giudici di evitare di pronunciare un nome a causa della sua difficoltà, essendo decisamente preferibile scusarsi successivamente per eventuali errori di pronuncia.

### 3. Famiglie multiculturali e giustizia alternativa

Già si è ricordato come molte delle richieste di accomodamento delle differenze culturali e religiose si generino nel contesto delle “famiglie multiculturali”, e cioè di quei gruppi familiari la cui fisionomia, necessariamente ibrida e complessa, appare segnata da diversi contesti culturali e giuridici e dalla fitta trama delle molteplici identità (nazionali, etniche, culturali, religiose)<sup>30</sup>. La condizione delle donne e dei minori, in quanto soggetti deboli all’interno delle famiglie multiculturali, è caratterizzata da una condizione di vulnerabilità che può assumere i connotati di un “paradosso”: la tutela dei propri diritti soggettivi, alla luce di una “cittadinanza ri-universalizzata”, dà precedenza alle libertà individuali a discapito dell’identità culturale e religiosa del gruppo, mentre la protezione statale delle istanze del gruppo di appartenenza comporta dei “costi inevitabili” in termini di compressione dei propri diritti in quanto singolo<sup>31</sup>.

Una soluzione a questo paradosso potrebbe essere rappresentata, secondo alcuni, dal riconoscimento ai gruppi minoritari di una sfera di autonomia giurisdizionale in ambito civile e familiare, e quindi dal potenziamento dell’ADR (*Alternative Dispute Resolution*) in quanto strumento di “privatizzazione della diversità”<sup>32</sup>. Il riferimento, in particolare, è alle attività svolte da organismi, variamente denominati e organizzati, interni alle comunità culturali e religiose dei paesi occidentali di immigrazione; tali organismi possono esercitare tanto funzioni di mediazione civile e familiare, anche in assenza di un riconoscimento ufficiale da parte dello Stato, allo scopo di assistere le parti nel raggiungimento di un accordo il più soddisfacente possibile, quanto funzioni di arbitrato, a carattere religioso, nel contesto di una legislazione statale che assegna al lodo arbitrale effetti giuridici in presenza di determinate condizioni, sostanziali e procedurali.

Con la formula “ADR”, come è noto, si fa riferimento ad un complesso eterogeneo di procedure e strumenti, fondati sul riconoscimento del potere delle parti di disporre delle proprie controversie e accomunati dallo scopo di risolvere i conflitti con modalità alternative alla decisione giudiziaria<sup>33</sup>. In un più ampio contesto di rafforzamento del ricorso alla mediazione in ambito familiare, anche come condizione obbligatoria al fine dell’accesso al circuito della giustizia civile<sup>34</sup>, il fenomeno degli organismi di giustizia alternativa operanti nell’ambito delle

---

<sup>30</sup> Cfr. A. L. Estin, *Introduction*, in A. L. Estin (ed.), *The Multi-Cultural Family*, Farnham, 2008, x.

<sup>31</sup> Cfr. A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge, 2001.

<sup>32</sup> Cfr. A. Shachar, *Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2, 2008, 573-607.

<sup>33</sup> Cfr. T. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution*, in *Rivista AIC*, 2, 2011, 2, che, in relazione al contesto statunitense, rileva come si tratti di «modi informali, semplici, rapidi, flessibili [...] non alternativi ma piuttosto modi appropriati o amicali o complementari alla giurisdizione» - quali ad es. la negoziazione, la mediazione, l’arbitrato (o la combinazione tra gli ultimi due, la c.d. “med-arb”), la valutazione preliminare, i processi sommari con giuria.

<sup>34</sup> Cfr. K. J. Hopt, F. Steffek, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*, in K. J. Hopt, F. Steffek (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, 2013, 25-26.

comunità islamiche dei paesi occidentali (es. *Islamic* o *Sharia Councils*, *Muslim Arbitration Tribunal*, ecc.) è ormai oggetto di una corposa letteratura scientifica, volta a ricercare il giusto bilanciamento tra la garanzia dei diritti dell’individuo in uno Stato pluralistico fondato sul principio democratico e di uguaglianza e la tutela del diritto al rispetto dell’identità culturale e religiosa dei gruppi minoritari<sup>35</sup>.

In Inghilterra i membri della comunità islamica si rivolgono agli *Islamic councils* prevalentemente allo scopo di ottenere una pronuncia di divorzio conforme ai precetti islamici; il divorzio religioso è l’unica opzione possibile per quelle coppie che si sono sposate esclusivamente con rito informale, è cioè senza aver registrato il matrimonio presso le autorità civili inglesi, mentre si configura come opzione eventuale – ma lo stesso estremamente significativa, soprattutto per le donne musulmane<sup>36</sup> – in quei casi in cui la coppia si era sposata con rito sia civile che religioso e ha poi ottenuto il solo divorzio civile<sup>37</sup>.

Il fenomeno della giustizia alternativa costituisce indubbiamente un fenomeno stimolante per il comparatista interessato a studiare l’articolazione pluralistica dell’ordinamento giuridico, a partire dalla constatazione della crisi della concezione tradizionale, monista e positivista, del diritto nelle società multiculturali contemporanee.

Da una prospettiva di pluralismo giuridico “oggettivo”, che esalta cioè la dimensione ordinamentale del gruppo (etnico, culturale, religioso) di appartenenza dell’individuo, i metodi di ADR sono infatti apprezzabili quali strumenti di emersione dei diversi ordinamenti giuridici esistenti entro i confini dello Stato. Nell’ambito di una concezione “soggettiva” di pluralismo giuridico, incentrata cioè sull’*agency* dell’individuo, il fenomeno della “mediazione” – delle norme, delle procedure e delle istituzioni dei diversi ordinamenti giuridici che i cittadini riconoscono e creano – sembra addirittura configurarsi come “la” questione

---

<sup>35</sup> Cfr., da ultimo, S. Bano (ed.), *Gender and Justice in Family Law Disputes. Women, Mediation and Religious Arbitration*, Waltham, 2017 e R. Scarciglia, W. Menski (eds.), *Normative pluralism and religious diversity: challenges and methodological approaches*, Padova, 2018. Anche se il caso più noto e studiato è sicuramente quello delle “corti islamiche”, in diversi paesi occidentali sono attivi anche tribunali rabbinici (*Beth Din*). In Europa l’esperienza più consolidata è indubbiamente quella di Inghilterra e Galles, dove gli *Islamic Councils* sono definibili come associazioni locali di studiosi che, su base volontaria, forniscono pareri giuridici ai musulmani, principalmente nel campo del matrimonio religioso e del divorzio; mentre gli *Islamic Councils* agiscono come mediatori e si pronunciano sullo scioglimento di matrimoni religiosi non registrati civilmente, il *Muslim Arbitration Tribunal* è in grado di operare come arbitro ai sensi dell’*Arbitration Act* del 1996.

<sup>36</sup> Cfr. R. Parveen, *Do Sharia Councils Meet the Needs of Muslim Women?*, in S. Bano (ed.), *op. cit.*, 148: «if a Muslim woman follows the normative Islamic opinion that Allah has not given her a unilateral right to a divorce and her only method of divorcing a husband who is refusing to consent is to apply to an authority that will terminate it in accordance with Islamic law, a belief that she is entitled to hold, the Sharia council is essential for her».

<sup>37</sup> Gli *Islamic councils* possono operare altresì come mediatori nel contesto di matrimoni validi per il diritto inglese: in questo caso saranno i giudici statali a valutare se tener conto o meno della mediazione realizzata da questi organismi; secondo alcuni, il “dialogo” tra la giustizia ufficiale e l’operato dei consigli è utile nella misura in cui consente alle istituzioni statali di “monitorare” e valutare l’accordo raggiunto in sede di mediazione religiosa. Il *Muslim Arbitration Tribunal*, come già ricordato, è in grado invece di operare come arbitro ai sensi della legge inglese sull’arbitrato, adottando decisioni vincolanti per le parti in relazione a controversie civili.

fondamentale per il diritto contemporaneo: la mediazione, prima di essere esterna, va infatti vista come un'autovalutazione, una mediazione "interna" allo stesso individuo, del quale si riconoscono le identità multiple; ciascun individuo, da questa prospettiva, è considerato in quanto sito irriducibile di inter-normatività, composto da una "molteplicità di sé"<sup>38</sup>.

L'esistenza di organismi deputati alla risoluzione di controversie giuridiche in via alternativa alla giustizia ordinaria attraverso l'applicazione di norme di diritto religioso è in grado, d'altra parte, di sollevare numerose questioni problematiche rispetto alla tenuta di fondamentali principi e diritti posti alla base degli Stati democratici contemporanei. Il rischio più preoccupante è quello relativo alla discriminazione di genere, in relazione tanto all'applicazione di regole giuridiche di impronta patriarcale (ad es. quelle che sovrintendono il ripudio islamico) quanto alle procedure concretamente poste in essere all'interno degli organismi di mediazione e arbitrato, che possono caratterizzarsi per la violazione o la tutela insufficiente degli obblighi di trasparenza, imparzialità, confidenzialità, correttezza procedurale<sup>39</sup>.

Sono tuttavia possibili anche altre letture della giustizia alternativa a carattere confessionale e, in particolare, della condizione delle donne religiose come principali utenti degli organismi di mediazione ed arbitrato.

Sul piano delle iniziative istituzionali, merita di essere ricordato il recente rapporto presentato dal Ministero dell'Interno britannico al Parlamento, curato da un gruppo di esperti che ha raccolto le testimonianze delle persone che si sono rivolte agli *Islamic councils* e dei consulenti legali che hanno fornito loro assistenza, del personale che ha lavorato all'interno dei consigli e di alcune organizzazioni per i diritti umani. Dal rapporto emerge una realtà frammentata ed eterogenea, contrassegnata dall'esistenza di buone e cattive pratiche anche all'interno dello stesso organismo; le buone pratiche segnalate dal gruppo di esperti, in particolare, sono riconducibili alla presenza di membri del consiglio di sesso femminile, al rispetto del diritto di difesa della donna e al riconoscimento, da parte dei *councils*, dell'autorità giurisdizionale delle corti inglesi (ad es. segnalando episodi di

<sup>38</sup> A partire da tale "inter-normatività" il mediatore dovrebbe riuscire ad allargare la sfera del conflitto dalla mera dimensione del "litigio" tra le parti a quella delle normatività plurali, e quindi all'ordine dei valori e della cultura. Lo scopo della mediazione, in questo senso, non è soltanto quello di agevolare la comunicazione; le parti, riconoscendo i diversi valori normativi in gioco, dovrebbero essere messe in condizione di arrivare ad una soluzione condivisa. Il nesso tra mediazione e inter-normatività emerge anche dagli studi, di carattere empirico, sulle implicazioni teoriche e la percezione della mediazione da parte degli stessi mediatori: ciò che la soluzione giudiziaria non è in grado di offrire è spesso spiegato, da parte dei mediatori, in termini di mancata offerta di soluzioni alternative alle parti, cfr. L. Lalonde, *La médiation, une approche «internormative» des différends? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald*, in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 3, 2002, 125 ss.

<sup>39</sup> Cfr., ad es., S. A. Warraich, C. Balchin, *Recognizing the Un-Recognized: inter-country cases and Muslim marriages and divorces in Britain*, London, 2006; T. Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, in *Yale Law Journal*, 6, 1991; P. Booth, *Judging Sharia*, in *Family Law*, 22, 2008; P. Patel, *Faith in the State? Asian Women's struggles for Human Rights in the UK*, in *Feminist Legal Studies*, 1, 2008.

violenze familiari e problemi legati alla protezione dei minori o accertando la pronuncia del divorzio civile al fine di procedere a quello religioso)<sup>40</sup>.

In ambito accademico una prospettiva interessante dalla quale indagare il funzionamento della giustizia alternativa nei contesti multiculturali è l'analisi economica del diritto applicata alla regolazione giuridica delle relazioni familiari, nel tentativo di comprendere il comportamento dei diversi membri della famiglia in occasione della fine del rapporto matrimoniale. Pascale Fournier, utilizzando questo approccio, ha cercato di spiegare l'atteggiamento, rispetto al divorzio, delle donne religiose (musulmane ed ebraiche) che vivono in Canada, allo scopo di rilevare le dinamiche di potere che si dispiegano, in rapporto alle due diverse sfere del diritto civile e religioso, in funzione della massimizzazione del profitto. Ciò che è emerso dalla ricerca etnografica è un uso “strategico” del divorzio religioso: le donne intervistate da Fournier, nella loro qualità di mogli e madri, hanno spesso deciso di attivare le procedure previste dal diritto religioso in quanto ritenute più vantaggiose, esercitando quindi un'agency finalizzata a perseguire obiettivi di redistribuzione<sup>41</sup>.

L'uguaglianza di genere e il diritto di autodeterminazione sono anche al centro dell'interesse di quegli studi femministi post-coloniali dedicati ad approfondire gli effetti dell'ADR sulla condizione delle donne che appartengono a minoranze culturali e religiose. Le tesi sostenute nel contesto di questo filone di ricerca sono di segno opposto: se c'è chi segnala i rischi legati al carattere oppressivo e potenzialmente dannoso della mediazione e dell'arbitrato in ambito familiare per l'autonomia, la sicurezza e i diritti fondamentali delle donne<sup>42</sup>, non mancano studi che ne valorizzano il potenziale, positivo, di trasformazione ed emancipazione.

Da una prospettiva critica della dicotomia tra la “modernità” del liberalismo occidentale e il carattere illiberale e anti-moderno delle pratiche tradizionali, si contesta la ricostruzione dell'autonomia personale necessariamente in chiave conflittuale rispetto all'autonomia del gruppo religioso: la mediazione e l'arbitrato religioso potrebbero, anzi, facilitare la rappresentazione degli interessi dell'individuo, potenziandone l'autonomia nell'ambito dell'autonomia del gruppo<sup>43</sup>.

Al fine di valorizzare l'eterogeneità delle esperienze delle donne appartenenti a minoranze culturali e religiose, e di contestarne quindi l'immagine

---

<sup>40</sup> Cfr. *The independent review into the application of sharia law in England and Wales*, presentata al Parlamento dal *Secretary of State for the Home Department*, February 2018, 15-16, [www.gov.uk/government/publications/applying-sharia-law-in-england-and-wales-independent-review](http://www.gov.uk/government/publications/applying-sharia-law-in-england-and-wales-independent-review).

<sup>41</sup> Cfr. P. Fournier, *Please divorce me! Subversive agency, resistance and gendered religious scripts*, in E. Giunchi (ed.), *op. cit.*, 46. Della stessa A. cfr. anche *Muslim Marriage in Western Courts: lost in transplantation*, Farnham, 2010.

<sup>42</sup> Cfr. ad es. D. Greatbach, R. Dingwall, *Who Is in Charge? Rhetoric and Evidence in the Study of Mediation*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 17, 1993, 199-206, e A. Bottomley, J. Conaghan, *Feminist Legal Theory and Legal Strategy*, Oxford, 1993.

<sup>43</sup> Cfr. F. Ahmed, *Religious Norms in Family Law: Implications for Group and Personal Autonomy*, in M. Maclean, J. Eekelaar (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, 2013, 34 ss.

ampiamente diffusa di “vittime” prive della capacità di autodeterminarsi, la chiave di lettura dell’intersezionalità è spesso utilizzata negli studi sull’ADR religiosa in rapporto alla condizione femminile. Tale condizione dovrebbe infatti essere più correttamente apprezzata alla luce della complessa interazione tra genere, appartenenza etnoculturale e classe sociale, considerando che l’esperienza della rottura del vincolo matrimoniale è vissuta dalle donne musulmane in modo complesso, «within the context of civil English law, their own understanding of Islamic law, their social and family ties, and the customary practices of the cultural heritage to which they belong»<sup>44</sup>. Rispetto alla complessità delle identità religiose intersezionali gli organismi di mediazione e arbitrato religioso possono funzionare come luoghi di emersione delle “voci” delle donne e addirittura come spazi di resistenza e di contestazione del potere nei quali le donne, sia in quanto membri attivi dei consigli che in quanto utenti, riescono ad intraprendere un dialogo trasformativo con le interpretazioni dominanti e le pratiche consolidate della propria tradizione giuridica di appartenenza. Alla luce di quanto osservato, e senza sottovalutare le ambiguità e i rischi connessi ai circuiti di giustizia alternativa, il diritto di matrice culturale e religiosa può dunque costituire uno strumento di rappresentazione e di potere, mentre non necessariamente il contrasto alle forme di costrizione della libertà individuale legate all’appartenenza di gruppo si traduce in un *opting out*<sup>45</sup>.

Nell’ottica di rispondere alle richieste di accomodamento provenienti dai membri delle minoranze culturali e religiose, e in particolare dai soggetti più deboli all’interno dei gruppi minoritari, i sistemi giuridici dei paesi occidentali hanno a disposizione molteplici opzioni, delle quali due sembrano essere le principali: riconoscere a tali comunità, seppure a determinate condizioni, sfere di autonomia normativa e giurisdizionale in alcune materie circoscritte (es. statuto personale) oppure interpretare evolutivamente le categorie e gli istituti dello stesso diritto occidentale, così da declinare in chiave interculturale la tutela giuridica garantita dagli strumenti giuridici “ordinari” nel rispetto del principio di uguaglianza e degli altri diritti e principi fondamentali<sup>46</sup>. Non è questa la sede per approfondire i punti di forza e di debolezza di questi diversi approcci; quel che è certo è che, in entrambi i casi, l’impatto della diversità culturale e religiosa sui principi e le categorie giuridiche, e sulla stessa concettualizzazione della funzione giurisdizionale, è un nodo problematico decisivo sul quale il giurista occidentale deve necessariamente interrogarsi.

---

<sup>44</sup> R. Parveen, *op. cit.*, 143.

<sup>45</sup> Cfr. S. Bano, *Agency, Autonomy and Rights. Muslim Women and Alternative Dispute Resolution in Britain*, in S. Bano (ed.), *op. cit.*, 57.

<sup>46</sup> È quest’ultima la soluzione auspicata, ad esempio, dalla MWNUK (*Muslim Women’s Network UK*), cfr. S. Gohir, N. Akthar-Sheikh, *British Muslim Women and Barriers to Obtaining a Religious Divorce*, in S. Bano (ed.), *op. cit.*, 183, che rilevano come «ample legislative and grassroots solutions have been put forward that would provide a legal system that is fit for purpose and would in turn eliminate the need for Sharia councils. Better-trained mediators and panelists, with women at the forefront, campaigns raising awareness, as well as legislative action and pragmatic case decisions can collectively pave the way to equality, justice, and empowerment of Muslim women in the United Kingdom».

## Giurisdizione religiosa: la questione islamica in Canada e Stati Uniti

*di Maria Francesca Cavalcanti*

**Abstract: Religious jurisdiction: the islamic issue in Canada and the U.S.** – Contemporary legal systems, specially in recent decades, have had to face challenges and issues posed by an upcoming, to a certain extent totally new, pluralism: ethnic, cultural, and religious. One of the most important challenges is represented by the identification of legal solutions aiming at overcoming the conflicts arising from such complexity, in order to ensure the protection of individual and group rights as well as the fulfilment of expectations of minorities in matters of respect of their multiple identities. The question arises Western legal system namely with reference to the Shari'a and its diffusion as a juridical framework, addressing the members of Muslim communities, parallel to Western laicist orders, in view of finding solutions to juridical controversies according to the dictates of Islamic law. The essay examines two very significant experiences: the religious arbitration in Canada and United States, that show a possible way of integration of Muslim minority in the West.

1029

---

**Keywords:** Shari'a Courts; Fundamental rights; Legal pluralism; Religious jurisdiction; Canada; United States.

### 1. Considerazioni introduttive: società multiculturali e fattore religioso

Gli ordinamenti contemporanei, e così anche quelli di Canada e Stati Uniti, si trovano ad affrontare le sfide poste da un sempre crescente pluralismo culturale, etnico e religioso.

Tra le sfide di primaria importanza vi è quella della ricerca di soluzioni giuridiche che superino le criticità derivanti da tali nuovi scenari, al fine di raggiungere soluzioni che bilancino i diritti e le aspettative dei gruppi minoritari con i diritti dei singoli individui che vivono in tali comunità e che si trovano divisi tra il desiderio di integrazione nella società e la necessità di preservare la propria identità culturale, etnica e religiosa.

Nel contesto di una società multiculturale, la presenza di minoranze come quella musulmana, che trovano nel fattore religioso il proprio elemento identitario, unita alla crescente richiesta, da parte di tali comunità, del riconoscimento di fori nell'ambito dei quali risolvere le proprie controversie in base al diritto religioso, ha condotto gli ordinamenti occidentali a ripensare il ruolo della neutralità dello Stato verso la religione, ricercando soluzioni di inclusione e tutela delle differenze.

La dicotomia tra legge secolare e legge religiosa crea, chiaramente, non poche difficoltà quando una minoranza religiosa forte, quale è quella musulmana, rivendica il diritto di applicazione della *Shari'a* in materia di diritto di famiglia come elemento della propria libertà religiosa.

Il concetto di *reasonable accommodation* richiede allo Stato, agli individui e alle comunità religiose di raggiungere un compromesso al fine di conciliare la fede e gli ideali secolari.

Occorre, quindi, chiedersi se l'arbitrato religioso, in un contesto multiculturale come quello offerto dagli ordinamenti di Canada e Stati Uniti, possa rappresentare uno strumento di accomodamento ragionevole.

## 2. Libertà religiosa e neutralità dello Stato

1030

Il primo elemento che influenza il riconoscimento degli arbitrati religiosi è quello legato al ruolo assunto dal fattore religioso nei due ordinamenti.

### A) Canada

L'art. 2 della *Canadian Charter of Rights and Freedom* del 1982<sup>1</sup> sancisce la libertà religiosa, soggetta, come qualsiasi altra libertà fondamentale, alla *limitation clause* di cui all'art. 1<sup>2</sup>, in base alla quale una norma limitativa della libertà di coscienza e di religione, così come di ogni altra libertà fondamentale, è valida se tale limitazione è giustificabile nell'ambito di una società libera e democratica.

La norma da sola sembra dire ben poco, tuttavia, la stessa deve essere letta alla luce di altri due principi fondamentali: il principio del multiculturalismo, sancito dall'art. 27<sup>3</sup> e il principio di uguaglianza sancito dall'art. 15<sup>4</sup> della *Canadian*

<sup>1</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, art. 2: «Everyone has the following fundamental freedoms: freedom of conscience and religion; freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication, freedom of peaceful assembly; and freedom of association», cui si aggiunge il divieto di non discriminazione in base alla razza, nazionalità, etnia, religione e sesso, sancito dall'art.1 del *Canadian Bill of Rights* del 1960: «It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely, the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law; the right of the individual to equality before the law and the protection of the law; freedom of religion; freedom of speech; freedom of assembly and association; and freedom of the press».

<sup>2</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedom*, art. 1: «The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

<sup>3</sup> La concezione del multiculturalismo canadese risponde al concetto di *ethnic mosaic*, per cui ciascuna minoranza etnica è parte di un mosaico e concorre a realizzare l'identità nazionale canadese. Il multiculturalismo canadese rifiuta l'idea dell'assimilazione, così come quella della mera tolleranza, ma tende al riconoscimento del diritto alla differenza fondato sul rispetto della diversità. Il modello canadese si differenzia dalla soluzione statunitense del *Melting Pot*, che si propone lo scopo di fondere tutte le differenze in una massa omogenea, assimilando le diverse identità culturali a quella americana, fino ad arrivare a fondersi con questa. A partire dagli anni '80 in Canada si è registrata una crescente istituzionalizzazione della politica del multiculturalismo che ha condotto ad una sua affermazione nell'art. 27 *Canadian Charter of*

*Charter of Rights and Freedom.*

La Corte Suprema ha fornito un'articolata definizione della libertà religiosa in occasione della sentenza resa sul caso *R v Big M Drug Mart* del 1985<sup>5</sup>, affermando che l'essenza del concetto di libertà religiosa consiste nel diritto di professare liberamente e pubblicamente il proprio credo senza timore di discriminazioni. Ma vi è di più.

La libertà religiosa comprende il diritto di ciascun individuo ad agire in conformità al proprio credo<sup>6</sup>.

Partendo da questa definizione di libertà religiosa e facendo applicazione del principio del multiculturalismo e del principio di uguaglianza, la giurisprudenza canadese è giunta a formulare il concetto di *equal religious citizenship*, in cui la libertà religiosa e il principio di uguaglianza sono alleati allo scopo di promuovere il diritto di ogni individuo a partecipare alla società canadese senza essere costretto ad abbandonare i principi della propria fede o ad agire in contrasto con questi<sup>7</sup>.

Il principio della *equal religious citizenship* consente, attraverso la tecnica della *reasonable accommodation*, la deroga di regole che pur essendo apparentemente neutrali, possono realizzare un effetto discriminatorio nella loro applicazione concreta<sup>8</sup>.

Lo stesso principio trova applicazione anche nello spazio pubblico, attraverso il riconoscimento della c.d. *constitutional exemption*<sup>9</sup>.

In base a tale concetto è possibile derogare a una norma di portata generale, al fine di tutelare la libertà religiosa, purché l'interesse pubblico non risulti essere preminente<sup>10</sup>.

Il ruolo della giurisprudenza è stato fondamentale anche nella definizione dei rapporti tra Stato e Confessioni religiose<sup>11</sup>.

In materia, la Corte Suprema canadese ha precisato come la libertà religiosa abbia, tra gli altri, lo scopo di impedire indebite interferenze da parte dello Stato nell'ambito religioso, garantendo un equo rispetto di tutte le confessioni religiose<sup>12</sup>.

---

*Rights and Freedom* del 1982, in base al quale «This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians».

<sup>4</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, art. 15: «Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability».

<sup>5</sup> *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295.

<sup>6</sup> *Syndicat Northcrest v Amselem* [2004] 2 S.C.R. 551.

<sup>7</sup> B. Ryder, *The Canadian Conception of Equal religious Citizenship*, in R. Moon (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Toronto, 2010, 87 ss.

<sup>8</sup> *Ontario Human Rights Commission and Theresa O'Malley v Simpson-Sears* [1985] 2 S.C.R. 536.

<sup>9</sup> R. Jukier, J. Woehrling, *Religion and the Secular State in Canada*, in J. Martinez-Torron, W.C. Durham, D.D. Thayer (eds), *Religion and the Secul State: National Reports*, Madrid, 2015, 155 ss.

<sup>10</sup> *R v Videoflicks LTD* del 1985 (14 D.L.R. [4th] 10 [Ont. C.A.]).

<sup>11</sup> Il *British North American Act* del 1867, poi *Constitution Act* del 1982, non prevede alcuna norma in materia, né la questione è stata esplicitamente affrontata dalla *Canadian Charter of Rights and Freedom*, lasciando, quindi, spazio all'interpretazione giurisprudenziale.

<sup>12</sup> *AC v Manitoba Director of Child and Family Service* [2009] 2 SCR 181, *Multan v Commission Scolaire Marguerite Bourgeoys* [2006] 1 SCR 256, *Trinity Western University v College of Teachers*

Tuttavia, le istituzioni canadesi non devono mantenere necessariamente una netta separazione con le confessioni religiose, ma astenersi dall'adottare leggi o intraprendere azioni che possano favorire o penalizzare una confessione in particolare.

In tal senso, la concezione canadese di separazione tra Stato e Confessioni religiose, consente al primo di giocare un proprio ruolo nella promozione del pluralismo religioso, purché ciò avvenga in maniera imparziale<sup>13</sup>.

La giurisprudenza della Corte Suprema è, inoltre, intervenuta a indicare ai giudici come affrontare quelle controversie che implicino questioni strettamente religiose, sulla base dei principi di cui si è detto<sup>14</sup>. Tali indicazioni sono state formulate attraverso la c.d. *religious question doctrine*, un orientamento costante che impone di lasciare le questioni religiose alle competenti autorità, purché la controversia, oltre a elementi strettamente religiosi non coinvolga i *civil rights*<sup>15</sup>.

### B) Stati Uniti

Negli Stati Uniti, al pari che in Canada, la Corte Suprema ha giocato un ruolo determinante nel definire tutti questi aspetti in una nazione che, come poche altre, ha conferito carattere religioso alla propria identità collettiva.

Come è noto, nell'ordinamento statunitense, i diritti fondamentali sono sanciti dal *Bill of Rights* del 1791 il cui Primo Emendamento sancisce tra le altre la libertà religiosa<sup>16</sup>.

Lo scopo delle c.d. *religious clauses*, la *establishment clause* e la *free exercise clause*, è quello di garantire l'indipendenza dello Stato dalla religione e tutelare il diritto dei cittadini a manifestare liberamente il proprio credo.

I rapporti tra Stato e Confessioni Religiose sono definiti in base alla *establishment clause*, che, come affermato nel caso *Everson v Board of Education* del 1947<sup>17</sup>, impone che né il governo federale né il governo locale possano istituire una Chiesa di Stato, approvare leggi che favoriscano una confessione religiosa, costringere un individuo a professare o rinnegare un determinato credo, punire chiunque a causa della propria fede.

Per dirla con le parole di Jefferson<sup>18</sup>, la clausola erige un muro di separazione tra lo Stato e le confessioni religiose.

Sebbene nel corso del tempo all'interpretazione della clausola secondo la teoria della c.d. *strict separation* o *no aid*, si sia preferito un atteggiamento di semplice neutralità, c.d. *religious blind* o di accomodamento, l'interpretazione dei rapporti

---

[2001] 1 SCR 772.

<sup>13</sup> B. Ryder, *op. cit.*, 92.

<sup>14</sup> N. Walters, *Religious Arbitration in the United States and Canada*, in *Santa Clara Law Review*, 52, 2, 2012, 501 ss.

<sup>15</sup> *Reed v Regina* [1989] 3 F.C. 259 (Fed.Ct.) (Can).

<sup>16</sup> *Bill of Rights, Amendment I*: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging 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».

<sup>17</sup> *Everson v Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

<sup>18</sup> T. Jefferson, *Letter to the Danbury Baptist*, 1 Jan. 1802, on line su [www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html](http://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html).

tra Stato e confessioni religiose resta improntato, diversamente che in Canada, ad una netta separazione<sup>19</sup>.

Il libero esercizio della libertà religiosa è, invece, affermato dalla *free exercise clause* che impedisce allo Stato di penalizzare l'esercizio della fede.

Nell'interpretazione della *free exercise clause*, la giurisprudenza americana dichiara la piena libertà del credo religioso, ma in maniera parzialmente diversa rispetto all'interpretazione canadese dell'*equal religious citizenship*.

In un primo momento, la giurisprudenza sembrava concorde nel ritenere che tutti i comportamenti guidati da una motivazione religiosa potessero essere sottratti all'applicazione di norme di carattere generale, con il solo limite delle azioni che potessero rappresentare una minaccia per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico o la pace<sup>20</sup>, secondo il principio del *clear and present danger*.

A partire dagli anni '60, al citato principio viene affiancato il c.d. *balancing test*<sup>21</sup>, in base al quale, in caso di contrasto tra interessi pubblici e religione, occorre procedere a un bilanciamento dando prevalenza all'interesse preminente.

Negli anni '90, l'orientamento giurisprudenziale in materia ha subito un'ulteriore evoluzione.

Posta la necessità di procedere sempre al *balancing test*, nel caso in cui ad essere soggetta ad esame sia una legge di carattere generale, la libertà religiosa può essere compressa o addirittura soccombere<sup>22</sup>.

Contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza canadese, secondo la Corte Suprema Americana, una norma neutrale, applicabile alla generalità dei consociati, non può considerarsi contraria alla *free exercise clause*, qualora imponga un limite alla libertà di culto, a meno che il suo scopo primario non sia quello di interferire con una fede religiosa in particolare<sup>23</sup>.

Partendo da tali principi, anche la giurisprudenza americana ha formulato una propria *religious question doctrine*, alla cui base vi è il principio secondo cui occorre demandare la decisione sulle questioni religiose alle autorità competenti in materia, a meno che la controversia non coinvolga anche elementi di interesse pubblico.

Nell'affrontare le controversie aventi carattere religioso, la giurisprudenza statunitense, in maniera più sistematica rispetto a quella canadese, ha seguito due linee ermeneutiche ben precise.

In base al principio della c.d. *policy defence*, nel caso in cui una controversia sia stata decisa da un'autorità religiosa gerarchicamente organizzata, avente proprie regole e procedure interne, la Corte statale, a meno che non sia coinvolto un *civil interest* o la decisione non sia frutto di frode o collusione, è tenuta ad accettare la decisione dell'autorità ecclesiastica<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> C.L. Eisgruber, M. Zeisberg, *Religious Freedom in Canada and United States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4, 2, 2006, 244 ss.

<sup>20</sup> *Cantwell v Connecticut* 98 U.S. 145 (1940).

<sup>21</sup> *Sherbert v Verner* 374 U.S. 398 (1963).

<sup>22</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v Smith* 494, U.S. 872 (1990).

<sup>23</sup> C.L. Eisgruber, M. Zeisberg, *op. cit.*, 245.

<sup>24</sup> *Alicea v New Brunswick Theological Seminary* 608, A2d 218 (N.J.) 1992; *Hardwick v First Baptist Church*, 524, A2d, 1298 (N.J. Super.Ct.App. Div.) 1987.

Occorre, tuttavia, tenere in considerazione che il panorama religioso statunitense comprende comunità religiose prive di una struttura gerarchica, rendendo la dottrina della *policy defence* di uso limitato<sup>25</sup>. La Corte Suprema ha, quindi, adottato un approccio alternativo cui fare riferimento, il c.d. *neutral principle*, secondo cui i principi costituzionali non impongono una deferenza obbligatoria all'autorità religiosa, quando non ne sussistano le condizioni.

In questi casi, dovrà farsi riferimento a un approccio neutrale, purché la Corte possa applicare la legge secolare e risolvere la controversia senza entrare nel merito della questione religiosa<sup>26</sup>.

### 3. Disciplina dell'arbitrato e dell'arbitrato religioso

Il secondo elemento da tenere in considerazione è la normativa che costituisce il presupposto necessario per l'istituzione degli arbitrati religiosi. In entrambi gli ordinamenti, i tribunali arbitrali religiosi assumono come punto di riferimento la disciplina generale in materia di arbitrato.

#### A) Canada

Fino a circa venticinque anni fa la disciplina dell'arbitrato in Canada si è basata sugli *Statutes* britannici risalenti al XIX secolo<sup>27</sup>.

Al fine di dotarsi di un'apposita disciplina in materia di arbitrato, la maggior parte delle Province canadesi, tra la fine degli anni'80 e l'inizio degli anni'90, ha deciso di adottare nuovi *Arbitration Act*, applicabili solo agli arbitrati interni con esclusione di quelli internazionali<sup>28</sup>.

È sulla base della disciplina provinciale in materia di arbitrato, in combinato con i principi in materia di multiculturalismo e libertà religiosa, come interpretati dalla Corte Suprema, che in Canada hanno trovato spazio gli arbitrati religiosi.

Le questioni relative alla legittimità di questo particolare tipo di arbitrati, e soprattutto degli arbitrati islamici, sono stati al centro di un acceso dibattito pubblico che, nato nella Provincia dell'Ontario, si è diffuso in tutta la federazione e ha condotto all'affermazione del divieto di arbitrato religioso, arrestando le implicazioni naturali del multiculturalismo verso il riconoscimento di un certo grado di autonomia giurisdizionale delle minoranze religiose.

L'*Ontario Arbitration Act* del 1991 aveva un ambito di applicazione particolarmente ampio, trovando applicazione, per quanto qui di interesse, alle conseguenze patrimoniali dello scioglimento del vincolo matrimoniale nonché alle controversie in materia successoria<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> E.L. Thompson, F.S. Yunus, *Choice of Laws or Choice of Culture: How western Nations treat the islamic marriage contract in Domestic Courts*, in *Wisconsin International Law Journal*, 25, 2, 2007, 362 ss.

<sup>26</sup> *Jones v Wolfe*, 443, U.S. 595 (1979); *Sieger v Sieger* 6975, WL (N.Y. Sup.Ct.) 2005.

<sup>27</sup> J.B. Casey, J.Mills, *Arbitration Law in Canada: Practice and Procedure*, New York, 2005.

<sup>28</sup> Fanno eccezione le Province di Newfoundland, Labrador e Prince Edward Island, in cui la materia è ancora regolata da leggi basate sull'*English Arbitration Act* del 1889.

<sup>29</sup> *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 2.

Inoltre, il *Family Law Act* del 1990, nel disciplinare gli accordi patrimoniali tra i coniugi, prevedeva espressamente la possibilità di stipulare accordi di arbitrato e mediazione<sup>30</sup>.

Dall'applicazione congiunta delle due normative si evincono una serie di principi applicabili, quantomeno fino alla riforma intervenuta nel 2006, all'arbitrato religioso in materia di diritto di famiglia.

In primo luogo, ai coniugi è consentito negoziare un accordo, c.d. *domestic contract*, con cui disciplinare anticipatamente le questioni patrimoniali che potrebbero insorgere in sede di separazione e divorzio, discostandosi dal regime legale in materia.

Inoltre, in caso di controversia, i coniugi possono concordemente decidere di rivolgersi a organismi privati di arbitrato o mediazione in alternativa alla Corte statale, scegliendo, altresì, la normativa e la procedura da applicare alla risoluzione della controversia, compreso, dunque, il diritto religioso<sup>31</sup>.

Infine, il lodo arbitrale è vincolante per le parti e può essere reso esecutivo dalle Corti statali a seguito di apposita istanza<sup>32</sup>.

La Corte adita potrà, altresì, annullare o riformare il lodo qualora accerti la violazione dei diritti fondamentali di una delle parti, l'incapacità delle parti a sottoscrivere l'accordo di arbitrato, l'invalidità dell'accordo di arbitrato in base alla disciplina del contratto o la parzialità degli arbitri<sup>33</sup>, pur senza poter entrare nel merito della questione religiosa.

In base al combinato disposto del *Family Law Act* e dell'*Arbitration Act*, letti alla luce dei principi costituzionali in materia di libertà religiosa e multiculturalismo, lo Stato canadese ha autorizzato l'istituzione di tribunali arbitrali cristiani ed ebraici<sup>34</sup>.

Per oltre un decennio, queste giurisdizioni parallele hanno operato nella Provincia dell'Ontario, e nel resto del Canada, senza particolari ostacoli.

Il clima di favore che aveva connotato la vita degli arbitrati religiosi sin dagli anni '90 è radicalmente mutato a seguito della richiesta da parte della comunità islamica di istituire un tribunale arbitrale tramite il quale fare applicazione della *Shari'a* in materia di diritto di famiglia<sup>35</sup>.

La possibilità di applicazione della *Shari'a* nell'ordinamento canadese attraverso il sistema di arbitrato, ha destato la preoccupazione dell'opinione pubblica, dei gruppi politici e delle associazioni femministe.

In particolare, si sosteneva che la delega da parte dello Stato del potere giurisdizionale a favore dei tribunali arbitrali religiosi e la conseguente

---

<sup>30</sup> *Family Law Act*, 1990, §§ 52-54.

<sup>31</sup> *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 32.

<sup>32</sup> *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 37.

<sup>33</sup> *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 45.

<sup>34</sup> S. McGill, *Religious Tribunals and the Ontario Arbitration Act 1991: The Catalyst for Change*, in *Journal of Law and Social Policy*, 20, 3, 2005, 53 ss.

<sup>35</sup> Il dibattito in ordine alla legittimità dell'arbitrato religioso ha preso vita in Ontario con la nascita, nel 2003, dell'*Islamic Institute of Civil Justice*, con il dichiarato fine di fornire ai fedeli musulmani residenti in Ontario, la possibilità di risolvere le controversie in materia di diritto di famiglia, in base a valori e regole coerenti con la propria fede rimanendo all'interno del sistema giudiziario canadese.

applicazione della legge musulmana, avrebbe sacrificato i diritti delle donne sull'altare del multiculturalismo a causa dell'impostazione fortemente patriarcale dell'ordinamento islamico<sup>36</sup>.

Nel 2004, in risposta alla crescente pressione da parte dell'opinione pubblica, l'*Attorney General* Michel Bryant e il *Women's Issue Minister* Sandra Pupatello, hanno disposto un'indagine al fine di comprendere gli effetti dell'arbitrato religioso nell'ordinamento canadese, affidando il compito al procuratore generale Marion Boyd.

Il risultato è stato il rapporto dal titolo *Dispute resolution in family law: Protecting choice, promoting inclusion*, il c.d. Rapporto Boyd, presentato ufficialmente il 20 dicembre 2004<sup>37</sup>.

I risultati dell'indagine hanno condotto il Procuratore generale ad affermare l'assenza di elementi che possano condurre a considerare l'arbitrato religioso una minaccia nei confronti dei diritti delle donne e dell'uguaglianza di genere.

Al contrario, questa forma alternativa di giustizia, secondo il Procuratore, ha il vantaggio di consentire ai gruppi minoritari di rimanere fedeli alla propria identità culturale e di favorire l'emersione di pratiche di giustizia su cui lo Stato non ha alcun controllo vincolandole al potere statale.

Premesso l'atteggiamento di favore nei confronti dell'arbitrato religioso, il *Report Boyd*, ha proposto una serie di modifiche alla disciplina dell'arbitrato con lo scopo di assicurare maggiori garanzie alle parti.

Secondo il Procuratore Boyd, il primo nodo da sciogliere riguarda la fonte religiosa applicabile in sede arbitrale.

Al fine di garantire la certezza del diritto e la tutela dei diritti fondamentali delle parti è, quindi, necessario che l'*arbitration agreement* indichi non solo la norma religiosa applicabile ma anche a quale interpretazione della stessa debbano attenersi gli arbitri.

Ulteriori necessarie integrazioni sono state individuate nella previsione di un obbligo di assistenza legale indipendente a favore delle parti e di consenso informato delle stesse.

Nonostante l'esito positivo del *Report* e il supporto della dottrina, secondo cui più che proibire l'arbitrato religioso sarebbe stato opportuno tentare un approccio equilibrato che contemperasse il principio di uguaglianza con i diritti in materia di libertà religiosa<sup>38</sup>, il governo federale canadese ha scelto di introdurre il divieto di applicazione di leggi diverse da quelle dello Stato nell'ambito dell'arbitrato in materia di diritto di famiglia<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> J.F. Gaudreault-Desbiens, *On private Choice and Public Justice: Some microscopic and macroscopic reflections on the State's Role in addressing Faith based Arbitration*, in R. Murphy, P.A. Molinari (eds), *Doing Justice: Dispute Resolution in the Courts and Beyond*, Montreal, 2009, 53 ss.

<sup>37</sup> [www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html](http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html).

<sup>38</sup> N. Bakht, *Were Muslim barbarians really knocking on the Gates of Ontario? The Religious Arbitration Controversy. Another Perspective*, in *Ottawa Law Review*, 40, 2006, 67 ss; S. Razack, *Imperrilled Muslim Women, dangerous Muslim Man and Civilized Europeans: legal and social response to forced marriage*, in *Feminist Legal Studies*, 12, 2, 2004, 129 ss.

<sup>39</sup> *Family Statute Amendment Act*, 2006.

Partendo dall'iniziativa a livello federale, la Provincia dell'Ontario, nel 2006, ha modificato la disciplina dell'arbitrato nonché il *Family Law Act*, stabilendo che l'arbitrato in materia di diritto di famiglia può essere condotto esclusivamente in conformità alla legge dell'Ontario o di altra giurisdizione canadese<sup>40</sup>.

In caso contrario, al lodo non potrà essere riconosciuto alcun effetto giuridico nell'ordinamento canadese<sup>41</sup>.

Con la riforma dell'*Arbitration Act* e del *Family Law Act*, il governo dell'Ontario, si è posto in controtendenza non solo rispetto alle altre società multiculturali quali quelle di Gran Bretagna e Stati Uniti, ma anche rispetto ai corollari del principio del multiculturalismo come individuati dalla Corte Suprema canadese.

Sebbene la riforma del 2006 sia stata percepita dall'opinione pubblica come un radicale divieto dell'arbitrato religioso, il pacchetto di emendamenti apportati all'*Arbitration Act* e al *Family Law Act* nel 2006, nella sua applicazione concreta, non impedisce l'arbitrato religioso ma si limita a privare le pronunce di efficacia giuridica vincolante nell'ordinamento canadese.

Di fatto, con le riforme del 2006 non è stata vietata l'applicazione delle fonti normative di carattere religioso ma si è piuttosto persa l'occasione di prevenire i c.d. *black alley arbitration*, attraverso un regime legale che avrebbe potuto assicurare misure a garanzia della trasparenza, responsabilità e competenza nei giudizi<sup>42</sup>.

## B) Stati Uniti

Al pari del Canada, anche negli Stati Uniti, l'arbitrato ha una storia risalente nel tempo, ma è solo a partire dal XX secolo che è stato legittimato dalle Corti statali.

L'arbitrato trova la propria disciplina generale nel *Federal Arbitration Act* del 1925.

Le discipline statali dell'arbitrato hanno assunto come punto di riferimento l'*Uniform Arbitration Act* del 1955, cui è seguito il *Revisited Uniform Arbitration Act* del 2000.

In base a tale quadro normativo posso individuarsi alcuni punti essenziali della disciplina dell'arbitrato:

1) affinché l'arbitrato possa considerarsi pienamente legittimo è necessario che la controversia sia a esso assoggettata in base ad accordo scritto disciplinato dalla legge sul contratto<sup>43</sup>;

2) la procedura arbitrale è stabilita dalle parti nell'accordo arbitrale, così come piena libertà è lasciata in relazione alla scelta della legge in base alla quale dirimere le controversie<sup>44</sup>;

3) una volta emesso il lodo le parti possono richiedere alla Corte statale competente di riformarlo o di renderlo esecutivo, nel qual caso il lodo assume forza

<sup>40</sup> *Ontario Arbitration Act*, 2006, § 1.

<sup>41</sup> *Ontario Arbitration Act*, 2006, § 2.

<sup>42</sup> A. Emon, *A mistake to ban Shari'a*, in *The Globe and Mail*, 13 settembre 2005.

<sup>43</sup> FAA, 1925, § 2; RUAA, 2000, §7.

<sup>44</sup> FAA, 1925, § 7.

di giudicato<sup>45</sup>.

Sulla base di tale quadro giuridico particolarmente ampio, le comunità religiose, tra cui quelle islamiche, hanno creato sul territorio statunitense organizzazioni ed enti che amministrano l'arbitrato applicando il diritto religioso.

Diversamente da quanto accade per i tribunali ebraici e cristiani, la comunità islamica, sebbene ben radicata sul territorio americano, non dispone di una rete di collegamento che raggruppi in un'unica organizzazione sovraordinata le autorità arbitrali islamiche<sup>46</sup>.

Per questo motivo, non è possibile individuare una procedura arbitrale uniforme, sebbene alcune comunità, negli ultimi anni siano riuscite a individuare una procedura prestabilita<sup>47</sup>.

La procedura è, in genere, ispirata a un'ampia informalità, chiusura e segretezza.

La *Texas Islamic Court*, in particolare, si è dotata di un vero e proprio statuto, in base al quale «The objective of this Court is to resolve any dispute among Muslims residing in USA while complying with the federal laws of the United States and Texas state laws under the approval of the Texas Judicial system»<sup>48</sup>.

Quando le parti si rivolgono alla Corte, il *direction board*, composto da cinque membri tutti esperti in diritto islamico, assegna la controversia ad un collegio arbitrale composto da tre arbitri e un consulente legale. La decisione del collegio arbitrale viene sottoposta alla Corte statale competente, per la sua riforma o esecuzione<sup>49</sup>.

Al pari che in Canada, anche negli Stati Uniti, sotto la pressione dell'opinione pubblica, alcuni Stati hanno modificato o tentato di modificare le proprie costituzioni al fine di impedire l'applicazione del diritto religioso<sup>50</sup>.

Il primo Stato a seguire questa strada è stato l'Oklahoma, quando, nel novembre del 2010, a seguito di Referendum popolare è stato approvato un emendamento alla costituzione dello Stato che proibisce l'applicazione di norme appartenenti a diritti culturali o religiosi, specificando il divieto di applicazione della *Shari'a*<sup>51</sup>.

L'emendamento è stato, tuttavia, dichiarato incostituzionale<sup>52</sup> per violazione del Primo Emendamento, in quanto lo scopo specifico della legge era quello di impedire l'applicazione della *Shari'a*, determinando così una palese discriminazione della comunità musulmana<sup>53</sup>.

---

<sup>45</sup> FAA, 1925, § 9, RUAA, 2000, § 23.

<sup>46</sup> M. Abbamonte, *Stati Uniti*, in F. Alicino (ed), *Il costituzionalismo di fronte all'Islam. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali*, Bordeaux, 2016, 192 ss.

<sup>47</sup> J.H. Grossman, *Is this Arbitration? Religious Tribunals, Judicial Review and Due Process*, in *Columbia Law Review*, 2, 2007, 177 ss.

<sup>48</sup> [www.islamictribunal.org/our-constitution/](http://www.islamictribunal.org/our-constitution/).

<sup>49</sup> [www.islamictribunal.org/our-constitution/](http://www.islamictribunal.org/our-constitution/).

<sup>50</sup> Azioni in tal senso sono state intraprese in particolare in North Carolina, Arizona, Kansas, Louisiana, Oklahoma, South Dakota, Tennessee.

<sup>51</sup> In argomento E. Sisson, *The Future of Shari'a law in American Arbitration*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48, 2015, 891 ss.

<sup>52</sup> *Arwad v Zirrax*, 670 F, 3d 1111, 1132 (10th Cir 2013).

<sup>53</sup> [edition.cnn.com/2012/01/10/justice/oklahoma-sharia/index.html](http://edition.cnn.com/2012/01/10/justice/oklahoma-sharia/index.html).

Dato l'ostacolo posto dal Primo Emendamento al divieto di applicazione della *Shari'a* attraverso i tribunali arbitrali, negli Stati Uniti il dibattito in materia si è concentrato sulle condizioni alle quali le Corti statali possono riconoscere esecutività al lodo religioso.

Poiché in base alle dottrine del *neutral principles* e della *policy defence*, ai giudici non è consentito entrare nel merito della questione religiosa decisa dal lodo, sono altri gli elementi soggetti al controllo giurisdizionale<sup>54</sup>.

In primo luogo, la Corte procederà a valutare la validità dell'accordo arbitrale che sottopone la controversia al tribunale religioso.

L'accordo deve essere redatto per iscritto, rispettare i requisiti di validità previsti per i contratti in base alla legge e rimettere chiaramente la controversia al tribunale religioso<sup>55</sup>.

Nonostante l'informalità delle procedure, la Corte, al fine di riconoscere esecutività al lodo, dovrà accertare che le parti abbiano aderito volontariamente e coscientemente all'accordo arbitrale, e che le procedure stabilite dalle parti e applicate in sede di arbitrato rispettino i requisiti minimi del giusto processo<sup>56</sup>.

Come anticipato, in virtù del Primo Emendamento, la Corte non può entrare nel merito della questione decisa dal lodo e quindi riformare una decisione del tribunale religioso per errore di fatto o di diritto, ma potrà annullare la decisione qualora la stessa sia stata assunta in palese disprezzo della legge, sia contraria all'ordine pubblico o violi i diritti fondamentali delle parti<sup>57</sup>.

Verificato il rispetto di questi requisiti, le Corti americane, nella maggior parte dei casi, tendono a dare pieno riconoscimento alla validità delle decisioni arbitrali di matrice religiosa.

#### 4. I termini del dibattito sulle *Shari'a Court*

Il dibattito nato in Ontario circa l'opportunità di dare applicazione alla *Shari'a*, ha superato i confini della federazione canadese per coinvolgere gli altri paesi di common law, sebbene con esiti diversi.

Al fine di comprendere quali siano stati i termini del dibattito nato intorno alle *Shari'a Courts*, appare opportuno analizzare le singole obiezioni che hanno scatenato l'opinione pubblica contro l'applicazione del diritto musulmano in Canada e Stati Uniti.

##### A) *Iniquità di genere*

L'obiezione più comune all'utilizzo dell'arbitrato religioso islamico è la presunta iniquità di genere intrinseca alla *Shari'a* con un conseguente squilibrio di potere nel contesto arbitrale.

<sup>54</sup> *Sieger v Sieger*, 297 A.D., 2d 33, 35.

<sup>55</sup> L.A. Bambach, *The Enforceability of Arbitration Decisions made by muslim religious Tribunals: Examining the Beth Din Precedent*, in *Journal of Law and Religion*, 25, 2009, 379 ss.

<sup>56</sup> C.L. Wolfe, *Faith based Arbitration: Friend or Foe. An evaluation of Religious Arbitration system and their interaction with secular Courts*, in *Fordham Law Review*, 75, 2006, 427 ss.

<sup>57</sup> C.L. Wolfe, *op. cit.*, 442.

In particolare, si sostiene che la disciplina dell'arbitrato consentirebbe l'utilizzo di qualsiasi interpretazione della legge islamica, anche quelle più estremiste, facendo così venir meno qualsiasi tutela del diritto di uguaglianza per i soggetti più vulnerabili<sup>58</sup>.

A tale posizione è stato obiettato che la stessa non tiene in alcuna considerazione le donne di fede che desiderano vivere la propria vita secondo i precetti dell'Islam, e che per ciò solo sono ritenute deboli e incapaci di assumere decisioni autonome<sup>59</sup>.

Inoltre, dato l'impegno dei governi occidentali nel promuovere la tutela della libertà e dell'uguaglianza religiosa, appare quantomeno contraddittorio affermare che l'imposizione di un determinato stile di vita secolare, in luogo di quello religioso, sia l'unico mezzo possibile per tutelare i soggetti più vulnerabili<sup>60</sup>.

#### B) *Vizio di volontà nell'adesione all'arbitrato*

Una seconda obiezione mossa nei confronti dell'arbitrato religioso è quella secondo cui non sarebbe possibile verificare la genuinità della volontà espressa dalle parti nell'adesione all'arbitrato.

Le donne musulmane potrebbero aderire all'arbitrato, e quindi sottoscrivere una clausola arbitrale al momento del matrimonio, non per volontà ma anche perché spinte dalla pressione culturale esercitata dalla comunità di appartenenza<sup>61</sup>.

Secondo tale posizione, i fedeli musulmani, e in particolare le donne, potrebbero sentirsi costretti a rivolgersi all'arbitrato religioso spinti dal timore che portare le controversie familiari dinnanzi a una Corte statale li etichetterebbe come cattivi musulmani, con conseguente allontanamento dalla propria comunità o alienamento dalla propria famiglia<sup>62</sup>.

Questi stessi timori sono stati utilizzati dai sostenitori dell'arbitrato religioso per affermare la necessità di istituzionalizzare l'arbitrato religioso e integrarlo nei sistemi giuridici di Canada e Stati Uniti.

In tal modo, si ritiene di poter prevenire l'assunzione di decisioni da parte di *leader* religiosi non ufficialmente autorizzati a rendere giustizia o comunque non qualificati, i quali rendono decisioni che, seppur non giuridicamente vincolanti, possono esserlo da un punto di vista morale per il fedele<sup>63</sup>.

Attraverso un tribunale arbitrale religioso lo Stato può, invece, garantire un sufficiente livello di controllo e tutela dei diritti individuali e allo stesso tempo garantire la libertà religiosa.

---

<sup>58</sup> N. Bakht, *op. cit.*, 75.

<sup>59</sup> S. Razack, *op. cit.*, 133.

<sup>60</sup> N. Bakht, *op. cit.*, 75.

<sup>61</sup> B.M. Choksi, *Religious Arbitration in Ontario. Making the case based on the British example of the Muslim Arbitration Tribunal*, Philadelphia, 2012.

<sup>62</sup> N. Bakht, *op. cit.*, 77.

<sup>63</sup> B.M. Choksi, *op. cit.*, 33.

C) *Carenza di consenso informato*

I critici hanno anche osservato che le parti dell'arbitrato religioso, e in particolare le donne, potrebbero non essere pienamente informati dei propri diritti e delle implicazioni legali dell'arbitrato<sup>64</sup>.

A ciò si aggiunge che molte delle controversie in materia di divorzio hanno a oggetto contratti matrimoniali stipulati in paesi stranieri da persone che solo di recente vivono in Canada e Stati Uniti e che, quindi, potrebbero non essere a conoscenza dei propri diritti.

A tale ultima affermazione si obietta che proprio in questi casi l'intervento dell'arbitrato religioso appare necessario, potendo contribuire all'integrazione dei nuovi cittadini.

Le *Shari'a Courts*, infatti, incoraggerebbero gli immigrati di religione musulmana a partecipare e a comprendere l'ordinamento canadese e statunitense, promuovendo un contributo sociale positivo da parte di comunità generalmente molto chiuse<sup>65</sup>.

D) *Creazione di un ordinamento giuridico parallelo che priva i cittadini dei propri diritti*

I critici dell'arbitrato religioso hanno, inoltre, affermato che tale sistema creerebbe un sistema giuridico parallelo e autonomo rispetto a quello statale, basato sulla legge religiosa a scapito dei diritti fondamentali dei cittadini<sup>66</sup>.

In realtà, nonostante l'impegno di Canada e Stati Uniti per l'affermazione del multiculturalismo, non esistono casi di regimi giuridici autonomi che operano al di fuori del sistema federale.

La tecnica dell'*accommodation*, che caratterizza l'esercizio del multiculturalismo in questi due paesi, ha comunque ad oggetto norme già esistenti promulgate dalle autorità competenti e non comprende una delega del potere legislativo.

Affermare che l'arbitrato islamico rappresenti un sistema di giustizia esterno rispetto all'ordinamento statale non è corretto.

Inoltre, la competenza del tribunale arbitrale resta circoscritta a quanto stabilito dalle parti nell'accordo arbitrale e il lodo al vaglio delle Corti statali<sup>67</sup>.

E) *Una sola legge per tutti*

I detrattori dell'arbitrato religioso fanno generalmente riferimento a quello che in Canada è diventato un vero e proprio slogan e per cui dovrebbe esserci *One Law for all Canadians*.

In particolare, si invoca il principio secondo cui tutti i cittadini, indipendentemente dallo status, razza o credo religioso sono soggetti agli stessi diritti e obblighi in base a leggi scritte promulgate democraticamente.

---

<sup>64</sup> N. Walter, *op. cit.*, 542.

<sup>65</sup> C.L. Wolfe, *op. cit.*, 455.

<sup>66</sup> A. MacLink, *Religious Tribunals and the Ontario Arbitration Act 1991: The Catalyst for Change*, in *Journal of Law and Social Policy*, 20, 3, 2005, 53 ss.

<sup>67</sup> A. MacLink, *op. cit.*, 63.

Sebbene, il concetto per cui dovrebbe applicarsi una legge diversa a ciascuna comunità sulla base delle differenze etniche, culturali o religiose è un'idea inaccettabile, secondo i sostenitori dell'arbitrato religioso, il paradosso di tale ragionamento sarebbe nel fatto che l'invocata *One Law for all*, che disciplina il diritto di famiglia e il procedimento arbitrale, è una legge che consente alle parti di individuare la fonte giuridica, anche diversa dalla normativa statale, in base alla quale disciplinare i propri rapporti.

Pertanto, non sarebbe corretto parlare di un unico diritto di famiglia per tutti i cittadini, quando sono le stesse leggi canadesi e statunitensi a consentire alle parti l'applicazione di una norma diversa da quella statale<sup>68</sup>.

Occorre, tuttavia, sottolineare come tale tesi non tenga in considerazione la necessità di coniugare il principio di uguaglianza in senso formale con il principio di uguaglianza in senso sostanziale.

## 5. Conclusioni

Canada e Stati Uniti, con la loro storia politica e istituzionale, rappresentano, senza dubbio, un terreno particolarmente fertile in cui sperimentare soluzioni per la risoluzione dei conflitti multiculturali.

I vantaggi e la flessibilità tipici del sistema arbitrale, la crescente necessità di implementazione delle politiche multiculturali e la difficoltà dei sistemi giurisdizionali laici nell'affrontare le questioni di carattere religioso, suggeriscono di considerare la possibilità di un effetto positivo dell'arbitrato religioso nel cammino verso l'individuazione di soluzioni di accomodamento ragionevole negli ordinamenti giuridici occidentali.

Tuttavia, alcune fondate critiche a tali sistemi rendono necessaria una riforma delle normative in materia, al fine di garantire una maggiore tutela dei soggetti più vulnerabili.

Non vi è dubbio che, come evidenziato dal *Report Boyd*, quello dell'arbitrato religioso sia uno strumento imperfetto che necessita di un'attenta riforma.

Allo stesso tempo, la scelta di vietare l'applicazione del diritto religioso, affermata in Canada e in alcuni Stati americani, impedisce di cogliere una preziosa occasione di offrire un'apertura a una comunità fortemente identitaria come quella musulmana.

Di fatto, il divieto di istituzione di tribunali islamici ufficiali, non impedisce al fedele di rivolgersi ai *leader* religiosi della propria comunità al fine di risolvere controversie di carattere familiare.

Gli organismi di consulenza informale sfuggono al controllo dello Stato ed emettono decisioni che, pur non avendo carattere giuridicamente vincolante, hanno un alto valore morale per i fedeli.

Il divieto di arbitrato religioso sposta nelle mani delle Corti secolari la responsabilità di confrontarsi con istituti estranei alla cultura giuridica dei giudici occidentali.

---

<sup>68</sup> S. McGill, *op. cit.* 61.

Una risposta adeguata alle critiche mosse all'arbitrato religioso non sembra, dunque, essere quella di vietarne l'esistenza, ma piuttosto di prevedere procedure e sistemi di controllo più rigorosi.

L'adeguato utilizzo dell'arbitrato religioso ha il potenziale di consentire la realizzazione di un sistema ibrido, una conciliazione tra diritto e religione che, nella risoluzione dei casi concreti, può offrire esiti coerenti con un sentimento di giustizia sostanziale.

## Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe

di Matteo Nicolini

**Abstract:** *Traditional justice and colonial legacies in Southern African mixed jurisdictions* – The article examines how Western law and colonial policies shaped traditional justice in Africa, in general, and in Southern African mixed jurisdictions, in particular. Traditional justice, i.e. a legacy of the colonial traditions inherited by the European rule, aimed to transform indigenous African societies. The article focuses on how the participatory features of customary law have been able to resurface through the interstices of Roman-Dutch law and common-law procedure, thus turning them into a renovated Southern African legal tradition.

1045

**Keywords:** African Law; Traditional Justice; Judicial Proceedings; Colonial Policy; Southern African Law.

### 1. I tratti costitutivi della giustizia tribale: razionalità cartesiana e lasciti coloniali

*Razionalità cartesiana e concezioni coloniali* informano ancora lo studio della giustizia tribale africana; e ciò per la genesi, anch’essa occidentale, della giustizia tradizionale. Questa era parte della *colonial policy* europea, che piegava il *customary law* a esigenze di “social engineering” per la trasformazione delle società africane tradizionali<sup>1</sup>: sono vere «invented traditions», mediante cui «a good deal of colonial encounter was expressed»<sup>2</sup>.

La *razionalità cartesiana* è poi coerente con l’impianto eurocentrico dei *legal colonial studies*: riduce la realtà entro griglie classificatorie scientificamente controllabili; adotta paradigmi poggiati sul dualismo soggetto pensante-oggetto del pensiero; disarticola il *continuum* aristotelico tra metafisica e ontologia<sup>3</sup>. Si consacra così la superiorità della *Western legal tradition* e il punto di osservazione

---

<sup>1</sup> A. Allott, *Law in the New Africa*, in *Afr. Aff.*, 1967, 61.

<sup>2</sup> T. Ranger, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in E. Hobsbawm, T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983, 211, 212. Cfr. altresì Id., *The Invention of Tradition Revisited: The Case of Colonial Africa*, in T. Ranger, O. Vaughan (eds.), *Legitimacy and the State in Twentieth-Century Africa*, Bolingstoke, 1993, 62 ss.

<sup>3</sup> Cfr. R. Wahl, *Cartesian Rationalism*, in *Colby Quart.*, 1991, 100 ss. Per le ricadute sistemologiche v. H. Collins, *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge, 2008, 156, 178; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2018<sup>2</sup>, 125.

occidentale: pur esterno ai diritti africani, esso è valido per il nesso che instaura tra civiltà e *metodo giuridico razionale*.

La giustizia tribale riflette così il *legal frame* europeo<sup>4</sup>, lascito del rapporto di dominazione che l'Io (l'Occidente giuridico<sup>5</sup>) instaura con l'oggetto del proprio pensiero: l'Africa successiva alla Conferenza di Berlino (1884-1885) e alla creazione degli imperi formali che la assoggettarono al *trittico coloniale* (politica di potenza, egemonia commerciale, controllo geopolitico)<sup>6</sup>.

## 2. Prima della *iurisdictio* europea: i caratteri ctoni della giustizia tribale

Di giustizia tribale africana si può parlare anche prima del contatto con la *iurisdictio* europea<sup>7</sup>, anche se i caratteri ctoni sono a quella irriducibili. Ma di tali caratteri il *customary law*, pur strutturato secondo il *legal frame* occidentale, serba ancora memoria.

Nei sistemi tradizionali, il diritto aderisce alla società. In Africa australe le Corti non dialogano con il legislatore, ma con il gruppo sociale. In *Kanane v The State*, ad esempio, la *Court of Appeal* del Botswana rigetta la questione di costituzionalità del reato di sodomia non in base a principi costituzionali, ma perché la condotta sessuale è socialmente *riprovevole*. In altre parole, il diritto tradizionale è stabilito dalla *society of Botswana*<sup>8</sup>.

Ancora, la giustizia tribale non conosce il legame sovranità-*iurisdictio* né la figura del giurista<sup>9</sup>. Essa poggia su di un crittòtipo *communitarian*: entro un «wider customary normative framework»<sup>10</sup> *forme diffuse* di soggetti-potere elaborano le norme e amministrano la giustizia. Lo conferma la s. 3(3)(c) del *Traditional Authorities Act 25 of 2000* della Namibia: «In the performance of its duties and functions ... a traditional authority may ... make customary laws». Non è una deroga al principio (occidentale) di separazione dei poteri, ma applicazione coerente del crittòtipo: nel processo decisionale la comunità esprime la «legal

<sup>4</sup> Cfr. J.-L. Halpérin, *The Concept of Law: A Western Transplant?*, in *Theoretical Inquiries of Law*, 2009, 340.

<sup>5</sup> M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, xii. Sui rapporti di dominazione v. J. Bohman, *Democracy across Borders. From Démos to Dèmoi*, Cambridge (MA)-London, 2007; S. E. Merry, *From Law and Colonialism to Law and Globalization*, in *Law & Social Inquiry*, 2003, 569 ss.

<sup>6</sup> H.J. Sharkey, *African Colonial States*, in R. Reid, J. Parker (eds.), *The Oxford Handbook of Modern African History*, Oxford, 2013, 152 ss.; G.N. Sanderson, *The European partition of Africa: Coincidence or conjuncture?*, in *J. Imp. Commonwealth History*, 1974, 1 ss.; I. Griffiths, *The Scramble for Africa: Inherited Political Boundaries*, in *Geogr. J.*, 1986, 204 ss. Sul trittico coloniale v. M. Nicolini, *Política colonial y creación de una tradición jurídico-constitucional: el tríptico liberal en África subsahariana*, in *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, 2017, 17 ss.

<sup>7</sup> Cfr. G. Pavani, *Il potere giudiziario*, in L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 514.

<sup>8</sup> [2003] 2 BLR 67. K.N. Bojosi, *An Opportunity Missed for Gay Rights in Botswana: Utjiwa Kanane v. The State*, in *South Afr. J. Hum. Rights*, 2004, 466 ss.; E.K. Quansah, *Same-Sex Relationships in Botswana: Current Perspectives and Future Prospects*, in *Afr. Hum. Rights L. J.*, 2004, 201 ss.

<sup>9</sup> R. Sacco, *Il diritto africano*, Torino, 2006, 75 ss., 89 ss.

<sup>10</sup> J. Ubink, *The Quest for Customary Law*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The Future of Customary Law*, Cambridge, 2010, 75.

wisdom» del gruppo, convertendo i legislatori tradizionali in «poets and singers» della (e nella) società<sup>11</sup>.

Siamo di fronte a comunità con linguaggio giuridico non verbalizzato. In *Regina v Jomo Kenyatta* (1954), il (futuro) primo Presidente del Kenya fu condannato alla reclusione perché ritenuto erroneamente *leader* della *Mau Mau Society*, eversiva dell’ordine coloniale<sup>12</sup>. La condotta criminosa consisteva in un *curse*, utilizzato per vincolare l’uditorio. Le registrazioni fonografiche non furono ammesse come mezzi di prova: per ragioni temporali, l’*Indian Evidence Act 1872* applicabile al Kenya non le annoverava fra i *documents* producibili in giudizio. Certo, il mancato ricorso all’interpretazione evolutiva fa poi velo a ragioni politiche, legittimando la decisione di *non ascoltare* il «subversive potential ... expressed by the ... traditional performance of curse»<sup>13</sup>.

Si pone, infine, il problema della trasmissione della regola giuridica elaborata dal gruppo. A fronte di individui «invariably led ... to make inaccurate statements or subjective interpretations», andranno individuati i «reliable informants on the customary law»: sono i *native assessors*, cui ricorse anche il legislatore coloniale nel verbalizzare le regole non scritte del diritto africano<sup>14</sup>.

### 3. Cartografia coloniale e prospettive di mappatura della giustizia tribale africana

La *razionalità cartesiana* incontra così le *voci inascoltate* del continente africano. La tematica – affrontata dalla comparatistica quando invita a praticare un “diritto costituzionale altruista” nello studio del *Global South*<sup>15</sup> – è coerente con la reazione dei sistemi non eurocentrici al *trend* omologante della globalizzazione. Ciò genera il diritto *sommerso* e *invisibile*, che regge le sorti del «terzo e più ampio cerchio concentrico ... composto da tutti coloro che sono già esclusi dal sistema globale»<sup>16</sup>.

Non meno rilevante è il *diritto muto*<sup>17</sup>: per modalità di produzione, il diritto africano è riguardato dal *Western legal frame* come «unexpressed»<sup>18</sup>. La *razionalità cartesiana* recide il legame tra società e diritto tradizionale, convertendo la prima

<sup>11</sup> L. Lanzoni, *The Trial of Jomo Kenyatta by Montagu Slater: Oral Tradition and Fundamental Rights*, in I. Ward (ed.), *Literature and Human Rights. The Law, the Language and the Limitation of the Human Right Discourse*, Berlin et al., 2015, 230. V. altresì P. Leman, *Singing the Law: Okot p’Bitek’s Legal Imagination and the Poetics of Traditional Justice*, in *Research in African Literatures*, 2009, 109 ss.

<sup>12</sup> P. Leman, *African Oral Law and the Critique of Colonial Modernity in The Trial of Jomo Kenyatta*, in *Law & Lit.*, 2011, 26 ss.

<sup>13</sup> L. Lanzoni, *The Trial*, cit. 231.

<sup>14</sup> J. Ubink, *The Quest*, cit., 96. Sui *native assessors v.*, ad es., la s 48 *Indian Evidence Act*, 1872; la s 8 *Swaziland High Court Proclamation*, 1938; la s 222 *Criminal Procedure Act of Northern Rhodesia*, 1939.

<sup>15</sup> M. Carducci, *Por um Direito Constitucional Altruista*, Porto Alegre, 2003.

<sup>16</sup> S. Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, 2100, 406; A. Hoogvelt, *Globalization and the Postcolonial World. The New Political Economy of Development*, Baltimore (MD), 1997: l’umanità si divide in tre cerchi concentrici. Entro il terzo e più esterno se ne danno uno interno (le *élites* della globalizzazione) e uno intermedio (i lavoratori precari).

<sup>17</sup> R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

<sup>18</sup> Cfr. J.-L. Halpérin, *The Concept of Law*, cit., 343.

in oggetto e il secondo in strumento di dominazione. Il continente africano diviene così area caratterizzata da “silenzio giuridico”, dove l'*horror vacui* è saturato dai nomoteti europei, disseminatori di una «world's new universal religion»: «Go ye into all the world, and preach the Gospel to every creature»<sup>19</sup>.

Muta, poi, la *prospettiva* di mappatura. La rappresentazione cartografica evidenzia la volontà coloniale di creare una *geopolitica occidentale* degli spazi giuridici: è un «particular cognitive mode of gaining control over the world, of synthesising cultural and geographical information», coerente con la razionalità cartesiana<sup>20</sup>. La cartografia esalta la ricchezza della geografia umana occidentale, ma disegna carte coloniali «depopulated, often void of human traces, visually 'empty'»<sup>21</sup>. Di tale silenzio (geografico e giuridico) sono complici i giuristi: «the poor and the colonized had both been dispossessed by established Western cartography, and their cartographies [and] understanding of territory and boundaries [neglected]»<sup>22</sup>. Lo dimostra la decisione *Sobhuza II v Miller and Others* resa dal *Judicial Committee of the Privy Council*<sup>23</sup>. Nonostante la protezione internazionale accordata all'*independent native state* dello Swaziland, – che assicurava, fra l'altro, il mantenimento del diritto tradizionale e gli *agricultural and grazing rights* dei *natives* –, i giudici estendono l'applicazione del diritto fondiario inglese *oltre la stessa giurisdizione territoriale dell'Impero*, con l'effetto di «extinguish any rights of use and occupation that were in the natives»<sup>24</sup>.

La geopolitica coloniale è peraltro smentibile – si perdoni il gioco di parole – *per evidenti ragioni geopolitiche*, che generano *nuove voci inascoltate*. Durante la decolonizzazione, un articolo pubblicato nel 1967 sui *Cuadernos de Ruedo Ibérico* qualificava, a un anno dall'indipendenza (1968), la Guinea Equatoriale come *territorio del que se habla poco*<sup>25</sup>. E si smentirà l'esistenza stessa di Sidi Ifni, enclave spagnola nel protettorato francese del Marocco. Scomparsa dalla geopolitica coloniale su pressione internazionale, essa divenne una *voce inascoltata* dagli organi della propaganda franchista prima della sua cessione al Marocco (1969)<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> P.E. Corcoran, *The Limits of Democratic Theory*, in G. Duncan (ed.), *Democratic Theory and Practice*, Cambridge, 1983, 14. Sugli *universals* della globalizzazione v. H. Muir Watt, *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012, 270 ss. Il passo del Vangelo è tratto da *Ma. 16:5*, in *Holy Bible: King James Version*, Cambridge, 2006.

<sup>20</sup> J. Black, *Maps*, cit., 18.

<sup>21</sup> Cfr. A. Gordon, B. Klein, *Introduction*, in Id. (eds.), *Literature, Mapping, and the Politics of Space in Early Modern Britain*, Cambridge, 2001, 2.

<sup>22</sup> J. Black, *Maps*, cit., 19.V. anche T.W. Bennett, *African Land – a History of Dispossession*, in R. Zimmermann, D. Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, 1996, 65 ss.

<sup>23</sup> [1926] A.C. 518.

<sup>24</sup> [1926] A.C. 521.

<sup>25</sup> E. Sandinot, *Guinea Ecuatorial (española): un territorio del que se habla poco; intereses sobre los que se hablará*, in *Cuadernos de Ruedo Ibérico*, n. 13/14, 1967, 90 ss.

<sup>26</sup> A. Rodríguez *et al.*, *La guerra de Sidi Ifni-Sáhara: 1957-1958*, in *Estudios de ciencias sociales*, 1994, 65 ss.; G. Nerín, G. Abad, *Mito franquista y realidad de la colonización de la Guinea española*, in *Estudios de Asia y Africa*, 1997, 9 ss. Sulla propaganda franchista v. J.M. González Sáez, *Ifni en el NO-DO (1943-1969)*, in *Rev. Int. Historia Comunicación*, 2014, 62 ss.

#### 4. **Voci, Ascolto, Silenzio: giustizia tribale, dominazione coloniale e popolazioni africane**

È confermata l’indispensabilità degli “studi coloniali” alla comparazione giuridica<sup>27</sup>. Proiettati *oltre Finisterrae*, essi consentono di accertare come la *colonial policy* abbia generato una *geopolitica occidentale degli spazi giuridici africani*.

Dispiegata lungo gli assi cartesiani e svuotata della geografia umana, l’Africa vede riscritte dalle potenze europee le regole su cui poggiano l’organizzazione del pubblico potere e la giustizia tradizionale. La razionalità cartesiana è *device* per il governo degli spazi tradizionali, sulla “memoria” dei quali si innestano le infrastrutture giuridiche occidentali<sup>28</sup>.

Lo conferma il tentativo, variamente praticato, di *silenziare* la giustizia tribale. In Africa australe il *customary law*, riconosciuto già nel 1885, sarà comunque assoggettato «to a requirement of compatibility with principles of ‘civilization’»: sono le *repugnancy clauses*, funzionali alla superiorità del diritto europeo<sup>29</sup>. Solo il *Native Administration Act (No. 38 of 1927)* e l’*apartheid* (1948) iniziarono ad *ascoltare* il *customary law* con l’obiettivo di assicurare a ciascun gruppo razziale il proprio sistema giuridico. Pur praticando una politica assimilazionista, anche la Francia adottò consolidazioni di diritto tradizionale (*indigénat*), che peraltro stabilivano un *regime di eccezione* dove le *voci inascoltate* si esprimevano in un «unspoken and roughly sketched domain of ‘non-law’»<sup>30</sup>.

Ma è nei possedimenti inglesi a *indirect rule*<sup>31</sup> che si perfezionò l’inquadramento *cartesiano* (quindi, eurocentrico e coloniale) del diritto tradizionale: «Flexibility and adaptability made customary laws useful instruments for preserving administrative control and strengthening recognized African authorities under the indirect rule system»<sup>32</sup>. Sono, nuovamente, *invented traditions* che educano alla dogmatica del costituzionalismo liberale, consentono di *non ascoltare* il diritto tradizionale, ne conservano la produzione nelle mani dell’Occidente nella forma del *restatement*<sup>33</sup>, compilazioni di diritto tradizionale spesso redatte nelle università della madrepatria<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> J.-F. Schaub, *A categoria “estudos coloniais” é indispensável?* In *Locus. Revista de História*, 2014, 17 ss.

<sup>28</sup> M. Bussani, *Il diritto*, cit., 54, 66.

<sup>29</sup> Cfr., per il Sudafrica, s 11 *Black Administration Act*, 1927; *Law of Evidence Act*, 1988; Per lo Zimbabwe s 2(1) *African Law and Tribal Courts Act* modificato da *Customary Law and Primary Courts Act* 1981. Cfr. S. Peart, *Section 11(1) of the Black Administration Act No. 38 of 1927: The Application of the Repugnancy Clause*, in *Acta Juridica*, 1982, 99 ss.; N. Himonga, C. Bosch, *The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa: Problems Solved of Just Beginning?*, in *South Afr. L. J.*, 2000, 308.

<sup>30</sup> G. Mann, *What was the ‘Indigénat’? The ‘Empire of Law’ in French West Africa*, in *J. Afr. History*, 2009, 336.

<sup>31</sup> La *direct rule* fu elaborata da F.D. Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Edinburgh, 1922, 192-213. V. anche K. Mann, R. Roberts, *Law in Colonial Africa*, Portsmouth (NH)-London, 1991, 20.

<sup>32</sup> B. Ibhawoh, *Imperial Justice: Africans in Empire’s Court*, Oxford, 2013, 54.

<sup>33</sup> M.W. Prinsloo, *Restatement of Indigenous Law*, in *Comp. Int’l L. J. Southern Africa*, 1987, 411.

<sup>34</sup> W. Twining, *The Restatement of African Customary Law: A Comment*, in *J. Mod. Afr. Studies*, 1963, 221-222; J. Vanderlinden, *La participation des facultés et institutions de recherche européennes au développement juridique africain*, in *J. Afr. L.*, 1971, 13 ss.

Si situa qui il maggior contributo coloniale alla creazione della giustizia tribale: la partecipazione delle comunità africane alla funzione normativa e giurisdizionale si colloca in una «tradition of [colonial] governance» che offre la possibilità di «make use of European neo-tradition» e, dunque, di utilizzare strumenti di politica coloniale per la *creazione* di autonome tradizioni giuridiche africane che rimarranno vigenti anche dopo la decolonizzazione<sup>35</sup>. Con le parole dell'*Under Secretary of State for Colonies*: «nothing can be more undermining of native traditions, society, and organisation than the substitution of European for native legal forms»<sup>36</sup>.

Il *customary law* ufficiale si allineò al diritto occidentale ignorando il diritto sommerso. Non a caso, il *Judicial Committee of the Privy Council* inquadrò cartesianamente *customary laws* e *courts*<sup>37</sup>; e la riserva di giurisdizione delle corti tradizionali è su problematiche non cartesiane perché irrazionali: oltre a «ownership and possession of land» essa riguarda «customary marriage, fetishism, witchcraft ... issues that the British courts could not adjudicate or would have adjudicated with an English Common Law bias»<sup>38</sup>. Inoltre, le corti avrebbero potuto applicare il *customary law* solo se la controversia presentava carattere «tradizionale»<sup>39</sup>.

E, spesso, si *silenziarono* completamente diritto e giustizia tribale: è il caso dei matrimoni tradizionali, *invisibili* perché giuridicamente irrilevanti per lo Stato sudafricano fino al 1988<sup>40</sup>; o destinati allo scioglimento ove i coniugi avessero optato per la novazione del rapporto in base a *Cristian* o *civil rites*. Di più: è anche possibile contrarre matrimonio *occidentale* con persona diversa da quella con cui si ha un rapporto di coniugio di diritto tribale. In tale ipotesi il «customary marriage falls away and is superseded by the civil rites marriage with all its consequences»; la voce (e le pretese patrimoniali) del coniugio tradizionale saranno completamente *silenziate*<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> T. Ranger, *The Invention*, cit., 220, 237.

<sup>36</sup> W.G.A. Ormsby-Gore, *Report by the Hon. W. G. A. Ormsby-Gore on his visit to West Africa*, in *Geogr. J.*, 1927, 509.

<sup>37</sup> Cfr. *Eshugbayi Eleko v Officer Administering the Government of Nigeria* [1931] AC 662, 8: «it is the assent of the native community that gives a custom its validity and therefore, barbarous or mild, it must be shown to be recognised by the native community whose conduct it is supposed to regulate».

<sup>38</sup> B. Ibhawoh, *Imperial Justice: Africans in Empire's Court*, Oxford, 2013, 54.

<sup>39</sup> «It was held ... that 'modern' transactions such as mortgage agreements or even the charging of interest on a loan were transactions 'unknown to native law'»: B. Ibhawoh, *Imperial Justice*, cit. 55 ss.

<sup>40</sup> L'irrilevanza dei matrimoni tradizionali (*customary unions*) era sancita dalla s 22(6) *Black Administration Act 1927* poi abrogata nel 1988. Un pieno riconoscimento si ebbe solo con il *Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998*.

<sup>41</sup> Così, in Swaziland, *John Bhembe v Phindile Bhembe (23/2013)* [2014] SZSC 23 (30 May 2014). In Lesotho, v. *Zola v Zola 1971 – 73 LLR 286 (HC)*; *Khaka and Another v Pelesa and Others 2000 – 2004 (LAC) 986*; *Sandile Xavier Francis Dlamini v Bhekirwe Dlamini (born Hlophe)*, Appeal Case No. 35/2009.

## 5. Il sistema processuale di *common law*: voce dei sistemi giuridici dell'Africa australe

Il Lesotho ci conduce in Africa australe, area geo-giuridica che godeva in epoca coloniale di un'autonoma geopolitica degli spazi giuridici gravitante attorno alla Colonia inglese del Capo<sup>42</sup>. Rispetto all'Africa tropicale e malgascia<sup>43</sup>, quella australe risente in misura maggiore della razionalità cartesiana, per il carattere misto del formante-sostrato<sup>44</sup>.

Nello studio della giustizia tribale, il fenomeno della *mixed jurisdiction* rileva sia per il diritto sostanziale, sia per quello processuale<sup>45</sup>. Si dà qui una peculiare interazione tra sistema processuale e tecniche di giudizio di *common law*, innestate su di un sostrato di *civil law*. E tale interazione, lungi dall'affievolire la tradizione romanistica, ha costituito il principale *device* per ascoltarne la voce: ironicamente, è la *doctrine of judicial precedent* ad aver irrigidito le soluzioni tratte dal sostrato romanistico, rendendole vincolanti per tutti i giudici.

E, forse, proprio l'interazione tra diritto processuale di *common law* e sostrato d'area ha consentito alla giustizia tribale di recuperare quei caratteri ctoni, irriducibili al diritto occidentale, e di riemergere, risalendoli, i sistemi giuridico-costituzionali dell'area. Se è vero che le costituzioni d'area assumono il diritto misto della Colonia del Capo come *law of the land*<sup>46</sup>, è altrettanto vero che le stesse rinviano variamente al *customary law*. Lo confermano, oltre alla s 211 Cost. sudafricana, la s 145 Cost. Lesotho, dove ancora oggi il diritto tradizionale è amministrato da *khotla* (*Chief's court*) e *pitsos* (*general council of the people*)<sup>47</sup>. In Botswana, il *Common Law and Customary Laws Act*, 1969 ha integrato la giurisdizione tribale in quella ordinaria al fine di «preserve as much of the traditional customary laws principles as possible, whilst extending the perceived benefits of the received laws»<sup>48</sup>. Ne esce un sistema fortemente disarticolato, nel quale tende a sbiadire lo stesso riparto tra giurisdizioni.

In Sudafrica si è poi conservata la s 20(2) del *Black Administration Act*, norma sul processo tribale adottata in periodo coloniale. Si tratta di un prezzo che l'ordinamento costituzionale democratico e post-coloniale pare ben disposto a

<sup>42</sup> Cfr. M. Nicolini, *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica 'mista' dell'Africa australe*, Bologna, 2016, 43-44.

<sup>43</sup> Su tali aree v. M. Nicolini, *Disengaging Africa from the colonial syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae*, in questa *Rivista*, 2018, 489 ss.

<sup>44</sup> G.C. Van der Merwe et al., J, *Republic of South Africa*, in V. V. Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge, 2012<sup>2</sup>, 104 ss. Più complesso è il Lesotho: la codificazione (avvenuta nel secolo XIX) del diritto tradizionale nelle *Laws of Lerotholi* rafforzò la componente ctonia affiancandola a quella europea. Cfr. L. Juma, *The Laws of Lerotholi: Role and Status of Codified Rules of Custom in the Kingdom of Lesotho*, in *Pace Int'l L. Rev.*, 2011, 92 ss.

<sup>45</sup> Cfr. H.J. Erasmus, *The Interaction of Substantive Law and Procedure*, in R. Zimmermann, D. Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, 1996, 146 ss.

<sup>46</sup> G. van Niekerk, *Constitutional Protection of Common Law: the Endurance of the Civilian Tradition in Southern Africa*, in *Fundamina*, 2012, 122.

<sup>47</sup> L. Juma, *Putting Old Wine in New Wine Skins. The Customary Code of Lerotholi and Justice Administration in Lesotho*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The Future*, cit., 137.

<sup>48</sup> C.M. Fombad, *The Botswana Legal System*, Durban, 2013, 113. Analoga situazione si dà in Swaziland: R. Whelpton, *The Indigenous Swazi Law of Court Procedure: A Restatement*, in *J. S. Afr. L.*, 2005, 348 ss.

sostenere. In primo luogo, la disposizione processuale è costruita “a maglie larghe”, stabilendo infatti che «The procedure at any trial ... shall ... be in accordance with Black law and custom». Ciò permette di recuperare, negli interstizi della procedura, la voce corale dell'amministrazione della giustizia tradizionale. In secondo luogo, il carattere inclusivo della procedura – che estende alla comunità la partecipazione nel processo<sup>49</sup>– e la presenza di strutture tradizionali su tutto il territorio consentono di raggiungere (e *ascoltare*) le voci anche «in remote parts of South Africa where there would be otherwise be no readily and economically accessible forums by which to obtain justice»<sup>50</sup>. In terzo luogo, la disposizione, redatta per riflettere la separazione tra le razze, è paradossalmente “fedele” alla geografia umana del Sudafrica tradizionale, avendo il *Black Administration Act* conservato la centralità dei *traditional chiefs*, «effectively made ... both legislators and adjudicators»<sup>51</sup>.

Non va dimenticato che, mediante gli istituti processuali di *common law* si esprime anche la *voce* del *living customary law*, ormai affrancato dalle codificazioni di diritto tradizionale ufficiale. A ciò contribuiscono giurisprudenza e norme di conflitto, che trovano applicazione ove la fattispecie portata alla cognizione del giudice presenti elementi di contratto tra più diritti tradizionali, con conseguente necessità di applicare, appunto, il *living customary law*<sup>52</sup>.

1052

## 6. *Ascolto e partecipazione: il contributo (africano) all'elaborazione della giustizia tribale (coloniale)*

Vi sono altri canali di risalita del diritto e della giustizia tribali nei sistemi dell'Africa australe. Per un verso, la *common law tradition* pratica la *reflective judiciary*, che recupera parzialmente l'immedesimazione tra società e giudice-legislatore<sup>53</sup>. Per altro verso, la giustizia tribale implica la rilettura della razionalità cartesiana alla luce del più poderoso degli elementi autoctoni, l'*ubuntu*<sup>54</sup>. Richiamato dalla Costituzione provvisoria del 1993, esso non è enunciato nella Costituzione del 1996. Ciò nonostante, è stato definito dal formante giurisprudenziale nell'attività di *infusion* dei valori-principi costituzionali nel sistema giuridico sudafricano. Un tono costituzionale s'irradia così sugli istituti di diritto privato e processuale. Il diritto tradizionale è a tal punto penetrato nella

<sup>49</sup> C. Himonga, T. Nhlapo (eds.) *African Customary Law in South Africa. Post-Apartheid and Living Law Perspectives*, Cape Town, 2014, 253; S.S.B.C. Soyapi, *Regulating traditional justice in South Africa: A comparative analysis of selected aspects of the traditional courts bill*, in *Potchefstroomse Elektronies Regsblad*, 2014, 1441 ss.

<sup>50</sup> C. Himonga, T. Nhlapo (eds.) *African Customary Law*, cit., 254.

<sup>51</sup> *Ivi*, 254.

<sup>52</sup> Le *conflict of rules* fanno emergere il *living customary law* in *Nxumalo v Ndlovu* [consolidated] (43/10) [2011] SZSC 7 (31 May 2011). Cfr. A.J.G.M. Sanders, *Conflicts of laws. The internal conflict of laws in Swaziland*, in *Comp. Int. L. J. South. Africa*, 1986, 112 ss.

<sup>53</sup> S. Lawrence, *Reflections: On Judicial Diversity and Judicial Independence*, in A. Dodek, L. Sossin (eds.), *Judicial independence in context*, Toronto, 2010, 193 ss.

<sup>54</sup> C. Himonga, C. Bosch, *The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa: Problems Solved of Just Beginning?*, in *South Afr. L. J.*, 2000, 311 ss.; M. A. Himonga et al., *Reflections on judicial views of ubuntu*, in *Potchefstroomse Elektronies Regsblad*, 2013, 369 ss.

Costituzione da immettere la propria *public policy* nel *Roman-Dutch law*<sup>55</sup>, *addolcendo* la portata di numerosi istituti, rigidamente informati alle nozioni di «freedom and sanctity of contract ... rooted in the political and economic philosophies of laissez-faire liberalism and individualism»<sup>56</sup>.

L'*ubuntu* introduce così il concetto africano di fraternità: «Key values entailed by ... ubuntu are, inter alia, 'restorative justice', 'reconciliation', and 'humaneness'»<sup>57</sup>. Nella risalita del diritto tradizionale, si evidenziano nuove connessioni tra la sua dimensione *communitarian* e le pratiche (occidentali) di *restorative justice*<sup>58</sup>.

Ciò introduce un ulteriore profilo della giustizia tribale: è quello della partecipazione della comunità all'elaborazione del diritto e all'amministrazione della giustizia. Da una parte, il legislatore tradizionale adotta uno *self-stating customary law*: nulla a che fare con il *restatement* coloniale, posto che il diritto è applicato dalla stessa comunità che lo elabora<sup>59</sup>. Dall'altra, il giudice-legislatore manifesta un evidente «participatory spirit»<sup>60</sup>, che replica il crittòtipo sotteso alla visione comunitaria e inclusiva della società africana. Anche a livello processuale, la partecipazione al processo genera veri *dispute resolution forums* mediante i quali «take into account the concerns of the widest possible segment of the population»<sup>61</sup>.

Sono processi partecipativi analoghi a quelli di «seeking the people's views»<sup>62</sup>, nei quali la volontà popolare è saggiata nelle forme della democrazia diretta, semi-diretta o partecipativa – e sui quali si è costruita la nozione di

---

<sup>55</sup> P.J. Sutherland, *Ensuring Contractual Fairness in Consumer Contracts After Barkhuizen v Napier 2007 5 SA 323 (CC) – Part I*, in Stellenbosch L. R., 2009, 395 ss.

<sup>56</sup> D. Hutchinson, C.-J. Pretorius (eds.), *The Law of Contract in South Africa*, Cape Town, 2012, 23; D. Bhana, M. Pieterse, *Towards a reconciliation of contract law and constitutional Values: Brisley and Afox revisited*, in South Afr. L. J., 2005, 866 ss.; D. Bhana, A. Meerkotter, *The Impact of the Constitution on the Common Law on Contract: Botha v Rich NO*, in African L.J., 2015, 494 ss.

<sup>57</sup> D.W. Jordaan, *The Open Society: What Does It Really Mean*, in De Jure, 2017, 402.

<sup>58</sup> O.O. Elechi et al., *Restoring Justice (Ubuntu): An African Perspective*, in Int. Criminal Justice Review, 2010, 73 ss.; D.J. Louw, *The African concept of ubuntu and Restorative Justice*, in D. Sullivan, L. Tiffit (eds.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*. London-New York, 2006, 161 ss.

<sup>59</sup> M.O. Hinz, *Traditional Authorities: Custodians of Customary Law Development?*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The Future*, cit., 155.

<sup>60</sup> Sul quale v. M. Nicolini, M. Trettel, *Societal Engagement, Democratic Transition, and Constitutional Implementation in Malawi*, in T. Abbiate et al. (eds.), *Public Participation in African Constitutionalism*, Abington and New York, 2018, 243 ss.; J. M. Hatchard et al., *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, 2010, 22.

<sup>61</sup> J. M. Hatchard et al., *Comparative Constitutionalism*, cit., 34. V. altresì S. Willam Pitso, *Traditional Meetings in a Modern Setting*, in Can. J. Afr. St., 1978, 167 ss.; C. S. van der Waal, *Formal and informal dispute resolution in the Limpopo Province, South Africa*, in *Anthropology Southern Africa*, 2004, 113: «Benefits that are mentioned include the fact that the customary courts are more open ('like democracy') because all adults can participate in them, they are public and they keep traditions alive. A lawyer is not needed since the system is not professionally driven and the fines are not high. The emphasis is on social outcomes rather than on individualising outcomes».

<sup>62</sup> J. M. Hatchard et al., *Comparative Constitutionalism*, cit., 29.

autonome tradizioni costituzionali africane<sup>63</sup>. Non si nega l'influenza delle *colonial policies* nella creazione delle autonome tradizioni giuridico-costituzionali africane – e l'aggettivo composto ribadisce il contributo della comparazione nel diritto pubblico alla sistemologia. Ma il *postcolonial discourse* ha saputo incorporare principi, valori, concetti del diritto tradizionale secondo narrazioni à l'*européene*, ma che promuovono lo sviluppo dell'esperienza giuridica comunitaria africana lungo direttrici autonome rispetto a quelle eurocentriche e coloniali. Un vero mutamento del centro d'irradiazione (non più solo l'Europa come centro di elaborazione di tradizioni giuridiche) e di prospettiva (da "coloniale" a "non eurocentrica"), che da esterno è ora interno alle stesse narrazioni africane.

L'Africa australe diviene luogo d'incontro tra razionalità cartesiana e corallità della produzione normativa e centro d'irradiazione di tradizioni giuridiche, nel quale due soggetti del pensiero (l'Occidente giuridico e l'Africa stessa) partecipano alla costruzione della giustizia tribale *ascoltando* le voci e tradizioni un tempo silenziate. E ciò – se si vuole – consente di formulare una proposta metodologica per lo studio del *Global South*: la comparazione oltre *Finisterrae* non può più poggiare sui soli *legal devices* esportati dalle potenze coloniali europee, ma deve muovere dagli stessi spazi giuridici non eurocentrici e dalla loro geografia umana che, oltre *Finisterrae*, torna a riempire di voci il vuoto e il silenzio giuridico che popolavano le vecchie (e ormai dismesse) mappe coloniali.

---

<sup>63</sup> M. Nicolini, *Disengaging...*, cit., 511.

## ***Recognising traditional marriages: pluralismo ordinamentale, diritto e giustizia nell’Africa coloniale***

*di Enrico Andreoli*

**Abstract: Customary Law and Legal Pluralism in African Colonial Systems** – The article attempts to examine the possible relationship between legal pluralism and the search of justice, placing as a key to understanding the discipline of matrimonial institution in the countries of colonial Africa. First of all, analyzing the extent of legal pluralism in these countries, we will move on to analyzing the double matrimonial discipline brought about by customary law, on the one hand, and imported law, on the other, and then arrive at the recognition of how legal pluralism can be an aggregating factor of the legal systems analyzed.

1055

---

**Keywords:** African Law; Colonial Policy; Legal Pluralism; Customary Law; Family Law.

### **1. Centralismo e pluralismo giuridici: il punto di osservazione dell’Africa coloniale**

Il concetto di *legal centralism* muove dalla considerazione per la quale il diritto è unicamente quello prodotto dallo Stato, in maniera uniforme per tutti i consociati e prevalente su tutti i possibili centri d’irradiazione giuridica differenti rispetto all’apparato statale<sup>1</sup>.

Secondo questa impostazione, il diritto vigente origina un ordine gerarchico esclusivo, sistematico e unitario; per utilizzare una visione *top-down*, esso è dipendente dall’esistenza di un potere sovrano dotato di potere coercitivo<sup>2</sup>; in ottica *bottom-up*, invece, vede derivare la propria validità dalla derivazione dalle norme giuridiche, che a loro volta ripetono validità da una *Grundnorm*<sup>3</sup>.

L’impostazione – ben nota – meriterebbe un approfondimento sistematico che non è tuttavia possibile in questa sede. Basti qui ricordare che essa ha sofferto, in concreto, il confronto con quella che può essere indicata la *legal reality* degli ordinamenti giuridici<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, in *Journal Of Legal Pluralism*, 24, 1986, 2.

<sup>2</sup> Si vedano, per tale impostazione, i classici giuridici come J. Bodin, *De la République*, 1576; T. Hobbes, *Leviathan*, 1651; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832. Nella dottrina contemporanea, cfr. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014.

<sup>3</sup> Su tutti, si veda la teorizzazione fornita da H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1949. Si può vedere, altresì, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

<sup>4</sup> Cfr., fra i molti, R.W. Gordon, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, in *Florida State University Law Review*, 15, 2, 1987, 195 ss.; R.K. Sherwin, *The Narrative Construction of Legal Reality*, in *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, 6, 1, 2009, 88 ss.

La stretta identificazione ravvisata tra *diritto* e *sistema giuridico*, infatti, appare un'approssimazione a tratti eccessivamente semplicistica, che sembra ormai cedere il passo, invece, all'analisi di un ordinamento come «an unsystematic collage of inconsistent and overlapping parts»<sup>5</sup>.

Risulta allora centrale l'emersione del concetto di pluralismo giuridico<sup>6</sup>, vale a dire la ricognizione dei diversi *legal orders* che si trovano a coesistere entro un unico spazio socio-politico, «based on different sources of ultimate validity and maintained by forms of organization other than the state»<sup>7</sup>.

In molte società, invero, è possibile assistere a una grande complessità di concezioni istituzionali-giuridiche. Queste ultime – spesso limitate anche a particolari singoli istituti<sup>8</sup> – costituiscono forme *legittime* di esercizio del potere sociale, economico e politico; forniscono regole disciplinanti la validità delle azioni in un dato ambito; stabiliscono procedure per risolvere conflitti e controversie.

Analizzato nell'ottica della *juristic view*<sup>9</sup>, tale frammentazione del quadro giuridico risulta essere connaturato ai concetti di *dualism/pluralism*: con riferimento particolare alle società coloniali del continente africano, questi ultimi stanno a indicare l'esistenza di un rapporto di dominazione e di un assetto di relazioni asimmetriche tra la minoranza bianca e la maggioranza indigena.

In questo senso<sup>10</sup>, il pluralismo giuridico ha anche una natura parallela o duplicatoria<sup>11</sup>: la stessa fattispecie può trovare la propria regolamentazione in più di un sistema di regole precettive<sup>12</sup>. Tra queste fattispecie, negli ordinamenti africani, assume particolare rilievo il matrimonio, disciplinato secondo varie forme alternative in relazione al diverso sistema giuridico di riferimento – in particolar modo, civile/cristiana, da un lato, e consuetudinaria, dall'altro.

Nella coesistenza di una forma di matrimonio culturalmente comune alle popolazioni indigene – quella consuetudinaria – e di una forma, invece, propria del sistema giuridico importato – quella civile/cristiana –, si ha allora un esempio di

<sup>5</sup> Così J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 4. V., altresì, R. Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980.

<sup>6</sup> M.B. Hooker, *Legal Pluralism – An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975; J. Gilissen, *Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique*, in J. Gilissen (eds.), *Le Pluralisme Juridique*, Brussels, 1971, 7-17; L. Pospisil, *The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law*, New York (NY), 1971; S.F. Moore, *Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge (MA), 1986. Altresì, cfr. C. Rautenbach, J.C. Bekker, N.M.I. Goolam, *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, Durban, 2010.

<sup>7</sup> F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, in *Journal Of Legal Pluralism*, 47, 2002, 37.

<sup>8</sup> Cfr. *infra*, par. 2.

<sup>9</sup> Questa coesistenza di più sistemi giuridici in un dato territorio si distingue dal *legal pluralism* proprio della *social science view*, dove il riferimento non va tanto al conflitto giuridico, quanto a quello sociale: cfr., in dottrina, J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 5; S.E. Merry, *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, 22, 5, 1988, 871.

<sup>10</sup> Per una descrizione del *legal pluralism* secondo categorie socio-culturali, v., ad esempio, v. P. van der Berghe, *Pluralism*, in J. Honigmann (eds.), *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Chicago (IL), 959 ss.

<sup>11</sup> V. F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, cit., 60.

<sup>12</sup> Il concetto di 'duplicazione' è stato oggetto di un serrato dibattito in dottrina: si vedano, soprattutto, le teorie contrapposte, da un lato, di J. Vanderlinden, *Le pluralisme juridique: essai de synthèse*, in J. Gilissen (eds.), *Le pluralisme juridique*, Brussels, 1971, 19 ss. e, dall'altro, di J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 1 ss.

concreta manifestazione del *legal dualism*<sup>13</sup>.

Nel caso degli ordinamenti africani, tale *legal dualism* ha origine nel colonialismo, in particolare nell'esportazione, da parte degli Stati europei, del proprio sistema giuridico. Se è vero che, per tale via, non vi sono state eccezioni alla *imposizione* degli istituti pubblicistici, è altresì vero che, in ambito privatistico, il diritto consuetudinario africano ha avuto modo di sopravvivere quale sistema giuridico distinto, benché coordinato nella *governance* coloniale degli spazi africani<sup>14</sup>.

Il dualismo giuridico africano, inoltre, è stato rafforzato dalla struttura gerarchica degli organi giurisdizionali delle colonie<sup>15</sup>. Questa era, infatti, organizzata secondo uno schema ternario: da un lato, essa prevedeva una prima struttura atta a dirimere le controversie sorte tra bianchi, mediante l'applicazione del diritto *importato*; dall'altro, una seconda riguardante esclusivamente la risoluzione delle controversie interpersonali sorte tra africani, in conformità al diritto tradizionale; una via terza, infine, composta prevalentemente da funzionari bianchi e operante come una sorta di ibridazione tra Corti *europee* e Corti *tribali*.

Se questo dualismo giuridico appare rigidamente predeterminato quanto ai destinatari delle regole precettive, va tuttavia sottolineato come i diversi sistemi giuridici non sono stati concepiti per essere esclusivi, lasciando alle popolazioni indigene, in linea di principio, la libertà di scelta quanto alla regolamentazione dei propri rapporti in conformità al diritto importato oppure al *customary law*<sup>16</sup>.

Certo, il dualismo giuridico coloniale veniva concepito come strumento *flessibile*; tuttavia, l'interazione tra i diversi sistemi esistenti appariva scarsamente regolamentata e, soprattutto, debolmente *interiorizzata* dalle popolazioni indigene.

Le problematiche concernenti le relazioni tra sistemi si notano in particolare, come già detto, con riferimento al matrimonio, istituto giuridico in grado di concretizzare quei conflitti interpersonali che la teoria del *legal dualism/pluralism* concepisce come astratti: «If two Africans, for instance, were to marry according to customary law and then if one were, later, to become a Christian or Muslim, could he or she contract a second marriage and, if so, with what effect? What, moreover, of double marriages; that is, a marriage by customary law followed by one according to civil/Christian (or even Islamic) rites? ... Another common type of problem was the extent to which the form of marriage would determine the legal capacities, rights and duties of the spouses. Would a civil/Christian marriage, for example, have any effect on the legal system applicable to intestate succession? Would it affect the proprietary rights of the spouses and rights to

---

<sup>13</sup> T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, in *Acta Juridica*, 1983, 145 ss.

<sup>14</sup> A.N. Allott, *New Essays in African Law*, in *Butterworth African Law Series*, 13, London, 1960; P. Lampué, *Les Conflits de Lois Interrégionaux et Interpersonnels dans le Système Française*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 43, 1945, 249 ss.

<sup>15</sup> *Ex multis*, R.E. Robinson, *The Administration of African Customary Law*, in *Journal of African Administration*, 1, 1949, 158 ss.

<sup>16</sup> La libertà di scelta, va osservato, risultava però relativa, in quanto alle popolazioni indigene l'abbandono del *customary law* – *rectius*, la soggezione al diritto occidentale – non veniva permesso in via assoluta: in dottrina, A.N. Allott, *Essays in African Law*, cit., 193-196. Va precisato, inoltre, come tale libertà operasse in senso bidirezionale, ma sono stati rari i casi nei quali la popolazione bianca intese 'aderire' a una sottoposizione al *customary law* in vece del diritto 'importato': si veda ad esempio, con riferimento al caso nigeriano, *Savage v Macfoy* (1909), Renner, 504-9.

guardianship of children on divorce?»<sup>17</sup>.

Con la tendenziale mancanza di un preciso orientamento normativo in merito, la soluzione di queste problematiche è stata principalmente demandata all'attività interpretativa giurisprudenziale<sup>18</sup>.

La coesistenza dei diversi sistemi giuridici e la difficile risoluzione delle problematiche indicate, va detto, è risultata poi ostacolata anche dall'atteggiamento etnocentrico<sup>19</sup> nei confronti del *customary law*.

Infatti, se è vero che i Paesi coloniali davano pieno riconoscimento e garantivano l'applicazione del diritto consuetudinario, è altrettanto vero che il diritto occidentale veniva pur sempre identificato quale sistema giuridico prevalente, in grado di garantire e preservare l'ordinato svolgimento del vivere socio-economico<sup>20</sup>. Il diritto consuetudinario poteva essere applicato solamente in tanto in quanto non confliggente con il primo e, in particolare, con le idee di giustizia, moralità ed equità veicolate in Africa dalla *Western Legal Tradition*<sup>21</sup>.

Il dualismo giuridico proprio degli ordinamenti coloniali africani si è così trovato fin da subito a scontare la contrapposizione con l'idea di sviluppo sociale *alla occidentale*. E il diritto di famiglia, che ha ad oggetto le relazioni personali primarie, è risultato il settore giuridico in grado di ben mostrare detti conflitti: «A change ... would have far-reaching consequences for society in general»<sup>22</sup>.

## 2. *Legal Dualism* e istituto matrimoniale: differenti impostazioni negli ordinamenti africani

L'approccio degli ordinamenti africani all'istituto del matrimonio costituisce, dunque, una rappresentazione concreta dei vari gradi (teorici) di interazione tra sistemi giuridici: con altre parole, della portata effettiva del *legal pluralism*<sup>23</sup>.

Secondo un'attenta ricostruzione<sup>24</sup>, possono in ciò essere identificati due estremi, che vanno dalla scelta originaria per il mantenimento di un rigido dualismo giuridico fino al suo stravolgimento *positivo* mediante una pressoché totale abolizione di qualsivoglia riconoscimento alla disciplina matrimoniale dettata dal *customary law*. Si pensi, rispettivamente, al caso dell'ordinamento

<sup>17</sup> T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 146.

<sup>18</sup> Si possono leggere ad esempio, fra le molte inerenti all'istituzione matrimoniale nell'Africa coloniale, Ghana Privy Council, *Coleman v Shang* (1961) AC 481 (PC); Basutoland Court of Civil Appeal, *Khatala v Khatala* (1964), HCTLR 97.

<sup>19</sup> V. F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, cit., 53-55; R. David, C. Jauffret Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, ed. italiana a cura di R. Sacco, Padova, 2004, 476 ss.; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2014, 25 ss. e 156 ss.; P.G. Monateri, A. Somma, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, 223 ss.; M. Nicolini, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L'eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015, 24-25; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, 14.

<sup>20</sup> T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 146.

<sup>21</sup> C.H.J. Berman, *Law and Revolution, the Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 1983; J. Ojwang, *Legal Transplantation: Rethinking the Role and Significance of Western Law in Africa*, in *Legal Pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop*, Peter Sack & Elizabeth Minchin eds., Canberra, 1986, 11 ss.; D. Kennedy, *Political ideology and comparative law*, in M. Bussani, U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge (MA), 2012, 47 ss.

<sup>22</sup> T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 148.

<sup>23</sup> Cfr. *supra*, nota 6.

<sup>24</sup> T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 149 ss.

sudafricano e a quello, invece, della Costa d’Avorio.

Nel mezzo, si situano tutti gli ordinamenti che hanno adottato quelle che paiono situazioni di compromesso, ossia tendenti all’integrazione delle diverse discipline – importata e tradizionale – in un sistema praticabile e accettabile dalla maggioranza dei consociati: sono, questi, i casi di Madagascar, Ghana, dei Paesi dell’Africa orientale, nonché di quelli dell’Africa australe – Lesotho, Botswana, Swaziland e Zimbabwe.

Nel caso ivoriano, come detto, il diritto consuetudinario risultò sostanzialmente abolito in favore di una disciplina civilistica, prevalentemente imitativa del sistema giuridico francese<sup>25</sup>.

Ma è il caso del Sudafrica, all’opposto, quello che meglio esemplifica l’esistenza di un pluralismo giuridico ordinamentale. Il dualismo di epoca coloniale, invero, ha rappresentato quella che può essere definita una *strong-form of legal dualism*, prendendo a prestito la terminologia di una nota dicotomia<sup>26</sup>: in sostanza, l’esistenza di due tipi di disciplina matrimoniale – civile/cristiana, da un lato, e consuetudinaria, dall’altro<sup>27</sup> – in grado di creare un pluralismo formale molto accentuato e una *law in action* a tratti *separatista*.

Se il modo in cui l’ordinamento articola il dualismo risultava essere assai rigido, va notato che, in Sudafrica, una *customary union* risultava di fatto dichiaratamente *subordinata* alla *legal union* del matrimonio civile/cristiano: «a civil/Christian marriage, if entered into during the subsistence of a customary marriage, will suffice to terminate automatically the obligations incurred by the prior union. Conversely, a customary marriage entered into during a civil/Christian marriage will have no effect other than, potentially, to ground an action for damages for adultery»<sup>28</sup>.

Tale subordinazione del diritto tradizionale, invece, si dimostra in forma attenuata in quelli che – proseguendo nell’utilizzo della terminologia usata precedentemente – possono qualificarsi come ordinamenti connotati da una sorta di *weak-form of legal dualism*.

Con riferimento particolare ai restanti Paesi dell’Africa australe – limitrofi e ampiamente debitori dell’evoluzione storica, sociale e giuridica sudafricana – va sottolineato come anche qui il dualismo giuridico conflittuale si mostri chiaramente, ma in misura molto meno netta rispetto alla scelta operata in Sudafrica.

Se il dato positivo non ha preso posizione quanto ai metodi deflattivi del

---

<sup>25</sup> I riferimenti sono la Law No 64-375, relativa al matrimonio, nonché la Law No 64-376, relativa al divorzio. L’ordinamento ivoriano, con queste riforme, ha intrapreso la strada della sostituzione, quale unità di base della società, della famiglia allargata con la famiglia nucleare. Il mantenimento del *customary law*, secondo la prospettiva adottata, risulterebbe infatti troppo legato al tribalismo e, soprattutto, di ostacolo al progresso socio-economico.

<sup>26</sup> Il riferimento improprio va alla terminologia utilizzata – in differente contesto – da M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 2003, 2781 ss.

<sup>27</sup> J.C. Bekker, J.J.J. Coertze, *Seymour’s Customary Law in Southern Africa*, Cape Town, 1982, 249 ss.

<sup>28</sup> T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 150. Altresì, si veda H.R. Hahlo, *The South African Law of Husband and Wife*, Cape Town, 1965, 383 ss. Si precisa che tale disciplina, sancita dalla Section 22(6) del Black Administration Act del 1927, è stata poi abrogata attraverso l’emanazione del *Recognition of Customary Law Act* 120 del 1988: sul punto, M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell’Africa australe*, in questa *Rivista*, ...

possibile conflitto tra diversi sistemi legali<sup>29</sup>, la risoluzione delle possibili controversie è qui stata prevalentemente demandata all'attività interpretativa giurisprudenziale. Metodo attraverso il quale, va detto, non si è mai pervenuti a riconoscere una posizione aprioristicamente subordinata del *customary marriage*<sup>30</sup>.

In Lesotho, nel caso di matrimonio civile/cristiano le forme e le conseguenze di queste ultime sono state regolate dal *Marriage Act*, No 10 del 1974; nel caso di matrimonio consuetudinario, esse hanno trovato invece disciplina nelle regole proprie del diritto consuetudinario.

Nel caso di Botswana, Swaziland e Zimbabwe<sup>31</sup>, questi risultarono sistemi adottanti un'impostazione molto simile a quella dell'ordinamento lesothiano, tendenti cioè al riconoscimento quanto più paritario possibile della dicotomia matrimonio civile/cristiano-matrimonio consuetudinario.

Dall'estremo sudafricano a quello ivoriano, transitando per le diverse sfaccettature degli ordinamenti intermedi, la problematica che emerge dai sistemi plurali africani è quella dell'efficacia giuridica<sup>32</sup>.

Attraverso l'emersione del *legal dualism*, ciò che viene in rilievo è la possibilità che l'applicazione di regole diverse possa meglio adattare le soluzioni prospettate alle necessità del caso concreto. Al tempo stesso, tuttavia, lo svantaggio è rappresentato dall'incertezza e dalla difficoltà nel controllare l'evoluzione giuridica ordinamentale.

Per rendere la convivenza tra diversi sistemi di diritto coerente con l'esistenza di un ordinamento unitario, le soluzioni adottate sono state differenti. Esse, in ogni caso, coinvolgono sempre – in senso aprioristicamente escludente o, all'opposto, mediante un tentativo di sintesi interpretativa – la regolamentazione dei conflitti giuridici interpersonali.

Considerazione, questa, che deve in ogni caso tener conto del fatto che, negli ordinamenti pluralistici africani coloniali, il conflitto giuridico tra sistemi indigeni e sistemi importati è risultata fortemente filtrata dal punto di vista del diritto occidentale.

L'interpretazione del *customary law*, infatti, viene fornita da accademici, amministratori e giudici spesso di estrazione europea<sup>33</sup>. Soggetti in grado, quindi, di trasformare *etnocentricamente*<sup>34</sup> le categorie legali consuetudinarie di volta in volta maneggiate, talvolta conducendo alla creazione di un «institutionalised

<sup>29</sup> V.V. Palmer, S.M. Poulter, *The Legal System of Lesotho*, Charlottesville (VA), 1972, 127 ss.

<sup>30</sup> Si veda, ad esempio, per il Sudafrica, *Masupha v Masupha*, HC CIV/A/14/1976, secondo la quale un matrimonio civile/cristiano non può automaticamente sostituirsi ad un matrimonio consuetudinario. Ancora, per il Lesotho, *Mokhothu v Manyapelo*, CA/CIV/1976, per cui, qualora un coniuge di un matrimonio civile/cristiano pervenga a contrarre un secondo matrimonio – questa volta di tipo consuetudinario –, ad essere annullata dovrà ritenersi l'unione precedente.

<sup>31</sup> Le cui discipline risultano: per il Botswana, dal *Matrimonial Causes Act*, No 1, 1973 e dal *Customary Law (Application and Ascertainment) Act* No 51, 1969. Per lo Swaziland, dal *Marriage Act* No 47, 1964, la cui *Section 25* stabilisce che: «The consequences flowing from the marriage shall be governed by the law and custom applicable to them unless prior to the solemnization of the marriage the parties agree that the consequences following from the marriage shall be governed by the common law». Per lo Zimbabwe, dal *Marriage Act* [Chapter 5:11], 81/1964.

<sup>32</sup> S.B. Burman, *Use and Abuse of the "Modern" versus "Traditional" Law Dichotomy in South Africa*, in *Verfassung und Recht in Übersee*, 1979, 127 ss.

<sup>33</sup> F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid Of Legal Pluralism?*, cit., 64.

<sup>34</sup> Cfr. *supra*, nota 19.

bodies of lawyers’ customary law»<sup>35</sup>, differente rispetto a quello della tradizione popolare.

### 3. Il *Customary Law Marriage* tra (presunta) *reluctant tolerance* e (concreta) primazia ordinamentale

Un’ulteriore e forse più complicata questione riguarda la portata del pluralismo giuridico: ci si può chiedere, infatti, se essa possa dilatarsi sino all’accettazione, nel medesimo ordinamento, di differenti interpretazioni ricavabili dalla stessa regola o dallo stesso istituto giuridico.

Si consideri, a tale riguardo, l’evoluzione della disciplina del matrimonio nell’ordinamento del Lesotho, dove, come già accennato<sup>36</sup>, si sviluppò un dualismo giuridico tra l’istituto civile/cristiano e quello consuetudinario.

Ciò ha causato non poche problematiche circa la coesistenza delle differenti discipline, dimostrata dall’esempio portato dalle ravvicinate e contrastanti interpretazioni giurisprudenziali pronunciate, a distanza di pochi mesi, nei casi *Theko v Theko*<sup>37</sup> e *Makata v Makata*<sup>38</sup>.

Nel primo, viene enunciato come un uomo sposato con rito di *customary law* possa validamente sposarsi successivamente anche con rito civile/cristiano. Nel secondo, la Corte ha statuito che un uomo sposato con rito consuetudinario risultava sposato nel rispetto delle leggi del Lesotho: di conseguenza, ciò rappresentava un impedimento giuridico per contrarre un successivo matrimonio civile/cristiano.

In ottica di *legal dualism/pluralism*, nel contrasto giurisprudenziale indicato la questione principale attorno alla quale ruota la coesistenza tra le diverse concezioni dell’istituto matrimoniale è soprattutto quella resa esplicita dal contrasto tra la concezione poligamica del *customary law* e quella monogamica, invece, del rito civile/cristiano<sup>39</sup>.

La prima delle due concezioni è riscontrabile nella già richiamata decisione *Theko v Theko*, dove il *reasoning* del *Chief Justice* è giunto a stabilire che un uomo già sposato con una pluralità di donne secondo riti tradizionali ben potrebbe validamente unirsi a una diversa donna mediante un rito civile/cristiano, mantenendo concretamente piena validità tutte le unioni – sia quelle consuetudinarie precedenti, sia quella civile/cristiana successiva.

Va osservato sin da ora, tuttavia, come questa interpretazione, nei sistemi giuridici dell’Africa coloniale, rappresenti un arresto isolato.

Nel *leading case* *Nkambula v Linda*<sup>40</sup>, infatti, un uomo sposatosi con rito civile/cristiano è stato considerato colpevole di abbandono delle diverse mogli a lui sposate attraverso precedenti unioni consuetudinarie. In tal modo, come evidente, la *coesistenza personale* delle due tipologie di matrimonio è stata da subito posta su un piano di incompatibilità giuridica.

<sup>35</sup> G.R. Woodman, *How State Courts Create Customary Law in Ghana and Nigeria*, in B.W. Morse, G.R. Woodman (eds.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, 1987, 181 ss.

<sup>36</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>37</sup> *High Court of Lesotho*, CIV/T/249/1982.

<sup>38</sup> *Court of Appeal of Lesotho*, C of A (CIV), 8, 1982.

<sup>39</sup> Per una ricostruzione della possibile incidenza e validità dei matrimoni poligami su di un sistema giuridico occidentale, si legga l’attenta analisi fornita da W.E. Beckett, *The Recognition of Polygamous Marriages under English Law*, in *The Law Quarterly Review*, 48, 1932, 341 ss.

<sup>40</sup> *Supreme Court of South Africa*, 1951 1 SA 377 (AD).

La domanda cui occorre dare preliminarmente risposta muove dalla considerazione che viene data dall'ordinamento giuridico al *customary marriage*. In altri termini, occorre valutare se quest'ultimo venga o meno considerato come un matrimonio giuridicamente vincolante<sup>41</sup>, in grado di esplicitare appieno il *legal dualism* degli ordinamenti coloniali africani.

Con riferimento al Lesotho, il *Marriage Act* del 1974<sup>42</sup> riconosce chiaramente il matrimonio consuetudinario come matrimonio giuridicamente valido. Di conseguenza, posto che le Corti sono vincolate alla norma positiva, esse non potrebbero risolvere il potenziale conflitto tra diverse discipline se non attestandosi al principio per il quale una persona già sposata – a prescindere dal rito – non può contrarre nuovamente matrimonio, fintanto che la prima unione risulta valida<sup>43</sup>.

In questa prospettiva, si può notare il contrasto con l'originaria interpretazione data al conflitto tra discipline matrimoniali nell'ordinamento sudafricano, ben sintetizzato nell'affermazione secondo cui «the monogamous marriage of Roman-Dutch Law, which came to South Africa with the Dutch settlers, is the only form of marriage recognised by our law»<sup>44</sup>.

Le decisioni inizialmente richiamate, invece, ci permettono di vedere come il Lesotho sia apparso in grado di meglio coniugare e risolvere le problematiche del *legal dualism* in materia matrimoniale. In particolare, con riferimento al riconoscimento dei diversi matrimoni come istituti giuridici posti su di un piano paritetico.

Nell'indicato caso *Theko v Theko* la Corte ha considerato il matrimonio civile/cristiano come successivo, ma giuridicamente prevalente. Anche il successivo caso *Makata v Makata* si è occupato della questione del matrimonio civile/cristiano come matrimonio intervenuto successivamente: in questo caso, tuttavia, giungendo alla conclusione che il (precedente) *customary marriage* risultava giuridicamente vincolante. Di conseguenza, la vigenza di tale unione rappresentava un impedimento al successivo matrimonio civile/cristiano.

Sembra ora doveroso rilevare come l'attività interpretativa sin qui richiamata sia giunta a conclusioni che, in base all'analisi dell'evoluzione storico-giuridica dell'ordinamento lesothiano<sup>45</sup>, appaiono forse come effetti *impliciti*.

Se è vero che in Lesotho il *customary marriage* africano è sempre stato trattato alla stregua di una “reluctant tolerance” da parte dei colonizzatori<sup>46</sup>, è altrettanto vero che il *British High Commissioner* dovette sin dal principio dare una qualche forma di riconoscimento ai preesistenti matrimoni africani consuetudinari. Quando la Corona inglese assunse il controllo nell'amministrazione del Lesotho, essa procedette allora ad accettare il *Sesotho customary marriage* quale matrimonio

<sup>41</sup> W.C.M. Maqutu, *Lesotho's African Marriage is not a "Customary Union"*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 16, 3, 1983, 376.

<sup>42</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>43</sup> «No person may marry who has previously been married to any other person still living unless such previous marriage has been dissolved or annulled by the sentence of a competent court»: così la *Section 9, Marriage Act No 10 1974*.

<sup>44</sup> H.R. Hahlo, *The South African Law of Husband and Wife*, cit., 37.

<sup>45</sup> Sembra opportuno evidenziare, ad ogni buon conto, come l'evoluzione del *Customary Law*, in Lesotho, abbia (eccezionalmente) seguito le tracce di una certa qual codificazione nel secolo XIX per il tramite delle *Laws of Lerotholi*, una sorta di *raccolta normativa* del diritto consuetudinario. In dottrina, v. L. Juma, *The Laws of Lerotholi: Role and Status of Codified Rules of Custom in the Kingdom of Lesotho*, in *Pace International Law Review*, 2011, 92 ss.

<sup>46</sup> H.J. Simons, *The Status of Customary Unions*, in *Acta Juridica*, 1961, 17 ss.

giuridicamente vincolante le unioni nella società africana coloniale.

Di conseguenza, per quanto *tollerato*, fu il matrimonio consuetudinario quello che venne riconosciuto come prevalente, riducendosi in tal modo il matrimonio civile/cristiano a ulteriore forma di coniugio validamente contraibile<sup>47</sup>.

Questo sembra dimostrare come la coesistenza tra usanze indigene e *received law* possa portare taluni esempi di *legal dualism* in cui il diritto occidentale non riveste necessariamente – come sovente considerato – la posizione di primazia.

#### 4. Il pluralismo giuridico quale mezzo per la giustizia

Quanto detto ci conduce a un ulteriore sviluppo dell'indagine inerente il *legal pluralism*: valutare se un ordinamento che racchiude in sé stesso una pluralità di sistemi giuridici possa garantire la ricerca (*rectius*, l'effettività) della giustizia<sup>48</sup>.

In questa prospettiva, è indubbio che, con l'avvento dei colonizzatori europei, gli ordinamenti indigeni si sono trovati ad affrontare dei mutamenti radicali del contesto locale, ivi compreso il sovvertimento delle regole di diritto primigenie. Il *customary law*, in altri termini, si è dovuto scontrare con il nuovo ordine creato dagli Stati coloniali.

Per questi ordinamenti, uno dei maggiori fattori di sviluppo giuridico è stato certamente l'avvento dello Stato moderno e, in particolar modo, della legge statale<sup>49</sup>, pur dovendosi avvertire che l'avvento dello Stato coloniale non coincide con la nascita del diritto negli ordinamenti africani. La colonizzazione europea, infatti, ha semplicemente portato nuovi elementi di conflitto nel mondo giuridico preesistente<sup>50</sup>.

Il sistema giuridico occidentale *importato*, secondo la prospettiva sin qui adottata, ha però causato una sorta di “claims of legitimacy”<sup>51</sup> da parte di diverse tipologie di diritto all'interno di un medesimo ordinamento statale.

Non essendo possibile eliminare il pluralismo giuridico, nei Paesi coloniali africani ha trovato la propria fonte nella necessità di armonizzare questi diversi piani di creazione giuridica, attraverso l'incorporazione del diritto consuetudinario nel diritto di derivazione statale.

In tal modo, il diritto vigente è risultato costituito di molteplici *corpi* normativi<sup>52</sup>, con il riconoscimento di una pluralità di fonti di legittimità: l'istituto matrimoniale, per quanto visto in precedenza, ne costituisce un vivido esempio.

In questa prospettiva, una delle principali obiezioni mosse al *legal pluralism* è stata quella di non poter garantire la giustizia all'interno di un dato ordinamento, posto che, per definizione, il pluralismo implica che possano venir applicate a persone diverse delle leggi diverse in situazioni analoghe. In senso contrario,

<sup>47</sup> W.C.M. Maqutu, *Lesotho's African Marriage is not a "Customary Union"*, cit., 380.

<sup>48</sup> S.E. Merry, *Legal Pluralism*, in *Law and Society Review*, 22, 1988, 869 ss.; G.R. Woodman, *Legal Pluralism and the Search for Justice*, in *Journal of African Law*, 40, 2, 152 ss.; H.F. Morris, J.S. Read, *Indirect Rule and the Search for Justice: Essays in East African Legal History*, Oxford, 1972.

<sup>49</sup> Cfr. *supra*, note 2 e 3 e, più in generale, par. 1.

<sup>50</sup> J.P.B. Josselin de Jong, *Customary Law: A Confusing Fiction*, in A.D. Renteln, A. Dundes, *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of lex non scripta*, Amsterdam, 1948, 111; B.Z. Tamanaha, *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law & Society*, 20, 1993, 192 ss.

<sup>51</sup> G.R. Woodman, *Legal Pluralism and the Search for Justice*, cit., 157.

<sup>52</sup> J. Vanderlinden, *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, in *Journal of Legal Pluralism*, 28, 1989, 149 ss.; J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, cit., 1 ss.

tuttavia, va osservato come, anche nel caso degli ordinamenti pluralistici, ciascun *corpo* normativo distingue tra diverse categorie di persone, al fine di determinare quali disposizioni debbano essere applicate.

Un'osservazione più rilevante, invece, riguarda quella secondo cui il *customary law* ha sofferto la differenza tra la sua applicazione da parte degli organi statali, da un lato, e la sua osservanza sociale effettiva, dall'altro: una contrapposizione, in sostanza, tra “lawyers’ customary law” e “popular customary law”<sup>53</sup>.

Questa dicotomia ha portato a interrogarsi sull'opportunità di rafforzare lo Stato di diritto a tal punto da condurre all'estinzione del diritto consuetudinario, in quanto esorbitante dal tentativo monopolizzante statale di garantire l'uguaglianza dei consociati e di meglio controllare le regole giuridiche generalmente applicabili.

Del resto, è pur vero che la natura talmente flessibile e in grado di adattarsi alle particolari circostanze del caso concreto sembra porre il *customary law* in senso per certi versi estraneo rispetto alla *rule of law*<sup>54</sup>. Garantire l'uguaglianza giuridica, in quest'ottica, implicherebbe allora l'abolizione – o, comunque, la rivisitazione – del *legal pluralism*.

Una possibile soluzione è stata ravvisata, ad esempio, nell'adozione di un diritto codificato unitario, in grado di riassumere nel testo positivo tanto la legge statale, quanto la parte di diritto consuetudinario che si ritenga di voler incorporare in esso<sup>55</sup>.

Una soluzione siffatta, però, non appare essere garanzia di maggiore uguaglianza giuridica ordinamentale. Una politica statale di abolizione del diritto consuetudinario potrebbe, al contrario, condurre al possibile aumento del divario tra *State law* e condotta sociale, quest'ultima pur sempre legata all'applicazione delle regole della tradizione.

L'effetto dell'abolizione del pluralismo giuridico ordinamentale, in sostanza, potrebbe portare a risultati opposti rispetto a quelli desiderati, ossia l'aumento della creazione di diversi centri di produzione giuridica *di fatto* e una conseguente erosione del controllo della produzione normativa da parte dello Stato.

La ricerca della giustizia negli ordinamenti pluralistici, allora, sembrerebbe necessariamente passare attraverso il mantenimento di quei *corpi* normativi cui si è fatto riferimento in precedenza. Invero, solamente attraverso il pieno riconoscimento del diritto consuetudinario da parte del diritto statale<sup>56</sup> – e, dunque, attraverso il mantenimento strutturale del pluralismo giuridico – parrebbe potersi garantire a pieno titolo quell'egalitarismo giuridico-sociale tanto ricercato nei sistemi legali del continente africano.

---

<sup>53</sup> G.R. Woodman, *Legal Pluralism and the Search for Justice*, cit., 159, nonché, dello stesso Autore, *Some Realism about Customary Law-The West African Experience*, in *Wisconsin Law Review*, 1969, 128 ss. Si parla, in proposito, anche di c.d. “living customary law”: sul punto, A.J.G.M. Sanders, *Conflicts of Laws. The Internal Conflict of Laws in Swaziland*, in *Comparative and International Law Journal of South Africa*, 1986, 112 ss.

<sup>54</sup> Vi sono numerose evidenze, in tal senso, relative all'enfasi data dal diritto consuetudinario alla risoluzione dei conflitti attraverso procedimenti conciliativi e non attraverso la rigida e predeterminata applicazione delle procedure normativamente previste. In dottrina, *ex multis*, J.F. Holleman, *An Anthropological Approach to Bantu Law (with special reference to Shona Law)*, in *Rhodes-Livingstone Journal*, 10, 1949, 51 ss.

<sup>55</sup> È il caso, questo, tentato nell'ordinamento malgascio: v. T.W. Bennett, N.S. Peart, *The Dualism of Marriage Laws in Africa*, cit., 152.

<sup>56</sup> Come avvenuto, ad esempio, nell'ordinamento lesothiano: cfr. *supra*, par. 2.

## La Constitución que emerge: las voces acalladas de las comunidades originarias en el discurso constitucional peruano de comienzos del siglo XXI

*di Pedro P. Grández Castro*

**Abstract:** *The Insurgent Constitution: the silenced voices of indigenous people in Peruvian constitutional discourse at the beginning of the XXI century* – The republics that were formed by the independence of the Spanish colonies in Latin America in the 19th century did not incorporate the indigenous communities in the emancipation project. On the contrary, the Republic constituted in many cases a new punishment for these communities. They had to sustain it with the payment of new taxes, besides that they became, mandatorily, in the troop of the new armies that Prefects and Subprefects recruited throughout the country. Only in the 20th century, indigenous communities achieved their slow appearance in academic and constitutional debates. The movement of human rights towards the second half of the 20th century, together with the new tools of post-war constitutionalism, the establishment of constitutional justice and, above all, the creation of the Inter-American Court of Human Rights, have created the conditions for the judicial protection of rights that began to be recognized during the second half of the 20th century. In this context, a new Constitution is emerging at the beginning of the 21st century: it is the indigenous Constitution, which, based on the recognition of constitutional pluralism and international human rights law, is making possible the construction of the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence with a strong influence in national courts.

1065

---

**Keywords:** Indigenous constitutional law; pluralist constitutionalism; Latin American constitutionalism; Peru.

### 1. Introducción: el emergente Derecho Constitucional Indígena

La “cuestión indígena” no estuvo presente en la agenda del constitucionalismo de los primeros días de los Estados que se empezaron a formar tras la independencia de las colonias en América. El “indio”, sometido en la colonia, mantuvo esta condición, en muchos casos incluso empeorada por la situación de permanente hostilidad y violencia, producto de las guerras y conflictos internos que sucedieron a la independencia. En este contexto, el indio, no solo se convirtió en el aportante de las recaudaciones fiscales, sino también, en “voto cautivo” al servicio de intereses gamonales y, desde luego, en recluta de las fuerzas militares en constante movilización producto de la inestabilidad política que prosiguió a las guerras de

independencia<sup>1</sup>.

Si hay algo que pueda llamarse “Derecho constitucional indígena” (DCI), como he sugerido en otro lugar<sup>2</sup>, esto es sin duda, parte de la agenda del siglo XX. Por un lado, desde la mitad del siglo XX, con la gran transformación que produjo a nivel global el inicio de la institucionalización del Derecho Internacional tal como lo conocemos hoy en día, comenzó también —aunque de forma tardía— la incorporación en los instrumentos jurídicos internacionales de los derechos de muchos grupos (entre ellos, las poblaciones indígenas) que no habían sido considerados durante la formación de las repúblicas. Por otro lado, hacia finales de la década de los 90s e inicios del siglo XXI se elaboraron, gracias al impulso de diversas organizaciones de la sociedad civil y de movimientos sociales, grandes reformas en las Constituciones latinoamericanas en relación con los derechos indígenas.

En este escenario, dos tesis pueden trazarse en relación a lo que se conoce en la actualidad como DCI. La primera de ellas, considera que este constituye una rama jurídica que se encuentra entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional<sup>3</sup>; mientras que una segunda tesis apuesta por considerarlo no de manera autónoma ni normativa, sino desde un enfoque discursivo y dinámico que lo comprende como un auténtico Derecho Constitucional Indígena (DCI), noción que incluye en sí misma un cambio de paradigma en la propia manera de entender a la Constitución<sup>4</sup>.

Esta segunda forma de comprender el proceso de inclusión de los grupos acallados por tantos años durante la historia de las naciones latinoamericanas, constituye el punto de partida del presente artículo. Así, el objetivo principal del mismo es mostrar cómo, aun cuando el constitucionalismo latinoamericano ha sido poco receptivo a la transformación impulsada, sobre todo, desde el espectro internacional, es posible observar un discurso nuevo y emergente en el constitucionalismo a favor de los derechos de los pueblos originarios.

Este discurso se configura dentro de un contexto con rasgos propios que permite que la nueva disciplina tenga un objeto, ámbito de competencia, vías y elementos de desarrollo. En cuanto a su objeto, el DCI plantea un estudio sobre las condiciones materiales de la cultura, del espacio geográfico y de la identidad de las comunidades, así como el estudio de sus fuentes positivas y de sus propios conocimientos ancestrales con apoyo de otras disciplinas. Respecto al ámbito de su competencia, se trata de una disciplina que no tiene propiamente un carácter nacional, ya que, debido a su enfoque discursivo, incluye una dinámica entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional e incluso el Derecho Administrativo ambiental y territorial.

---

<sup>1</sup> Cfr. C. Aljovín de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú, 1821-1845*, Lima, 2000, en especial 167 ss.

<sup>2</sup> Cfr. P.P. Grández Castro, *Sobre el emergente derecho constitucional indígena en el espacio interamericano. Notas sobre el derecho a la consulta desde la experiencia peruana*, en *Memoria del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, 2015, II, 372 ss.

<sup>3</sup> B. Clavero, *El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano: Venezuela y Awas Tingni*, en *Revista IIDH*, vol. 39, 2005, 257-292.

<sup>4</sup> P.P. Grández Castro, *Sobre el emergente derecho constitucional indígena...*, cit.

Por otro lado, en relación a su contexto de desarrollo, el DCI puede considerarse una disciplina forjada fundamentalmente en el ámbito de las decisiones judiciales; aun cuando posee fuentes jurídicas tanto nacionales como internacionales, gran parte de los contenidos del DCI se encuentran en los razonamientos de los tribunales. Se trata, por tanto, de una disciplina nacida en el contexto del diálogo judicial. Finalmente, en cuanto al elemento esencial que utiliza para su desarrollo, debido a que es una disciplina que se encuentra en el centro de una deliberación intercultural, su esencia es de corte principialista, lo que hace posible una construcción permanente de diálogos.

Con la finalidad de explicar el proceso de formación y asentamiento de este discurso emergente en el constitucionalismo latinoamericano, el presente trabajo estará dividido en cuatro partes. En la primera, se busca trazar el trasfondo histórico que muestra que las comunidades originarias, aun cuando participaron —incluso con sacrificio— en la construcción de las nuevas repúblicas, no resultaron inmediatamente beneficiarias de las garantías jurídicas instauradas en los nuevos órdenes. Para ello, utilizaré como ejemplo de esta exclusión el caso concreto del Perú y sus inicios como nación republicana. En la segunda parte, continuando con el caso peruano, mostraré cómo, a pesar de que en los primeros años del siglo XX el debate sobre la cuestión indígena resurgió en la deliberación pública, no logró conseguir una influencia efectiva en el Derecho institucionalizado.

Ello nos permitirá evidenciar, en la tercera parte, el hecho de que solo con la transformación ocurrida en el plano del Derecho internacional fue posible obtener los recursos discursivos suficientes como para que se dé la aparición y crecimiento del Derecho Constitucional Indígena. En tal sentido, este es considerado como el producto de una construcción conjunta de activistas, juristas y agentes políticos en un contexto de internacionalización de los derechos humanos. En base a ello, en la cuarta parte, mostraré que uno de los factores determinantes para el surgimiento del DCI fue el cambio de paradigma en torno a la noción de Constitución, la cual pasó a ser vista, ya no únicamente desde una perspectiva liberal, sino también a partir de un enfoque pluralista.

## **2. La construcción de la nueva República: entre ficción y utopía**

¿Cómo y por qué la República fue incapaz de incorporar a grupos como las poblaciones originarias? En el ámbito de la historia y la sociología latinoamericanas ha sido ampliamente discutida la marcada exclusión que vivieron muchos grupos sociales durante los inicios de la formación de las nuevas repúblicas. No obstante, uno de los grandes temas que se sigue debatiendo hasta la actualidad tiene que ver con las razones que llevaron a que dicha exclusión no haya podido ser mitigada, ni siquiera formalmente en el ámbito institucionalizado

del Derecho, sino hasta mediados del siglo XX<sup>5</sup>.

Ello generó, entre otras consecuencias, que, después de muchas décadas, las cicatrices de ser naciones cuya independencia fue más impuesta que lograda —o en términos de Klarén<sup>6</sup>, una «independencia a regañadientes»— sigan estando presentes en los problemas estructurales de exclusión y segregación que definen hoy en día a las sociedades de América Latina. Las poblaciones de herencia indígena constituyen un caso claro de estas voces acalladas que, al inicio de las repúblicas, si bien formaron parte de su construcción, no solo no resultaron beneficiadas, sino que, además, continuaron siendo vistas como “los otros”, percepción que llegó a calar en tal medida que «se constituyó en una ideología oficial»<sup>7</sup>.

En este escenario, una de las preguntas más interesantes que se planteó después de los procesos independentistas fue: ¿*De quién* se independizaron las poblaciones originarias? En una importante reconstrucción realizada por la historiadora Brooke Larson de las repúblicas andinas y las cargas de la raza en los países de Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, se concluye que «para 1900, los nacionalistas criollos habían levantado naciones poscoloniales construidas en torno a rígidos conceptos de las razas, que excluían a las mayorías indígenas de la historia republicana y la participación política, pero que, al mismo tiempo, les forzaban a ingresar a las economías nacionales como trabajadores subalternos»<sup>8</sup>.

Es fundamental rescatar, no obstante, que, en medio de este contexto, los pueblos andinos no mostraron una posición pasiva, sino que desarrollaron sus propias estrategias para enfrentar los nuevos cambios que trajo el proceso de independencia<sup>9</sup>, cambios que muchas veces implicaban una peor situación a la que habían tenido durante la colonia. Dicha forma de supervivencia en la república no solo se dio a través de las negociaciones que pudieron entablar con los nuevos actores del ordenamiento posindependentista, sino que también se dio a través de luchas concretas, que se llevaron a cabo, sobre todo, a fines del siglo XX en países como Perú y Bolivia. En términos de Brooke:

«Igualmente importante es que ahora nos brindan vistazos de la imaginación política de los campesinos-soldados andinos, que se redefinieron a sí mismos como sujetos políticos con derecho a la justicia, el respeto y la protección en sus propias sociedades. Los líderes indígenas como Atusparia, Laimes y

<sup>5</sup> No fue sino hasta mediados del siglo XX que muchos países en América Latina reconocieron, por primera vez, el derecho al sufragio universal: Bolivia en 1952, México en 1953, Chile en 1970, Perú en 1979.

<sup>6</sup> P. Klarén, *Nación y sociedad en la historia del Perú*, Lima, 2004, 135 ss.

<sup>7</sup> Ibid., 190. Voces no solo acalladas, también puede hablarse de “voces condenadas” por la legislación de la República. Es simbólico de esto la regulación del Código Civil peruano de 1852 (treinta años luego de la independencia), que mantenía una extensa regulación sobre los “derechos” del amo sobre sus esclavos. En lo que respecta a los “derechos” del esclavo, puede leerse en uno de sus disposiciones lo siguiente: «Art. 104. El esclavo tiene derecho a variar de amo. 1. Por causa de sevicia; 2. Por obligarse el nuevo comprador a darle libertad pasado algún tiempo de servicio, que no exceda de 10 años. Esta obligación constará en la escritura de venta». Con lo cual, la República, al menos con relación a los esclavos, los colocaba en un espectante “mercado de la libertad”.

<sup>8</sup> B. Larson, *Indígenas, élites y Estado en la formación de las repúblicas andinas*, Lima, 2002, 176.

<sup>9</sup> P. Klarén, *op. cit.*, 177.

Zárate Willka no trazaron diseños políticos para formas alternativas de la nación, ni suscribieron rígidamente una ortodoxia política. Pero en sus propias formas diversas y contradictorias, sí concibieron naciones que permitían a las comunidades aimaras y quechuas florecer»<sup>10</sup>.

Lo recogido en esta cita es una evidencia del debate tardío sobre el indigenismo en la era republicana. Para comprender los niveles de exclusión, podemos tomar como ejemplo la lucha acaecida en uno de los casos mencionados: el levantamiento del líder Pedro Pablo Atusparia en 1885, en el Callejón de Huaylas en Ancash, departamento ubicado en la sierra norte del Perú. Este levantamiento se produjo luego del fin de la Guerra del Pacífico, momento en el que el país estaba sumido en medio de una crisis económica devastadora ocasionada no solo debido a la ocupación chilena durante la guerra, sino, sobre todo, por la deuda que el Perú tuvo que asumir para finalizar con ella.

A pesar de la crítica situación, en el departamento de Ancash se ordenó la reimposición de un tributo al campesinado indígena, que tendría que pagar dos soles de oro, monto que «pesó duramente sobre la población de esta región predominantemente indígena»<sup>11</sup>. Ante ello, el líder Atusparia (quien era alcalde de un Municipio de Huaraz) y otros jefes indios presentaron una solicitud pidiendo que se ordene una reducción en la contribución debido a su precaria situación económica que les impedía asumirla. No obstante, la administración a cargo reaccionó de manera violenta en contra de los líderes, llegando incluso a torturarlos, hecho que fue reclamado por algunos campesinos. Esta protesta llevó a un levantamiento masivo en toda la región luego de que el primer grupo de campesinos fuera asesinado.

No obstante, la magnitud del levantamiento, finalmente las fuerzas del gobierno provisional de Iglesias terminaron controlando a los rebeldes y reduciendo la protesta. A pesar de ello, esta lucha constituye un hito importante para comprender la forma en que la República silenciaba las voces de los grupos indígenas. Y ello tiene que ver con el tipo de discurso que se utilizó para justificar la represión. El reclamo promovido por Atusparia y los otros líderes era auténticamente legítimo y tenía un carácter estrictamente civil y jurídico. La reimposición del tributo estaba sustentada en una ley emitida durante el gobierno de Piérola, quien había sido colocado en el poder por los propios chilenos en medio de una situación de guerra que ya había concluido, lo que explicaba por qué, después de finalizada la guerra, la contribución ya no podía ser aplicada<sup>12</sup>.

Sin embargo, el discurso que se utilizó para legitimar la represión del levantamiento fue, en términos de Klarén, «la misma táctica usada por las autoridades coloniales para ganarse la opinión pública contra Túpac Amaru cien años antes»<sup>13</sup>. Se esparció la idea de que la protesta de Atusparia tenía fines raciales y que buscaba generar una guerra social, lo que llevó a que, finalmente, se los considerara como enemigos de la nación que acababa de salir de una derrota.

---

<sup>10</sup> B. Larson, *op. cit.*, 179.

<sup>11</sup> P. Klarén, *op. cit.*, 245.

<sup>12</sup> M. Thurner, *From Two Republics to One Divided: Contradictions of Postcolonial Nationmaking in Andean Peru*, Duke, 1997, 422.

<sup>13</sup> P. Klarén, *op. cit.*, 246.

Una de las cuestiones que más llama la atención de este episodio histórico es que muchos de los campesinos que se levantaron también participaron en la resistencia organizada por Andrés Avelino Cáceres en la sierra central en contra de los invasores durante la Guerra del Pacífico. Esta circunstancia generó una gran decepción por parte de los indígenas, quienes fueron considerados como enemigos pese a la justicia de su causa y pese, además, de haber contribuido decididamente en las campañas contra el invasor chileno durante la campaña para su expulsión del territorio patrio.

No obstante, la República mostraba su lado más hostil con la población indígena en la propia versión de los líderes del levantamiento encabezado por Atusparia. En una comunicación dirigida al Presidente de la República, Andrés Avelino Cáceres, los Alcaldes Ordinarios de Huaraz, Nicolás Granados y Apolinario de Paz, escribieron:

«Durante el coloniaje gozamos los indígenas, como V. E. sabe muy bien, de la comunidad de pastos, montes y aguas establecidas por las primeras de dichas leyes (se refieren al Título XVII, del Libro IV de la Recopilación de Indias) sin restricción alguna; de manera que, aunque estábamos sujetos al pago de tributo, lo pagábamos fácilmente, estrayendo (sic) lena(sic) de los montes para venderla en la ciudad, y criando nuestro poco ganado en los pastos, sin pagar cosa alguna a nadie, ni aun a los que se titulaban duenos(sic) legítimos de dichos montes y pastos. Vino la independencia y ni más ni menos, que si ella no hubiera sido conseguida sino en beneficio de los mestizos y españoles, vimos con dolor que comenzó a ponersenos estorbos al ejercicio de esos derechos, pretendiendo que la comunidad de pastos, montes y aguas había desaparecido...»<sup>14</sup>.

La reivindicación de las leyes coloniales por los indígenas, muestra hacia finales del siglo XIX, una posición táctica, al tiempo que pone en evidencia el descredito moral del proyecto republicano frente a los pueblos originarios. El siglo XX deberá repensar la cuestión indígena como un proyecto que no será más de promesas ni de paternalismos. Tras un siglo de frustraciones, el indigenismo encontrará nuevos aliados en el movimiento obrero, pero también en el movimiento internacional por los derechos humanos<sup>15</sup>.

### 3. Nuevos obstáculos: el debate en torno al “problema indígena”

Entre el nacimiento de las repúblicas en el siglo XIX y luego de la Segunda Guerra Mundial a mediados del siglo XX, el debate sobre la cuestión indígena en América Latina pasó por un proceso de evolución tanto en el entorno intelectual como en el plano de las luchas sociales. No obstante, a pesar de que se plantearon algunas reformas jurídicas en relación al tema, la reacción del Derecho ante tal evolución

<sup>14</sup> M. Thurner, *op. cit.*, 189.

<sup>15</sup> Aunque el Derecho internacional hacia finales del siglo XIX e inicios del XX había consolidado un conjunto de teorías que, en esencia, había cubierto de “juridicidad” la negación a los pueblos originarios de sus derechos y había convalidado de este modo, el despojo de sus tierras y territorios por parte de los Estados, negándoles la condición de sujetos del Derecho Internacional. Cfr. J. Anaya, *Los pueblos Indígenas en el derecho internacional*, Madrid, 2005, 62 ss.

fue casi nula.

Los discursos que dieron inicio al cambio sobre la manera de ver al indígena en el caso del Perú, por ejemplo, tuvieron su punto de partida en el contexto de posguerra a fines del siglo XIX, momento en el que se planteó como una pregunta de gran relevancia aquella referida a las razones por las que el Perú había perdido la guerra con Chile. Muchas fueron las tesis ofrecidas por políticos e intelectuales. Entre las más resaltantes están, por ejemplo, la sostenida por Ricardo Palma, quien atribuyó la derrota a «la élite exportadora civilista y al atraso de la población india»<sup>16</sup>, y la de un grupo de intelectuales surgido en la Universidad Mayor de San Marcos, que, influido por los postulados del positivismo, apostaba por la educación de los indios como mecanismo de integración para solucionar el problema de la ausencia de unidad social que se consideró como una de las causas de la derrota<sup>17</sup>.

Esta idea que relaciona los problemas de la nación con la falta de educación del indígena es reafirmada, desde una perspectiva un poco más amplia, por Manuel González Prada, para quien, la derrota tenía que ver, sobre todo, con la posición indiferente del pueblo andino, posición que tenía como una de sus causas principales la falta de educación<sup>18</sup>. No obstante, el problema de la educación para González Prada estaba directamente relacionado con la condición del indígena dentro de un fuerte problema de exclusión de larga data que comenzó en la colonia pero que continuaba durante la república.

A pesar de la solidez de estos discursos iniciales, la resistencia al cambio de la percepción hacia el indígena era tal que incluso hasta en 1937, varios años después de que empezara el debate, encontramos opiniones como las de Alejandro Deustua, ex rector de la Universidad Mayor de San Marcos, filósofo y educador: «¿Qué influencia podrán tener sobre esos seres (los indios), (...) las escuelas primarias más elementales? ¿Para qué aprender a leer, escribir y contar, la geografía y la historia y tantas otras cosas, los que no son personas todavía, los que no saben vivir como personas, los que no han llegado a establecer una diferencia profunda con los animales, ni tener ese sentimiento de dignidad humana, principio de toda cultura?»<sup>19</sup>.

No obstante ello, a pesar de que el Derecho como institución social durante aquellos años continuó permaneciendo indiferente, en el ámbito de los movimientos sociales sucedía todo lo contrario. Con las bases asentadas en 1884, emergió en los primeros años del siglo XX en el Perú un nuevo «movimiento poderoso y militante en busca de la reforma social y política»<sup>20</sup>, conocido como *indigenismo*. El pensamiento que sustentaba este movimiento, así como el de las diversas escuelas, se esparció a lo largo de todo el país, llegando, incluso, a constituirse en un mecanismo lo suficientemente influyente para lograr que Leguía, presidente de la República en aquel entonces, incluyera, por primera vez, en la Constitución de 1920 el reconocimiento oficial de los pueblos indígenas,

---

<sup>16</sup> P. Klarén, *op. cit.*, 250.

<sup>17</sup> A. Zapata, *¿Desiguales desde siempre? Miradas históricas sobre la desigualdad*, Lima, 2013.

<sup>18</sup> Cfr. E. Kristal, *Problemas filológicos e históricos en Páginas libres de González Prada*, en *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, XII/23, 1986, 141-150.

<sup>19</sup> A.O. Deustua, *El problema nacional de la educación*, Lima, 1904, 15.

<sup>20</sup> P. Klarén, *op. cit.*, 304.

declarando la imprescriptibilidad de sus tierras (artículo 41°), así como el derecho a «su desarrollo y cultura» (artículo 57°) y su reconocimiento legal (artículo 58°).

Sin embargo, el movimiento social por sí mismo no podía enfrentarse a los grandes intereses de las clases dominantes que vieron acrecentado su poder económico debido al aumento de las oportunidades comerciales a principios de la década de 1920. Ello terminó acelerando el proceso de exclusión económica y social en su interior, lo que trajo como resultado, «una mayor estratificación social, polarización y conflicto de clases»<sup>21</sup>. Esta situación, aunada al hecho de que el discurso proindigenista de Leguía, pronto se vio en la práctica desbordada por la demagogia autoritaria que lo caracterizó, lo que generó que el movimiento perdiera fuerza alejándose pronto del discurso oficial.

#### 4. Punto de quiebre: el constitucionalismo social del siglo XX

No obstante dicho escenario, a mediados del siglo XX se produce un quiebre a partir de la gran transformación generada por el inicio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo conocemos en la actualidad, sobre todo, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ello debido a que su institucionalización empieza a incorporar tardíamente derechos para grupos que no habían sido considerados durante la formación de las repúblicas, pero tampoco, tal como vimos, en las décadas posteriores a ella.

Como ya ha sido bastante discutido, la aparición de los derechos humanos a nivel universal puede rastrearse incluso hasta los orígenes del liberalismo en la modernidad. Sin embargo, a pesar de que la idea de autonomía individual fue y sigue siendo el eje angular de los derechos humanos, la falta de reconocimiento intersubjetivo de esa misma autonomía es lo que ocasionó los grandes problemas del reconocimiento de los derechos humanos para todos los individuos y grupos sociales por igual a lo largo de la historia universal, en general, y latinoamericana, en particular.

Lynt, por ejemplo, plantea que el problema de reconocimiento pudo haberse debido a una falta de empatía que permitiera comprender en qué medida los derechos humanos debían tener un carácter universal. Así, señala que «las ideas filosóficas, las tradiciones jurídicas y las ideas políticas revolucionarias debían contener esta clase de punto de referencia emocional profundo para que los derechos humanos fueran en verdad evidentes»<sup>22</sup>. Por otro lado, la positivización de los derechos humanos en diversas declaraciones nacionales estuvo también marcada por intereses particulares que representaron, a lo largo de muchos años, grandes límites para un auténtico reconocimiento<sup>23</sup>.

Podemos hablar así de una confluencia entre los movimientos sociales que se gestaron al interior de las naciones desde inicios del siglo XX y el proceso de institucionalización del Derecho Internacional después de la Segunda Guerra Mundial con la creación de nuevas herramientas normativas, así como de nuevos

---

<sup>21</sup> Ibid., 310.

<sup>22</sup> H. Lynt, Hunt, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, 2009, 26.

<sup>23</sup> B. Clavero, *El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano: Venezuela y Arwas Tingni*, en *Revista IIDH*, vol. 39, 2004, 257-292.

organismos, entre los que destaca, sobre todo, el poder determinante que pasarán a jugar en los años sucesivos tribunales y cortes internacionales. No hay que olvidar en este punto, que luego del proceso constitucional de post guerra, la mayoría de Estados Europeos adopta sistemas constitucionales que incorporan la justicia constitucional como un poder desconocido durante la codificación europea. La justicia Constitucional se vuelve también en un instrumento gravitante para la protección de las comunidades, hacia finales del siglo XX en América Latina, como veremos en seguida.

El proceso conocido en Latinoamérica como la *descolonización de los derechos humanos*<sup>24</sup> hizo posible que las Constituciones que por tantos años habían estado a merced de concepciones formales basadas en las ideas de constitucionalismo liberal, autonomía individual, propiedad, Estado-nación y legicentrismo, sufrieran también una metamorfosis. Este cambio hizo posible la entrada de una nueva forma de constitucionalismo cuyo pilar está erigido sobre una idea pluralista mediante la cual los derechos tienen como función primordial el control efectivo del poder. Para hacer esto posible, uno de los rasgos básicos que define esta forma de constitucionalismo social está dado por el papel que se les otorga a los jueces, quienes tienen la función de controlar, sobre todo, el poder de la legislación.

Es justamente en este periodo que se producen importantes modificaciones en las Constituciones latinoamericanas, como puede verse en el siguiente cuadro:

Estado / año	Reforma constitucional
<p style="text-align: center;"><b>ECUADOR</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Constitución 1929</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Vs.</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Constitución 1945</b></p>	<p>En la Constitución ecuatoriana de 1929 se hacían solo dos menciones a los pueblos originarios considerándolos como la “raza india”. Así, en el artículo 33 se hacía mención a que la tutela y defensa de la “raza india” debía estar a cargo de un Senador, mientras que en el 167 se hacía referencia a su protección en relación a su vida social, educación y económica.</p> <p>En contraste con ello, en la Constitución de 1945, se incluyen una serie de artículos en los que, en primer lugar, se reconoce al quechua y a las lenguas aborígenes como parte de la cultura nacional (art. 5) y su uso en las escuelas en zonas de poblaciones indias. Asimismo, a las organizaciones de indios se les es otorgado el derecho a la participación política (art. 23). Por otro lado, en relación al derecho de acceso a la justicia, se inserta la garantía de una defensa legal gratuita para aquellas comunidades indígenas que no tengan recursos económicos (art. 95). Se reafirma, además, el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación por cuestiones de raza (art. 141). Así también, se reconoce</p>

<sup>24</sup> R. Merina, V. Arell, *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Lima, 2018.

	<p>la protección de la propiedad comunal (art. 146). Finalmente, se concede una regulación especial en materia laboral para el trabajo realizado por indios (art. 148).</p> <p>En suma, en Ecuador las reformas constitucionales de 1945 tienen una fuerte incidencia en los derechos de las poblaciones indígenas referidos a: derechos lingüísticos, participación política, acceso a la justicia, propiedad y trabajo.</p>
<p><b>GUATEMALA</b></p> <p><b>Constitución 1838</b></p> <p><b>Vs.</b></p> <p><b>Constitución 1945</b></p>	<p>En la Constitución de 1838 solo se hacía una mención a las poblaciones indígenas en el artículo 3, en el que se mencionaba que los indígenas, por carecer de ilustración no podían defender sus propios derechos, por lo que las leyes debían protegerlos de manera especial.</p> <p>En contraste con ello, más de cien años después, se incorporan tres reformas en relación a los grupos indígenas: (i) la promoción del mejoramiento étnico (art. 80), lo que lleva al (ii) desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas (art. 83), y la declaración de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inexpropiación e indivisión de las tierras de las comunidades indígenas (art. 96).</p> <p>En resumen, el único derecho que explícitamente se les reconoce es el de la propiedad, mientras que su protección económica, social y cultural se hará a través de políticas públicas.</p>
<p><b>PANAMÁ</b></p> <p><b>Constitución 1941</b></p> <p><b>Vs.</b></p> <p><b>Constitución 1946</b></p>	<p>En la Constitución de 1941 se hacían solo dos menciones a las poblaciones indígenas. La primera estaba referida a la posibilidad de designar ministros de la religión católica a las tribus indígenas (art. 38), y la segunda hacía referencia a las huacas indígenas que pertenecían a la República, y que, por lo tanto, su explotación y exploración serían reguladas por ley.</p> <p>En contraste, en 1946, se incluyen modificaciones relacionadas a la protección especial de las colectividades campesinas e indígenas en lo referente a su integración económica, política e intelectual (art. 94). En relación a la protección económica, se indican una serie de medidas referidas a la entrega de tierras (a</p>

	<p>través inclusive de mecanismos de expropiación de propiedad privada), al reconocimiento de reservas indígenas, a la tecnificación, a reglas de mercado y comercio de sus productos agrícolas, a los medios de transporte, entre otros (art. 95). Asimismo, se plantean reformas a nivel de la educación nacional, a través de las cuales se quiere promover el respeto por tanto por la cultura nacional como por la cultura de los campesinos e indígenas, así como asegurar una mayor llegada de instituciones educativas al campo (art. 96).</p> <p>En suma, se plantean grandes reformas en relación a los derechos de propiedad y educación para las poblaciones indígenas y campesinas.</p>
<p><b>VENEZUELA</b> <b>Constitución 1924</b>  <b>Vs.</b>  <b>Constitución 1947</b></p>	<p>En este Estado, entre un poco más de dos décadas de diferencia, el reconocimiento de lo indígena en la Constitución pasa por un giro considerable. En 1924, la población de los indígenas estaba totalmente excluida de la vida política (art. 58: “El Distrito Federal y los Territorios Federales (...) elegirán también sus Diputados (...). No se computarán en la base de la población los indígenas no reducidos”). Asimismo, la única otra mención que se hacía era en relación a la misión de civilizarlos (art. 80).</p> <p>Sin embargo, en la Constitución de 1947 se introduce una transformación sumamente importante: el Estado declara la incorporación del indio a la vida nacional, lo cual deberá ser efectivizado a través de la aprobación de una legislación especial que tendrán que tener en cuenta “las características culturales y las condiciones económicas de la población indígena” (art. 47).</p>

Fuente: Elaboración a partir de la recopilación y edición de Bartolomé Clavero (<http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>)

### 5. Colofón: la Constitución que emerge

Hacia finales del siglo XX, el panorama en América Latina ponía de manifiesto una tendencia hacia el reconocimiento de las comunidades en los textos constitucionales con distintos matices. En su dimensión mejor lograda, estas reivindicaciones de las comunidades originarias, apuntan al reconocimiento del pluralismo jurídico en los textos constitucionales. Se trata del “horizonte pluralista” que, en términos de Yrigoyen emergió como «un nuevo modelo de

gestión de la multiculturalidad»<sup>25</sup>. Si bien, como señalé anteriormente, el DCI empieza a configurarse a partir de 1945, no es hasta 1990 cuando se enfrenta en serio a uno de sus desafíos más importantes: ser una voz genuina para los desventajados en un contexto en el que los derechos humanos empiezan a plantearse como un discurso alternativo poderoso.

A diferencia de los años anteriores en los que, a partir de mediados del siglo XX, se reconocía parcialmente a los pueblos indígenas y estos seguían siendo vistos a través de una posición subordinada<sup>26</sup>, en esta nueva etapa comienzan a ser considerados como auténticos sujetos políticos con derecho a autodeterminarse a sí mismos. La constitucionalización del pluralismo, plantea desafíos de gran calado. Se trata del reconocimiento de un modo de vida y de cultura, de una manera de razonar y por tanto, de una nueva manifestación del propio Derecho, desde el interior de la comunidad.

Como resultado de este proceso, se asume que ya no es suficiente la incorporación de los derechos indígenas en las Constituciones, sino que es momento para cambiar la propia forma en que son concebidas estas últimas. Si es que lo que se pretende es una real participación política de las poblaciones indígenas, es el momento en que los Estados deben transformarse a sí mismos, y reconocer que existe «una diversidad cultural, lingüística y legal»<sup>27</sup>, pero sobre todo, que existe una manera diferente de vivir la propia dimensión constitucional. Los Estados que logran procesos constituyentes en esta etapa, pueden exhibir la nueva dimensión del constitucionalismo pluralista que centrará su mirada, en forma simbólica en las naciones originarias:

1076

Ecuador (2008)	Bolivia (2009)
<p>Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.</p> <p>Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.</p> <p>Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los</p>	<p>Preámbulo</p> <p>El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.</p> <p>Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la</p>

<sup>25</sup> R. Yrigoyen, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, en *El otro derecho*, N° 30, 2004, 171-195, esp. 172.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid., 173.

individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.	consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.
---	--

Elaboración propia

La Constitución que emerge de este proceso, es sin duda una que no hemos terminado de ver aún. Pero sus fuentes están ya casi establecidas a gran escala en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos. Como señalé antes estas fuentes, no se reducen a las reformas constitucionales ni tampoco a los diversos instrumentos internacionales que se empezaron a emitir a partir de 1945 (como Convenio 107 de la OIT en 1957, el Pacto Internacional de DESC en 1966, el Convenio 169 de la OIT en 1989, la Declaración de Atitlan en el 2002, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el 2007). Una de sus fuentes jurídicas más importantes, sino la fundamental, se construye a partir de la jurisprudencia de tribunales tanto nacionales como internacionales a través de la protección de los derechos.

Con estas fuentes y las estrategias propias del Estado Constitucional, las comunidades han encontrado en los procesos judiciales no solo un espacio de protección efectiva de sus derechos, sino también vías permeables para participar en la democracia. Desde la aprobación del litigio, las comunidades participan activamente en la elección del abogado, en la aprobación de las estrategias y en la vigilancia ciudadana a las estrategias judiciales. Los procesos judiciales ponen a prueba muchas veces la articulación de estrategias legales y estrategias propias de la participación política. Asimismo, la actuación de las organizaciones no gubernamentales es, en muchos casos, una forma de acompañamiento estratégico de participación. En tal sentido, es posible sostener que lo que las poblaciones indígenas no han encontrado en las vías de participación política, muchas veces aparece en las decisiones judiciales.

No obstante, junto con este horizonte optimista también se han presentado algunas frustraciones judiciales, debido a que, en muchos casos, los sistemas judiciales nacionales no han estado en condiciones de atender eficientemente los reclamos<sup>28</sup>. Sin embargo, frente a ello, es posible encontrar un discurso esperanzador en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas líneas jurisprudenciales, a partir del año 2000, se han construido a través de discursos potentes que engloban cinco ejes principalmente: (i) identidad cultural, (ii) propiedad comunal, (iii) consulta, (iv) participación política, y, (v) organización política, social, económica, cultural y religiosa.

---

<sup>28</sup> Aquí, la jurisprudencia peruana resulta siendo un buen ejemplo. El Tribunal Constitucional, en el caso del derecho a la consulta previa, ha intentado cerrar el discurso del diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableciendo que este tiene un contenido que excluye el consentimiento (La Rosa, 2012). Por otro lado, en el caso del proyecto minero *Conga* en la ciudad de Cajamarca, este sigue esperando una decisión de los tribunales (<https://larepublica.pe/sociedad/1243735-tecnicos-confirman-tribunal-constitucional-inviabilidad-proyecto-conga>). Asimismo, en el caso de la protesta social que se realizó en contra del proyecto minero en Espinar, Cusco, las líderes han terminado denunciadas y procesadas por defender su territorio (<http://www.muqui.org/comunicaciones/noticias/item/491-fiscalia-reitera-pedido-de-20-anos-de-prision-para-lideres-y-dirigentes-sociales-de-espinar>).

«La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo», sostuvo la Corte IDH en el año 2005<sup>29</sup>. La tierra, sostuvo en otro caso, no es un bien fungible sino que «significa una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka». En otro caso en el año 2010, la Corte tuvo ocasión de referirse a los derechos culturales y de identidad de los niños de una comunidad. Invocando el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño, puso contenido al artículo 19 de la Convención de San José para sostener que los niños indígenas tienen derecho a «vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma»<sup>30</sup>.

Con relación a la garantía de sus propias formas de organización y participación, la Corte ha subrayado en más de una ocasión, la necesidad de que las comunidades puedan participar, «a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural»<sup>31</sup>. Mas recientemente, la Corte ha avanzado exigiendo la creación de un fondo comunitario para compensar los daños materiales e inmateriales que se había causado a una Comunidad al violar sus derechos a su identidad y cultura<sup>32</sup>.

La forma cómo se ha ido gestando la Constitución de las comunidades indígenas a lo largo de dos siglos desde el inicio de la República, muestra un proceso que va de la desolación y olvido absoluto de sus derechos más básicos, hacia una esperanzadora presencia, no solo formal en los textos constitucionales, sino real en los foros del Derecho Constitucional y convencional contemporáneo. Desde luego, su andamiaje conceptual y teórico es aun precario y, en muchos casos, se trata de ubicar su presencia entre líneas de argumentaciones de los tribunales nacionales e internacionales. Algo es claro sin embargo, el empoderamiento de las comunidades y su activa presencia en la vida política y cultural de las naciones, hace presagiar que asistimos a un proceso sin retorno de reconocimiento y defensa activa de sus derechos por ellos mismos, algo que era impensable en los primeros días de nuestras frágiles repúblicas.

---

<sup>29</sup> Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005).

<sup>30</sup> Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay* (2010).

<sup>31</sup> Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (2012).

<sup>32</sup> Cfr. *Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam* (2015).

## ***Pluralismo jurídico igualitario: il mandato costituzionale “inascoltato” nel modello boliviano di cooperazione inter- giurisdizionale***

*di Enrico Buono*

**Abstract: Pluralismo Jurídico Igualitario: the “Unheard” Constitutional Command in the Bolivian Model of Interjurisdictional Cooperation** – The aim of this article is to reconstruct legal pluralism as a possible legal lingua franca for the Global South, by analysing a case study in its constitutional implementation. In recent years the attention of comparative legal scholarship has been increasingly drawn to the Latin American region, as a living laboratory for the development and enactment of legal pluralism. Even though on paper the recent Constitution of Bolivia is arguably the most progressive multicultural constitution ever written – expressly recognizing plurinationality, collective rights, legal personality of Mother Earth and varying degrees of administrative autonomy for indigenous communities – the euphoric discourse that some observers have adopted must be tempered by analyzing the contradictions that have afflicted the implementation of this text on a political level, through the adoption of a most restrictive Law of Jurisdictional Demarcation. Most of these contradictory elements have affected the mechanisms of egalitarian legal pluralism, undermining the plurinational articulation of the State engineered at a discursive level in the constitutional text and substantially betraying this “unheard” constitutional command. These paradoxes deserve to be explored with more detachment to fully understand how legal pluralism can effectively be enforced inside a constitutional framework within the Global South.

1079

---

**Keywords:** Global South; Comparative constitutional law; Legal pluralism; Plurinationality; Andean *nuevo constitucionalismo*.

### ***1. Bridging the gap nel Global South: la lingua franca del pluralismo giuridico***

«Il pluralismo giuridico è il *fatto*. Il centralismo giuridico è un mito, un ideale, un'affermazione, un'illusione»<sup>1</sup>: come s'intende in questa sede dimostrare, il pluralismo giuridico può costituire una concreta *lingua franca* per il *Global South*, aprendo alla comparazione tra tradizioni giuridiche *beyond West*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18 (1986), 1-55, 4.

<sup>2</sup> Si veda, in questa *Rivista*, D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2015, 1-36.

Le *Southern voices*<sup>3</sup> provenienti dall'«arcipelago degli Stati postcoloniali»<sup>4</sup> non possono, infatti, rimanere “inascoltate”: non tanto e non soltanto per non «ripetere gli errori dell'eurocentrismo e della “universalizzazione” da un punto di vista eurocentrico “superiore”»<sup>5</sup>, quanto, piuttosto, perché le tradizioni giuridiche non-occidentali «appaiono intrinsecamente più adatte dei sistemi giuridici e dei giuristi occidentali ad affrontare le sfide intellettuali e pratiche del diritto comparato e del pluralismo giuridico», mostrandosi maggiormente «consapevoli del carattere misto di tutti i diritti»<sup>6</sup> e postulando «una dottrina giuridica rivolta alla comprensione della dimensione globale del diritto»<sup>7</sup>.

Il *Global South* costituisce, in tal senso, un laboratorio vivente d'implementazione di politiche progressiste, «rimedi di carattere strutturale» che attengono alla «fisiologia generale dello Stato contemporaneo»<sup>8</sup>: basti per tutti l'esempio delle Costituzioni del *nuevo constitucionalismo andino*<sup>9</sup> – la *Constitución de la República del Ecuador* del 2008 e la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* del 2009, oggetto della presente indagine – tra le carte costituzionali più avanzate nel riconoscimento della plurinazionalità, dei diritti dei popoli indigeni, del *pluralismo jurídico igualitario* e della personalità giuridica della natura<sup>10</sup>.

I tempi sono maturi affinché i comparatisti superino la loro tradizionale «arroganza epistemica»<sup>11</sup>, volgendo lo sguardo «al di là dell'Occidente»<sup>12</sup>, nella «necessità di temperare e superare il parrocchialismo del pensiero costituzionale occidentale»<sup>13</sup> e di «pluralizzare la comprensione del costituzionalismo»<sup>14</sup>. Occorre preliminarmente delimitare – con definizioni necessariamente stipulative – i “confini” del *Global South* e delle concorrenti concezioni del pluralismo giuridico.

L'adozione di un termine unificante che ricomprenda le esperienze costituzionali dell'Africa, del Sud-est asiatico e dell'America latina presta il fianco

<sup>3</sup> Si veda la fondamentale collettanea curata da W. Twining (ed.), *Human Rights, Southern Voices*. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi, Cambridge, 2009.

<sup>4</sup> D. Amirante, *Lo Stato multicultural*, Bologna, 2015, 128.

<sup>5</sup> S. Tötösy de Zepetnek, *Comparative Literature and Comparative Cultural Studies*, West Lafayette, 2003, 259.

<sup>6</sup> W. Menski, *Beyond Europe*, in E. Örüçü, D. Nelken, *Comparative Law: A Handbook*, Oxford-Portland, 2007, 193.

<sup>7</sup> W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006, 17.

<sup>8</sup> *Ibi*, 124-125.

<sup>9</sup> *Ex plurimis*, si vedano gli interessanti contributi raccolti da S. Baldin, M. Zago (eds.), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014 e da S. Bagni, *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir*, Bologna, 2013.

<sup>10</sup> Si richiama espressamente all'analogamente intitolato approfondimento monografico, in questa rivista a questo stesso numero, nonché all'ottimo contributo *ibi* presente di S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*.

<sup>11</sup> D. Bonilla Maldonado, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, 2014, 21.

<sup>12</sup> D. Amirante, *Al di là dell'Occidente*, cit.

<sup>13</sup> P. Dann, *The Global South in Comparative Constitutional Law*, in *Völkerrechtsblog* [blog della rivista *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*], 14 luglio 2017, [voelkerrechtsblog.org/the-global-south-in-comparative-constitutional-law/](http://voelkerrechtsblog.org/the-global-south-in-comparative-constitutional-law/) (consultato il 7 maggio 2018), 5.

<sup>14</sup> *Ibi*, 4.

a critiche, ma come «designazione simbolica con implicazioni politiche»<sup>15</sup>, il *Global South* è una «categoria politetica» che non assume significato «in virtù del suo contenuto, ma del suo contesto»<sup>16</sup>, trascendendo la retorica postcoloniale<sup>17</sup> per tracciare nuove cartografie controegemoniche. Ribellandosi alla logica schmittiana del *global linear thinking*<sup>18</sup> e alla *flat earth* del costituzionalismo globale<sup>19</sup>, il *Global South* è «everywhere, but always somewhere»<sup>20</sup>, disegnando – ovunque si lotti per la libertà decoloniale – «geografie umane a dispetto di geografie profondamente disumane di spossessamento»<sup>21</sup>.

Nell'ordine mondiale postglobale, il *Global South* è ad un tempo metafora di «re-esistenza»<sup>22</sup> alla modernizzazione ed una «vasta comunità immaginata»<sup>23</sup> che unisce tutte le esperienze decoloniali: un *network* globale controegemonico composto da una molteplicità di comunità – «anch'esse immaginate»<sup>24</sup> – impegnate in un viaggio di riscoperta delle loro *cosmovisioni*<sup>25</sup> ancestrali.

V'è un potenziale «trasgressivo»<sup>26</sup>, «scompigliante»<sup>27</sup>, «profondamente sovversivo»<sup>28</sup> in questa epistemologia del Sud (globale)<sup>29</sup>, che – nell'aspirazione condivisa ad un «universalismo di altro tipo»<sup>30</sup> – sfida apertamente il paradigma neoliberale dominante: un potenziale sovversivo che ricorda, sotto vari aspetti, l'episteme del diritto comparato<sup>31</sup>. L'idea di *Global South* – come acutamente

<sup>15</sup> S. N. Grovogui, *A Revolution Nonetheless: The Global South in International Relations*, in *The Global South*, 5 (2011), 175-190, 176.

<sup>16</sup> J. Comaroff, J. Comaroff, *Theory from the South: A Rejoinder, Fieldsights - Cultural Anthropology Online [rivista on-line]*, 25 febbraio 2012, [culanth.org/fieldsights/273-theory-from-the-south-a-rejoinder](http://culanth.org/fieldsights/273-theory-from-the-south-a-rejoinder) (consultato il 12 maggio 2018), 5.

<sup>17</sup> *Ibi*, 4-5: «The closest thing to a common denominator among them is that many once were colonies, though not all in the same epochs. “Postcolonial”, therefore, is something of a synonym, but only an inexact one».

<sup>18</sup> C. Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, New York, 2003, 87.

<sup>19</sup> Cfr. V. Kumar, *Towards a Constitutionalism of the Wretched*, in *Völkerrechtsblog* [blog della rivista *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*], 27 luglio 2017, [voelkerrechtsblog.org/towards-a-constitutionalism-of-the-wretched/](http://voelkerrechtsblog.org/towards-a-constitutionalism-of-the-wretched/) (consultato il 7 maggio 2018), 5-6.

<sup>20</sup> M. Sparke, *Everywhere but Always Somewhere: Critical Geographies of the Global South*, in *The Global South*, 1/2007, 117-126.

<sup>21</sup> *Ibi*, 124.

<sup>22</sup> C. Levander, W. Mignolo, *Introduction: The Global South and World Dis/ Order*, in *The Global South*, 5 (2011), 1-11, 10.

<sup>23</sup> Si veda B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, 2016.

<sup>24</sup> L. Cazzato, *Global South 'in Theory' and Southern Epistemology*, in *Le Simplegadi*, 12 (2014), 41-52, 44.

<sup>25</sup> Sul concetto di *cosmovisione* si veda S. Bagni, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, cit.

<sup>26</sup> V. Kumar, *Towards a Constitutionalism of the Wretched*, cit., 5.

<sup>27</sup> C. Levander, W. Mignolo, *Introduction: The Global South and World Dis/ Order*, cit., 1.

<sup>28</sup> F. Hoffmann, *Knowledge Production in Comparative Constitutional Law: Alterity – Contingency – Hybridity*, in *Völkerrechtsblog* [blog della rivista *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*], 31 luglio 2017, [voelkerrechtsblog.org/knowledge-production-in-comparative-constitutional-law/](http://voelkerrechtsblog.org/knowledge-production-in-comparative-constitutional-law/) (consultato il 7 maggio 2018), 2.

<sup>29</sup> B. de Sousa Santos, *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*, London, 2016.

<sup>30</sup> S.N. Grovogui, *A Revolution Nonetheless: The Global South in International Relations*, cit., 188.

<sup>31</sup> Si veda H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 3 (2000), 503-527, 503; cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*,

rilevato da Hoffmann<sup>32</sup> – è «stata impiegata come testa d'ariete per scardinare i concetti fondamentali e fondanti del diritto comparato [...], la sua confortevole appartenenza alla modernità occidentale», spingendo la dottrina costituzional-comparatistica più critica ancora oltre al di là dell'Occidente. La nozione euristica di *Global South* può invertire effettivamente i paradigmi dottrinari eurocentrici – come le escludenti *Autres conceptions de l'ordre social et du droit* di David<sup>33</sup> – riaffermando che la «modernità giuridica vive pienamente soltanto nel *Global South*», dove il Nord e il Sud si congiungono in quell'«ibrido, complesso e contingente *mesclage*»<sup>34</sup> tradizionalmente associato alla (post)modernità.

Nel tentativo di trascendere le logiche periferiche del provincialismo costituzionale, l'idea – qui appena tratteggiata – di *Global South* può concretamente «prendere sul serio l'alterità», come luogo di confronto inter-identitario<sup>35</sup> e non come mero oggetto di analisi. Lungi da derive vittimistiche, apre al confronto con le «periferie» di una modernizzazione costituzionale – il più delle volte forzata e distorta – rivendicando la necessità di un *pensiero* (costituzionale) *meridiano*<sup>36</sup> da opporre alla funzionalizzazione globale: «contro l'universalismo dei Nord, i Sud possono opporre la pluralità dei pensieri», offrendo complessità «in luogo della sua riduzione»<sup>37</sup>.

Il pluralismo giuridico è generalmente visto come «la coesistenza di un sistema giuridico dello Stato con differenti sistemi giuridici che stanno nella sua giurisdizione»<sup>38</sup>. L'organica ricostruzione delle implicazioni – operative e teoriche – delle diverse concettualizzazioni del modello pluralistico esula dall'intento del presente lavoro, ma può senz'altro condividersi la critica di Chiba alla «maggior parte dei sostenitori del pluralismo giuridico», nell'aver ridotto la pluralità delle forme ad una «duplice struttura» non pienamente «sfuggita al tradizionale monismo del diritto statale e all'universalismo del diritto occidentale»<sup>39</sup>. Più recentemente s'è sostenuto che il pluralismo giuridico costituisce «il concetto

Torino, 2017, 15, nota 39: «il diritto comparato “constitue une menace por toute la science juridique” e adempie a una “fonction subversive”».

<sup>32</sup> F. Hoffmann, *Knowledge Production in Comparative Constitutional Law: Alterity – Contingency – Hybridity*, cit., 2.

<sup>33</sup> R. David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Paris, 2016.

<sup>34</sup> F. Hoffmann, *Knowledge Production in Comparative Constitutional Law: Alterity – Contingency – Hybridity*, cit., 5.

<sup>35</sup> B. de Sousa Santos, *Entre Próspero e Caliban. Colonialismo, Pós-colonialismo e interidentidade*, in *Novos Estudos CEBRAP*, 66 (2003), 24-29.

<sup>36</sup> F. Cassano, *Il pensiero meridiano*, Roma-Bari, 1996.

<sup>37</sup> M. Longo, *Il Sud e l'etnocentrismo della teoria sociale. Alcune considerazioni*, in *Sociologia Italiana*, 9 (2017), 12-25, 22.

<sup>38</sup> M.B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975.

<sup>39</sup> M. Chiba, *Una definizione operativa di cultura giuridica nella prospettiva occidentale e non occidentale*, in A. Facchi, M. P. Mittica, *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, Milano, 2000.

chiave della concezione post-moderna del diritto»<sup>40</sup>, rappresentando le società moderne come «costellazioni giuridiche»<sup>41</sup>.

Non a caso, la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* traduce in espresse statuizioni costituzionali la teoria dell'interlegalità di Santos che – nel superare la criticata staticità della duplice struttura del pluralismo classico – considera l'interrelazione dinamica tra tutte le norme che orientano i comportamenti che hanno fonte molteplice ed eterogenea, di origine religiosa, tradizionale, consuetudinaria, statale, cui si sommano quelle di origine soprastatale e transnazionale.

Una sommaria ricognizione del modello di Menski – in perenne evoluzione – può illustrare graficamente queste interazioni tra diritti naturali (secolari o religiosi), consuetudini socio-culturali, diritto statale e diritto internazionale (incluso i diritti umani), coesistenti all'interno di logiche plurali creativamente «fuzzy»<sup>42</sup>.

In questa prima rappresentazione (Figura 1) – basata sui lavori di Chiba<sup>43</sup> – il pluralismo giuridico è illustrato nelle diverse combinazioni tra influenze sociali (numero 1), statali (numero 2) e religiose/etiche/morali (numero 3): «le combinazioni numeriche riflettono i differenti gradi di equilibrio tra elementi differenti [...] Il numero 23, ad esempio, rappresenta il diritto influenzato principalmente dallo Stato, ma anche da valori religiosi/etici/morali, [...] mentre il 21 denota il diritto di produzione statale influenzato dalle norme sociali»<sup>44</sup>.

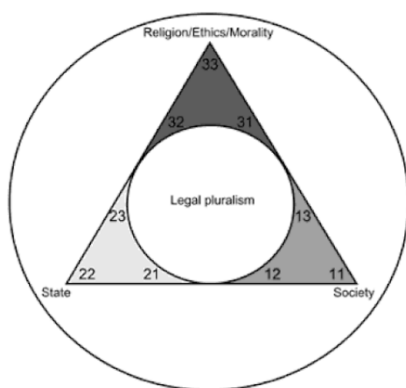


Figura 1: Triangolo di Menski (2006)

Il triangolo di Menski, con la recente aggiunta di un quarto angolo – l'influenza dell'ordinamento internazionale e dei diritti umani – s'è evoluto in un aquilone (Figura 2). Ogni angolo è di per sé plurale, indicando una «*plurality of pluralities*» (*Pop*): «in realtà, ognuno dei quattro angoli [...] rappresenta una varietà di forme ibride di questo particolare tipo di diritto. Chiaramente, non esiste alcun diritto naturale uniforme, né un'unica consuetudine o un solo tipo di diritto statale, né tantomeno il diritto

<sup>40</sup> Cfr. C. Faralli, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in A. Facchi, M. P. Mittica, *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, Milano, 2000.

<sup>41</sup> *Ibi*, nota 12.

<sup>42</sup> Cfr. S. Baldin, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 10 (2012), 1-20.

<sup>43</sup> M. Chiba, *Asian Indigenous Law. In Interaction with Received Law*, London, 2013.

<sup>44</sup> L. Tas, *Legal Pluralism in Action: Dispute Resolution and the Kurdish Peace Committee*, London, 2016, 16-17.

internazionale può ridursi ad un'unica entità identificabile. Tutt'e quattro sono di per sé entità profondamente plurali, con le loro tensioni e i loro conflitti interni»<sup>45</sup>.

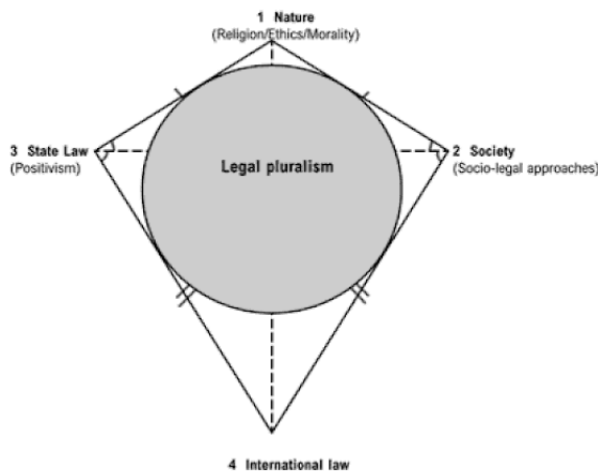


Figura 2: Aquilone di Menski (2011)

Combinando il triangolo e l'aquilone di Menski, può meglio delinarsi la proposta di una *chakana*<sup>46</sup> (Figura 3) per descrivere l'originale architettura costituzionale tracciata dall'articolo 1 della *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* del 2009 e la sua peculiare pluralità di pluralismi. Il pluralismo giuridico non ne rappresenta che un aspetto: il pluralismo culturale,

economico e politico sono, infatti, tutti sacramentati nel primo articolo della nuova costituzione boliviana, con rilevanti conseguenze giuridiche.

Analogamente al triangolo di Menski, differenti “gradazioni” sono collocate sui “gradini” della croce quadrata (in minuscolo): esemplificano soltanto alcune delle possibili interazioni tra i diversi livelli di pluralismo. La trattazione può procedere lungo i punti cardinali della *chakana*, dedicando il prossimo paragrafo al congruo approfondimento del *pluralismo jurídico igualitario*.

1084

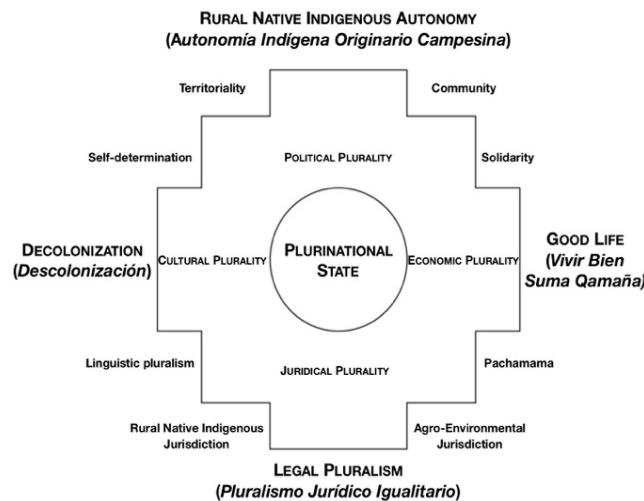


Figura 3: Chakana plurinazionale

<sup>45</sup> W. Menski, *Flying kites in a global sky: New models of jurisprudence*, in *Socio-legal Review*, 7 (2011), 1-22, 14.

<sup>46</sup> Letteralmente «croce quadrata», simbolo della cosmovisione andina: tutt'altro che casualmente, la parola *chakana* deriva dal Quechua *chakay*, ovvero “ponte”.

## 2. *Pluralismo jurídico igualitario: el modelo boliviano de cooperación intergiurisdizionale*

### 2.1. *Aspectos defintorios e premisas teóricas*

El pluralismo jurídico es un principio constitucional sancionado por la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* del 2009 (*CPE*) que – al ya citado artículo 1 – define a Bolivia como un «Estado [...] Plurinacional [...] intercultural» que «se funda en la pluralidad y en el pluralismo [...] jurídico».

La doctrina e, sobre todo, la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)* invocan la distinción teórica – operada por Hoekema<sup>47</sup> – entre dos formas de pluralismo jurídico: el pluralismo jurídico social y el pluralismo jurídico formal, a su vez concebible como “unitario” o “igualitario”. El pluralismo jurídico formal de tipo “unitario” prevé la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos reconocidos por el Estado, pero la determinación de la legitimidad y de los ámbitos aplicativos de los ordenamientos concurrentes es reservada al (solo) derecho de producción estatal, generando un pluralismo jurídico “débil”. El pluralismo jurídico formal de tipo “igualitario” se propone, al contrario, de no reservar al Estado la (hetero)determinación de los sistemas jurídicos reconocidos: son los mismos pueblos indígenas que – en el ejercicio del derecho a la autodeterminación<sup>48</sup> – estabilizan las normas, procedimientos e instituciones que les son aplicables, sin interferencias estatales, en un marco constitucional que promueve la complementariedad de funciones y la igualdad gerárquica entre jurisdicciones a paridad de condiciones.

El modelo delineado por la *CPE*, puramente sancionando el principio del *pluralismo jurídico igualitario*, reserva a la ley ordinaria la individuación de las competencias territoriales, materiales y personales de la jurisdicción indígena, introduciendo de hecho elementos asimilables al tipo “unitario”: desde la *contradictio in adiecto* de un “pluralismo igualitario unitario” surgen perfiles de criticidad compartidos – como ya se ha demostrado – tanto desde la comunidad internacional como desde las principales organizaciones indígenas.

<sup>47</sup> *Ex multis*, A. Hoekema, *Legal Pluralism: Conflicting Legal Commitments Without a Neutral Arbiter*, in *Jura Gentium*, XI 2014, 61-103. Cfr. *DCP* 0009/2013 e 0013/2013 con estensore Tata Gualberto Cusi.

<sup>48</sup> Si véase *SCP* 37/2013: «En el marco de todo lo precedentemente señalado, bajo la libre determinación de los pueblos indígenas originario campesinos surge el derecho al ejercicio de la jurisdicción indígena, como ejercicio del derecho propio preexistente a la configuración estatal y el deber de respeto y garantía a su ejercicio por parte de los órganos e instituciones estatales. Derecho que tiene un doble dimensionamiento: colectivo e individual. En su dimensión de derecho colectivo importa la facultad de los pueblos indígenas originario campesinos para aplicar sus propias normas a través de sus autoridades y procedimientos propios en la solución de sus conflictos y regulación de su vida social, conforme a sus principios y valores culturales. En su dimensión individual significa el derecho de los y las indígenas a acceder a los sistemas e instituciones establecidos en su pueblo indígena originario campesino y en igualdad de condiciones y oportunidades acceder a sus autoridades para la resolución de sus conflictos».

## 2.2. Quadro normativo internazionale ed interno

La costruzione ed attuazione della giustizia plurale – la «*verdadera descolonización de la justicia*» cui allude la giurisprudenza del *TCP*<sup>49</sup> – è una delle principali innovazioni apportate dalla *CPE* e postula il recupero, la rivalutazione e l'incorporazione di principi, valori e pratiche della giustizia indigena.

Il diritto delle comunità indigene all'esercizio dei loro sistemi di giustizia è stato sviluppato dal sistema interamericano (e internazionale) di promozione e protezione dei diritti umani. L'articolo 27 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* riconosce la diversità culturale come un diritto umano fondamentale. Gli articoli 8-12 della *Convenzione n. 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) sui diritti dei popoli indigeni e tribali* garantiscono la diversità culturale nell'amministrazione della giustizia, sancendo il diritto per i popoli indigeni di «conservare le proprie consuetudini ed istituzioni, in quanto esse non siano incompatibili con i diritti fondamentali definiti dal sistema giuridico nazionale e con i diritti dell'uomo riconosciuti a livello internazionale» (articolo 8). La *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene* stabilisce garanzie rafforzate per il rispetto della diversità culturale (articolo 13) e del pluralismo giuridico (articolo 35). Le *regole di Brasilia sull'accesso alla giustizia per le persone in condizioni di vulnerabilità* – adottate al XIV vertice giudiziario Ibero-americano – impongono agli Stati il dovere di stabilire misure positive per neutralizzare le barriere di accesso alla giustizia che i popoli indigeni incontrano (regola 9); la possibilità di esercitare il proprio diritto e l'amministrazione della propria giustizia in armonia con la giustizia dello Stato (regola 48); il ricorso a perizie culturali per l'interpretazione dei loro diritti, all'assistenza degli interpreti e la possibilità di rivolgersi ai tribunali nella loro lingua (regola 49); l'osservanza delle loro pratiche culturali nel quadro del rispetto della loro cosmovisione (regola 79).

La nuova Costituzione boliviana amplia i diritti dei popoli indigeni sacramentati negli strumenti internazionali citati, contemplando espressamente i principi della plurinazionalità, della libera determinazione delle popolazioni indigene e dell'interculturalità (articoli 1, 30 e 98), in base ai quali: riconosce il pluralismo giuridico egualitario (articolo 179) e tutela i sistemi giuridici delle nazioni indigene come parte delle loro istituzioni ancestrali (articoli 1, 2, 30.II, 190); indica le linee guida per la definizione della competenza personale e territoriale della giurisdizione indigena (definita *jurisdicción indígena originario campesina* o *JIOC*, articolo 191), stabilendo i limiti costituzionali di quest'ultima nel rispetto del «diritto alla vita, il diritto alla difesa e altri diritti e garanzie stabiliti nella Costituzione» (articolo 190.II); modifica la formazione del *TCP*, promuovendo l'elezione<sup>50</sup> di magistrati in rappresentanza del sistema indigeno originario contadino (articoli 197-199), attribuendo alla competenza del *TCP* stesso le violazioni dei diritti perpetrate nell'esercizio della giurisdizione indigena

<sup>49</sup> Si vedano nuovamente le *DCP* 0009/2013 e 0013/2013.

<sup>50</sup> A mente dell'articolo 197.I il *TCP* è elettivo: «Il Tribunale Costituzionale Plurinazionale è formato da magistrati eletti con criteri di plurinazionalità, con rappresentanza del sistema ordinario e di quello indigeno originario contadino».

(articoli 196 e 202); sancisce, infine, il dovere dello Stato di rafforzare l'esercizio della *JIOC*, riservando l'indicazione dei meccanismi di coordinamento e cooperazione tra la giurisdizione indigena, quella agroambientale e quella ordinaria ad una Legge di Determinazione Giurisdizionale (articolo 192).

La funzione giudiziaria unica (articolo 179.I) e il pluralismo giuridico equalitario (articolo 179.II) rappresentano alcune delle questioni più dibattute in sede d'Assemblea costituente (2006-2007). Il dibattito ha riguardato soprattutto l'effettiva portata della giurisdizione indigena: le controversie (competenza materiale), i soggetti (competenza personale) e i territori (competenza territoriale) ad essa concretamente sottoposti, nonché i meccanismi di coordinamento e cooperazione tra le diverse giurisdizioni riconosciute.

La formulazione finale dell'articolo 179 *CPE* riflette queste contrapposizioni, rinviando la demarcazione dei confini competenziali intergiurisdizionali ad una legge ordinaria: la *Ley N.º 73 de Deslinde Jurisdiccional* – promulgata nel 2010 ed entrata in vigore nel 2011 – ben lungi dall'aver dato risposta ai problemi e alle sfide poste dalla pariordinazione di giurisdizioni nello Stato plurinazionale, ha tradito sostanzialmente il mandato costituente, comprimendo la portata operativa del principio del *pluralismo jurídico igualitario*.

Il progetto originario (*anteproyecto*) della *Ley de Deslinde* fu elaborato dal *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesina (VMJIOC)*, in cooperazione con le cinque principali organizzazioni indigene boliviane, riunite in un *Comité Impulsor de la Justicia Indígena Originario Campesina*: tra maggio e ottobre 2010, il *VMJIOC* ha dato impulso ad un processo di consultazione senza precedenti sul contenuto del disegno di legge.

L'accordo, raggiunto il 6 ottobre 2010, portò alla presentazione del disegno di legge all'Assemblea Legislativa Plurinazionale: tuttavia, le modifiche apportate in sede di discussione parlamentare non furono sottoposte nuovamente al processo di consultazione con le organizzazioni indigene. Il testo finale della *Ley de Deslinde* non corrisponde, per questo motivo, agli accordi stipulati tra il *VMJIOC* e le principali organizzazioni indigene del paese, ed in particolare le competenze della *JIOC* hanno subito notevoli stravolgimenti.

L'articolo 10 della *Ley de Deslinde* ha, infatti, drasticamente ridotto la competenza materiale della giurisdizione indigena, che non si estende ai seguenti argomenti: in materia penale, reati contro il diritto internazionale, reati per crimini contro l'umanità, crimini contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato, reati di terrorismo, reati fiscali e doganali, reati di corruzione o qualsiasi altro crimine la cui vittima sia lo Stato, la tratta e il traffico di persone, il traffico di armi e il traffico di droga. Crimini commessi contro l'integrità fisica di bambini e adolescenti, i crimini di stupro o omicidio; in materia civile, qualsiasi processo in cui lo Stato sia una parte o un terzo interessato, attraverso la sua amministrazione centrale, decentralizzata, autonoma e quelli relativi al diritto di proprietà; ogni controversia di diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritto tributario, diritto amministrativo, diritto minerario, diritto degli idrocarburi, diritto forestale, diritto informatico, diritto internazionale pubblico e privato e diritto agrario, ad eccezione della distribuzione interna di terreni in comunità che godono di

proprietà collettiva sugli stessi; una norma di chiusura, infine, esclude dall'ambito di vigenza materiale della *JIOC* le materie riservate dalla *CPE* e dalla legge alle giurisdizioni ordinaria, agroambientale e alle altre legalmente riconosciute. L'eshaustività dell'elencazione non lascia adito a dubbi sull'incostituzionalità della *Ley de Deslinde*. Altro profilo di rilevante criticità emerge dai meccanismi di coordinamento e cooperazione intergiurisdizionale individuati dagli articoli 13 e 14 del provvedimento in esame. La natura generica ed enunciativa di queste disposizioni non consente, date le diverse matrici culturali delle giurisdizioni indigene, agro-ambientali e speciali, la risoluzione delle difficoltà operative che il regime pluralistico egualitario comporta.

L'articolo 13 sancisce che il coordinamento tra tutte le giurisdizioni potrà essere eseguito in forma orale o scritta, nel rispetto delle loro particolarità; l'articolo 14 elenca alcuni possibili meccanismi di coordinamento: «sistemi di accesso trasparenti alle informazioni sui fatti e sui precedenti delle persone; spazi per il dialogo sull'applicazione dei diritti umani; spazi per lo scambio di esperienze sui metodi di risoluzione dei conflitti; altri meccanismi di coordinamento che potrebbero emergere in applicazione di questa legge».

L'articolo 15 stabilisce il dovere di cooperazione reciproca tra giurisdizioni, mentre l'articolo 16 stabilisce le condizioni in cui devono essere sviluppati i meccanismi di cooperazione, determinando: il dovere delle autorità verso le richieste delle autorità indigene e il dovere delle autorità indigene di fornire cooperazione alla giurisdizione ordinaria e agroambientale. Ancora una volta, si tratta di contenuti generici privi di corollari operativi.

L'articolo 17 sanziona l'obbligo di coordinamento e cooperazione, sancendo la sua omissione come grave infrazione disciplinare nella giurisdizione ordinaria, agroambientale e speciale.

Poiché non sono stati sviluppati strumenti operativi in grado di garantire l'effettiva applicazione dei meccanismi proposti nella norma, si è suggerito, sull'esempio di altre esperienze dell'area iberoamericana<sup>51</sup>, l'incorporazione di protocolli di coordinamento intergiurisdizionale.

Le autorità statali, nonostante i numerosi inviti della comunità internazionale e delle organizzazioni indigene, non hanno promosso né presentato un ricorso di incostituzionalità contro la *Ley de Deslinde*: né l'Assemblea Legislativa Plurinazionale né l'esecutivo hanno preso alcuna iniziativa per il suo adeguamento costituzionale.

In circa dieci anni di vigenza della *CPE*, il pluralismo giuridico egualitario ed il coordinamento intergiurisdizionale promessi dal costituente non hanno trovato effettiva implementazione.

### 2.3. Criticità, difficoltà implementative e rassegna giurisprudenziale

Autori boliviani come Molina sottolineano criticamente come la *Ley de Deslinde* non stabilisca «meccanismi appropriati per la cooperazione e il coordinamento tra le due giurisdizioni nel quadro del pluralismo giuridico egualitario sancito a livello

---

<sup>51</sup> Si rinvia al successivo 2.4. per la disamina del protocollo di cooperazione intergiurisdizionale implementato in Perù.

costituzionale»<sup>52</sup>, proponendo l'istituzione di tribunali misti composti da giudici ordinari e autorità indigene per istituzionalizzare il dialogo interculturale tra operatori provenienti da diverse matrici e garantire l'accesso alla giustizia.

Prosegue affermando la fondamentale importanza della sistematizzazione della giurisprudenza ordinaria, agroambientale ed indigena nel processo di coordinamento e cooperazione intergiurisdizionale. L'implementazione di un regime effettivamente interlegale richiede che tutti gli operatori, ai vari livelli delle diverse giurisdizioni, acquistino familiarità con i sistemi di giustizia indigeni, implementando meccanismi di coordinamento e cooperazione che possano concretamente condurre alla mutua fecondazione delle pronunce delle diverse giurisdizioni.

In dottrina italiana, Baldin ha acutamente criticato la matrice coloniale del provvedimento in esame: «mentre la costituzione fissa un minimo giuridico da interpretarsi interculturalmente, nella *Ley* si predilige un linguaggio spiccatamente coloniale. Il legislatore non è incline a un dialogo trasformativo di messa a confronto dei diversi punti di vista per ricercare formule più sensibili e rispettose della cultura tradizionale, qui presentata come veicolo di possibili atti discriminatori e di brutalità»<sup>53</sup>.

La comunità internazionale ha denunciato l'incostituzionalità della *Ley de Deslinde* in più di un'occasione. Nel 2011 il *Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR)* – pur accogliendo «con favore la nuova Costituzione del 2009, risultato di un processo che ha abbracciato i settori della popolazione storicamente esclusi»<sup>54</sup> – ha sollevato preoccupazioni circa «la mancanza di chiarezza nella *Ley de Deslinde* per quanto riguarda i livelli e i meccanismi di coordinamento e cooperazione tra il sistema di giustizia indigeno e gli altri sistemi giudiziari nello Stato», rilevando che «in quanto le controversie territoriali non sono incluse nel campo di applicazione della giurisdizione indigena, tale sistema non è in linea con la Costituzione [...] e non corrisponde alla reale situazione di coesistenza tra le persone indigene e non indigene», raccomandando infine che «lo Stato preveda la modifica della *Ley de Deslinde*».

L'inerzia dell'*Asamblea Legislativa Plurinacional* ha comportato il forte attivismo del *Tribunal Constitucional Plurinacional* che ha, nel 2013, pronunciato una storica sentenza per l'adeguamento costituzionale della *Ley de Deslinde* (*SCP 26/2013*<sup>55</sup>): muovendo dall'interpretazione dell'articolo 2 *CPE* giunge ad affermare la “antecedenza” della giurisdizione indigena alla giurisdizione ordinaria, escludendo ogni logica di “paternalismo” nella cooperazione e coordinazione prevista dall'articolo 192.

---

<sup>52</sup> R. Molina Rivero, *La articulación de dos sistemas jurídicos: propuesta para una Ley de Deslinde Jurisdiccional*, La Paz, 2009, 104.

<sup>53</sup> S. Baldin, *Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell'ordinamento boliviano*, in C.A. d'Alessandro, C. Marchese (eds.), *Ius Dicere in a Globalized World: Volume I*, Roma, 2018, 379.

<sup>54</sup> (OHCHR), CERD/C/BOL/CO/17-20, par. 22.

<sup>55</sup> Si rinvia all'articolo di Baldin da ultimo citato, per l'accurata analisi del ruolo del TCP e della sua giurisprudenza.

L'interpretazione della *Ley de Deslinde* – prosegue la pronuncia – «deve effettuarsi in maniera tale che quanto sottratto alla giurisdizione indigena risulti da un'interpretazione sistematica del testo costituzionale [...] da cui traspaia in modo evidente e chiaro la protezione di un bene giuridico di entità nazionale o internazionale nel caso concreto».

L'*Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani* ha nel 2014 lodato la sentenza citata perché rispetta le raccomandazioni del *Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale* e perché avvia il processo di adeguamento costituzionale della *Ley de Deslinde* per il tramite della giurisprudenza del *TCP*.

La successiva pronuncia *SCP 37/2013* ha individuato nel *Tribunal Constitucional Plurinacional*, l'«istituzione incaricata di esercitare il controllo su tutte le giurisdizioni e, in generale, su tutti gli organi del potere pubblico, muovendo dal dialogo interculturale che si intavola in quest'organo, che vede la rappresentazione dei due sistemi di giustizia, ordinario e indigeno». Nella *SCP 363/2014*, il *TCP* rinforza ulteriormente la sua centralità nella risoluzione dei conflitti intergiurisdizionali, chiarendo che «i diritti dei popoli indigeni sono preesistenti allo Stato e non dipendono da alcuna volontà statale, ragione per cui l'esercizio delle loro funzioni di autocomposizione [...] si esprimono con la stessa intensità anche senza aver formalizzato la costituzione dell'ente locale come *autonomía indígena originaria campesina*, non necessaria ai fini dell'esercizio della funzione giudiziaria propria. Fermo restando il riconoscimento della giurisdizione indigena tra le forme di esercizio della funzione giudiziaria unica, si rende necessario garantirla per mezzo di meccanismi che ne impediscano il disconoscimento o il superamento dei suoi limiti. [...] il costituente ha previsto i conflitti di competenza tra la giurisdizione indigena e la giurisdizione ordinaria e agroambientale [...] come strumento [...] di protezione dell'esercizio materiale del diritto [...] all'autodeterminazione [...] con un'evidente trascendenza costituzionale». Lo stesso principio del giusto processo – a mente della *SCP 486/2014* – «non va inteso in termini occidentali quando si analizza lo svolgimento di un processo della giurisdizione indigena. [...] Quando vengono presentate denunce di lesioni in relazione alle sanzioni comminate dalla giurisdizione indigena, l'analisi deve concentrarsi sull'effettiva possibilità per l'imputato di esercitare il suo diritto alla difesa e sull'effettivo pregiudizio recato dalla sanzione imposta al suo diritto alla vita, alla dignità e all'integrità fisica».

Il *Centro de Investigaciones Sociales (CIS)* ha di recente formulato raccomandazioni e linee guida per assicurare «l'avanzamento dell'implementazione del principio del pluralismo giuridico nel paese»<sup>56</sup>: l'approvazione di una politica nazionale di potenziamento della giurisdizione indigena; l'adeguamento costituzionale della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*; l'approvazione di politiche istituzionali di coordinazione e cooperazione tra la

---

<sup>56</sup> Oficina en Bolivia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Sistema judicial boliviano: Estado de situación, buenas prácticas y recomendaciones para el trabajo en el sector, desde el enfoque de derechos humanos, Centro de Investigaciones Sociales (CIS) de la Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, 2017, 215.

giurisdizione indigena e ordinaria; il monitoraggio del lavoro del *Tribunal Constitucional Plurinacional* in materia di giurisdizione indigena.

A tali condivisibili proposte – cui si è dedicata la disamina dianzi svolta – va affiancato l’apporto fornito dall’analisi comparata di alcune *best practices* emergenti nelle esperienze dell’area iberoamericana.

#### *2.4. Il protocollo intergiurisdizionale peruviano*

La *Constitución Política del Perú* riconosce a ogni persona il diritto fondamentale all’identità etnica e culturale, attribuendo allo Stato il dovere di proteggerlo (articolo 2, paragrafo 19). Nel caso specifico dei membri delle comunità contadine, delle comunità indigene e delle *rondas* contadine, il precedente postulato è integrato dall’attribuzione di funzioni giurisdizionali alle loro organizzazioni nel rispettivo ambito territoriale, in conformità con le consuetudini e a condizione che i diritti fondamentali siano rispettati. Si affida, infine, ad una legge la responsabilità di specificare la forma in cui questa *giurisdizione speciale* si coordina con il potere giudiziario (articolo 149).

In ossequio a tale mandato costituzionale è in discussione una *Ley de Coordinación intercultural de la justicia*, mentre è in vigore dal 2013 – come norma regolamentare approvata dal *Consejo Ejecutivo del Poder Judicial* – il *Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia*.

Il Protocollo include principi come il coordinamento e la cooperazione, che stabiliscono la ricerca di interazione tra le autorità sia della giurisdizione speciale che della giurisdizione ordinaria, per cercare di ridurre i conflitti e assicurare una protezione giurisdizionale efficace per la popolazione; stabilisce, inoltre, le responsabilità e i doveri delle autorità di entrambe le giurisdizioni, garantendo l’esercizio delle loro funzioni nel quadro dei principi di reciprocità e flessibilità. Oltre a determinare le competenze, territoriali, personali e materiali, il funzionamento del coordinamento per la risoluzione dei conflitti, il riconoscimento reciproco delle azioni e delle decisioni, i meccanismi di sostegno istituzionale, le azioni di cooperazione e il coordinamento intergiurisdizionale, il Protocollo fissa i seguenti principi generali: complementarietà e riconoscimento delle risoluzioni (ciò che viene deciso da un organo di una giurisdizione è riconosciuto ed eseguito dagli organi delle altre, acquisendo il valore di giudicato); consultazione permanente tra le autorità delle diverse giurisdizioni; scambio reciproco di esperienze e conoscenze tra i sistemi giudiziari che coesistono in un’area geografica specifica.

Con gli opportuni adattamenti, un simile protocollo ben si presterebbe al contesto boliviano, in particolar modo per dirimere i conflitti competenziali che – soprattutto in materia agraria – affliggono l’interazione tra la giurisdizione agroambientale ed indigena.

### 3. La voce “inascoltata” del *nuevo constitucionalismo* boliviano: un’implementazione *de paso corto y mirada larga*. Notazioni conclusive

A soli dieci anni dalla sua promulgazione, ogni giudizio sull’effettiva implementazione della nuova Costituzione boliviana risulterebbe affrettato e necessariamente provvisorio. Parafrasando Pegoraro, l’economia (globale) è veloce, il diritto (costituzionale) lento e la cultura (costituzionale) lentissima<sup>57</sup>: stemperati ormai i primi entusiasmi – manifestati a ridosso della promulgazione delle carte del *nuevo constitucionalismo* – la dottrina costituzional-comparatistica può adottare uno sguardo più presbite nel seguire la parabola implementativa della *CPE* boliviana, con particolare riguardo al paradigma plurinazionale da essa sacramentata.

Di quest’ultimo è ineliminabile corollario il pluralismo giuridico egualitario, allo stato attuale un mandato costituzionale “inascoltato” – come sommariamente dimostrato nel presente lavoro – ben lungi dal conseguire un’effettiva e soddisfacente implementazione, se non in quelle regioni che hanno condotto con successo la transizione verso l’*autonomía indígena originario campesina*, mediante l’elaborazione degli *estatutos autonómicos* consentiti dalla Costituzione<sup>58</sup>.

Negli spazi interstiziali aperti dall’inerzia della politica, si registra l’attivismo, non solo giurisprudenziale, del *Tribunal Constitucional Plurinacional* – organizzatore di più edizioni dell’*Encuentro de autoridades de justicia indígena originario campesina y el Tribunal Constitucional Plurinacional* – nonché di attori privati e internazionali.

L’agenda politica è, allo stato, dominata dall’assorbente questione della quarta rielezione del Presidente Morales<sup>59</sup>, evento cui potrebbe subordinarsi la tenuta dell’intero progetto plurinazionale e democratico tracciato dalla *CPE*.

Non può che concludersi “rinviando” ogni ulteriore considerazione all’esito della prossima tornata di *elecciones generales*, prevista per il mese d’ottobre del 2019, invitando intanto la dottrina a considerare con maggior attenzione – in un momento storico di ridiscussione della plurinazionalità nel dibattito spagnolo<sup>60</sup> – il laboratorio boliviano, nella graduale costruzione della sua plurinazionalità. Dall’architettura costituente all’ingegneria costituzionale interculturale: *de paso corto y mirada larga*.

<sup>57</sup> L. Pegoraro, *Introduzione metodologica*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, 26.

<sup>58</sup> Si veda F. Scionti, *Pluralismo giuridico e pratica giuridica indigena. Il caso dei Guarani del Chaco Boliviano*, in *EtnoAntropologia*, 4 (2016).

<sup>59</sup> Consentita proprio da un’operazione ermeneutica *contra constitutionem* del TCP: si veda SCP 0084/2017 e i precedenti citati mediante il ricorso alla comparazione: Res. 2003-02771, *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* (Costa Rica 2003); *Sentencia No. 06, Jueves, 30 de Septiembre de 2010, Corte Suprema de Justicia* (Nicaragua 2010); *F-165, 23 de Abril de 2015, Corte Suprema de Justicia – Sala de lo Constitucional* (Honduras 2015).

<sup>60</sup> P. Iglesias et al., *Repensar la España plurinacional*, Barcelona, 2017.

## La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de sur y pluralismo\*

*di Liliana Estupiñán Achury y Mateo Romo*

**Abstract: *Building transitional justice in the Colombian peace process: a southern and pluralistic perspective*** – Colombia, in spite of its unitary and centralist DNA, has built legal pluralism in the indigenous world, in the environment, in diversity, and now it will do so in the world of peace, by promoting a dialogue between the architecture of a special justice, respectful of national and international standards, with the composition of a local, territorial and community justice, in the terms of victims and reparation. For this reason, and given that one of the supreme values that the National Constituent Assembly agreed upon as being essential for a harmonious life in community was peace, the Agreement signed between the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) and the State must be defended and implemented from a new epistemology that, replacing legalist positivism and traditional legal formalism, harmonizes restorative justice and legal pluralism in the light of an integrating paradigm of society and law: transitional constitutionalism.

1093

---

**Keywords:** Peace Agreement, Juridical pluralism, Transitional justice, Right to peace.

### 1. Introducción

Solamente en el marco de América Latina y sus innumerables conflictos y necesidades, se podrían construir nuevas corrientes jurídicas con olor a naturaleza, dignidad y paz. Cada texto con su contexto, cada propuesta jurídica tan propia y permeada por la caótica realidad, para el caso de América, tan proclive a la discriminación, injusticia, guerra y abandono. Únicamente en escenarios extraordinarios como “los del Sur”, que comprenden tantas visiones del mundo y, en consecuencia, múltiples nociones de justicia, se puede evidenciar con tanta claridad el surgimiento de diversos pluralismos jurídicos (indígenas, ambientales, sociales y de paz, entre otros), nacidos como respuesta al tradicional monopolio estatal y a sus discursos hegemónicos.

En estos contextos extraordinarios, sin duda, podemos entender y vislumbrar los retos de las nuevas construcciones jurídicas y de sus lógicas transicionales, por ejemplo, el de los escenarios de cierre de guerra, vistos en clave

---

\* Artículo resultado del proyecto “Programa de posgrado para la formación de operadores transnacionales e interculturales para la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz en la Comunidad Andina. Erasmus+CapacityBuilding in HigherEducation”, adscrito al grupo de investigación en Estudios Constitucionales y de La Paz de la Universidad Libre.

de paz y de víctimas, que han sido inspirados por las condiciones del no retorno o de la no repetición de las causas que generaron la guerra. Una justicia que apenas inicia, y que ya ha sido mil veces cuestionada por aquellos que aún se benefician del conflicto armado o que tienen el chip tradicional de lógicas jurídicas ordinarias con el que quieren enfrentarlo o solucionarlo.

En cualquier caso, nada fácil. Aun bajo la mirada del Sur, estas nuevas nociones de justicia deberán lidiar con la racionalidad jurídica tradicional, eso sí, sin abandonar su razón de ser, que es la culminación de la guerra en Colombia por medio de la creación de escenarios de paz que deberán ir más allá de sentencias, condenas, absoluciones, amnistías o indultos y, sobre todo, que deberán propender por la reconstrucción del tejido social, destruido por décadas. Por eso, en efecto, esta nueva justicia trascenderá el mundo de los jueces, que deberán aprender a reflexionar bajo una hermenéutica de paz, de perdón y reconciliación, y se impregnará en cada ámbito social y espiritual de quienes hasta ahora solo han heredado la historia del gran sufrir: tarea que no durará menos que lo que duró el conflicto.

## **2. La justicia transicional va más allá del mundo jurídico tradicional y ordinario: es la reconstrucción del tejido social**

Como resistencia al monopolio normativo del Estado, surge, entre otras propuestas, el pluralismo jurídico latinoamericano que, ciertamente, no fue construido para ser explicado sino más bien aprendido y reconstruido en la interioridad de los pueblos del Sur.

El pluralismo jurídico no solo reconoce la posibilidad de que en un Estado coexistan varios sistemas jurídicos, la cual es una lectura eminentemente formalista, sino que respeta la existencia de varias cosmovisiones, nacionalidades o etnias dentro de un mismo Estado o, en otras palabras, la alternativa de que cada comunidad pueda construir una historia común a pesar de sus fascinantes y maravillosas diferencias.

Colombia, a pesar de su ADN unitario y centralista, ha construido pluralismo jurídico en el mundo indígena, en lo ambiental, en la diversidad, y ahora lo hará en el mundo de la paz, en donde combinará lo tradicional, esto es, la arquitectura de una justicia especial muy a tono con los estándares nacionales e internacionales, pero también la composición de una justicia local, territorial y comunitaria, en clave de víctimas y de reparación.

Y es que la construcción de la paz requiere de una amplia gama de nociones de justicia, puesto que reducir la lectura de lo justo a un solo significado impediría conciliar posturas contrarias en un proyecto común. He aquí el valor del pluralismo, el nuevo constitucionalismo, e incluso del neoconstitucionalismo: todos, aunque unos en mayor medida que otros, potenciarán cada vez más la proliferación de significados de justicia.

En Colombia, por ejemplo, desde una lógica de justicia ordinaria, conservadora o monista, habría sido imposible que el Gobierno y las ex Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, suscribieran un “Acuerdo para la

terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. No en vano antes de la Constitución Política de 1991, puesto que la herencia del monismo privilegiaba una única propuesta regulativa legalista, y por ende ordinaria, habría sido algo más que utópico plantear la posibilidad de negociar una paz exitosa entre dos actores del conflicto.

Sin embargo, este discurso no es comprensible aún para una nación acostumbrada a las lógicas de la guerra. De hecho, el Acuerdo fue, es y seguirá siendo cuestionado. Tan interiorizada estaba la guerra, que el plebiscito que avalaba el Acuerdo Final de paz perdió en las urnas. El “No” ganó en una sociedad altamente polarizada y presa del miedo, del odio y las innumerables “posverdades” que acompañaron y siguen presentes en el tema de la construcción de la paz<sup>1</sup>.

Efectivamente, el 2 de octubre del año 2016, el Gobierno convocó un plebiscito por la paz. Los colombianos asistieron a las urnas para votar “Sí” o “No” a la pregunta: “¿Apoya usted el acuerdo final para terminar el conflicto y construir una paz estable y duradera?” Al final del ejercicio electoral, el “No” ganó con 6.422.136 votos, esto es, el 50,23 % de la votación. El “Sí” obtuvo un total de 6.361.762 votos<sup>2</sup> Aun así, la abstención en este momento histórico llegó al 62.59%: la expresión de abstencionismo más alta de Colombia en los últimos 22 años.

Hoy es claro que un asunto como el derecho a la paz no debió ser sometido a las *mayorías*<sup>3</sup>, que en realidad son las minorías (sufragantes activos); en una democracia constitucional es «ilegítimo someter a consulta ciudadana la existencia y el contenido de un derecho fundamental [...] y la paz en Colombia es un derecho constitucional»<sup>4</sup>. Porque supeditar el derecho a la paz a un mecanismo de participación, constituiría un ejercicio evidentemente contramayoritario, tal como lo reitera Ferrajoli, al afirmar que «sería impropio e inaceptable someter la paz, o sea, la solución pacífica y negociada del conflicto a cualquier tipo de consulta popular»<sup>5</sup>.

### 3. Un escenario neoconstitucional y una nueva hermenéutica abrieron el escenario de la justicia transicional

En Colombia, la gran ruptura con el positivismo legalista se produjo con la Constitución Política de 1991 que, a decir verdad, fue más un tratado de paz que otra “carta de batalla”<sup>6</sup>. Sin embargo, muchos venenos se inocularon en este

<sup>1</sup> Cfr. M. F. González, *La “posverdad” en el plebiscito por la paz en Colombia*, en *Nueva Sociedad*, 2017, 114–126, [nuso.org/media/articles/downloads/10.TC\\_Gonzalez\\_269.pdf](http://nuso.org/media/articles/downloads/10.TC_Gonzalez_269.pdf).

<sup>2</sup> Cfr. D. Arango, *Con el 'No' en el plebiscito, ¿qué viene ahora en el proceso?*, en *El Tiempo*, 2016, [www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gano-el-no-en-el-plebiscito-por-la-paz-2016-39626](http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gano-el-no-en-el-plebiscito-por-la-paz-2016-39626).

<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2016 [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].

<sup>4</sup> R. Uprimny, *¿Puede ser refrendado el acuerdo de paz?*, en *El Espectador*, 2016, [www.elespectador.com/opinion/opinion/puede-ser-refrendado-el-acuerdo-de-paz-columna-616390](http://www.elespectador.com/opinion/opinion/puede-ser-refrendado-el-acuerdo-de-paz-columna-616390).

<sup>5</sup> L. Ferrajoli, *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*, en *Nueva Época*, (45), 2015, 37–50.

<sup>6</sup> Expresión ingenjada por el jurista y profesor Hernando Valencia Villa, para referirse a las diferentes constituciones de Colombia que, como dice en el texto *El derecho de los jueces*, «han tenido siempre algo en común: la dependencia y la manipulación a las que son sometidas según

momento constitucional aupados bajo la crisis del modelo económico. De hecho, se sostiene que el asunto del modelo económico fue la máxima causa del cambio institucional; los demás hechos fueron utilizados para ambientar el momento, y por ello la nueva Carta Constitucional se caracterizó por incluir “las distintivas del modelo neoliberal»<sup>7</sup>. Aun así, diferentes fórmulas propias de un marco de arraigo neoconstitucional, con las características que este modelo constitucional implica, se impulsaron: Tribunal Constitucional, derechos fundamentales, constitución normativa y material, acciones constitucionales, sentencias herejes, nueva hermenéutica constitucional, neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo y hasta constitucionalismo democrático han aflorado del Texto Político de 1991.

Este modelo constitucional, que hermanó lo jurídico con lo político, inspiró la creación de diversas clases de lecturas y justicias: las sentencias herejes<sup>8</sup> constituyen un buen ejemplo del nuevo ejercicio hermenéutico (dosis personal, eutanasia, ley de cuotas, los derechos de los niños, etc.). Asimismo, el tema de la justicia constitucional indígena y de sus territorios, hoy, por ejemplo, en proceso de reafirmación territorial, esto es, de los viejos resguardos a verdaderas entidades territoriales (así sea de manera transitoria, tal como dispone el Decreto No. 1953 de 2014) y las prerrogativas territoriales que esta situación conlleva en materia de distribución de competencias, participación en las transferencias intergubernamentales y su incidencia en el mejoramiento de nivel de vida y administración propia o autogobierno. Además del reconocimiento de la jurisdicción indígena, tan respetuosa de las lógicas ancestrales y culturales, pero tan ligada a la lectura y cierre del Texto Político y constitucional<sup>9</sup>.

En general, el modelo constitucional de raigambre participativo, con total afinidad histórica y cultural con el modelo de Estado social y democrático de derecho, se ha convertido en una forma de reivindicar la voz de los pueblos que alguna vez fueron reducidos por la colonización<sup>10</sup>. También se debe resaltar la creación de una tímida constitución ambiental, que si bien procede de una necesidad de reivindicación y emancipación de la cultura y la naturaleza, aún es demasiado antropocéntrica, o al menos lo es en comparación con los compromisos ecocéntricos de Bolivia y Ecuador<sup>11</sup>.

---

las conveniencias y los intereses del gobierno de turno, convirtiéndose así en verdaderas fichas de estrategia utilizadas como cartas de batalla». *Cartas de Batalla*, Bogotá, 2010.

<sup>7</sup> C. Ahumada, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, 2002, 196.

<sup>8</sup> Cfr. C. Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, México, D.F., 2002.

<sup>9</sup> Otro aspecto trascendental ha sido el desarrollo de la figura de la consulta previa: derecho fundamental que les asiste a las comunidades indígenas de decidir en pleno ejercicio de la democracia participativa sobre las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas en sus derechos e identidad originaria.

<sup>10</sup> Importantes sentencias, en desarrollo de los artículos constitucionales 2, 7, 40 y 330, así como del Convenio 169 de la OIT (sobre pueblos tribales e indígenas), se han proferido en defensa de los derechos de las comunidades indígenas y demás grupos étnicos cuando garantías de democracia local, como la consulta previa, han resultado soslayadas (sentencias T-428 de 1992, T-380 de 1993, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998).

<sup>11</sup> Sin embargo, dignos desarrollos por vía jurisprudencial hoy se deben celebrar. Antes las tutelas provenían de las comunidades; hoy son las propias multinacionales (caso Mansorovar Energy Colombia Ltda) quienes acuden a esta acción constitucional para dar por no válida la consulta popular realizada por los municipios que se niegan a la exploración de hidrocarburos

Tampoco se puede desconocer la pluma plural de los jueces constitucionales que han reivindicado los derechos de la naturaleza y del medioambiente en Colombia, reconociendo como *sujeto* de protección a cargo del Estado a entidades vivientes que aunque se salvaguardaban constitucionalmente, no por ello dejaban de ser consideradas como *objetos* a disposición del hombre. La Sentencia T-622 (Corte Constitucional, 2016), por ejemplo, es una revolución en las anquilosadas formas de concebir ególatramente solo “al hombre” como sujeto de derechos, al ampliar dicha categoría al Río Atrato que, ciertamente, no debe concebirse como *un río*, sino como la representación del agua en la Tierra, porque todos los ríos son como el Atrato: de todos y cada uno dependen las condiciones básicas de la vida.

Valga destacar que la sentencia del Río Atrato es emblemática en Colombia y en América Latina, y que va muy en sintonía con el antecedente más importante de los derechos constitucionales de los ríos: caso del Río Vilcabamba<sup>12</sup>. A este pronunciamiento se le agrega la connotación como sujeto de derechos que la Corte Suprema de Justicia le dio a la selva amazónica, víctima de intensa deforestación que se aproxima al peligroso punto de “no retorno”, luego de reafirmar su calidad de “pulmón del mundo” y “eje ambiental del planeta”<sup>13</sup>.

Son estas, sin duda, las sentencias propias de un Estado pluralista, que no solo considera esenciales a las expresiones genuinas de la población, sino también a las de la biodiversidad, gracias a la cual es posible la multiplicidad y proliferación de la cultura.

Es en este nuevo escenario constitucional que han ido emergiendo nuevas lecturas del derecho, en sintonía con una carta política normativa que no solo amplió su catálogo axiológico, sino que hizo una apuesta por la reinención de un país que hasta entonces solo había conocido la herencia de la guerra. La Constitución abrió el camino para la construcción de la paz, luego los jueces y la sociedad se sumaron a tamaña empresa política y jurídica.

#### **4. En este complejo marco constitucional aparece el derecho a la paz y con él, el inicio del cierre de guerra**

Puesto que la Asamblea Nacional Constituyente fue la voluntad del poder soberano que dio a luz al Estado social y democrático de derecho, y que uno de los valores supremos que la Asamblea pactó como imprescindible para una vida armónica en comunidad fue la paz, la justicia de transición gradualmente se convirtió en un mandato de constitucionalismo y democracia. Por eso, desde entonces, diferentes experimentos de justicia de transición se han llevado a cabo en Colombia: unos cuestionables a la fecha por sus débiles resultados (como los que se impulsaron por medio de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011), y otros en plena construcción y expectativa (como el Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno y Las FARC, del

---

en sus territorios. Cfr. J. Palomares, *Duro tatequieto a las empresas mineras: debate hoy en la Corte Constitucional*, en *El Espectador*, 2018, [www.elspectador.com/noticias/judicial/duro-tatequieto-las-empresas-mineras-debate-hoy-en-la-corte-constitucional-articulo-749590](http://www.elspectador.com/noticias/judicial/duro-tatequieto-las-empresas-mineras-debate-hoy-en-la-corte-constitucional-articulo-749590).

<sup>12</sup> Corte Provincial de Loja, Sala Penal. Acción de Protección No. 11121-2011-0010.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. STC 4360-2018 [M. P. Luis Armando Tolosa Villabona].

24 de noviembre del año 2016).

Impulsar el derecho a la paz es todo un ejercicio de arquitectura y negociación constitucional. No es para menos, la nación llegó al pacto constitucional de 1991 realmente amedrentada y atemorizada. La sociedad civil se había convertido en el blanco directo del conflicto y la ingobernabilidad territorial era rotunda. Las guerrillas (para esta época, fuertes militarmente, débiles ideológicamente, pero intentando procesos de negociación), sumadas a los grupos de autodefensa (paramilitarismo) y al *ethos* mafioso que ya había carcomido la sociedad y la institucionalidad, haciendo de las suyas en un Estado que para la fecha se consideraba fallido.

El narcotráfico, bastante crecido para la época, se infiltró en toda la sociedad colombiana, en la mayoría de las instituciones y en las altas esferas del poder. Este último se convirtió en el instrumento predilecto de financiación de la guerra. Así, todas las fuerzas ilegales se unieron a manera de olla de presión en plena explosión, generando el contexto necesario para la construcción de una nueva carta política. Hoy perviven las lógicas mafiosas; superar este estigma llevará décadas de reconstrucción. La marca cultural pervive.

Es importante recordar que para 1991 ya se habían intentado diversos procesos de negociación con los grupos guerrilleros, dentro de lógicas de amnistía e indulto, esto es, de perdón y olvido (nada bajo la mirada del mundo jurídico transicional ni en clave de víctimas).

De manera especial, con las FARC, tres gobiernos impulsaron procesos de salida del conflicto (antes y después de la Constitución Política de 1991): Belisario Betancur (1982 – 1986), César Gaviria (1990 – 1994) y Andrés Pastrana (1998 – 2002). Con Betancur (1982-1986), se lograron los acuerdos de la Uribe que llevaron a la creación del partido de la Unión Patriótica, uno de los antecedentes más dolorosos de la Constitución Política de 1991. De las armas a la política, tamaña pretensión, terminó con la muerte de más de 3.000 miembros de este partido popular y de izquierda. Al final, esta guerrilla se replegó en las montañas o bajo la estrategia de “foquismo urbano”, muy fortalecida militar y económicamente. Toda esta fuerza será mermada durante los dos gobiernos del presidente conservador Álvaro Uribe Vélez y su contundente proceso militar de exterminio. Objetivo no logrado plenamente, pero que contribuyó a sumar causas para la futura negociación que se llevaría a cabo entre los años 2012 y 2016, para culminar con la suscripción del Acuerdo Colón, el 24 de noviembre del año 2016.

Otras guerrillas cerraron proceso negociación bajo los principios de perdón y olvido. Por ejemplo, el denominado M-19, actor de un hecho abominable, esto es, la toma del Palacio de Justicia (1985) y de la muerte de magistrados, juristas, funcionarios y sociedad civil, por supuesto, no culpabilizándolos de forma única sino sumado a la excesiva reacción de una fuerza pública enloquecida por la “Teoría de la Seguridad Nacional” que, embebida en la recuperación de la democracia a bala, torturas, desaparecimientos y muertes, hicieron de las suyas a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Hoy varios de sus exintegrantes hacen parte del mundo político y social colombiano, alcaldes, congresistas y candidatos a la presidencia. Un final feliz en materia de participación política (de las armas a los

votos), por supuesto, un cierre lejano a lo que hoy se aspira en materia de justicia de cierre de guerra que conlleva, entre otros, a la aplicación de sanciones y a la reparación integral de las víctimas.

El denominado Ejército Popular de Liberación (EPL) y una guerrilla de origen étnico (Quintín Lame) también hicieron parte de estos procesos de negociación. Hoy perviven reductos de la primera nombrada, algunos de ellos aliados con grupos de paramilitarismo. Toda una pena cuando de la negociación y entrega de armas regresan a las lógicas de la guerra o de la criminalidad.

La mayoría de estos actores hicieron parte del poder constituyente de 1991, ellos y actores conservadores, liberales, cristianos, etc., construyeron el nuevo Texto Político e insertaron un artículo fundamental para la creación del marco transicional que hoy se está desarrollando.

Aparece así, el artículo 22 de la Constitución Política. Un artículo que señala: «La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento». Nada pacífica la inclusión de este artículo. Julieta Lemaitre recuerda que la inserción de este artículo fue descartada en varias oportunidades por los constituyentes. Su adalid, Diego Uribe Vargas, debió hacer un esfuerzo político y jurídico para justificarla en el decálogo de derechos. Y es que «en medio del terrorismo de Pablo Escobar y de la impotencia del Estado para proteger incluso a sus mejores jueces, escribir que existía un derecho a la paz parecía algo utópico, irreal»<sup>14</sup>. De hecho, el ministro de gobierno de ese entonces, Humberto de la Calle, «visitó la Comisión Primera para decir que se trataba de un derecho que no tenía lugar en la carta pues no era exigible ante un juez»<sup>15</sup>. No fue sino por «la insistencia apasionada de Diego Uribe Vargas que se logró que quedara el artículo 22, su visión del “derecho síntesis,” en la Constitución»<sup>16</sup>.

Como lo señala Enrique Gaviria Liévano, ser decentes en materia de derechos y coherentes con el marco internacional y «la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuatro convenciones de Derecho Internacional Humanitario de 1949 y sus dos protocolos adicionales sobre conflictos armados internacionales y no internacionales o internos»<sup>17</sup>, así como con el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional de Justicia, justificaba plenamente esta adición o inserción.

Sin esta inclusión, hubiesen sido imposibles diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el derecho a la paz y la creación de su marco jurídico. Así lo reitera Lemaitre, cuando señala que este derecho fue ignorado hasta el año 2004, cuando apenas fue invocado para «declarar la constitucionalidad de normas originadas en el derecho internacional»<sup>18</sup>. Sin embargo, a partir de este momento es mencionado en sentencias relevantes para la culminación del conflicto en Colombia, por ejemplo, «la T-025, la famosa tutela que dio inicio al gran litigio de

---

<sup>14</sup> J. Lemaitre, *La Corte Constitucional y el derecho a la paz*, en *La Silla Vacía*, 2017, [lasillavacia.com/blogs/la-corte-constitucional-y-el-derecho-la-paz-61081](http://lasillavacia.com/blogs/la-corte-constitucional-y-el-derecho-la-paz-61081).

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> E. Gaviria Liévano, *La paz es un derecho constitucional*, en *El Tiempo*, 2015, [www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16400287](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16400287).

<sup>18</sup> J. Lemaitre, *op. cit.*

los desplazados contra el Estado Colombiano [...] la C-048/01 que ayudó a permitir la negociación con las guerrillas al declarar constitucional la ley que regulaba la facultad presidencial de negociar acuerdos de paz con grupos armados [...] la C-370 de 2006 que le abrió el paso a una Ley de Justicia y Paz más cuidadosa con los derechos de las víctimas y, más recientemente, permitió el plebiscito de octubre pasado (C-379/16)»<sup>19</sup>. Igualmente, hay que destacarlo, este derecho sigue presente en la lectura de constitucionalidad que realiza la Corte a los documentos normativos que surgían vía *fast track*, o ahora mediante el procedimiento legislativo ordinario, del proceso de implementación del Acuerdo de la Habana.

Como se puede ver, desde la superación del Estado legal, la paz adquirió la categoría de derecho, no solo por ser uno de los valores supremos que se reivindicó junto con el valor normativo de la parte dogmática de las constituciones, sino porque la paz es un clamor naturalmente humano, que debe custodiarse jurídicamente como una garantía de armonía de los pueblos, que tal como incurren en guerras, requieren, asimismo, de instrumentos de construcción de paz para ser síntesis de tiempos de conflicto y de tregua.

Finalmente, ya que todo proceso de transición lleva aparejada la pregunta por el arquetipo del custodio, valga decir que el guardián de la paz, al igual que lo que ocurre con el guardián de la constitución, debe procurar un punto medio entre la supuesta salvaguarda que aseguran el parlamento, el jefe de Estado (Schmitt)<sup>20</sup> y los jueces (Kelsen)<sup>21</sup>. Los diversos poderes del Estado deben trabajar de forma armónica en la defensa de este derecho, sobre todo, porque cuando se deja en manos de un legislador *omnipotente* la constitución y la paz, la ley acaba siendo guardiana de las elites y las burocracias. Lo propio ocurre con los tribunales o los jefes de Estado, que podrían monopolizar dicho derecho alterando de forma significativa la lógica de pesos y contrapesos.

En efecto, para evitar excesos en alguno de los poderes, el papel del pueblo es fundamental. No en vano insistentemente ha sido el máximo intérprete de toda vida en colectividad y, en consecuencia, el constituyente de toda comunidad política. No obstante, esto no quiere decir que el pueblo, al fungir como guardián de los custodios, contramayoritariamente pueda negar la posibilidad de que una nación se reinvente por medio de un proyecto de reconciliación y diálogo; de hecho, la noción *absoluta* de poder constituyente también tiene sus límites; los valores supremos no pueden ser eclipsados por la supuesta siempre progresiva luz de la voluntad democrática.

## **5. El Sistema de Justicia Especial para la Paz no ha sido el único experimento en lógica transicional**

El primer esfuerzo por impulsar un experimento de justicia transicional en Colombia, adelantado por intermedio de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz),

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> C. Schmitt, *La defensa de la constitución*, Barcelona, 1931.

<sup>21</sup> H. Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la constitución*, Madrid, 1995.

ha sido seriamente cuestionado. Una normatividad construida para el mundo de los victimarios paraestatales y de espaldas a la sociedad civil y las víctimas, a pesar de ser inspirada en lógicas de transición.

Por medio de esta normativa se pretendió «facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación» (Artículo 1).

No obstante, aunque se precisó que se entiende «por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones», esta Ley favoreció de manera prevalente la desmovilización de paramilitares, puesto que el gobierno de Álvaro Uribe solo acordó la misma con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). De manera excepcional, algunos miembros de grupos guerrilleros se beneficiaron con esta normativa.

La Ley 975 debía desarrollarse en 8 años, esto es, de 2006 a 2014. No obstante, fue prorrogada hasta el año 2018, ya que la tarea para la cual fue creada (adelantar la investigación y el juzgamiento de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares), ha sido precariamente cumplida. Falta esperar el balance final. Hasta octubre de 2016, en materia de eficacia, administración de justicia y respeto a las víctimas, la Ley arrojó míseros resultados. Por ejemplo, de los 36.000 paramilitares que se desmovilizaron entre 2003 y 2006, 4.408 se postularon a esta normativa que les permitía beneficiarse de penas de máximo 8 años. No obstante, cerca de 2400 ex-AUC han sido expulsados por no satisfacer la garantía restaurativa del derecho a la verdad. En efecto, tan solo cerca de 2000 exmiembros de las AUC siguen activos<sup>22</sup>.

Otro tema cuestionable, es el número ínfimo de sentencias proferidas: según comunicado de Prensa no. 49, del año 2017, de la Contraloría General de la República, «tras 10 años de la Ley de Justicia y Paz y \$11 billones invertidos: tan solo se han condenado 195 postulados en 47 sentencias»<sup>23</sup>. Lo cual, en otras palabras, quiere decir que solo hay 22.880 condenas de los 312.611 delitos cometidos por organizaciones paramilitares<sup>24</sup>.

Así mismo, la escasa participación de las víctimas en el proceso es otro asunto preocupante. Incluso, según cifras del Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia —ProFis—, se estima que las víctimas que participan en las audiencias prácticamente no tienen ninguna interlocución con los postulados. De hecho, en promedio participan con una sola pregunta<sup>25</sup>. Por otra parte, el irrisorio

---

<sup>22</sup> *Justicia para los 'paras', a mitad de camino luego de once años*, en *El Tiempo*, 2016, [www.eltiempo.com/justicia/cortes/avance-de-la-ley-de-justicia-y-paz-con-los-paramilitares-36010](http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/avance-de-la-ley-de-justicia-y-paz-con-los-paramilitares-36010).

<sup>23</sup> Contraloría General de la República. Comunicado de Prensa no. 49, 2017.

<sup>24</sup> Este imperio del delito comprende una amalgama de conductas típicas. Las más recurrentes, son: homicidios y asesinatos, desplazamiento forzado y desaparición forzada. Cfr. *Justicia para los 'paras', a mitad de camino luego de once años*, cit.

<sup>25</sup> A. Forer, La participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional - el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz, en C. L. Díaz (Ed.), *Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2011, 11-56.

reconocimiento de las víctimas también es patente. La Fiscalía reportó un número de 386.413 víctimas, de las cuales solo 166.276 han sido reconocidas como tales, esto es, el 43%<sup>26</sup>. Nada más alejado al balance que comprendería un verdadero, en tanto emancipador y reivindicador de condiciones de vida digna, modelo de justicia transicional.

Sobre la no repetición, los resultados tampoco son esperanzadores. De hecho, facciones de los carteles de la droga que se han *desmantelado* y los grupos paramilitares que se han *desmovilizado*, han mutado en nuevas organizaciones criminales: entre otras, los Rastrojos y los Urabeños. Esto, en consecuencia, ha inspirado nuevas formas de la guerra o de la criminalidad en Colombia, bajo un aparente estado de justicia transicional que, en nuestro criterio, es lejano a la verdad y el respeto a las víctimas, sobre todo, porque varios de sus beneficiarios vuelven al ciclo de la criminalidad y de la economía del narcotráfico, la minería ilegal y el lavado de activos internacionales, entre otras. Mientras tanto, el Gobierno no ha hecho más que ufanarse de datos que no son más que espejismos, al afirmar que ha combatido y reducido el número de “bandas criminales”, cuando, en realidad, estos grupos han sido absorbido por otros, como es el caso de los Paisas y los Machos<sup>27</sup>.

Por otra parte, muy a propósito con las razones históricas que dieron origen al conflicto en Colombia, tan ligado a la inequitativa distribución de la tierra, se profirió la Ley 1448 de 2011, conocida bajo el nombre de “Ley de víctimas y restitución de tierras”. No obstante, los resultados fruto de la aplicación de esta normativa también son preopantes.

De hecho, aunque esta ley pretendió establecer un conjunto de medidas [...] encaminadas a la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno (artículo 1), la misma clasificación de quién puede ser considerado como víctima y quién no, ya es problemática. Para esta normativa, solo tendrán pleno acceso al proceso de restitución quienes sufrieron un despojo ilegal después de 1991; quien fue víctima de hechos atentatorios entre los años 1985 y 1991, solo recibirá una compensación económica. El caso más polémico es el de las personas que hayan sido víctimas de despojo o alguna conducta lesiva de sus derechos antes de 1985: estas personas solo serán *reparadas* en términos simbólicos<sup>28</sup>.

Asimismo, la puesta en marcha de esta normativa ha enfrentado el difícil contexto de pretender restituir tierras y reparar víctimas, mientras la causa del despojo y de la vulneración de los derechos humanos aún pervive: los grupos paramilitares. En efecto, paradójicamente, no hay mayor enemigo para la Ley 1448 de 2011 que la Ley 975 de 2005, responsable de la fallida desarticulación,

---

<sup>26</sup> Cfr. *Justicia para los 'paras', a mitad de camino luego de once años*, cit.

<sup>27</sup> Centro de Estudios Estratégicos, *Grupos Neo-Paramilitares se Consolidan en Colombia*, 2013, [cespe.espe.edu.ec/page/143/?pid=1&lic=75833767](http://cespe.espe.edu.ec/page/143/?pid=1&lic=75833767); cfr. Corporación Nuevo Arco Iris, *Informe - Del Caguán a la Habana*, 2013, [otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Caguan+a+La+Habana+\(01\)%C3%81vila+Mart%C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf](http://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Caguan+a+La+Habana+(01)%C3%81vila+Mart%C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf).

<sup>28</sup> Cfr. P. Martínez Cortés, *Ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia en contexto*, Berlín, 2013, 13.

investigación y juzgamiento de los *exmilitantes* de las AUC.

Esta paradoja, que es preocupante, por cuanto no hay nada más insólito que una medida alternativa atente contra otra, es a la vez aterradora, dado que las cifras de reparación son irrisorias comoquiera que no ha sido posible restituir predios ni reivindicar la condición civil de las víctimas puesto que organizaciones paraestatales, en maridaje con facciones del Gobierno, carcomen como un cáncer las buenas propuestas de una ley que no es más que una indefensa paloma en un país de tiburones. Por esta discordancia entre buenos propósitos y condiciones objetivas de implementación, en el año 2015, por ejemplo, solo se registró la indemnización de cerca de 500.000 víctimas, de un aproximado de 6.5 millones. Asimismo, de los dos millones de hectáreas que se pretendían restituir, solo se hizo lo propio con alrededor de 85.000<sup>29</sup>. A su vez, valga destacar que ninguno de los procesos de reparación colectiva ha culminado; la misma suerte han corrido los de reparación individual: adolecen de indemnización administrativa cerca del 93% de las víctimas<sup>30</sup>.

Así pues, no queda duda de que estos *experimentos* de justicia transicional arrojaron un precario resultado en términos de administración de justicia, verdad, reparación y no repetición. Incluso se le identifica, a la primera, como una *fórmula* de impunidad sin precedente en beneficio de victimarios paraestatales, y a la segunda, como una ley formalmente prometedora en materia de reivindicación de los derechos de las víctimas, pero materialmente ineficaz, puesto que jamás se pudo implementar, y por eso restituir las tierras de quienes fueron despojados de ellas no es más que una quimera que antecede a la quimera de que ya no hay paramilitares en Colombia: país que más que país es un desierto en el que la garantía de derechos de reparación integral y la restitución efectiva de tierras no es más que otro inmenso espejismo.

## 6. Un marco jurídico para la paz de cara a una nueva transición

En el laboratorio colombiano de justicias de transición, no fue sino hasta la reforma introducida por medio del Acto Legislativo 01 de 2012 que se abrió un espacio constitucional para el establecimiento de instrumentos jurídicos tendientes a «facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera». Es decir, solo hasta el año 2012 por primera vez en nuestra historia se buscó asegurar primero las condiciones de la terminación del conflicto antes que la expedición de normativas propias de un escenario de justicia transicional en clave de posconflicto, como fallidamente se procuró por medio de las leyes 975 y 1448. Por este soporte a la fase de transición, el Acto Legislativo 01 de 2012 es conocido como la génesis del Marco Jurídico para la Paz.

<sup>29</sup> Cfr. Agencia de Prensa IPC, *Balance agridulce de la Ley 1448*, 2015, [www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php/2015/06/11/balance-agridulce-de-la-ley-1448/](http://www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php/2015/06/11/balance-agridulce-de-la-ley-1448/); A. Rettberg, *Ley de Víctimas: logros y retos*, en *El Espectador*, 2015, [www.elespectador.com/noticias/politica/ley-de-victimas-logros-y-retos-articulo-564984](http://www.elespectador.com/noticias/politica/ley-de-victimas-logros-y-retos-articulo-564984).

<sup>30</sup> Cfr. Redacción Judicial, *El 93% de las personas registradas por la Ley de Víctimas no ha sido indemnizada*, en *El Espectador*, 2017, [www.elespectador.com/noticias/judicial/falta-por-indemnizar-al-93-de-las-personas-registradas-por-la-ley-de-victimas-articulo-709400](http://www.elespectador.com/noticias/judicial/falta-por-indemnizar-al-93-de-las-personas-registradas-por-la-ley-de-victimas-articulo-709400).

Gracias a esta reforma constitucional, se facultó al gobierno para adelantar diálogos de paz con Las FARC y, asimismo, se trazó la hoja de ruta de toda la negociación. La feliz armonía entre los diálogos y el Acto Legislativo se puede evidenciar en la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y en el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2017, así como en la regulación de amnistías e indultos por los delitos políticos y los conexos a estos, comprendida en la Ley 1820 de 2016; no en vano, ambos instrumentos (Acto Legislativo 01 de 2017 y Ley 1820 de 2016), junto con otros de igual relevancia, como la fijación de los criterios de priorización y selección de casos y la reglamentación de la participación en política de todo aquel que se desmovilice y reincorpore a la sociedad civil, fueron desarrollados en el marco de los mecanismos de justicia transicional contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2012.

Muestra de que el Marco Jurídico para la Paz no representa ningún atentado contra la Constitución, sino que más bien simboliza una evolución democrática en el Estado, son las sentencias que conocieron de la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012. En sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012, que incorporó el artículo 66 transitorio de la Constitución Política, en el entendido de que el diseño de las normas de justicia transicional no representa una sustitución de la Constitución sino que más bien implica la flexibilización de las lógicas ordinarias de la persecución penal. Asimismo, por medio de la sentencia C-577 de 2014, se declaró exequible el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2012, que incorporó el artículo transitorio 67 de la Constitución, en el entendido de que la participación en política de quienes como resultado de un proceso de transición se desmovilicen y reincorporen a la sociedad civil, tampoco constituye una transgresión, como sí una ampliación, del marco democrático participativo establecido por la Constitución Política de 1991.

El Marco Jurídico para la Paz, en efecto, no solo pretendió fijar responsabilidades, desmovilizar grupos armados o reparar materialmente a los ofendidos; es la garantía de satisfacción de los derechos de las víctimas expresada en cada uno de los instrumentos establecidos, entre ellos, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): modelo de justicia *sui generis* en el mundo, pensado a la luz del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Así pues, no queda duda de la importancia de reflexionar primero sobre las condiciones de la paz, antes que reglamentar normas lejanas a la realidad de un escenario de guerra. A modo de analogía: así como una partida de ajedrez sin unas reglas conocidas por cada jugador no sería más que un ejercicio de improvisación entre dos contendores que buscan vencer, intentar construir escenarios de posconflicto sin unas condiciones jurídicas que aseguren la transición no sería más que un ejercicio fallido entre dos partes que pretenden la paz. El marco Jurídico para la Paz, por su parte, se parece al ajedrez en lo atinente al respeto por las reglas; pero se diferencia del mismo porque aquí nadie pierde, a excepción de la guerra, que durante tantas décadas nos tuvo en jaque mate.

## 7. Nueva transición y lógica de justicia en Colombia. La reconstrucción del tejido social

Diferentes circunstancias políticas, sociales y económicas llevaron a que este proceso culminara con un acuerdo. En todo caso, un proceso interesante que llevó a la construcción de un documento fascinante para el constitucionalismo y los derechos humanos, en donde el primer punto estuvo cifrado en la mayor causa del conflicto: la tierra, eso sí, sin ir más allá de una “reforma rural integral” y no una “estructural” propia de este Estado que padece tan lamentable e inequitativa distribución de la propiedad. El tema de tierras está bloqueado. Un informe de las Naciones Unidas del 22 de octubre de 2017 habla sobre el fondo de tierras que debe crear el Estado para entregar a los campesinos sin tierra o con tierra insuficiente. «Pero el Estado no sabe cuántos baldíos tiene y tampoco ha recuperado las tierras usurpadas a las víctimas del conflicto armado»<sup>31</sup>. Según el investigador Darío Fajardo, miembro de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, «hay entre 6 y 8 millones de hectáreas que fueron usurpadas durante el conflicto. ¿Dónde están? Las comunidades no vivían en el aire. Estas tierras existen pero hay que recuperarlas»<sup>32</sup>. El compromiso es distribuir tres millones de hectáreas para los diez primeros años y formalizar siete millones de hectáreas. El reto sigue en pie, y la tarea no durara menos de diez a veinte años.

Y ante la muerte de 3000 líderes del otrora partido político de la Unión Patriótica<sup>33</sup>, el documento contiene interesantes propuestas, necesarias para la reincorporación política de los excombatientes y también para el fortalecimiento de la democracia colombiana. Se resalta la creación del nuevo partido político de las FARC (Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común), por cierto de poca aceptación en Colombia y de lamentable éxito en las urnas<sup>34</sup>; la asignación de diez curules en el Congreso (cinco en Cámara de Representantes y cinco en Senado, las cuales están garantizadas<sup>35</sup> (desde 2018 y hasta el 2026), y una de las más

<sup>31</sup> Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas – Derechos Humanos – Colombia, *El difícil horizonte del Fondo de Tierras para la Paz*, 2015, [www.hchr.org.co/index.php/compilacion-de-noticias/93-tierras/6076-el-dificil-horizonte-del-fondo-de-tierras-para-la-paz](http://www.hchr.org.co/index.php/compilacion-de-noticias/93-tierras/6076-el-dificil-horizonte-del-fondo-de-tierras-para-la-paz).

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> Partido político fundado en 1985 que representó un punto de inflexión en la historia del país. Su trascendencia se debe a que, por una parte, marcó un canon en las anquilosadas formas de concebir la política en Colombia; por primera vez, la oposición pudo hacer contrapeso a los hegemónicos partidos de élite. Por otra parte, la Unión Patriótica (UP) fue la conquista política más prometedora que tuvo Colombia en el siglo XX para transitar hacia la paz, en tanto logró dar un lugar a quienes optaron por dejar las armas para reivindicar su palabra como único instrumento capaz de mitigar los desequilibrios y mitigar las injusticias. No obstante, como toda gran ruptura, la UP se percibió como un colosal peligro para algunos sectores retardatarios de ultraderecha que ante el temor de que este movimiento de plena acogida por el pueblo colombiano revolucionara estructuralmente el país, no vieron más opción que emprender un plan de exterminio contra todos y cada uno de sus miembros. Si de casos de genocidios políticos se trata, el de la Unión Patriótica es uno de los más escabrosos e infames de todos los tiempos.

<sup>34</sup> En las elecciones legislativas del presente año, por ejemplo, este nuevo partido obtuvo cerca de 50.000 votos (0.34%) para el Senado. Cfr. *¿Cómo les fue a la FARC en las urnas?*, en *Semana*, 2018, [www.semana.com/nacion/articulo/resultados-elecciones-congreso-como-les-fue-a-la-farc/560000](http://www.semana.com/nacion/articulo/resultados-elecciones-congreso-como-les-fue-a-la-farc/560000).

<sup>35</sup> Independiente a los precarios resultados que obtengan en las contiendas electorales.

importantes, la próxima y aún compleja creación de dieciséis circunscripciones de paz para representación de víctimas y grupos sociales en el Congreso de la República<sup>36</sup>, entre otros aspectos.

Además, un lugar trascendental ocupó el tema del cultivo de coca, tan involucrado con la guerra en Colombia, pero que a su vez ha sido el mecanismo de subsistencia de miles de campesinos abandonados por el Estado, que vieron en esta actividad la única salida ante la pobreza y una forma de subsistencia. La sustitución es parte de la tarea, así como la férrea criminalización de la comercialización.

Y, por supuesto, las víctimas, porque el Acuerdo, en principio, no se realizó en lógica de victimarios u ofensores, aunque estos también fueron víctimas de las circunstancias. Es decir, el Acuerdo debe leerse en clave de víctimas, ávidas de verdad, justicia, no repetición y reparación.

## 8. El derecho a la verdad como garantía de reconstrucción social<sup>37</sup>

El modelo de justicia transicional que se implementó en Colombia con el Acto Legislativo 01 de 2017, a través del cual se creó un título de «disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera», resultado del Acuerdo Final construido mediante los diálogos de paz en la Habana, es genuino e inédito en el mundo.

El derecho a la verdad, que es lo primero que se pierde en toda guerra, en el esquema colombiano de justicia de transición pretende ser reconquistado a través de formas dialógicas, no litigiosas ni adversariales. Pues clásicamente la garantía de verdad que se ha alcanzado por las vías alternativas de justicia ha sido una verdad procesal e histórica, que más que sanar, paradójicamente ha querido ser olvidada en muchos casos por las víctimas.

Coaccionar a un ofensor para que le confiese a una madre en dónde está la fosa común de su hijo o esposo, por ejemplo, tiene una finalidad altruista; no obstante la forma es inocentemente destructiva y dolorosa, por cuanto reafirma las categorías de “víctima” y “victimario”, en vez de velar por recomponer la de “personas” por intermedio del diálogo y el perdón, que es lo que nos hace verdaderamente humanos, a diferencia de la venganza y el castigo, que no hacen más que heredar a los que aún no han nacido la herencia del gran sufrir.

Ya que una verdad que carece de belleza en sus formas es otra manera de postergar el sufrimiento y generar el deseo de olvidar, con el procedimiento dialógico entre ofensores y ofendidos, en cambio, se pretende construir una verdad sanadora —terapéutica— y con ella, más que la restauración de los patrimonios económicos, la reconstrucción de las relaciones humanas en una cultura que se hizo llamar por mucho tiempo “nación”, aunque la violencia de la colonización, que fue

<sup>36</sup> A la fecha de presentación, este propósito ha sido bloqueado por el Congreso de la República.

<sup>37</sup> Las reflexiones expuestas en este apartado tuvieron como fuente de inspiración al profesor Rodolfo Arango Rivadeneira, quien en el evento titulado “Cita con los magistrados de la JEP. Una pedagogía para la paz en función de las víctimas”, realizado el día 9 de abril del año 2018, en la Aula Máxima de la Universidad Libre, sede Bogotá, compartió sus disertaciones sobre la ontología y la originalidad del modelo que representa la Jurisdicción Especial para la Paz.

reafirmada años más tarde por las lógicas de centralización y positivismo, tan propias de la Modernidad y el Estado de derecho, hubieran diluido nuestras leyendas y relatos originarios, esto es, la verdad mítica que le sirve a los pueblos para trazar futuros comunes, más que ciertos, bellos y orientadores de una vida en comunidad.

La verdad, como epicentro de este proyecto humanizador de justicia de transición, será el vaso comunicante de la Jurisdicción Especial para la Paz, concebida en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, específicamente, y del punto 5 del Acuerdo Final (elaborado en atención a las víctimas), en términos generales. Así pues, la verdad se constituye como el paradigma a través del cual se pretende romper la histórica camisa de fuerza del retribucionismo penal: canon alguna vez pensado por los griegos que fue desarrollado a lo largo de los siglos por grandes filósofos, juristas y teóricos. Incluso, la enseñanza kantiana de que cada uno responde por lo que se merece<sup>38</sup> fue muy a tono con la adjudicación del monopolio de la violencia en el Estado que, como forma de legitimación de su poder de coacción, fundamentó la pena como respuesta estatal al delito.

Ya que la defensa de la verdad es, en gran medida, la defensa de la transición, y puesto que solo por medio de las vías alternativas de justicia será viable el milagro de transformar las causas objetivas del conflicto, el ofensor que no satisfaga las expectativas de verdad, dará a entender que desconoce el marco normativo y excepcional de la paz, y por eso, entonces, será tratado bajo lógicas adversariales clásicas. Lo propio pasará con quien no reconozca responsabilidad ni vele por la reparación integral de las víctimas, que en todo caso siempre requerirán de las garantías de verdad material y objetiva.

## **9. Un acercamiento al modelo transicional fruto de los diálogos de la Habana. Una propuesta que va más allá de lo jurídico**

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición está compuesto por diferentes mecanismos y medidas tanto judiciales como extrajudiciales que, en concordancia con un modelo eminentemente reconciliador, pretende hacer del aseguramiento del derecho a la verdad, la garantía de reconciliación y no repetición de los hechos atentatorios de derechos humanos<sup>39</sup>.

Una de las medidas alternativas más relevantes, puesto que es garante de la reconstrucción del derecho a la verdad, por ejemplo, es la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, modelo genuino, original y hasta arriesgado que creó una nueva estructura para abordar un caso de cierre de guerra. Esta Jurisdicción se caracteriza por reconciliar dos tipos de procedimientos: uno litigioso o adversarial, en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y otro dialógico o no controversial, en caso de reconocimiento de

<sup>38</sup> Cfr. I. Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, 2005.

<sup>39</sup> Cfr. *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, 2016.

verdad y responsabilidad<sup>40</sup>.

En lo atinente al ámbito de aplicación, valga precisar que esta Jurisdicción tiene un triple enfoque que se destinará a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto; esto es: los exmiembros de las FARC que hayan suscrito el Acuerdo; los agentes del Estado que tengan alguna relación con el conflicto, por haber cometido delitos en razón de este; y los terceros (financiadores o colaboradores del conflicto) que voluntariamente comparezcan ante la JEP<sup>41</sup>.

En sintonía con la política judicial de transición, y para los delitos no susceptibles de indulto o amnistía<sup>42</sup>, el Tribunal podrá imponer tres tipos de sanciones: propias, alternativas y ordinarias. Las propias tendrán cabida cuando el ofensor satisfaga el principio operativo del procedimiento no adversarial o dialógico, esto es, el derecho a la verdad por medio del reconocimiento de responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de la JEP. Estas sanciones tendrán una función reparadora y restaurativa<sup>43</sup>, y aunque representarán una restricción

---

<sup>40</sup> La Jurisdicción Especial para la Paz «está compuesta por una Secretaría Ejecutiva y cinco órganos: La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Amnistía e Indulto; la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; la Unidad de Investigación y Acusación y el Tribunal para la Paz, que está integrado, a su vez, por cuatro secciones: (i) Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad; (ii) Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad; (iii) Sección de apelación; (iv) Sección de revisión». Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Jurisdicción Especial para la Paz, [www.altocomisionado.paralapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html](http://www.altocomisionado.paralapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html); *Acuerdo Final...*, cit.

La JEP está constituida por treinta y ocho magistrados. De estos, dieciocho se distribuyeron entre las tres salas de justicia: seis hacen parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; seis, de la Sala de Amnistía e Indulto, y seis, de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Los veinte magistrados restantes integran el Tribunal Especial para la Paz, así: cinco están en la Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad; cinco, en la Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad; cinco, en la Sección de apelación, y cinco, en la Sección de revisión.

<sup>41</sup> En Sentencia C-674 de 2017, la Corte manifestó que «el acceso forzoso de los no combatientes en el conflicto armado a la Jurisdicción Especial para la Paz y al tratamiento especial correspondiente, anula la garantía del juez natural y el principio de legalidad [...] la Corte señaló que si bien, dentro del principio de juez natural es posible crear tribunales especiales, y hacer cambios de competencia, el acceso forzoso de terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública a la JEP, implicaría radicar en un órgano jurisdiccional autónomo, configurado a partir de unos particulares objetivos, la competencia para juzgar los delitos y las demás infracciones relacionadas con el conflicto armado cometidas con anterioridad a su creación, a partir de principios y reglas ajenas a las que irradiaron el diseño de la jurisdicción en la Constitución de 1991, tanto en su conformación como en su estructura y funcionamiento, y que además, en relación con tales terceros, puede no satisfacer las garantías de independencia interna y externa y de imparcialidad». Corte Constitucional. Sentencia C-674/17 [M. P. Luís Guillermo Guerrero Pérez].

<sup>42</sup> La JEP podrá conceder amnistías o indultos para el caso de delitos políticos y conexos; los delitos de lesa humanidad y genocidio, así como los graves crímenes de guerra, no serán amnistiables ni indultables.

<sup>43</sup> Entre otras, las actividades podrán comprender la «limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos; la construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.», *Acuerdo Final...*, cit., 173.

para los derechos de libertad de movimiento y de residencia, no los anularán en tanto que no incluirán penas privativas de libertad. Las sanciones propias tendrán, por regla general, una duración que oscilará entre los cinco y los ocho años; cuando el ofensor no haya tenido una participación determinante en el delito, la pena será de dos a cinco años.

Las sanciones alternativas, a su vez, tendrán lugar cuando el ofensor reconozca tardíamente verdad ante la Sección de enjuiciamiento y antes de que se haya proferido sentencia<sup>44</sup>. Estas sanciones, puesto que el ofensor ciertamente estará en un punto medio entre el procedimiento dialógico y el controversial, tendrán un componente retributivo, en tanto comprenderán la tradicional pena de prisión, pero tendrán naturaleza transicional dado que la duración de la restricción efectiva de la libertad oscilará entre los cinco y los ocho años. Así pues, esta modalidad de sanción, a propósito de la simbiosis de procedimientos y nociones de justicia, tendrá una identidad ciertamente ambivalente, justificadamente híbrida.

Finalmente, las sanciones ordinarias procederán cuando no haya reconocimiento de responsabilidad. En este caso, y previa condena por parte del Tribunal para la Paz, la pena privativa de libertad oscilará entre los quince y los veinte años<sup>45</sup>. Como se puede ver, la función de esta sanción, en correspondencia con la no optimización del alcance de la garantía restaurativa de verdad por parte del ofensor, será eminentemente retributiva.

Es la nueva hermenéutica para leer el derecho a la verdad, entonces, lo que ciertamente hace de este modelo transicional, un modelo único en el mundo. El derecho a la verdad, incluso, así como determina el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, es la piedra angular de los demás mecanismos judiciales y extrajudiciales que integran el nuevo sistema de justicia. Con la convicción de que solo de esta forma será posible iniciar un proceso de recomposición de la cultura: patrimonio humano de todo pueblo que desee tener un futuro común, por primera vez en Colombia un modelo de transición fue acompañado con una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición: mecanismo de reconstrucción de memoria histórica que dará testimonio de lo que ocurrió en estos últimos sesenta años; no en vano las fórmulas de perdón y olvido, traducidas en medidas absolutas de amnistía o indulto, son la primera negación de justicia, porque son la mayor privación de verdad. Argentina, Guatemala y Sudáfrica, entre otros, dieron cuenta de esta enseñanza desde su experiencia de transición.

Adicionalmente, la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, cuyo gran objetivo principal es humanizar las secuelas de la guerra, por una parte, facilitando que quienes perdieron a sus seres queridos en razón del conflicto puedan reencontrarse con sus restos, llorar a sus muertos, darles una digna sepultura; es decir, reconstruir la historia de los que nunca volvieron, y por otra, optimizando medidas efectivas que velen por hallar el paradero de quienes aún se encuentran con vida.

Asimismo, en sintonía con estas nuevas formas de justicia, se implementarán

<sup>44</sup> *Acuerdo Final...*, cit., 157, 165 y 174.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, 166 y 175.

medidas para la construcción de la paz, tendientes a velar por la satisfacción de los derechos de las víctimas a la restitución, la indemnización y la reparación colectiva. La construcción de la denominada “paz territorial”, por ejemplo, cifrada en 16 programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante Decreto 893 del 2017, aspira a implementar «instrumentos de planificación y de gestión de programas sectoriales en el marco de una reforma rural integral». Si bien no sobran como medida de reparación, también es cierto que no son suficientes. Dieciséis territorios en espera de concreción e impulso, regiones que, a su vez, agrupan a 170 municipios ávidos de construcción institucional. En cualquier caso, la “paz territorial” debe ir más allá de las entidades seleccionadas y de esta clase de intervenciones. La organización territorial colombiana es desequilibrada y la mayoría de los municipios no tienen las condiciones institucionales suficientes para garantizar un nivel de vida digno y el no retorno a la guerra o a la criminalidad.

Finalmente, garantizar la no repetición de hechos atentarios contra derechos humanos es el mayor reto, sobre todo en estos momentos en los cuales la muerte acecha en Colombia a todo líder de paz porque, ciertamente, silenciarlos a ellos es la forma más voraz de silenciar la verdad y asegurar condiciones de impunidad y olvido.

Es esta interesante síntesis entre mecanismos judiciales y extrajudiciales, procedimientos adversariales y dialógicos, lo que tanto distinguirá al proceso de paz colombiano que, al hacer del derecho a la verdad la fuente normativa de la transición, inspirará nuevas lecturas sobre la justicia, y entonces el paradigma de que al interior de un Estado solo puede existir un sistema normativo regido por cláusulas y procedimientos inflexibles, será bellamente confrontado por las múltiples formas a través de las cuales se reconstruirá la verdad, y con ella, un país que finalmente podría reinventarse como nación bajo un ideal común: el clamor de paz.

## 10. Conclusiones

Se ha superado la etapa en la que se pretendía lograr el cierre de guerra por medio de la impunidad total, a través de la concesión de amnistías e indultos, independiente de los delitos cometidos, o del retribucionismo jurídico-penal, distinguido por sancionar drástica e indistintamente a todos los que intervinieron en el conflicto. La nueva justicia restaurativa, en vez de incurrir en un falso dilema, plantea una tercera opción: un modelo de justicia que reivindica el diálogo como alternativa transicional entre el proyecto de la venganza y el proyecto del perdón. No en vano, mediante un diálogo entrecruzado no precedido de coacción, la verdad que se podría reconstruir sería una verdad más humanística que histórica y procesal.

Flexibilizar procedimientos por medio de alternativas no adversariales es una forma de embellecer la feliz síntesis que debe haber entre los métodos de transición y las finalidades altruistas de la paz, de humanizar las categorías de verdad, justicia y reparación, que durante mucho tiempo se tecnificaron tanto que terminamos olvidando que antes que derechos de connotación jurídica son garantías de convivencia civil, condiciones que en el caso de ser negadas deben ser

reivindicadas como un deber ético entre la sociedad y la reconstrucción de la cultura, y no solo como un derecho jurídico que debe satisfacer el Estado a las víctimas de la guerra.

Deslocalizar la justicia del ámbito retributivo, así pues, es una defensa de una corriente pluralista del derecho, en tanto que solo desde una perspectiva plural es posible potenciar en un mismo contexto socio-político la proliferación de diferentes manifestaciones de justicia que den respuesta a las necesidades existenciales de las distintas comunidades que viven al interior de los Estados.

Sin embargo, como toda conquista social tiene sus antagónicos, el modelo de justicia de transición que se implementó en Colombia, hoy corre diferentes peligros: uno de ellos, el posible desmonte del Acuerdo Final, por medio de futuros gobiernos de turno que vean en la búsqueda de la verdad una amenaza contra el silencio cómplice que hasta ahora ha encubierto sus nexos con los grupos paraestatales. Por fortuna, en Sentencia C-630/17, la Corte declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 02 de 2017, por medio del cual se estableció blindar jurídicamente el acuerdo suscrito entre las FARC y el Gobierno, durante los siguientes tres periodos presidenciales.

No obstante, aunque esto aporta seguridad y estabilidad jurídicas, comoquiera que se vela por salvaguardarla integridad sustancial del Acuerdo, también es cierto que los márgenes de interpretación y escogencia de los medios para llevar a cabo la implementación, podrían alterar el blindaje, y con él, el buen curso de la transición. De hecho, el potencial peligro de trastocar el Acuerdo ni siquiera es ajeno, paradójicamente, a quien propuso su defensa. La Corte Constitucional, en Sentencia C-674 de 2017, por ejemplo, limitó la facultad de investigar y sancionar a los terceros civiles responsables y a los parapolíticos que vieron en el conflicto una posibilidad de aumentar indefinidamente sus capitales, con el argumento de que su vinculación forzosa al proceso sería inconstitucional, en tanto que atentaría contra los principios de juez natural y legalidad<sup>46</sup>.

Defender el Acuerdo, en consecuencia, contra prácticas lesivas de la paz y la transición no dependerá exclusivamente de tribunales constitucionales; el posconflicto, al ser un asunto de preocupación vital y relevancia para todo aquel que vive en comunidad, requerirá de una sociedad consciente de que salvaguardar el Acuerdo es lo mismo que defender la pacificación de nuestra historia. No en vano de la transición pende la garantía de la verdad; es decir, la restauración de una cultura en clave de pluralismo que vea en el diálogo una posibilidad de construir una justicia transicional latinoamericana.

---

<sup>46</sup> Vid. nota 41.

# Il voto svizzero sull’“Iniziativa per l’autodeterminazione”: brevi note sul rapporto tra diritto interno e diritto internazionale nell’ordinamento elvetico

di Sergio Gerotto

**Abstract:** *The Swiss referendum on “self-determination initiative”: short notes on the relationship between Swiss law and international law* – The article discusses the proposal on self-determination to give Swiss law precedence over international law and treaties. In particular, it analyzes the relationship between Swiss law and international law.

**Keywords:** Swiss referendum; Self-determination initiative; International law.

## 1. Introduzione: qualche coordinata utile per comprendere l’iniziativa per l’“autodeterminazione”

Visto da fuori, quel che accade in Svizzera è spesso frutto di fraintendimenti. Per l’osservatore straniero non è infatti facile comprendere le dinamiche politiche ed istituzionali di un paese con caratteristiche talmente peculiari da renderlo sfuggente ad ogni tentativo di classificazione. Ciò non toglie, comunque, che a volte anche ciò che accade in Svizzera si palesi con la chiarezza cristallina dei fenomeni che possono facilmente essere classificati secondo modelli o categorie già consolidati. È il caso dell’iniziativa di revisione costituzionale *Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l’autodeterminazione)* votata, e rifiutata, il 25 novembre scorso. A tal proposito non sono possibili fraintendimenti. L’iniziativa si colloca nel solco dei fenomeni del sovranismo e del populismo, o sovranismo populista.

Ciò detto, sarebbe scorretto limitarsi ad una generica classificazione senza fare lo sforzo di collocare il voto del 25 novembre nel quadro delle specificità svizzere. Solo così è possibile capire il perché dell’iniziativa per l’autodeterminazione, le contraddizioni in cui incorreva e, forse, anche le ragioni del suo rigetto da parte degli elettori svizzeri. A tal proposito è utile procedere con l’ausilio di alcune coordinate: giustizia costituzionale, ed in particolare l’assenza del controllo di costituzionalità delle leggi federali (par. 2); democrazia diretta, ed in particolare la sua estensione al processo di creazione e recepimento delle norme internazionali che vincolano la Svizzera (par. 3); rapporto tra l’ordinamento interno e quello internazionale (par. 4).

Da un raffronto tra il testo della Costituzione vigente e quello che sarebbe stato se l’iniziativa fosse stata approvata (v. tabella seguente), emergono con

chiarezza i due obiettivi della modifica costituzionale proposta: affermare la supremazia della Costituzione su ogni altra fonte dell'ordinamento (art. 5 cpv. 1), ed in particolare sul diritto internazionale (art. 5 cpv. 4 e 56a); rafforzare il ruolo della volontà popolare nel processo decisionale che conduce all'approvazione dei vincoli di diritto internazionale (art. 190).

Testo vigente	Testo dell'iniziativa
Art. 5 cpv. 1 Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato.	Art. 5 cpv. 1 1 Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato. La Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera.
Art. 5 cpv. 4 La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale.	Art. 5 cpv. 4 4 La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale. La Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale
L'iniziativa prevedeva l'introduzione di un articolo inesistente nella Costituzione vigente, che avrebbe avuto la numerazione 56a.	Art. 56a Obblighi di diritto internazionale 1 La Confederazione e i Cantoni non assumono obblighi di diritto internazionale che contraddicano alla Costituzione federale. 2 In caso di contraddizione, adeguano gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, se necessario denunciando i trattati internazionali in questione. 3 Sono fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale.
Art. 190 Diritto determinante Le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto.	Art. 190 Diritto determinante Le leggi federali e i trattati internazionali il cui decreto d'approvazione sia stato assoggettato a referendum sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto.
L'iniziativa prevedeva l'introduzione di una nuova disposizione transitoria contenente una clausola di retroattività.	Art. 197 n. 124 12. Disposizione transitoria degli art. 5 cpv. 1 e 4 (Stato di diritto), 56a (Obblighi di diritto internazionale) e 190 (Diritto determinante) Con l'accettazione da parte del Popolo e dei Cantoni, gli articoli 5 capoversi 1 e 4, 56a e 190 si applicano alle disposizioni vigenti e future della Costituzione federale e agli obblighi di diritto internazionale vigenti e futuri della Confederazione e dei Cantoni.

## 2. Il controllo di convenzionalità come surrogato del controllo di costituzionalità

Tra le caratteristiche meglio note dell'ordinamento svizzero vi è di sicuro l'assenza del controllo di costituzionalità per le leggi federali e gli atti equiparati. Tale peculiarità non è senza riflessi sul tema che qui si esamina, quello cioè del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale.

In effetti è proprio la “lacuna” nel controllo di costituzionalità che ha spinto, o quanto meno permesso, il Tribunale federale ad estendere in via interpretativa la sua giurisdizione al cosiddetto controllo di convenzionalità, ovvero proprio il *punctum dolens* che ha condotto all'iniziativa per l'autodeterminazione. Non a caso l'evento scatenante che ha convinto l'UDC ad impegnarsi nella promozione dell'iniziativa sull'autodeterminazione è stata una decisione nella quale il Tribunale federale ha affermato, o sarebbe meglio dire riaffermato, il valore della CEDU quale parametro di giudizio per gli atti di diritto interno<sup>1</sup>.

Quanto detto offre lo spunto per un chiarimento circa l'estensione della giustizia costituzionale in Svizzera. Il controllo di costituzionalità non è infatti del tutto assente, ed anzi esso riguarda un ampio spettro di atti (sia pur escludendo le leggi federali), ed una varia tipologia di organi che devono esercitarlo. Inoltre, non è del tutto vero che al Tribunale federale manchi del tutto la possibilità di pronunciarsi sul possibile conflitto tra una legge federale e la Costituzione.

Riguardo al primo aspetto basti richiamare le parole di Andreas Auer. « Dans un sens large », afferma Auer, « il faut entendre par juridiction constitutionnelle toute procédure de contrôle de la constitutionnalité des actes étatiques »<sup>2</sup>. Applicare alla Svizzera tale definizione generale porta a ricostruire un sistema di giustizia costituzionale quanto mai ampio per due ragioni fondamentali: innanzitutto perché la locuzione « *acte étatique* » va in realtà intesa, secondo i parametri a noi più usuali, come « atto proveniente da una autorità pubblica », sia essa comunale, cantonale o federale – eccezion fatta, lo ripetiamo per le leggi federali – od anche un'autorità esercitante il potere giudiziario<sup>3</sup>; in secondo luogo perché il sistema di giustizia costituzionale adottato dall'ordinamento svizzero è un sistema diffuso, anzi, più che diffuso, perché il controllo di costituzionalità non compete solo ai giudici ma ad ogni autorità incaricata di applicare il diritto, giacché nel farlo essa ha l'obbligo di verificarne preliminarmente la conformità a Costituzione<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> DTF 139 I 16, Il TF annulla una decisione sul rimpatrio di un macedone condannato per traffico di stupefacenti in quanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. In particolare per contrasto con l'art. 8 CEDU.

<sup>2</sup> A. Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basilea, 1983, 5.

<sup>3</sup> A. Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, cit., 11 ss.

<sup>4</sup> Si tratta dell'istituto noto con la definizione francese di « *contrôl préjudiciel général* » o con quella tedesca di « *allgemeines akzessorisches Prüfungsrecht* », che prima della riforma costituzionale del 1999 la dottrina traeva da una lettura a contrario del vecchio articolo 113 Cost. per cui se era vietata al Tribunale federale la verifica della costituzionalità delle leggi federali allora era ad esso – ed ad ogni altra autorità – permesso il controllo di costituzionalità di ogni altro atto (A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Bern, 2006, 671 ss.), mentre oggi la dottrina collega ad una consuetudine di natura costituzionale (A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, cit. 672). A ciò deve aggiungersi che il sistema svizzero si caratterizza per essere diffuso non solo all'interno dei confini nazionali, ma anche a livello internazionale. La dottrina svizzera include infatti nella « *jurisdiction constitutionnelle* » anche l'azione delle Corti internazionali, ed in particolare quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nel vigilare sul rispetto della Convenzione

Ho poco sopra dichiarato non essere del tutto vera l'affermazione secondo la quale le leggi federali sarebbero sottratte al controllo di costituzionalità da parte del Tribunale federale. Storicamente tale limitazione imposta alla Corte di Losanna è stata tratta dall'articolo 113 c. 3 della Cost. 1874<sup>5</sup>, disposizione oggi ripresa dall'articolo 190 Cost., secondo il quale « *le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto* ». In tale disposizione, è stato possibile vedere sia un obbligo d'applicazione di talune fonti (*Anwendungsgebot*) sia un divieto di esaminarne la conformità a Costituzione (*Prüfungsverbot*). Per molto tempo il secondo dei due approcci è prevalso tanto nella dottrina come nella giurisprudenza. Fino al 1969, infatti, il Tribunale federale riteneva irricevibili i ricorsi contro una legge federale per presunte violazioni del diritto costituzionale. Dal 1969 è però iniziata un'evoluzione che ha dapprima temperato, e poi anche superato, l'interpretazione che traeva dall'art. 113 c. 3 Cost. 1874 un *Prüfungsverbot*<sup>6</sup>. In un primo tempo i giudici di Losanna hanno sviluppato la teoria dell'interpretazione conforme, la quale permetteva loro un certo margine di manovra nei confronti delle leggi federali che si prestavano a diverse interpretazioni. In tali casi, pur partendo da una presunzione di conformità a Costituzione, i giudici avevano la possibilità di sviluppare soluzioni alternative a quelle che emergevano dalla lettera o dallo spirito della legge come incostituzionali.<sup>7</sup> Ulteriori passi verso una più compiuta giurisdizione costituzionale sono stati compiuti nel 1991 e nel 1993. Nel 1991 il Tribunale federale ha espressamente affermato che la disposizione di cui all'art. 113 c. 3 Cost. 1874 non contiene un *Prüfungsverbot* bensì un *Anwendungsgebot*. Se dunque è vero, affermano i giudici federali, che essi sono obbligati ad applicare le leggi federali – e il diritto internazionale –, ciò non sottrae loro la possibilità di esaminare, pur senza emettere sanzione alcuna, la conformità di tali atti alla Costituzione<sup>8</sup>. Nel 1993 per la prima volta il Tribunale federale ha disapplicato una legge federale in quanto contraria ad un trattato internazionale<sup>9</sup>, ed aprendo la strada ad una giurisprudenza che impedisce allo stesso Tribunale federale di applicare una legge federale qualora essa violi un diritto fondamentale garantito da una convenzione internazionale, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU). Si è così confermata una prassi che la dottrina aveva già da

---

europea dei diritti dell'uomo esercita di fatto anche un controllo di costituzionalità di un ampio ventaglio di atti delle autorità svizzere, siano esse comunali, cantonali o federali (Cfr. M. Hottellier, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Lausanne, 1985. V. anche A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, cit. 651.

<sup>5</sup> « In tutti questi casi però il Tribunale federale prenderà a norma le leggi emanate dall'Assemblea federale e le risoluzioni della medesima di carattere obbligatorio generale, come pure i trattati da lei ratificati ».

<sup>6</sup> L'evoluzione cui si accenna è ben descritta in A. Auer, M. Hottellier, G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, 653 ss.

<sup>7</sup> DTF 95 I 330. Vedi anche 122 III 469 e 119 Ia 141.

<sup>8</sup> DTF 117 Ib 367, ed in seguito 118 Ia 341, 119 V 271, 122 V 83 e altre.

<sup>9</sup> DTF 119 V 171.

tempo definito come « *contrôle de la conventionnalité* »<sup>10</sup> delle leggi federali. Tale evoluzione giurisprudenziale è di estrema rilevanza per almeno due ordini di ragioni: da una parte perché dimostra che nell'ordinamento svizzero è avvertito un certo disagio a causa della mancanza di un controllo di costituzionalità delle leggi federali a fronte degli *standards* imposti dal diritto internazionale pattizio (CEDU)<sup>11</sup>; dall'altra perché dimostra, come dicevamo poco sopra, che nella realtà non vi è una totale assenza del controllo di costituzionalità delle leggi federali in Svizzera.<sup>12</sup>

In ultima analisi, dunque, se il Tribunale federale si è spinto fino a fare della CEDU un parametro per esercitare “*intra moenia*” una forma di controllo delle leggi federali è anche a causa dell'assenza del controllo di costituzionalità. Un po' come dire che il Tribunale federale non ha voluto abdicare del tutto ad un ruolo che altrimenti avrebbe assunto in via esclusiva la Corte EDU.

### 3. Democrazia diretta e diritto internazionale

Anche per delineare i tratti di questa seconda coordinata mi pongo una semplice domanda: gli elettori svizzeri, o più latamente cittadini svizzeri, hanno la possibilità di incidere sulla formazione delle norme di diritto internazionale pattizio che vincolano la Svizzera?

Va subito detto che in pochi altri ordinamenti gli elettori sono chiamati così spesso ad esprimere il proprio voto, mediante l'istituto del referendum, sugli atti adottati dalle autorità o sulle iniziative presentate dagli elettori stessi organizzati in comitati promotori. Questa caratteristica ha permesso di definire il modello svizzero come un sistema di “democrazia semi-diretta”. In altre parole, il potere decisionale non è interamente delegato alle istituzioni rappresentative, ed il popolo conserva l'ultima parola praticamente in ogni ambito della vita organizzata, a livello comunale, cantonale e federale.

Il sistema di democrazia semi-diretta si completa con una serie di istituti partecipativi, quali la consultazione in fase pre-parlamentare di tutti i soggetti interessati all'atto in formazione (art. 147 Cost.) o la partecipazione dei Cantoni alla politica estera della Confederazione (art. 55 Cost.). Sono infatti questi istituti che garantiscono il regolare funzionamento del sistema ed il giusto equilibrio tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa.

---

<sup>10</sup> M. Hottellier, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Lausanne, 1985, 125.

<sup>11</sup> A tal proposito, M. Borghi, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel triennio 1995/97*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 447, sottolinea che non è un caso se si è avvertita l'esigenza prevedere come motivo speciale di revisione delle sentenze federali e cantonali la condanna della Svizzera in sede europea (cfr. art. 139a c. 1 Legge federale sull'organizzazione giudiziaria, RS 173.110, introdotto nel 1991).

<sup>12</sup> Riguardo l'influenza recente della CEDU sulla giurisprudenza del Tribunale federale si veda M. Borghi, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel triennio 1995/97*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 441 ss., oltre ai periodici rapporti sulla pratica svizzera in materia di diritti dell'uomo pubblicati in *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht (SZIER)*.

In questo complesso sistema la formazione del diritto internazionale pattizio non viene riservata in via esclusiva al circuito della democrazia rappresentativa. La Costituzione prevede infatti che alcuni trattati siano obbligatoriamente sottoposti al voto di popolo e Cantoni (art. 140 c. 1 lett. b)<sup>13</sup>, mentre per altri sia possibile attivare il referendum popolare su richiesta di 50 mila elettori o 8 Cantoni (art. 141 c. 1 lett. d)<sup>14</sup>.

I trattati internazionali più “problematici”, quelli cioè che potrebbero imporre limitazioni alla sovranità statale, sono sempre sottoposti, o comunque sottoponibili, a referendum. Certo, alcuni trattati oggi in vigore, ed in particolare la CEDU, sono stati approvati in un momento in cui le regole ora descritte non prevedevano la sottoposizione a referendum per la tipologia di accordo in cui essi ricadono. Oggi però anche la CEDU sarebbe sottoposta a referendum, e comunque, dopo la sua approvazione da parte della Svizzera nel 1974, molti protocolli aggiuntivi lo sono stati<sup>15</sup>.

Come dicevo poc’anzi, gli istituti di democrazia diretta si completano con la previsione di uno strumento partecipativo nella fase di preparazione degli atti statali. L’art. 147 Cost. prevede infatti che “*i Cantoni, i partiti politici e gli ambienti interessati sono consultati nell’ambito della preparazione di importanti atti legislativi e di altri progetti di ampia portata, nonché su importanti trattati internazionali*”. Qui il riferimento al diritto internazionale è molto generico. Non ritroviamo la classificazione fatta negli articoli 140 e 141, ma un semplice rinvio ad “importanti trattati internazionali”. La genericità della definizione dà certamente alle autorità federali un ampio margine di apprezzamento per decidere quali trattati sottomettere a consultazione e quali no, ma in linea generale possiamo ritenere che sfuggano alla procedura di consultazione i trattati conclusi in forma semplificata dal Consiglio federale, mentre possono esserlo quelli approvati dall’Assemblea federale.

L’intervento popolare nel processo decisionale che conduce la Svizzera a vincolarsi nell’ordinamento internazionale non è dunque marginale. Anzi, va rilevato anche che la capacità di influenzare le decisioni delle autorità si estende al di là del semplice impiego degli strumenti cui ho appena fatto cenno. L’influenza è infatti intrinseca al sistema, giacché le autorità sono portate ad agire tenendo conto dei possibili esiti di un eventuale referendum.

#### 4. Il rapporto diritto internazionale e diritto nazionale in Svizzera

---

<sup>13</sup> Nello specifico i trattati che prevedono l’adesione a organizzazioni di sicurezza collettiva o a comunità sopranazionali.

<sup>14</sup> I trattati internazionali di durata indeterminata e non denunciabili, quelli che prevedono l’adesione ad un’organizzazione internazionale, e quelli che includono disposizioni importanti contenenti concrete norme giuridiche o per l’attuazione dei quali è necessaria l’emanazione di leggi federali.

<sup>15</sup> È il caso del Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004, che ha introdotto numerose modifiche al sistema di controllo della Convenzione.

In estrema sintesi il sistema che regola il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale in Svizzera si fonda su una regola generale, una eccezione e una eccezione all'eccezione<sup>16</sup>.

La regola generale prevede un primato non assoluto del diritto internazionale. Nel rapporto tra diritto interno e diritto internazionale la Svizzera adotta un approccio di tipo monistico, con una tendenza a riconoscere in certe situazioni il primato del diritto internazionale su quello interno. Si tratta di un sistema monistico perché con il loro ingresso nell'ordinamento interno le norme di diritto internazionale diventano a tutti gli effetti diritto nazionale, e come tali sono direttamente valide ed applicabili o, detto in altri termini, possono essere invocate in giudizio dai cittadini<sup>17</sup>. La diretta applicabilità non è comunque automatica. In effetti, una norma di diritto internazionale può essere direttamente applicabile se è sufficientemente concreta da formare la base per una decisione,<sup>18</sup> e se sussiste un elevato interesse alla tutela dell'individuo. Se tali condizioni non sono riscontrabili, il Tribunale federale solitamente adotta un approccio deferente nei confronti del legislatore, a cui spetta di operare le scelte che concretizzano il diritto internazionale.

Che il sistema sia di tipo monistico non risolve il problema di eventuali conflitti tra norme di diritto interno e norme di diritto internazionale. Tali conflitti possono riguardare norme di rango costituzionale e norme di rango legislativo. La Costituzione non offre una soluzione definitiva. Esiste però un punto fermo: il diritto internazionale cogente (*ius cogens*) ha il primato assoluto, e ciò è confermato da una costante giurisprudenza del Tribunale federale<sup>19</sup>. Inoltre, essendo le iniziative popolari di revisione costituzionale soggette al limite dello *ius cogens*, non si vede perché al legislatore dovrebbe essere permesso ciò che non è permesso al popolo. Nel caso invece il conflitto riguardi una norma di diritto internazionale

---

<sup>16</sup> In seguito al moltiplicarsi di iniziative popolari contrarie al diritto internazionale, nel 2008 il Consiglio federale è stato chiamato ad esaminare in maniera approfondita la relazione tra il diritto interno ed i vincoli di diritto internazionale cui è soggetta la Svizzera. Cfr. *La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, Rapporto del Consiglio federale in adempimento dei postulati 07.3764 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 16 ottobre 2007 e 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 20 novembre 2008 del 5 marzo 2010*, FF 2010, p., 2015 ss. I risultati della relazione sono poi stati ripresi nel messaggio del Consiglio federale concernente l'iniziativa popolare «*Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)*» del 5 luglio 2017, FF 2017, p. 4617.

<sup>17</sup> È possibile rinvenire traccia del riconoscimento della diretta validità già nella primissima giurisprudenza del Tribunale federale. Cfr. DTF 3 270, 285-286 (nel 1877); 7 774, 781-782 (nel 1881); 27 I 192, 194 (nel 1901).

<sup>18</sup> Come ben precisa il Consiglio federale, “*Affinché i privati possano far valere diritti risultanti da disposizioni del diritto internazionale, secondo il parere concorde del Tribunale federale e del Consiglio federale occorre che tali disposizioni siano formulate in modo sufficientemente assoluto e chiaro nel contesto globale e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato, in modo che possano produrre un effetto diretto ed essere applicate in un caso concreto o fornire la base per una decisione in un simile caso*”, Relazione 2008, 2052. I concordi pareri sono rintracciabili nelle seguenti decisioni, pareri e perizie: DTF 129 II 249, 257 consid. 3.3; 124 III 90, 91 consid. 3a; Parere congiunto dell'Ufficio federale di giustizia e della Direzione del diritto internazionale del 26 aprile 1989, GAAC 53.54, 403; Perizia della Direzione del diritto internazionale del 4 marzo 1998, GAAC 64.21, 273 ss.

<sup>19</sup> Per citare una sola significativa decisione, DTF 125 II 417, ad esempio, di cui diremo di qui appresso.

non rientrante nella categoria dello *ius cogens*, le cose cambiano a seconda del rango della norma confliggente. Se il conflitto intercorre con una norma di rango costituzionale, è quest'ultima a dover essere applicata<sup>20</sup>. Se invece il conflitto è con una norma di rango legislativo non è possibile dare una risposta univoca. Ogni autorità chiamata ad applicare il diritto, non solo i giudici, avrà infatti un margine d'apprezzamento per decidere se dare preferenza al principio del primato del diritto internazionale o alla legge federale<sup>21</sup>.

Nella sua relazione del 2008 il Consiglio federale ha volutamente accantonato il problema del potenziale conflitto tra una norma di diritto internazionale ed una norma di diritto costituzionale ad essa cronologicamente successiva. Il problema non era d'attualità nel 2008, ma lo è di sicuro oggi, in particolare perché è proprio su un conflitto di questo tipo che si è innestata la vicenda che ha condotto all'iniziativa sull'autodeterminazione. In effetti, nella decisione del Tribunale federale 139 I 16 viene proprio posta la questione del conflitto tra una norma internazionale pattizia, nello specifico l'art. 8 CEDU, ed una norma di diritto costituzionale introdotta posteriormente su iniziativa popolare<sup>22</sup>.

Appare evidente che l'origine popolare della norma costituzionale fa sì che il problema del conflitto s'intrecci con quello del rispetto della volontà popolare da parte dei giudici. A tal proposito, va detto che la Costituzione pone dei limiti alle iniziative popolari, che possono essere dichiarate nulle dall'Assemblea federale in tutto o in parte se contraddicono il diritto internazionale cogente (art. 139 c. 3 Cost.). Il vaglio preventivo dell'Assemblea federale è comunque a maglie molto larghe, giacché viene utilizzata la tecnica dell'interpretazione conforme. Sono cioè dichiarate nulle le iniziative per le quali non è possibile alcuna interpretazione conforme al diritto internazionale con cui potenzialmente entrano in conflitto. È dunque piuttosto raro che una iniziativa venga annullata, essendo statisticamente sempre possibile trarne almeno una interpretazione conforme.

Il fatto che l'Assemblea federale proceda ad un controllo preventivo su una iniziativa popolare non elimina la possibilità che in seguito alla sua eventuale approvazione il Tribunale federale si trovi a giudicare su un caso che prevede l'applicazione del diritto costituzionale così introdotto, come è stato per la decisione in commento. In estrema sintesi, in quell'occasione il Tribunale federale ha annullato una decisione dell'Ufficio migrazione del Cantone Turgovia sul rimpatrio di un macedone condannato per traffico di stupefacenti in quanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito, ed in particolare per contrasto con l'art. 8 CEDU. Nella sua argomentazione, il Tribunale federale ha ritenuto che la normativa costituzionale non potesse applicarsi direttamente in quanto troppo

---

<sup>20</sup> *La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale*, cit., 2061, in particolare nt. 53.

<sup>21</sup> *La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale*, cit., 2061.

<sup>22</sup> Nello specifico l'art. 121 Cost., come modificato in seguito all'approvazione dell'Iniziativa popolare "per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)", approvata da popolo e Cantoni il 28.11.2010. L'articolo prevede oggi l'espulsione dello straniero per una serie di reati gravi, quali il traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani, violenza ed altro, lasciando però al legislatore il compito di definire le fattispecie aggiungendone eventualmente altre.

indeterminata ed in contrasto con vari principi della Costituzione e con. Per tale ragione, sostengono i giudici di Losanna, spetta al legislatore darvi attuazione “riequilibrando” i valori costituzionali in gioco.

Il controllo di convenzionalità presuppone, com'è logico, la prevalenza del diritto internazionale, o perlomeno parte di esso, sul diritto interno. Si tratta, in buona sostanza, dell'applicazione del criterio gerarchico nel caso di antinomia tra due norme appartenenti ad ordinamenti diversi ma che si compenetrano. Tale criterio non è però sempre sufficiente. A volte può essere utile intrecciare il criterio gerarchico con quello cronologico, soprattutto laddove il conflitto si instaura tra norme delle quali una, quella interna, ha una forte legittimazione democratica. Può infatti avvenire che il legislatore, con il supporto del corpo elettorale, intervenga posteriormente alla ratifica di un accordo internazionale, con la precisa volontà di disciplinare una materia in modo difforme da quanto stabilito dall'accordo stesso. In questi casi il Tribunale federale fa ricorso ad un principio che esso stesso ha enucleato già agli inizi degli anni '70 del secolo scorso. La giurisprudenza Schubert stabilisce la prevalenza “*ove sussista un autentico conflitto*”, [...] “*del diritto internazionale, sia esso anteriore o posteriore alla norma del diritto interno. La possibilità d'una eventuale e consapevole deroga da parte del legislatore, fonte suprema del diritto interno, consente di mitigare certi rigori e di salvaguardare in pratica determinati imperiosi interessi*”<sup>23</sup>. Si tratta dunque di una eccezione al principio del primato del diritto internazionale.

La posizione del Tribunale federale in tema di rapporti tra diritto interno e diritto internazionale ha evidentemente lo scopo di preservare le prerogative del sistema democratico svizzero, che com'è noto ha una forte legittimazione democratica. Ma la ricostruzione dei criteri che regolano tali rapporti è più complessa di una mera combinazione dei due criteri gerarchico e di competenza. In effetti, tra le variabili entra anche il rapporto tra *corpus* giurisprudenziali diversi, e in particolare tra quella del Tribunale federale e quella della CGCE. La Corte di Losanna tiene infatti in debita considerazione la giurisprudenza comunitaria al fine di garantire una uniformità di situazioni tra gli Stati membri UE, da una parte, e tra questi e la Svizzera, dall'altra (142 II 35).

Dicevo che il sistema si completa con una eccezione all'eccezione. In sostanza, ci sono casi in cui la giurisprudenza Schubert non si applica. È il caso dell'Accordo sul libero scambio (ALC), per il quale il Tribunale federale ha già stabilito in passato che esso ha la primazia sul diritto interno, anche quando la legge sia frutto di una deliberata scelta del legislatore difforme dai contenuti dell'accordo. In altre parole, la dottrina Schubert non si applica all'ALC perché, ritiene il Tribunale federale, “*L'intero ALC è improntato alla realizzazione della libera circolazione. Orbene, questa libertà viene espressamente qualificata dal regolamento n. 1612/68, terzo considerando introduttivo, quale diritto fondamentale*” [e] “*ciò porta ad assimilare l'art. 9 cpv. 2 allegato I ALC alle norme di diritto internazionale che hanno per scopo la tutela dei diritti dell'uomo, e induce di conseguenza ad esprimersi in favore di*

---

<sup>23</sup> DTF 99 Ib 39

una sua prevalenza sulle disposizioni di legge federali”<sup>24</sup>. La giurisprudenza Schubert non è cioè applicabile agli accordi che mirano alla tutela dei diritti dell’uomo, ed il legislatore non ha, pertanto, la possibilità di derogarvi, sia pur espressamente e consapevolmente.

Diverso è il caso della decisione DTF 139 I 16, nella quale il Tribunale federale ha annullato una decisione cantonale di rimpatrio di un cittadino un macedone condannato per traffico di stupefacenti in quanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. In particolare per contrasto con l’art. 8 CEDU.

Per il Tribunale federale i risultanti dall’iniziativa sul rimpatrio non possono applicarsi direttamente perché la normativa è troppo indeterminata ed in contrasto con vari principi della Costituzione. Per tale motivo, sostengono i giudici di Losanna, spetta al legislatore darvi attuazione “riequilibrando” i valori costituzionali in gioco.

### 5. Alcune contraddizioni dell’iniziativa per l’“autodeterminazione”

Il titolo completo dell’iniziativa per l’“autodeterminazione”, era «*Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l’autodeterminazione)*». Lo ricordo perché è utile misurarne gli obiettivi dichiarati rispetto a quelli che potenzialmente avrebbe potuto produrre.

Alla luce di quanto ho succintamente descritto nelle pagine precedenti, una prima contraddizione è forse più evidente all’osservatore straniero che non a quello autoctono, a causa di una distorsione cognitiva che porta ad enfatizzare gli aspetti negativi dell’ambiente in cui viviamo relativizzando quelli positivi. La presenza di strumenti partecipativi e co-decisionali nel processo di adozione delle decisioni che conducono al vincolo internazionale è molto ampia (par. 3). Non è dato riscontrare in altri ordinamenti democratici una tale latitudine di possibilità offerte al popolo di intervenire nel processo decisionale che conduce all’approvazione dei trattati. Non si può dunque dire che in Svizzera gli obblighi internazionali siano calati dall’alto, e non si capisce perché dovrebbe essere (ri)messo in discussione a posteriori ciò che è stato deciso preventivamente con modalità partecipate. *Rectius*, si capisce perfettamente che il problema non è il diritto internazionale in sé, ma piuttosto l’applicazione che ne viene data all’interno dell’ordinamento nazionale. Ora, siccome le modalità applicative sono state definite dal Tribunale federale in via giurisprudenziale, il problema, visto dalla prospettiva dei promotori dell’iniziativa, sta proprio nel Tribunale federale. Come acutamente rileva Pascal Mahon<sup>25</sup>, il senso dell’iniziativa non era quello di limitare il margine di

<sup>24</sup> DTF 133 V 367, 388. Nel caso di specie si trattava di un contrasto tra ALC e LADI circa le ragioni che possono legittimamente consentire una esenzione dall’obbligo contributivo per l’assicurazione contro la disoccupazione. Il problema toccava i diritti di un cittadino svizzero che per motivi di salute si era licenziato e stabilito temporaneamente all’estero. Il Tribunale federale ha nella fattispecie interpretato la normativa interna alla luce della definizione di “vantaggi sociali” contenuta nell’ALC, concludendone che non sarebbe stato possibile discriminare un cittadino svizzero nei confronti di uno comunitario richiedendo il requisito del domicilio per il godimento dell’esenzione dall’obbligo contributivo.

<sup>25</sup> *Les contradictions de l’initiative pour l’autodétermination*, in *Plaidoyer* 04/2018 del 27 agosto 2018, intervista raccolta da Suzanne Pasquier

apprezzamento dei giudici stranieri, ma piuttosto quello del Tribunale federale. Si spiega così anche una seconda contraddizione in dell'iniziativa sull'“autodeterminazione”, quella di voler affermare la supremazia della Costituzione senza prevedere espressamente il controllo di costituzionalità delle leggi federali. Quale occasione sarebbe stata migliore compiere finalmente questa scelta?

Spostandosi dalle intenzioni al piano del diritto positivo, poi, l'iniziativa soffriva di una serie di contraddizioni, ed incongruenze, che ne avrebbero reso difficile in concreto l'applicazione. Un primo problema attiene alle categorie che sarebbero state introdotte. In particolare, l'art 56a prevedeva quanto segue:

Art. 56a Obblighi di diritto internazionale

1 La Confederazione e i Cantoni non assumono obblighi di diritto internazionale che contraddicano alla Costituzione federale.

2 In caso di contraddizione, adeguano gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, se necessario denunciando i trattati internazionali in questione.

3 Sono fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale.

Anche ad un esame sommario vengono in mente una serie di interrogativi di non facile soluzione. Cosa si sarebbe dovuto intendere per “contraddizione”? A chi sarebbe spettato rilevare le eventuali contraddizioni ed eventualmente la decisione di denunciare un trattato? E cosa fare nei casi di un eventuale accordo in cui una sola singola norma contraddicesse il diritto interno? Un po' come dire l'equivalente giuridico del detto “buttare via il bambino con l'acqua sporca”.

Ancora più problematica, però, era la distinzione di regime introdotta tra “trattati il cui decreto di approvazione sia stato sottoposto a referendum” e tutti gli altri. I primi sarebbero stati “determinanti” per il Tribunale federale, che avrebbe quindi avuto l'obbligo di applicarli, per gli altri sarebbe invece scattato l'obbligo, peraltro retroattivo, di controllo, eventuale tentativo di rinegoziazione ed eventuale, infine, denuncia.

Soprascedendo sui problemi conseguenti alla retroattività di una tale previsione, c'è da chiedersi quale strada si sarebbe dovuta percorrere per quei trattati ormai ibridati per le modifiche intercorse dopo la loro prima approvazione. Basti pensare alla CEDU, di cui ho già detto. Approvata senza essere stata sottoposta a referendum, e già più volte modificata. Come si sarebbe dovuto procedere in questi casi? Le opzioni sarebbero state probabilmente tre: 1) opzione “evolutiva”, considerare l'intero trattato come sottoposto a referendum; 2) opzione “originalista”, considerare il trattato come non sottoposto a referendum; 3) opzione “di fantasia”, scorporare le norme originarie da quelle le cui modifiche avevano passato il “vaglio” referendario e trattarle distintamente. L'opzione 3) essendo per ovvi motivi impraticabile, sarebbero rimaste le prime due, e la scelta tra l'una e l'altra sarebbe stata, di volta in volta, politica. Non credo si sbagli di molto a ritenere che per i promotori dell'iniziativa il trattamento da riservare alla CEDU sarebbe stato quello del controllo, rinegoziazione ed eventuale denuncia. E forse era proprio questo lo scopo, neppure tanto velato, dell'iniziativa.

## Il sistema della Cedu e le resistenze nazionali: dal referendum svizzero un'indicazione in controtendenza

di Laura Montanari

### **Abstract: *The ECHR System and the national resistances: the case of Swiss referendum***

– The paper analyses the risks for human rights because of populist attacks. The Swiss referendum aimed at modifying the constitution to place Swiss legislation above international law and could have been the first step towards withdrawing Switzerland from the European Convention on Human Rights. Therefore, the paper underlines the reactions to the rejection of Self-determination Initiative (also known as the “Swiss law, not foreign judges” initiative) by Swiss voters.

**Keywords:** European Convention on Human Rights; International law; Swiss law.

### **1. Premessa**

Il referendum con cui il popolo svizzero ha rigettato, lo scorso 25 novembre, la proposta di riforma costituzionale oggetto dell'iniziativa popolare «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)» avviata nel 2016 può offrire interessanti spunti di riflessione anche rispetto al (ai problemi del) funzionamento del sistema Cedu.

Le disposizioni di cui si auspicava l'inserimento nel testo costituzionale avevano, ovviamente, carattere generale e riguardavano i rapporti con il diritto internazionale pattizio. L'art. 5 sarebbe stato modificato con la riformulazione del primo comma nei seguenti termini «Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato. La Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera», mentre al quarto comma la previsione secondo cui «La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale» sarebbe stata integrata dalla precisazione che «La Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale». Sarebbe stato inserito un nuovo art. 56a, dedicato agli «Obblighi di diritto internazionale», secondo cui «1. La Confederazione e i Cantoni non assumono obblighi di diritto internazionale che contraddicano alla Costituzione federale. 2. In caso di contraddizione, adeguano gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, se necessario denunciando i trattati internazionali in questione. 3. Sono fatte salve le disposizioni cogenti del diritto

internazionale»<sup>1</sup>. Si tratta di disposizioni volte a definire in modo espreso i rapporti tra le fonti e in particolare la collocazione del diritto internazionale pattizio. Si riafferma la prevalenza della Costituzione sui trattati, cui consegue nel caso di conflitto la necessità di «adeguare gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale», sino a denunciare i trattati stessi. Una disposizione provvisoria avrebbe previsto l'applicazione delle nuove norme anche ai trattati già in vigore.

Tuttavia, se guardiamo al titolo dell'iniziativa popolare "Il diritto svizzero anziché giudici stranieri" emerge come l'obiettivo principale fosse quello di limitare l'incidenza di quegli strumenti internazionali che prevedono un organo di carattere giurisdizionale e, quindi, in ambito europeo innanzitutto della Cedu. In questa prospettiva, la vicenda svizzera richiama le resistenze che si stanno sviluppando in diversi Paesi parte della Cedu, che negli anni più recenti stanno mettendo in discussione l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo. La formula prima richiamata si potrebbe utilizzare, ad esempio, per descrivere le riforme che tra il 2014 e il 2015 hanno introdotto in Russia un controllo preventivo sulle decisioni "di un organo intergovernativo per la tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo" al fine di verificare che rispettino la Costituzione. Tale nuova disciplina ha trovato immediatamente applicazione proprio con riferimento alla Cedu<sup>2</sup>.

Il referendum svizzero può essere, perciò, l'occasione per riflettere sulla nuova situazione che si sta creando in Europa e che, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe mettere in crisi il sistema di tutela dei diritti creato con la Cedu. Come è stato ribadito nella "Copenhagen Declaration" del 12-13 aprile 2018, infatti, «[a] strong political commitment by the States Parties to execute judgments is of vital importance»<sup>3</sup>. In Svizzera, nonostante la proposta di riforma fosse sostenuta dal Partito unione democratica di centro (Udc) che gode di un ampio sostegno popolare<sup>4</sup>, il popolo ha rigettato con forza tale ipotesi. Per l'approvazione della revisione costituzionale era richiesto il voto favorevole della maggioranza dei cittadini e della maggioranza dei Cantoni<sup>5</sup>. Ebbene in nessun Cantone è stata raggiunta la maggioranza, segno di un'opposizione diffusa ad un

<sup>1</sup> Si deve precisare che il progetto di riforma prevedeva anche una modifica dell'art. 190, stabilendo che «ai giudici e alle autorità amministrative di applicare i trattati internazionali contrari alla Costituzione soltanto se il relativo decreto d'approvazione è stato sottoposto a referendum».

Si veda per la documentazione di riferimento il sito del Consiglio federale, all'indirizzo internet [www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/votazioni/20181125.html](http://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/votazioni/20181125.html)

<sup>2</sup> Sul caso russo v. A. Di Gregorio, Russia. *Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione*, in *federalismi.it*, n. 2, 2016 e C. Filippini, *Il diritto di obiezione della Corte costituzionale della Russia nei confronti dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *forumcostituzionale.it*, 14 maggio 2016.

<sup>3</sup> La Dichiarazione è stata adottata al termine della Conferenza di Alto Livello che si è svolta a Copenaghen il 12-13 aprile 2018, reperibile all'indirizzo internet [www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf)

<sup>4</sup> Si può ricordare che nelle ultime elezioni del Consiglio Nazionale del 2015 l'Unione democratica di centro aveva ottenuto la percentuale più alta di voti (29,4 % e 65 seggi). V. per i risultati [www.swissinfo.ch/ita/liveblog/elezioni-federali-in-svizzera-2015-i-risultati-live](http://www.swissinfo.ch/ita/liveblog/elezioni-federali-in-svizzera-2015-i-risultati-live)

<sup>5</sup> Per i caratteri del referendum, si rinvia a S. Rodriguez, *La mancata «Swissexit» tra spinte sovraniste, consultazioni referendarie e strappi (ricuciti?) con Bruxelles*, in questa *Rivista*, 1137.

testo che avrebbe indicato – quantomeno sul piano simbolico – una scelta di chiusura rispetto ad uno strumento internazionale di tutela dei diritti che anche in Svizzera svolge un ruolo essenziale.

## 2. La Svizzera e la Cedu

Nonostante la Costituzione attualmente in vigore, frutto della revisione globale intervenuta nel 1999 sul testo del 1874<sup>6</sup>, non preveda una specifica disciplina dei rapporti con il diritto internazionale pattizio, la Cedu - ratificata dalla Svizzera nel 1974 – è diventata progressivamente un punto di riferimento determinante in materia di tutela dei diritti. Come ha efficacemente ricordato Sergio Gerotto «non si può oggi guardare in Svizzera alla disciplina dei diritti fondamentali, o meglio alla loro garanzia, prescindendo dalla Cedu»<sup>7</sup>.

Si tratta dell'esito di un percorso interpretativo avviato durante la vigenza della Costituzione del 1874 e confermato sino ad oggi<sup>8</sup>. Anche tale testo non dava indicazioni specifiche circa la collocazione dei trattati internazionali. L'art. 113 attribuiva al Tribunale federale la decisione «sui ricorsi per violazione di diritti costituzionali dei cittadini, come pure su quelli dei “privati” per violazione di concordati e di trattati. [...]», precisando che «in tutti i casi [però] il Tribunale federale prenderà a norma le leggi emanate dall'Assemblea federale e le risoluzioni della medesima di carattere obbligatorio generale, come pure i trattati da lei ratificati». Quest'ultima previsione è stata alla base del riconoscimento dell'efficacia immediata dei trattati ratificati nell'ordinamento interno; più difficile è stato invece risolvere il problema della loro collocazione nel sistema delle fonti. La norma costituzionale poteva giustificare la prevalenza rispetto alla legislazione cantonale, mentre per le leggi federali si poteva pensare ad una pariordinazione. La questione era resa più complessa dalla limitazione del controllo di costituzionalità operato dal Tribunale federale alle sole leggi cantonali.

Tuttavia la giurisprudenza, in particolare con riferimento alla Cedu, ha assicurato in via interpretativa la prevalenza delle norme di derivazione internazionale, introducendo una forma di controllo di convenzionalità. In una decisione del 1991 si legge che «le Tribunal fédéral ne peut pas abroger une loi fédérale qu'elle contredit le droit international ; il pourrait tout au plus ne pas appliquer la norme concernée dans un cas d'espèce, lorsqu'elle apparaît contraire au droit international et pourrait conduire à une condamnation de la Suisse»<sup>9</sup>. Considerato che la Costituzione del 1874 non presentava uno specifico catalogo di

<sup>6</sup> Cfr. A. Reposo (cur.), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Torino, 2000 e S. Girotto, *Svizzera*, Bologna, 2011.

<sup>7</sup> S. Girotto, *Svizzera*, cit., spec. 95.

<sup>8</sup> Per un approfondimento su questi aspetti v. L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, spec. 66 ss., 224 ss.; M. Borghi, *Switzerland*, R. Blackburn, J. Polakievicz, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, 2001, 855 ss. e S. Girotto, *Svizzera*, cit., 98 ss.

<sup>9</sup> Così la decisione del 15-11-1991 *in re Eidg. Steuerverwaltung c. Erben X. Un Verwaltungsgericht das Kantons Luzern*, citata da M. Borghi, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel triennio 1995/97*, in *Giur. cost.*, 1998, spec. 446; v. anche S. Gerotto, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel biennio 2002-2003*, in *Giur. cost.*, 2004, spec. 3655 ss. e 3669 ss.

diritti, la Cedu è diventata il riferimento fondamentale per la tutela del singolo anche nei confronti del legislatore. Nella prassi, dunque, la Convenzione ha assunto un valore sostanzialmente costituzionale. La particolare attenzione a tale strumento internazionale era confermata anche dalla previsione della possibilità di revisione delle decisioni giurisdizionali in caso di una sopravvenuta condanna da parte della Corte di Strasburgo<sup>10</sup>.

Con la Costituzione del 1999 è stato introdotto un articolato *bill of rights*, ispirato ai risultati conseguiti negli anni dalla giurisprudenza<sup>11</sup>, ma non si è innovato – come già ricordato – quanto alla definizione dei rapporti con il diritto internazionale, così come per il controllo sul rispetto delle leggi federali. Merita di essere segnalata la nuova previsione, all'art. 5, c. 4, secondo cui «la Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale», che in un certo senso ha formalizzato la soluzione che era emersa grazie all'interpretazione del Tribunale federale; non a caso questa disposizione era oggetto della proposta di revisione costituzionale del 2016 al fine di integrarla con l'espressa affermazione della prevalenza della Costituzione in caso di conflitto.

Attualmente, dunque, i diritti stabiliti in Costituzione e quelli della Cedu concorrono, nel loro complesso, a definire la tutela del singolo. Non si possono però sottacere i profili di problematicità comunque presenti. Da un lato, non è previsto un controllo di costituzionalità sulle leggi federali, dall'altro, però, sulle stesse è possibile svolgere il controllo di convenzionalità. Non solo, i diritti della Cedu sono ulteriormente rafforzati dall'intervento della Corte di Strasburgo, che valuta nel complesso l'attività dello Stato, senza distinzioni per il fatto che la violazione dipenda dalla legislazione (anche costituzionale). Nella sua giurisprudenza il Tribunale federale ha potuto prendere come riferimento l'uno oppure l'altro catalogo, nella prospettiva di assicurare la maggiore garanzia dei diritti. Non sono mancate però situazioni problematiche, come la nota vicenda dei minareti. In questo caso la riforma, approvata nel 2009 direttamente dal popolo, ha introdotto all'art. 72.3 della Costituzione la previsione secondo cui «L'edificazione di minareti è vietata»<sup>12</sup>, che risulta lesiva della libertà religiosa garantita dalla Cedu. Nel 2011 la Corte di Strasburgo ha dichiarato irricevibili due ricorsi in materia, ritenendo che non sussistesse la qualifica di vittima, precisando però che «De surcroît, et au vu de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 janvier 2010 (voir droit interne pertinent), la Cour est d'avis que les juridictions suisses seraient

---

<sup>10</sup> V. l'art. 139a della Legge sull'organizzazione giudiziaria, modificato nel 1992, dove al primo comma si stabilisce che «La domanda di revisione di una decisione del Tribunale federale o di una istanza inferiore è ammissibile quando la Corte europea dei diritti dell'uomo o il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha accolto un ricorso individuale per violazione della Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei suoi protocolli e la riparazione è possibile soltanto mediante una revisione».

<sup>11</sup> S. Ceccanti, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica della giurisprudenza del Tribunale federale*, in A. Reposo (cur.), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, cit., 47 ss.

<sup>12</sup> Accettato nella votazione popolare del 29 novembre 2009, in vigore dal 29 novembre 2009; v. su questo tema A. Baraggia, *Il referendum svizzero contro l'edificazione dei minareti*, in *Quad. cost.*, 2010, 126.

en mesure d'examiner la compatibilité avec la Convention d'un éventuel refus d'autoriser la construction d'un minaret»<sup>13</sup>.

### **3.L'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo e l'emergere delle resistenze nazionali**

L'esempio da ultimo richiamato mette in luce la complessità dei rapporti con la Cedu, soprattutto quando entrano in gioco materie sensibili. A questo si aggiungono le difficoltà che attengono lo stesso meccanismo di controllo internazionale. Il sovraccarico di lavoro della Corte di Strasburgo rende sempre più difficile rispondere in “tempi ragionevoli” alle richieste dei singoli e impone la ricerca di soluzioni tecniche per rendere più funzionale il sistema. Tale scopo è stato perseguito, da un lato, attraverso un irrigidimento delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi e, dall'altro, rafforzando l'esecuzione delle sentenze, che riveste – come si è detto – un ruolo essenziale: per soddisfare le domande dei singoli non è sufficiente la condanna dello Stato se a questa non fa seguito l'intervento concreto per eliminare la violazione. Ciò può significare il pagamento dell'equo ristoro stabilito dalla Corte, ma anche – laddove possibile – l'adozione di misure individuali che assicurino la *restitutio in integrum* ed eventualmente di misure di carattere generale se necessarie per risolvere problemi strutturali. Soprattutto con riferimento a quest'ultima ipotesi, la tempestiva attuazione delle decisioni dei giudici europei può avere anche un effetto deflattivo del contenzioso, evitando che vengano presentati ricorsi con un contenuto sostanzialmente analogo.

Com'è noto l'esecuzione delle decisioni spetta agli Stati sotto il controllo del Comitato dei Ministri. Dovrebbero essere gli Stati a scegliere, discrezionalmente, le misure che ritengono più opportune: «Gli Stati contraenti parti del caso sono in linea di principio liberi di scegliere i mezzi da utilizzare per conformarsi ad una sentenza che constata una violazione. Tale potere discrezionale in ordine alle modalità di esecuzione di una sentenza implica la libertà di scelta in relazione all'obbligazione principale imposta dalla Convenzione agli Stati contraenti: assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantite (art. 1)»<sup>14</sup>.

Tuttavia, proprio nella prospettiva di facilitare l'esecuzione delle decisioni, la Corte di Strasburgo appare sempre più coinvolta in questa fase, sottraendo autonomia ai soggetti “politici”, cioè Stati e Comitato dei Ministri. La partecipazione della Corte al momento dell'esecuzione è stata prevista del Protocollo XIV, che modificando l'art. 46 della Convenzione ha introdotto la possibilità per il Comitato dei Ministri di rivolgersi ai giudici europei per chiedere una interpretazione della decisione di condanna oppure una valutazione

---

<sup>13</sup> V. le decisioni sulla ricevibilità adottate dalla Corte di Strasburgo il 28 giugno 2011 nei casi: *Quardiri c. Suisse*, ricorso n. 65840/99 e *Ligue des musulmans de Suisse et al. c. Suisse*, ricorso n. 66274/99. Per una ricostruzione degli aspetti positivi e delle difficoltà dei rapporti con la Cedu v. H. Both, S. Schlegel, *La Suisse a besoin de la CEDH – la CEDH a besoin de la Suisse*, Foraus, Papier de discussion du *foraus* - N° 05, reperibile all'indirizzo internet [www.foraus.ch](http://www.foraus.ch).

<sup>14</sup> Così Corte di Strasburgo, Seconda Sezione, 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*, ricorso n. 24638/94, p.to 34.

dell'attività di attuazione dello Stato<sup>15</sup>. Oltre a questo, tuttavia, la stessa Corte ha iniziato nelle sue decisioni a definire con sempre maggiore precisione gli interventi richiesti agli Stati. L'esempio più noto sono le "decisioni pilota" (ora disciplinate all'art. 61 dello Statuto della Corte), con cui viene rilevata una violazione strutturale e indicato il tipo di misure riparatorie richieste. Nelle sentenze più recenti la Corte ha dato indicazioni precise anche in relazione alle misure individuali, così limitando ulteriormente la discrezionalità astrattamente spettante agli Stati. Un esempio paradigmatico è il caso *Volkov v. Ukraine* del 2012, dove si legge che «by its very nature, the situation found to exist in the instant case does not leave any real choice as to the individual measures required to remedy the violations of the applicant's Convention rights. Having regard to the very exceptional circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of Articles 6 and 8 of the Convention, the Court holds that the respondent State shall secure the applicant's reinstatement in the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date»<sup>16</sup>.

Si è voluto richiamare questa attitudine della Corte perché la stessa ha contribuito, certamente insieme ad altri fattori, alle resistenze nazionali che negli anni più recenti sembrano voler mettere in discussione il funzionamento del sistema Cedu. Del resto lo stesso titolo dell'iniziativa svizzera appare indicativo: "Il diritto svizzero anziché giudici stranieri". Per tale ragione, può essere utile prendere in considerazione tre esempi di "resistenza nazionale", con caratteristiche non perfettamente sovrapponibili, ma che possono comunque essere comparati con il caso svizzero: il Regno Unito, l'Italia e la Russia.

In Regno Unito com'è noto ha sempre avuto un rapporto particolare con la Cedu (e più in generale con il diritto esterno): pur essendo stato il primo Paese a ratificarla, l'ha incorporata dopo oltre quarant'anni con lo *Human Rights Act 1998*<sup>17</sup>. Tale legge ha introdotto una procedura molto particolare, finalizzata a rafforzare la garanzia dei *Convention Rights*, nel rispetto però delle peculiarità dell'ordinamento britannico e soprattutto della sovranità del Parlamento. Innanzitutto si prevede che i giudici operino un'interpretazione conforme della normativa nazionale alla Cedu, tenendo in considerazione le decisioni europee. Qualora ciò non sia possibile, si deve adottare una dichiarazione di incompatibilità che però non incide sulla validità, sull'operatività e sull'applicabilità della

---

<sup>15</sup> Si vedano in particolare art. 46.3. «Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato» e 46.4. «Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1».

<sup>16</sup> Così Corte di Strasburgo, Quinta sezione, 11 dicembre 2012, *Volkov v. Ukraine*, ricorso n. 21722/11, p.to 208.

<sup>17</sup> V. per tutti V. Camilli, *La tutela dei diritti nei paesi "senza costituzione". Lo Human Rights Act del 1998*, in M. Patrono, *Studiando i diritti*, Torino, 2009, pp. 205-221.

normativa interna. L'ultima parola rimane, dunque, al Parlamento che è chiamato a modificare la legge per superare il contrasto. L'unica peculiarità è la previsione della possibilità per il Governo di intervenire, in caso di urgenza, attraverso un *remedial order*. Lo *HRA* introduce, dunque, un meccanismo che coinvolge tutti i poteri dello Stato al fine di assicurare il rispetto dei diritti previsti dalla Cedu. Nella prima fase del suo funzionamento i giudici britannici sono apparsi particolarmente attenti al nuovo ruolo della Cedu e della giurisprudenza di Strasburgo. Come accennato, l'art. 2 dello *HRA* stabilisce che le Corti britanniche, quando applicano i *Convention Rights*, debbano «tener conto» di ogni sentenza, decisione, parere, dichiarazione... adottati dagli organi di garanzia della Convenzione europea. I giudici hanno dimostrato da subito una particolare deferenza nei confronti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tanto che si è parlato di una sorta di “*mirror principle*”. Si possono ricordare le parole di Lord Slynn, secondo cui «In the absence of some special circumstances it seems [to me] that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of HR»<sup>18</sup>. Negli anni più recenti però i rapporti del Regno Unito con la Cedu sono divenuti più problematici. Esempio è il caso *Hirst* relativo al diritto di voto dei carcerati, dove nonostante la sentenza di condanna della Grande camera dell'ottobre 2005 il Regno Unito si è rifiutato di intervenire<sup>19</sup>; nel febbraio 2011 la Camera dei comuni ha approvato, con i voti provenienti sia dalla maggioranza che dall'opposizione, una mozione in cui ribadisce l'esclusiva competenza del Parlamento, quale organo rappresentativo, a deliberare in questa materia, manifestando altresì l'intenzione di mantenere la soluzione in vigore. I Conservatori, al governo dal 2010, hanno reso più evidente questo conflitto, sia sul piano internazionale quando alla Conferenza di Brighton del 2012 sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno chiesto l'inserimento di un espresso riferimento al margine di apprezzamento nel testo della Convenzione<sup>20</sup>, sia sul piano interno proponendo l'adozione di un *British Bill of Rights*, con conseguente abrogazione dello *Human Rights Act*. Riprendendo, in direzione opposta, lo slogan utilizzato dai Laburisti nel 1997, si afferma l'obiettivo “Bringing Rights Back Home”. La vicenda della Brexit ha lasciato da ultimo un po' ai margini questa tematica, anche se non si deve dimenticare che nel dibattito relativo ai rapporti con l'Unione europea in molti casi viene presa in considerazione anche la Cedu. Infine, va segnalato che gli stessi

---

<sup>18</sup> House of Lords, 9 maggio 2001, *R (on the application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and other cases*, [2001] UKHL 23, par. 26. Per un approfondimento su questi temi v. R. Sapienza, *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi “to take into account” la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 253 ss.

<sup>19</sup> Corte di Strasburgo, Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, ricorso n. 74025/01, cui ha fatto seguito la sentenza pilota della Quarta Sezione, *Greens e M.T. c. Regno Unito*, divenuta definitiva l'11 aprile 2011, ricorsi nn. 60041/08 e 60054/08. Per una ricostruzione della vicenda v. Camera dei Comuni, *Prisoners' voting rights*, Standard Note: SN/PC/01764, 4 luglio 2012, reperibile all'indirizzo internet [www.parliament.uk/briefing-papers/SN01764.pdf](http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN01764.pdf)

<sup>20</sup> La soluzione finalmente approvata e inserita nel Protocollo XV, che ancora non è entrato in vigore, prevede che il riferimento al margine di apprezzamento, insieme al principio di sussidiarietà, sia contenuto nel Preambolo della Convenzione.

giudici hanno progressivamente modificato il loro approccio: Lord Mance, ad esempio, ha affermato nel 2013 che quanto è coinvolto un principio fondamentale «it could be appropriate for this Court [Supreme Court] to contemplate an outright refusal to follow Strasbourg authority at the Grand Chamber level»<sup>21</sup>.

Il tentativo di discostarsi della giurisprudenza di Strasburgo emerge anche nell'esperienza italiana; in questo caso al di là della discussioni politiche - per vero al momento ancora non particolarmente significative<sup>22</sup> - è interessante considerare l'evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>23</sup>. Com'è noto, i rapporti con la Cedu sono stati definiti, attraverso l'interpretazione dell'art. 117, c. 1 della Cost., nelle famose sentenze gemelle 348 e 349 del 2007. In tali decisioni la Corte ha qualificato la Cedu come norma interposta nel giudizio di costituzionalità, riservandosi in questo modo il sindacato sugli eventuali conflitti ed escludendo la possibilità di un controllo di convenzionalità da parte dei giudici comuni. La Corte ha definito una sorta di percorso operativo, che vede in prima battuta i giudici comuni chiamati ad esperire un'interpretazione conforme della norma interna alla Cedu; se tale interpretazione non è possibile gli stessi devono sollevare una questione incidentale di costituzionalità. La Corte costituzionale, verificato in via preliminare che la norma convenzionale rispetti la Costituzione, la applica come parametro interposto per il controllo sulla legge. I giudici costituzionali si riferiscono alla Cedu come interpretata del suo giudice, riconoscendo alla Corte di Strasburgo il ruolo di interprete eminente delle norme convenzionali<sup>24</sup>. Negli anni successivi la Corte costituzionale ha cercato però di meglio precisare la propria posizione e, in particolare, di limitare l'incidenza delle decisioni europee. Si possono citare al riguardo due note sentenze. La prima è la n. 264 del 2012, sul caso delle c.d. «pensioni svizzere», dove la Corte costituzionale nonostante la condanna da parte della Corte di Strasburgo ha salvato la legge che era all'origine della violazione della Convenzione. Per giustificare tale scelta, i giudici costituzionali hanno cercato di differenziare il proprio compito rispetto a quello dei giudici europei, affermando che «la sentenza della Corte EDU, [che] è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», mentre la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel

<sup>21</sup> Corte suprema, 16 ottobre 2013, *Chester v. Secretary of State for Justice, McGeoch v. The Lord President of the Council*, [2013] UKSC 63, par. 25.

<sup>22</sup> Non mancano comunque anche in Italia le prese di posizione polemiche: è il vice-premier Salvini ad affermare nel giugno 2018, dopo la decisione della Corte di Strasburgo sul caso di Punta Perotti, che «La Corte di Strasburgo condanna l'Italia e difende gli eco-mostri e la cementificazione selvaggia? Ennesima prova del fatto che certe istituzioni dovrebbero essere chiuse» (v. [www.ilmessaggero.it/primopiano/cronaca/punta\\_perotti\\_demolizione\\_corte\\_europea\\_italia\\_condanna-3824238.html](http://www.ilmessaggero.it/primopiano/cronaca/punta_perotti_demolizione_corte_europea_italia_condanna-3824238.html)).

<sup>23</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza in materia, v. da ultimo R. Romboli, *L'influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 2018, III.

<sup>24</sup> Corte cost., n. 348 del 2007, p.to 4.6. del considerato in diritto; v. in generale L. Montanari, *Le Carte europee dei diritti: i rapporti tra i sistemi di garanzia*, Collana Europeiunite Working Papers, n. 1-2015.

bilanciamento, solo ad essa spettante», valutazione che nel caso di specie permette di salvare la legge impugnata<sup>25</sup>. Il secondo esempio è la decisione n. 49 del 2009, dove ancora una volta la Corte cerca di circoscrivere l'effetto vincolante della giurisprudenza di Strasburgo, limitandolo alle “decisioni pilota” o a quelle che si caratterizzano come diritto consolidato<sup>26</sup>. In questo caso, tra l'altro, la Corte al fine di limitare il ruolo dei giudici europei, di fatto amplia quello dei giudici comuni a discapito del proprio. L'ambiguità delle indicazioni formulate (cosa si intende con diritto consolidato?), infatti, allarga lo spazio di valutazione di questi ultimi nel decidere se sollevare o meno la questione incidentale.

I due sistemi appena analizzati, pur strutturalmente differenti, presentano una soluzione simile quanto ai rapporti con la Cedu, che vede un ruolo centrale dei giudici comuni chiamati ad operare l'interpretazione conforme delle norme interne rispetto alla Cedu, con la previsione di un organo di chiusura - rispettivamente il Parlamento e la Corte costituzionale – cui spetta risolvere gli eventuali conflitti<sup>27</sup>. Negli anni più recenti entrambi sono stati caratterizzati dal manifestarsi di forme di resistenza rispetto alla Cedu, che nella dinamica della tutela multilivello stava diventando il riferimento fondamentale per la tutela dei diritti anche in ambito nazionale.

L'ultimo esempio che voglio citare è quello della Russia. Anche in questo caso il rapporto con la Cedu è stato negli anni soggetto ad un'interessante evoluzione. Sulla base dell'art. 15 della Costituzione russa, che disciplina i rapporti con il diritto internazionale, la Cedu (come gli altri trattati) assume una posizione superlegislativa, prevalendo sulle leggi in contrasto; l'art. 46 prevede poi espressamente il diritto di ricorrere agli organi internazionali di tutela dei diritti una volta esauriti i mezzi di ricorso interni. Inizialmente la Cedu ha assunto un ruolo di particolare rilievo per la tutela dei diritti fondamentali, non solo per l'alto numero di ricorsi innanzi alla Corte di Strasburgo, ma anche per l'attenzione che alla stessa hanno riservato i giudici nazionali<sup>28</sup>. Sul piano dell'esecuzione delle sentenze, questa particolare apertura trova conferma nella possibilità - introdotta attraverso la riforma dei codici di procedura civile e penale - della riapertura dei processi a seguito di una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo. Tuttavia, anche in Russia negli anni più recenti il quadro si sta facendo più complesso. Va ricordato il noto caso *Markin*, del 2010, in materia di permessi parentali per i

<sup>25</sup> Corte cost., n. 264 del 2012, p.to 5.4. del considerato in diritto.

<sup>26</sup> Corte cost., n. 49 del 2015, v. il commento di V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, [www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Zagrebelsky%202015\\_.pdf](http://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Zagrebelsky%202015_.pdf).

<sup>27</sup> Per una comparazione tra il caso italiano e quello britannico si rinvia a L. Montanari, *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, pp. 459-478.

<sup>28</sup> La Corte suprema, con un decreto del 10 ottobre 2003, ribadiva che sulla base degli artt. 15, 17 e 46 della Costituzione i diritti dell'uomo conformemente ai trattati e ai principi di diritto internazionale sono immediatamente applicabili dai giudici. Ma non solo, nell'applicazione della Cedu, i tribunali devono tenere conto delle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo per evitare ogni violazione.

militari, affrontato sia dalla Corte di Strasburgo che dalla Corte costituzionale<sup>29</sup>. Quest'ultima, nonostante la condanna europea, ha ritenuto la legge alla base del ricorso legittima ed ha escluso la violazione dei diritti del ricorrente. La peculiarità dell'esperienza russa consiste nel fatto che tale resistenza ha trovato espressione anche sul piano normativo, con l'introduzione – attraverso le riforme del 2014 e del 2015 della legge sulla Corte costituzionale – della possibilità di richiedere ai giudici costituzionali un controllo preventivo sulle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, al fine di verificare che le stesse non siano in contrasto con la Costituzione<sup>30</sup>.

#### 4. Il caso della Svizzera in una prospettiva comparata: alcune riflessioni conclusive

I tre esempi appena ricordati affrontano – pur in contesti ordinamentali differenti – sostanzialmente lo stesso problema, che possiamo considerare intrinseco al sistema convenzionale di tutela dei diritti. Si tratta del rapporto della Cedu con la Costituzione, o comunque con i principi e i diritti fondamentali che connotano il modello nazionale, e corrispondentemente tra le Corti costituzionali e la Corte di Strasburgo. Gli stessi tuttavia presentano a mio parere un diverso grado di “irrigidimento”.

In Italia e nel Regno Unito, in assenza di una previsione specifica al riguardo, sono i giudici e i diversi organi costituzionali coinvolti a dover cercare un punto di equilibrio, rendendo così possibili aggiustamenti successivi. Ciò anche se non si può negare una generalizzata tendenza a “riportare a casa” la tutela dei diritti, che in questa fase storica sembra difficilmente superabile. Emblematica, con riferimento in questo caso al diritto dell'Unione europea, è la decisione n. 269 del 2017 della Corte costituzionale italiana, che si riserva – nonostante il valore riconosciuto dai trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE – “l'ultima parola” sulle questioni relative alla tutela dei diritti<sup>31</sup>. In Russia l'affermazione della prevalenza della Costituzione e, soprattutto, le sue ricadute sul piano giurisprudenziale sono rese più evidenti grazie alla modifica della legge sulla Corte costituzionale. Sono gli organi politici a poter chiedere alla Corte di valutare la “legittimità costituzionale” delle sentenze di Strasburgo prima della loro esecuzione. La Corte costituzionale può cercare comunque una soluzione sul piano

<sup>29</sup> V. i cenni in A. Di Gregorio, *La Giurisprudenza della Corte costituzionale della Russia nel biennio 2010-2011*, in *Giur. cost.*, 2012, spec. 5017.

<sup>30</sup> Si rinvia ai lavori citati *supra* nota 3; v. anche B. Bowling, *Does Russia have a human rights future in the Council of Europe and OSCE?*, in D. Lettinga, Lars van Troost, *Shifting Power and Human Rights Diplomacy Russia*, Amnesty International Netherlands, marzo 2017, 53 ss. e Id., *Russian cases in the ECtHR and the question of implementation*, in L. Mälksoo, W. Benedek (eds), *Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect*, Cambridge, 2018, 188 ss.

<sup>31</sup> V. tra i molti il commento di L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018.

interpretativo, ma il suo ruolo diviene certamente più difficile e suscettibile di essere coinvolto nelle dinamiche politiche<sup>32</sup>.

La proposta di revisione della Costituzione svizzera si poneva in questa seconda prospettiva, dando luogo ad un irrigidimento ancora più forte, in quanto l'affermazione della supremazia della Costituzione veniva inserita direttamente nel testo costituzionale. Nonostante, a differenza di quanto indicato nel titolo della proposta, non vi fosse nell'articolato alcun riferimento espresso all'efficacia (alla limitazione dell'efficacia) delle sentenze europee, è evidente che la riforma avrebbe segnato un cambiamento significativo dei rapporti con il sistema di Strasburgo con possibili ricadute a tutti i livelli.

Vero è che la soluzione più diffusa tra i 47 Paesi parte è quella che colloca le norme convenzionali sul piano superlegislativo, in alcuni casi anche con il riconoscimento espresso della prevalenza della Costituzione sui trattati internazionali (e quindi anche sulla Cedu)<sup>33</sup>. Tuttavia nella valutazione della disciplina, anche costituzionale, non si può non tenere conto del contesto e delle modalità della sua adozione. Si è fatto brevemente cenno nel secondo paragrafo alla progressiva definizione della posizione della Cedu nell'ordinamento svizzero, che nelle ricostruzioni della dottrina viene ricondotta ad un'impostazione "monista" dei rapporti con il diritto internazionale. Al di là del significato che si può dare a questa lettura, che può essere limitata alle modalità di adattamento o interpretata come l'affermazione – anche sul piano teorico – della prevalenza del diritto internazionale rispetto al diritto interno, essa è comunque il riconoscimento della speciale apertura del diritto svizzero nei confronti del diritto internazionale. In questo quadro, la scelta di modificare la Costituzione nei termini proposti nell'iniziativa popolare, pur non creando una situazione eccezionale sul piano comparato, certamente avrebbe determinato una cesura nell'evoluzione del sistema nazionale. Per questa ragione, si è ritenuto di collocare la stessa tra gli esempi di resistenza alla Cedu, piuttosto che limitarsi a considerarla come una "precisazione" circa la collocazione delle norme di derivazione internazionale. Un intervento di questo tipo, infatti, per il momento storico in cui è stato promosso e per i contenuti del dibattito politico che lo ha accompagnato esprime qualcosa di diverso dalla pura esigenza di meglio definire i rapporti tra le fonti. Le nuove norme costituzionali avrebbero reso certamente più complessa l'azione del Tribunale federale, che con maggiore difficoltà avrebbe potuto, in futuro, muoversi tra i diversi cataloghi dei diritti alla ricerca della fonte che maggiormente assicura la tutela dei diritti in gioco.

---

<sup>32</sup> Si può segnalare, come esempio, l'applicazione del "meccanismo di difesa" nel caso *Yukos*, collegato alla nota vicenda politico/giudiziaria Mikhail Khodorkovsky, oppositore del Presente Putin; v. I. Marchuk, Marina Aksenova, *The Tale of Yukos and of the Russian Constitutional Court's Rebellion against the European Court of Human Rights*, in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2017.

<sup>33</sup> Si può citare ad esempio la nuova Costituzione della Serbia del 2006, dove all'art. 16, c. 3, si precisa che «Ratified international treaties must be in accordance with the Constitution»; anche in questo caso comunque non è mancata l'opinione critica della Commissione di Venezia (Opinion on the Constitution of Serbia, 19 marzo 2017, n. 405/2006, CDL-AD(2007)004).

In questa prospettiva sono molto interessanti le reazioni che l'iniziativa ha suscitato, non solo tra gli studiosi, ma soprattutto nella società civile. Sulla *Information Platform Human Rights* l'11 ottobre 2017 veniva pubblicata una nota significativamente intitolata "No to the Self-Determination Initiative, yes to human rights"<sup>34</sup>, dove si proponevano una serie di ragioni per bocciare la proposta di riforma, collegate al tema della tutela dei diritti. Tra l'altro si poteva leggere che «the real aim of the SVP initiative is to make the European Convention on Human Rights Relative, and possibly to terminate it». Sempre a titolo d'esempio, si può citare la campagna di "Fattore di protezione D - i diritti umani ci proteggono" che ha coinvolto associazioni, organizzazioni non governative e forze politiche<sup>35</sup>, cui ha aderito anche l'associazione "unitidaldritto", per il "no all'iniziativa autolesionista"<sup>36</sup>, che operava nella Svizzera italiana. Anche il risultato del referendum è stato salutato innanzitutto come una vittoria della tutela dei diritti umani. In un comunicato stampa, l'associazione "unitidaldritto" ha riconosciuto che «Con questa importante vittoria popolare, le cittadine e i cittadini hanno riaffermato la volontà di mantenere il solido sistema giuridico attualmente in vigore. La bocciatura di questa iniziativa invia un messaggio di positività e apertura verso la comunità internazionale: significa che le cittadine e i cittadini svizzeri vogliono un Paese affidabile, che sappia rispettare gli impegni presi e che tuteli le libertà fondamentali dei suoi cittadini»<sup>37</sup>. Nel sito di Amnesty International il voto viene segnalato come "A Success for Human Rights": «Swiss people vote to defend human rights in referendum»<sup>38</sup>.

L'aspetto fondamentale, dunque, per cui è importante riflettere sul risultato del referendum svizzero è costituito dal rinnovato il sostegno popolare ad un modello di ordinamento giuridico aperto al diritto internazionale e in particolare alla tutela internazionale dei diritti umani. Si discute molto in questo momento storico, soprattutto dopo l'esito del referendum sulla Brexit, dell'opportunità/legittimità di sottoporre decisioni caratterizzate da complessi effetti sul piano tecnico al voto popolare. Non è questa la sede per affrontare una questione così importante, tuttavia quello che si vuole segnalare è come in Svizzera rispetto alla "retorica sovranista", che coinvolge oramai anche il tema della tutela dei diritti, abbia prevalso la volontà di rimanere all'interno di un sistema comune di tutela dei diritti. Questo non significa negare la possibilità che si verifichino dei contrasti, come la vicenda del divieto di costruire minareti ha dimostrato, ma esprime la volontà di mantenere comunque una prospettiva di più ampio respiro, che accetta la difficile ricerca caso per caso della soluzione più adeguata, invece di un semplicistico ritorno al solo diritto nazionale.

---

<sup>34</sup> V. [www.humanrights.ch/en/switzerland/internal-affairs/law/determination-initiative-human-rights?search=1](http://www.humanrights.ch/en/switzerland/internal-affairs/law/determination-initiative-human-rights?search=1)

<sup>35</sup> V. [www.initiative-anti-droits-humains.ch/](http://www.initiative-anti-droits-humains.ch/)

<sup>36</sup> V. [unitidaldritto.ch/](http://unitidaldritto.ch/)

<sup>37</sup> Comunicato stampa del 25 novembre 2018 "un'importante vittoria popolare", reperibile all'indirizzo internet [unitidaldritto.ch/wp-content/uploads/2018/06/COMUNICATO-25-NOVEMBRE-UNITI-DAL-DIRITTO.pdf](http://unitidaldritto.ch/wp-content/uploads/2018/06/COMUNICATO-25-NOVEMBRE-UNITI-DAL-DIRITTO.pdf)

<sup>38</sup> V. [www.amnesty.org/en/latest/news/2018/11/switzerland-defends-human-rights-in-referendum/](http://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/11/switzerland-defends-human-rights-in-referendum/)

# La mancata «Swissexit» tra spinte sovraniste, consultazioni referendarie e strappi (ricuciti?) con Bruxelles

di Simona Rodriguez

**Abstract:** *The rejection of a «Swissexit» among the rise of populist sovereignty, referendum and Swiss-EU relationship* – The article analyzes some initiatives introduced by the right-wing populist in the last few years starting from “Against mass immigration”. Furthermore, it focuses on the problem of conflicts between direct democracy and international law.

1137

**Keywords:** Swissexit; Populism; Sovereignism.

## 1. Il referendum del 25 novembre 2018 su “Il diritto svizzero anziché giudici stranieri”

Il 25 novembre 2018, con una partecipazione del 47,7%, gli elettori svizzeri hanno respinto l’iniziativa popolare “Il diritto svizzero anziché giudici stranieri”, chiamata anche “Iniziativa per l’autodeterminazione”.

La “bocciatura” è stata ampia, con punte per il “no” di oltre il 77% nel cantone di Neuchâtel, di oltre il 75% nei cantoni di Ginevra, Giura e Vaud e, invece, di appena il 53,9% in Canton Ticino<sup>1</sup>.

L’iniziativa – sostenuta con forza dal Partito Unione democratica di centro (Udc) – proponeva un’integrazione dei capoversi 1 e 4 dell’art. 5<sup>2</sup>, la riscrittura dell’art. 190<sup>3</sup> della Costituzione federale e l’inserimento di un nuovo art. 56 a)<sup>4</sup>, con l’obiettivo di stabilire il rango superiore della Costituzione

---

<sup>1</sup> I dati sono reperibili in [www.bk.admin.ch/gov/it](http://www.bk.admin.ch/gov/it).

<sup>2</sup> Secondo il testo dell’iniziativa, il capoverso 1 dell’art. 5 veniva così ad essere integrato (le parti *in corsivo* rappresentano le integrazioni): «Il diritto è fondamento e limite dell’attività dello Stato. *La Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera*». Il capoverso 4 dell’art. 5, veniva ad essere integrato in questo senso: «La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale. *La Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale*».

<sup>3</sup> «Le leggi federali e i trattati internazionali il cui decreto d’approvazione sia stato assoggettato a referendum sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell’applicazione del diritto». Secondo il nuovo art. 56 a), dunque, i giudici e le autorità amministrative potevano applicare i trattati internazionali contrari alla Costituzione soltanto se il relativo decreto d’approvazione fosse stato sottoposto a referendum.

<sup>4</sup> In questo senso: «La Confederazione e i Cantoni non assumono obblighi di diritto internazionale che contraddicano alla Costituzione federale. In caso di contraddizione, adeguano gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, se necessario

svizzera rispetto ai trattati internazionali, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale. In caso di contraddizione, era previsto che la Confederazione e i cantoni provvedessero ad adeguare gli obblighi internazionali alle prescrizioni costituzionali. Qualora i negoziati con gli Stati parte avessero avuto esito negativo, i trattati avrebbe dovuto essere, «se necessario», denunciati.

La riforma intendeva, dunque, introdurre una sorta di schema rigido e prestabilito in caso di contraddizione tra una disposizione costituzionale e un trattato internazionale (anche vigente e non solo futuro<sup>5</sup>) concluso dalla Svizzera, ad esempio nei casi in cui il popolo avesse accettato un'iniziativa popolare che, in alcuni punti, presentava delle incompatibilità con quel trattato.

Contro l'iniziativa si erano schierati sia il Consiglio federale che il Parlamento. Dal sito istituzionale del Dipartimento federale di giustizia e polizia, ancor prima che si tenesse la consultazione referendaria, si leggeva che «[fino a quel momento] la Svizzera ha sempre affrontato queste situazioni in modo pragmatico, cercando di attuare le richieste espresse dal Popolo senza dover violare né denunciare i trattati internazionali. L'iniziativa limita questo margine di manovra e se venisse accettata, ogni singolo trattato interessato dalla modifica costituzionale andrebbe rinegoziato, "adeguato" solamente con il consenso degli Stati parte e, nel caso in cui ciò non avvenisse, "se necessario" denunciato»<sup>6</sup>. Anche Economiesuisse, l'Associazione delle imprese elvetiche, si era schierata apertamente per il "no", in considerazione dell'importanza dei trattati internazionali anche sul terreno economico e del ruolo cruciale dell'Unione europea quale principale partner commerciale della Svizzera<sup>7</sup>.

Un'impostazione di questo tipo avrebbe rimesso in gioco molti trattati sottoscritti dalla Svizzera, *in primis* gli Accordi bilaterali sottoscritti con l'Unione europea, in una fase già di per sé delicata tra Berna e Bruxelles<sup>8</sup>.

Dal punto di vista poi più strettamente giuridico, non era chiaro, leggendo il testo della proposta sottoposta a votazione popolare, in quali casi doveva considerarsi sussistente una contraddizione dei trattati internazionali rispetto alla Costituzione: cosa significava contraddizione? Doveva trattarsi di contraddizione di natura fondamentale o era sufficiente una contraddizione in un solo punto? Chi doveva stabilire la sussistenza effettiva di un contrasto: l'Assemblea federale, il Consiglio federale o il Tribunale federale?

Neppure si stabiliva quando era necessario denunciare un trattato, qual era il suo esatto significato e quale autorità doveva decidere in merito.

---

denunciando i trattati internazionali in questione. Sono fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale».

<sup>5</sup> Così infatti prevedeva la disposizione transitoria di cui al nuovo art. 197 n. 12 della Costituzione federale, secondo il testo di modifica.

<sup>6</sup> Così si legge in [www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch).

<sup>7</sup> Si vedano le considerazioni di Economiesuisse in [www.economiesuisse.ch](http://www.economiesuisse.ch), *Le tappe fondamentali della politica economica nel 2018*, 9 gennaio 2018.

<sup>8</sup> Cfr. l'articolo di L. Terlizzi, *Primato del diritto svizzero sui trattati internazionali, referendum sovrano a Berna*, in *Il Sole 24 ore*, 21 novembre 2018.

Dall'altro lato, tra le ragioni del “Sì” del Comitato d’iniziativa, si paventava il rischio di perdere l’autodeterminazione svizzera: «Affinché la democrazia diretta funzioni, è [...] fondamentale che le decisioni popolari siano rispettate e applicate. Organi e autorità internazionali ampliano in continuazione il campo di applicazione dei trattati internazionali. Invocando tali trattati, negli ultimi tempi, politici e tribunali non applicano più, o applicano solo in parte, le decisioni del Popolo svizzero. Tutto ciò compromette la certezza del diritto. [...] La gestione autonoma dell’immigrazione non è stata applicata, nonostante una decisione popolare, a causa dell’Accordo con l’Unione europea sulla libera circolazione delle persone»<sup>9</sup>.

Il riferimento al tema dell’immigrazione non era casuale. Era stato proprio il Partito Unione democratica di centro tra i partiti a lanciare e depositare, il 14 febbraio del 2012, con 135.557 firme valide, l’iniziativa popolare “Contro l’immigrazione di massa”, poi accolta dai cantoni svizzeri il 9 febbraio 2014, con il 50,3% dei voti e una maggioranza di 17 cantoni su 26. Nel Canton Ticino – ove, non è un caso, la recente proposta sull’autodeterminazione è stata respinta dal 53,9% degli elettori votanti e non con punte di oltre il 70% come in altri cantoni – l’iniziativa sulla limitazione dell’immigrazione “di massa” fu approvata dal 68,17%<sup>10</sup>.

L’intento dell’Udc è stato probabilmente quello di “cavalcare l’onda” del forte malcontento e della contrarietà degli elettori svizzeri verso la politica europea e di immigrazione adottata dal Consiglio federale, già mostrati con la consultazione del 9 febbraio 2014. L’intento, questa volta, non è riuscito. Tra le ragioni della recente “bocciatura”, forse, il timore di forti ripercussioni negative per l’economia svizzera e il rischio di instabilità nelle relazioni commerciali e internazionali.

L’Udc tenterà nuovamente di destabilizzare le relazioni Svizzera-Unione europea, con una nuova iniziativa “Per un’immigrazione moderata (Iniziativa per la limitazione)”, che mira a porre fine alla libera circolazione delle persone tra Svizzera e Stati membri dell’Ue e a modificare la Costituzione federale, introducendo l’art. 121 b) e l’art. 197, n. 12, discutibili, ancora una volta, per i profili di incompatibilità rispetto al diritto internazionale<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. il dossier completo sulla votazione popolare del 25 novembre 2018, rintracciabile in [www.lugano.ch>spiegazioni-it-bf](http://www.lugano.ch/spiegazioni-it-bf), 22 ss.

<sup>10</sup> Sull’iniziativa “Contro l’immigrazione di massa”, cfr. più avanti per ogni riferimento anche bibliografico.

<sup>11</sup> L’iniziativa ha raccolto 116.139 firme valide. Secondo il testo dell’art. 121 b) (“Immigrazione senza libera circolazione delle persone”) che si intenderebbe introdurre nel testo costituzionale: «da Svizzera disciplina autonomamente l’immigrazione degli stranieri. Non possono essere conclusi nuovi trattati internazionali o assunti altri nuovi obblighi internazionali che accordino una libera circolazione delle persone a cittadini stranieri. I trattati internazionali e gli altri obblighi internazionali in vigore non possono essere adeguati o estesi in modo tale da contraddire ai capoversi 1 e 2». Secondo l’art. 197, n. 12: «Occorre condurre negoziati affinché l’Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione svizzera, da una parte e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall’altra, sulla libera circolazione delle persone cessi di essere in vigore entro dodici mesi dall’accettazione dell’art. 121 b da parte del Popolo e dei Cantoni. Se tale obiettivo non è raggiunto, nei 30 giorni successivi il Consiglio federale denuncia l’Accordo di cui al capoverso 1». Così si legge nella *Banca dati sulle iniziative popolari*,

A tal proposito, una riflessione su quanto è accaduto in Svizzera prima della consultazione referendaria del 25 novembre 2018 può forse aiutare per ricostruire la *road map* seguita dal Partito democristiano svizzero verso una rottura (o, meglio, sino ad ora, un tentativo di rottura) delle relazioni con l'Unione europea<sup>12</sup>.

## 2. La consultazione referendaria precedente “Contro l’immigrazione di massa” e la tensione tra Svizzera e Unione europea

I venti sovranisti soffiano in Svizzera già da tempo.

Con la consultazione referendaria tenutasi, a livello federale, il 9 febbraio 2014, a seguito della presentazione (da parte di Udc, Lega dei Ticinesi, sezione ticinese dei Verdi e Mouvement citoyens genevois) dell’iniziativa popolare di revisione costituzionale “Contro l’immigrazione di massa”, furono approvate importanti modifiche dell’art. 121 (ora art. 121 lett. a) della Costituzione federale elvetica<sup>13</sup>. L’iniziativa, come già accennato, fu accolta con il 50,3% dei voti e una maggioranza di 17 Cantoni su 26. Fedele alle sue convinzioni antieuropeiste, il Canton Ticino – la cui economia si basa, più di ogni altro cantone, sulla manodopera frontaliera, per lo più italiana – ottenne un risultato quasi plebiscitario, con i “Sì” fermatisi poco sotto il 70% (68,17%)<sup>14</sup>.

Non solo si introdussero tetti massimi al numero di permessi di dimora per stranieri in Svizzera, ma si incaricò il Consiglio federale – attraverso disposizioni transitorie inserite nell’art. 197 della Costituzione – di adottare norme intese a limitare l’immigrazione in funzione «degli interessi globali dell’economia svizzera

---

Cancelleria federale, in [www.bk.admin.ch](http://www.bk.admin.ch), fonte molto utile dal punto di vista anche storico e statistico.

<sup>12</sup> Si consenta il riferimento, anche per i richiami bibliografici e storici, a S. Rodriquez, *I limiti della democrazia diretta. L’iniziativa popolare nell’esperienza svizzera e statunitense, con uno sguardo all’Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, f. 2, 451-502.

<sup>13</sup> L’art. 121 lett. a) della Costituzione federale elvetica così recita: «La Svizzera gestisce autonomamente l’immigrazione degli stranieri. Il numero di permessi di dimora per stranieri in Svizzera è limitato da tetti massimi annuali e contingenti annuali. I tetti massimi valgono per tutti i permessi rilasciati in virtù del diritto degli stranieri, settore dell’asilo incluso. Il diritto al soggiorno duraturo, al ricongiungimento familiare e alle prestazioni sociali può essere limitato. I tetti massimi annuali e i contingenti annuali per gli stranieri che esercitano un’attività lucrativa devono essere stabiliti in funzione degli interessi globali dell’economia svizzera e nel rispetto del principio di preferenza agli Svizzeri; essi devono comprendere anche i frontalieri. Criteri determinanti per il rilascio del permesso di dimora sono in particolare la domanda di un datore di lavoro, la capacità d’integrazione e una base esistenziale sufficiente e autonoma. Non possono essere conclusi trattati internazionali che contraddicono al presente articolo. La legge disciplina i particolari».

<sup>14</sup> Sulla consultazione e sul contesto socio-economico che ha indubbiamente influenzato il voto, cfr. S. Gerotto, *L’iniziativa popolare svizzera “Contro l’immigrazione di massa”. Qualche considerazione non del tutto “a caldo”*, in *federalismi.it*, n. 4, 2014. Sulle cause dell’alta percentuale di “sì” espressa nel Canton Ticino, A. Achini, *L’accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l’Union européenne: un accord encore négociable?*, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2015, 87, in part. 114: «[...] l’explosion du nombre des travailleurs frontaliers italiens, la pression constante sur le marché de travail local et sur les salaires, les embouteillages quotidiens sur les routes ainsi que certains problèmes de compréhension avec Berne ont contribué indéniablement au mécontentement de la population et par directe conséquence à l’acceptation de l’initiative».

e nel rispetto del principio di preferenza agli Svizzeri». Il punto più delicato della modifica fu quello che imponeva alla Confederazione di procedere, nei tre anni successivi, alla definizione di un più restrittivo regime dell'immigrazione e alla rinegoziazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone («ALCP») che lega la Svizzera all'Unione europea dal 1° gennaio 2002<sup>15</sup>. Come noto, infatti, dopo il rifiuto – da parte del 53% dell'elettorato svizzero – di ratificare l'Accordo sullo Spazio Economico europeo del 6 dicembre 1992, la Svizzera ha “imboccato” la via bilaterale, al fine di disciplinare i suoi rapporti con l'Unione europea<sup>16</sup>. Tale scelta ha comportato l'adozione, nel 1999 e nel 2004, degli Accordi bilaterali I e II, a garantire – tra l'altro – ampio accesso reciproco al mercato del lavoro<sup>17</sup>.

Già nel luglio del 2014, attraverso le parole dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza dell'Unione europea, Catherine Ashton, giunse il duro rifiuto dell'Unione europea alla rinegoziazione dell'Accordo con la Svizzera<sup>18</sup>: «la rinegoziazione del principio della non discriminazione, che comprende l'equità di trattamento, allo scopo di introdurre limiti quantitativi e quote, associato alla preferenza riservata ai cittadini stranieri, si troverebbe in netta contraddizione con l'Accordo e [...] di conseguenza, l'UE non concorda su alcuna revisione a tale proposito»<sup>19</sup>.

Le relazioni Svizzera - Unione europea si incrinano ulteriormente quando, il 16 febbraio 2014, il Consiglio federale decide di non firmare il Protocollo III relativo all'Accordo sulla libera circolazione delle persone che estendeva la libera circolazione alla Croazia. La risposta dell'Unione europea non si fa attendere e si esplica con il blocco del programma quadro di ricerca e innovazione *Horizon 2020* e del programma di scambio di studenti *Erasmus plus*<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> «I trattati internazionali che contraddicono l'articolo 121 lett. a) devono essere rinegoziati e adeguati entro tre anni dall'accettazione di detto articolo da parte del Popolo e dei Cantoni. Se la legislazione d'esecuzione relativa all'articolo 121 lett. a) non è entrata in vigore entro tre anni dall'accettazione di detto articolo da parte del Popolo e dei Cantoni, il Consiglio federale emana provvisoriamente le disposizioni d'esecuzione in via d'ordinanza».

<sup>16</sup> Per un ampio studio sui rapporti tra Svizzera e Unione europea ancora prima della stipula degli Accordi bilaterali, J. Blondel, *Il modello svizzero: un futuro per l'Europa*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1998, 203.

<sup>17</sup> *Sugli accordi del 1999 conclusi tra Svizzera e Unione europea*, S. Winkler, Gli accordi del 1999 tra la Svizzera e l'Unione europea, in *Riv. st. pol. intern.*, 2002, 545 ss. Più in generale, sui rapporti tra la Svizzera e l'Unione europea, utile la lettura di P. Tacchi, L'adesione della Confederazione elvetica all'UE: da “obiettivo strategico” a “semplice opzione”, in *Quad. cost.*, 2006, 373-375. Di recente, C. Sanna, Gli accordi tra Svizzera e Unione europea: un modello per le future relazioni con il Regno Unito?, in *federalismi.it*, n. 18, 2017.

<sup>18</sup> Così si legge in [www.eunews.it/2014/07/24](http://www.eunews.it/2014/07/24), *Quote: L'Ue conferma il suo “no” alla Svizzera*, 24 luglio 2014.

<sup>19</sup> Cfr., in questo senso, quanto riportato nella Raccomandazione del Parlamento europeo del 27 giugno 2016, concernente il progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un protocollo all'accordo tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione svizzera, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, riguardante la partecipazione della Repubblica di Croazia quale parte contraente in seguito alla sua adesione all'Unione europea (14381/2013-C8-0120/2016 – 2013/0321 (NLE)).

<sup>20</sup> Una sintesi si ritrova nella già citata Raccomandazione del Parlamento europeo del 27 giugno 2016 (14381/2013-C8-0120/2016 – 2013/0321 (NLE)).

La frattura con l'Unione europea venne sanata solo il 16 dicembre 2016 con la firma del Protocollo da parte della Svizzera (e l'entrata in vigore il 1° gennaio 2017) e la riammissione ai programmi scientifici dell'Unione.

Rimaneva tuttavia irrisolto il nodo principale di come conciliare la volontà popolare – espressa nel 2014 – di inserire restrizioni, tetti e contingenti all'immigrazione con l'Accordo bilaterale sulla libera circolazione delle persone.

Dopo un lungo e tormentato *iter*, il Consiglio federale, di fatto disattendendo il dettato del novellato art. 121 a) della Costituzione elvetica, propose un'attuazione della norma costituzionale compatibile con i principi dell'«ALCP», nel tentativo di preservare le relazioni con l'Unione europea<sup>21</sup>.

Il 16 dicembre 2016 le Camere federali approvarono talune modifiche da integrare nella Legge federale sugli stranieri (LStr), volte a migliorare l'integrazione e rinunciando di fatto a fissare dei contingenti per i cittadini dell'Unione europea. L'attuazione della modifica di legge viene suddivisa in due pacchetti: il primo è già entrato in vigore il 1 gennaio 2018, il secondo entrerà in vigore il 1 gennaio 2019 e comporterà la modifica del titolo della LStr in “Legge federale sugli stranieri e la loro integrazione”<sup>22</sup>.

Le misure approvate sono volte a salvaguardare gli Accordi bilaterali da una deriva nazionalista e tentare un difficile compromesso per tutelare, da un lato, la volontà popolare, dall'altro lato, i rapporti con l'Unione. Non si può negare, d'altronde, come gli interessi emergenti siano contrapposti e non così facilmente conciliabili: la *deference* verso una volontà popolare espressa in una consultazione referendaria, da un lato, e le scelte strategiche nel campo delle relazioni internazionali, dall'altro lato<sup>23</sup>.

I venti sovranisti, tuttavia, non pare abbiano smesso di soffiare in Svizzera e né la “bocciatura” dell'iniziativa “Il diritto svizzero anziché giudici stranieri” sembra aver placato gli animi populistici e isolazionisti di una parte del Paese. Non è un caso che le misure approvate dalle Camere federali il 16 dicembre 2016 siano state fortemente contestate dal Partito Udc, il quale – come già accennato – ha proseguito la sua strada di rottura con l'Unione europea, con il deposito di una nuova iniziativa “Per un'immigrazione moderata (Iniziativa per la limitazione)”<sup>24</sup>, su cui gli elettori svizzeri saranno chiamati a pronunciarsi nei prossimi mesi.

### 3. Democrazia diretta vs. diritto internazionale

Le vicende della consultazione del 25 novembre 2018 su “Il diritto svizzero anziché giudici stranieri” e, prima ancora, della consultazione del 9 febbraio 2014

---

<sup>21</sup> Ripercorre tutti i passaggi, nel dettaglio, C. Sanna, *op. cit.*, 10.

<sup>22</sup> Per maggiori dettagli sull'*iter*, si veda ancora C. Sanna, *op. cit.*, 10.

<sup>23</sup> Sul punto, A. Achini, *op. cit.*, in part. 119: «Il faudra [...] élaborer une stratégie efficace et pragmatique [...] et apporter des arguments convaincants et respectueux soit de la décision populaire, soit des principes à la base de la libre circulation des personnes».

<sup>24</sup> Le misure approvate dalle Camere federali hanno invece soddisfatto le richieste dei promotori dell'iniziativa “Rasa” (“Raus aus der Sackgasse”, cioè “Fuori dal vicolo cieco”), depositata il 27 ottobre 2015 e poi successivamente ritirata. Con l'iniziativa si chiedeva lo stralcio dell'art. 121 a e dell'art. 197 n. 11 della Costituzione federale, inseriti a seguito della consultazione referendaria del 2014.

“Contro l’immigrazione di massa” mostrano chiaramente come l’esercizio della democrazia diretta – soprattutto in ordinamenti multilivello – possa determinare conflitti (non sempre facilmente superabili) con il diritto costituzionale federale e con il diritto internazionale.

L’art. 139, comma 3, della Costituzione federale elvetica dispone che «se l’iniziativa [per la revisione parziale della Costituzione] viola il principio dell’unità della forma o della materia o disposizioni cogenti del diritto internazionale, l’Assemblea federale la dichiara nulla in tutto o in parte».

Oltre al problema di definire che cosa si intenda per *jus cogens* internazionale<sup>25</sup>, da un esame delle Banche dati federali, emerge chiaramente che il potere dell’Assemblea di dichiarare nulla l’iniziativa popolare, ai sensi dell’art. 139, comma 3 della Costituzione, è stato raramente utilizzato, con ciò a dimostrare l’atteggiamento di *deference* dell’Assemblea nei confronti della volontà popolare espressa in modo diretto<sup>26</sup>.

Ad esempio, nel caso dell’iniziativa popolare di revisione costituzionale “Per l’espulsione degli stranieri che commettono reati”, lanciata nel 2008 sempre dall’Udc e accettata da corpo elettorale e dai cantoni nel referendum del 2010, né l’Assemblea federale né il Consiglio federale hanno ritenuto che l’iniziativa violasse le norme cogenti del diritto internazionale<sup>27</sup>. Affermando che «non sarebbe giustificato dichiararla nulla in base a semplici dubbi sulla sua validità», le autorità hanno invocato, a supporto della loro posizione, il principio – caro alla democrazia elvetica – *in dubio pro populo*<sup>28</sup>. Eppure, l’iniziativa introduceva – all’art. 121 della Costituzione federale – un meccanismo automatico di espulsione, a prescindere da un esame individuale della situazione nel caso concreto e appariva di primo acchito difficilmente conciliabile con il diritto internazionale ratificato in Svizzera<sup>29</sup>.

Le iniziative che hanno acceso il dibattito sulla necessità di individuare limiti materiali alla revisione della Costituzione e, più in generale, limiti all’utilizzo dell’iniziativa popolare sono diverse: non solo la più volte richiamata iniziativa del 2014 “Contro l’immigrazione di massa”, ma anche, ad esempio, l’iniziativa “Contro la costruzione dei minareti” del 2009<sup>30</sup>; prima ancora, l’iniziativa del 2008 “Per

<sup>25</sup> Ci si sofferma su questo punto in S. Rodriguez, *I limiti della democrazia diretta*, cit., in part. 474.

<sup>26</sup> Per un esempio in cui, invece, non si è mostrata *deference* verso la volontà popolare, si veda il caso in cui, il 14 marzo 1996, l’Assemblea federale ha dichiarato nulla l’iniziativa popolare «Per una politica d’asilo razionale», poiché violava il principio di *non-refoulement*, considerato come parte del diritto internazionale cogente (F 1996 I 1157): cfr. ancora la *Banca dati sulle iniziative popolari*, Cancelleria federale.

<sup>27</sup> Su questo punto, P. Mahon, *L’espulsione degli stranieri nel recente referendum costituzionale svizzero*, in *Quad. cost.*, 2011, 147 ss.

<sup>28</sup> Cfr. ancora P. Mahon, *op.cit.*, 147 ss.

<sup>29</sup> Con estrema approssimazione, si pensi – a titolo d’esempio – all’art. 8 (Diritto al rispetto della vita familiare) della Cedu, al Protocollo n. 8 (art. 1, garanzie di procedura in materia di espulsione), al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 (artt. 13 e 17), oltre che al già più volte citato Accordo tra Svizzera e Unione europea sulla libera circolazione delle persone.

<sup>30</sup> A commento dell’iniziativa, A. Barraggia, *Il referendum svizzero contro l’edificazione dei minareti*, in *Quad. cost.*, 2010, 126.

l'imprescrittibilità degli atti di pornografia infantile"<sup>31</sup> o quella del 2004 "Per l'internamento a vita per criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia"<sup>32</sup>.

V'è chi propone l'estensione dei limiti alla revisione (ed alle iniziative popolari) tramite una prassi più severa dell'Assemblea federale nel valutare la conformità delle iniziative popolari al diritto internazionale cogente, attraverso una definizione più ampia di tale accezione, ad esempio considerando come tale i trattati internazionali, quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>33</sup>.

Dal Rapporto della Commissione delle Istituzioni politiche del Consiglio degli Stati elvetici del 20 agosto 2015<sup>34</sup> emergono poi altre criticità sottese allo strumento: «un'iniziativa popolare promette più di quanto sia possibile mantenere perché nell'attuazione giuridica si dovrà forzatamente tener conto [non solo] degli obblighi di diritto internazionale [ma anche] del rispetto dei diritti fondamentali e dei principi dello Stato di diritto»<sup>35</sup>.

Resta poi da interrogarsi su quali limiti debba incontrare la sovranità popolare esercitata in modo diretto e su quali organi (esecutivi? Rappresentativi? Giudiziari?) possano intervenire su di essa. Gli interessi sottesi sono senz'altro contrastanti e impongono una scelta non sempre agevole: da un lato, il rischio di far perdere la fiducia nello strumento da parte del popolo e di far sì che «*public*

<sup>31</sup> Accogliendo l'iniziativa popolare "Per l'imprescrittibilità dei reati di pornografia infantile", il 30 novembre 2008 si è introdotto il nuovo articolo 123 lett. b) della Costituzione federale, che così recita: «l'azione penale e la pena per i reati sessuali o di pornografia commessi su fanciulli impuberi sono imprescrittibili». Dal sito istituzionale del Consiglio federale ([www.admin.ch/gov/it](http://www.admin.ch/gov/it)), si legge che «per garantire la certezza e l'applicazione uniforme del diritto vanno in particolare specificati i concetti vaghi di "fanciulli impuberi" e di "reati sessuali o di pornografia". A tal fine sono stati riveduti il Codice penale e il Codice penale militare [...]. Il Consiglio federale ritiene che il Popolo, accogliendo l'iniziativa sull'imprescrittibilità, volesse garantire la possibilità di perseguire a vita gli autori di tali reati nel maggior numero possibile di casi. Ha quindi optato per una disposizione transitoria che permette di applicare l'imprescrittibilità anche ai reati commessi prima del 30 novembre 2008, ma non ancora caduti in prescrizione in quella data. L'estensione dell'imprescrittibilità ai reati già prescritti prima del 30 novembre 2008 non sarebbe invece compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza corrente della Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>32</sup> Con l'iniziativa si è introdotto il nuovo art. 123 lett. a) della Costituzione federale. Tuttavia, il testo molto generico ha di fatto lasciato spazio all'interpretazione e, in concreto, all'emanazione di norme attuative da parte del Consiglio federale, con cui si è tentato di rendere la disciplina conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: [www.admin.ch/cp/i/43846745\\_1@fwsrv.html](http://www.admin.ch/cp/i/43846745_1@fwsrv.html).

<sup>33</sup> Dà conto delle diverse posizioni avanzate dalla dottrina svizzera, P. Mahon, *op. cit.*, 149.

<sup>34</sup> Cfr. [biblio.parlament.ch](http://biblio.parlament.ch).

<sup>35</sup> Si veda in particolare a pag. 4: «Per esempio, negli ultimi tempi a più riprese l'Assemblea federale si è trovata confrontata a iniziative popolari che volevano togliere ogni spazio di giudizio alle autorità giudiziarie sull'osservanza dei principi dello Stato di diritto. I tentativi dell'Assemblea federale di tutelare i limiti posti dallo Stato di diritto al momento dell'attuazione giuridica si sono spesso scontrati con i malumori dei promotori dell'iniziativa». Per un più ampio approfondimento dell'istituto dell'iniziativa in Svizzera, sia consentito il richiamo a S. Rodriguez, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, 2017, in part. 121 ss.

*confidence in the democratic process will diminish»*<sup>36</sup>, dall'altro lato, la necessità di garantire il rispetto della Costituzione e di tutto quanto in essa tutelato e riconosciuto, *in primis*, il rispetto del diritto internazionale.

#### 4. Qualche riflessione conclusiva: egoismi nazionali tra intolleranze verso i non-cittadini e spinte disgregatrici

Le recenti vicende politiche della Svizzera portano, inevitabilmente, a riflettere sul controverso legame tra referendum e immigrazione (o forse, ancor meglio, tra referendum e timore ed intolleranza, allo stesso tempo, verso il fenomeno migratorio) che sembra caratterizzare le consultazioni referendarie svoltesi nel nostro Continente negli ultimi anni<sup>37</sup>.

La difficoltà mostrata dalle tradizionali vie rappresentative nel gestire efficacemente la questione migratoria ha favorito una raffigurazione in termini antagonistici delle relazioni di interesse tra i cittadini dei singoli Stati e gli stranieri migranti, innescando la perversa tendenza di alcuni Decisori ad operare scelte – poi, in alcuni casi, avvallate dal corpo elettorale – di tipo difensivo, orientate a salvaguardare gli interessi esclusivi della collettività nazionale.

Se si pensa alla Svizzera, oltre agli esempi già richiamati in questo breve lavoro, si può ricordare il referendum del 25 settembre 2016, celebrato nel piccolo (ma, come si è accennato, dai forti sentimenti antieuropeistici) Canton Ticino<sup>38</sup>. La consultazione aveva ad oggetto una corposa modifica della Costituzione cantonale, a seguito dell'iniziativa popolare denominata "Prima i nostri", volta a reintrodurre principi quali la preferenza indigena nel mercato del lavoro<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Sempre attuali le considerazioni di S. Frias, *Power to the People: How the Supreme Court Has Reviewed Legislation Enacted Through Direct Democracy*, in *Suffolk University Law Review*, 1997-1998, 723.

<sup>37</sup> Si consenta il riferimento, sulla consultazione svoltasi in Ungheria il 2 ottobre 2016, indetta il 24 febbraio 2016 dal partito di maggioranza – la Fidesz – e da altre organizzazioni politiche o sociali filo-governative ed approvata dall'Assemblea nazionale, a S. Rodriquez, *Il rischio di sfaldamento dell'«architettura europea» tra politiche migratorie e referendum*, in *Diritti fondamentali*, 2017, n. 2, 1-23. Cfr. anche E. Mainardi, *Ungheria. Quote migranti: il referendum di Orbàn manca il quorum*, in *federalismi.it*, 2016. Più in generale, si parla del rapporto tra immigrazione e uso populistico degli strumenti referendari in S. Rodriquez, *Politiche migratorie e democrazia diretta: le nuove sfide dell'Unione europea*, in *Ianus Diritto e finanza*, 2017, 91-114. Più di recente, una ricostruzione della degenerazione illiberale ungherese si ritrova in A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in [www.dpce.it](http://www.dpce.it), 17 settembre 2018.

<sup>38</sup> Si consenta il riferimento, per maggiori approfondimenti, a S. Rodriquez, *I limiti della democrazia diretta*, cit., 451 ss.

<sup>39</sup> All'art. 4 della Costituzione cantonale, in particolare, sono stati aggiunti principi volti ad introdurre una sorta di freno ai poteri confederali in ambito internazionale, laddove si precisa che il cantone vigilerà affinché «i trattati internazionali conclusi dalla Confederazione e le leggi straniere da questi eventualmente richiamate siano applicati senza ledere i diritti individuali e sociali di chi vive sul suo territorio e nel pieno rispetto del criterio di reciprocità fra Stati». Una clausola di reciprocità menzionata in via generale all'art. 4, ma che viene a «scomporsi» in disposizioni più puntuali, per esempio all'art. 14, lett. c), b) e j) della Costituzione, secondo cui il cantone garantisce che «sul mercato del lavoro venga privilegiato a pari qualifiche professionali chi vive sul suo territorio per rapporto a chi proviene dall'estero; [...] nessuno Stato estero ostacoli l'accesso di persone fisiche o giuridiche svizzere al suo mercato interno in modo contrario allo spirito dei trattati internazionali conclusi con la

Le «incoerenze giuridiche multilivello»<sup>40</sup> che l'esito del referendum del 25 settembre 2016 ha evocato sono, in realtà, così numerose che ad oggi si dubita fortemente della vincolatività dell'esito referendario. Gli obiettivi che ci si proponeva di conseguire con il nuovo testo costituzionale, infatti, possono essere raggiunti solo nel quadro delle competenze cantonali e soltanto nei limiti del diritto federale ed internazionale superiore; ciò riduce di molto la reale possibilità di concretizzazione della riforma, che appare invero assai limitata, tant'è che nessuna legge di applicazione è stata – ad oggi – approvata<sup>41</sup>.

Non si può ignorare, tuttavia, il risultato della consultazione ticinese, frutto della contrarietà di una parte degli elettori svizzeri verso le politiche di libera circolazione delle persone e dei lavoratori adottate dalla Federazione svizzera, di concerto con l'Unione europea.

L'impatto della crisi economico-finanziaria, insieme all'instabilità del sentire sociale e alla difficoltà delle Istituzioni politico-rappresentative a proporre soluzioni concrete alle grandi migrazioni globali hanno profondamente esacerbato le condizioni di competizione tra cittadini e non-cittadini, contribuendo ad aumentare quel fermento sociale e quei sentimenti di intolleranza che già sedimentavano in una parte della comunità civile<sup>42</sup>.

Ciò ha favorito scelte elettorali con tendenze nazionaliste e sovraniste: inequivocabili segnali politici e sociali che non possono essere ignorati né considerati come semplicemente transitori<sup>43</sup>.

Una *Swissexit* per ora non è riuscita. I mesi a venire saranno però cruciali per comprendere quanto quelle spinte disgregatrici e quelle tendenze isolazioniste anti-europee abbiano realmente subito un brusco arresto o quanto, invece, la miccia tra Unione europea e Svizzera sia pronta a riaccendersi.

---

Confederazione; [...] nessun cittadino del suo territorio venga licenziato a seguito di una decisione discriminatoria di sostituzione della manodopera indigena con quella straniera [...] oppure debba accettare sensibili riduzioni di salario a causa dell'afflusso indiscriminato della manodopera estera».

<sup>40</sup> Così si pronuncia F. Ferri, *È rosso l'allarme svizzero? Note sul referendum ticinese del 25 settembre 2016*, in *federalismi.it*, 2016, 21, in part. 11.

<sup>41</sup> Si vedano infatti i lavori del Gran Consiglio ticinese del 19 febbraio 2018, con Rapporto di maggioranza n. 7354 R1 e Rapporto di minoranza n. 7354 R 2: in [m4.ti.ch](http://m4.ti.ch).

<sup>42</sup> Per una ricostruzione dell'acuirsi delle fratture sociali europee dentro le diverse crisi dell'Eurozona, cfr. ad esempio, G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno europeo o incubo?*, Roma, 2014.

<sup>43</sup> Si preferisce non utilizzare il termine "populismo" perché «sfuggenti sono gli elementi che lo costituiscono»: così nelle belle riflessioni di G. Cerrina Feroni, *Quel populismo, in salsa francese, utile alla democrazia*, in *Forum Dpce Online- Eliseo*, 2017. L'Autrice sottolinea come l'Europa si trovi di fronte a un bivio: continuare ad essere un luogo opaco di intese tecnico-normative oppure voltare pagina, provando a rifondare, ma davvero *ex novo*, e finalmente su basi democratiche, il processo di integrazione.

## **Diritto alle indennità post-licenziamento e condizione di disabilità**

*di Paolo Addis*

**Title:** Right to dismissal indemnity and disability

**Keywords:** Disability; Social security; Discrimination.

1. – La sentenza che qui si commenta riguarda una questione pregiudiziale relativa all'art. 2 della direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Protagonista della vicenda processuale da cui sorge la questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione del giudice del Lussemburgo è Surjit Singh Bedi. Al signor Bedi, nato nel 1954, è stato riconosciuto un grado di invalidità del 50%. È quindi una persona con disabilità. All'età di 24 anni, nel 1978, ha iniziato a lavorare come dipendente civile delle forze armate britanniche, in una base situata a Münster, nell'allora Germania Ovest. Al suo rapporto di lavoro si applicava la disciplina prevista dai contratti collettivi per i dipendenti delle forze armate di stanza in Germania, fra cui figurava il TV SozSich, stipulato nel 1971 fra la Repubblica federale di Germania e le organizzazioni sindacali, con l'obiettivo di dettare delle regole per la condizione di lavoro dei lavoratori occupati dalle forze armate di stanza sul suolo tedesco, a nome degli Stati di origine (fra cui anche la Gran Bretagna). Il 31 dicembre 2013 il signor Bedi è stato licenziato. A partire dal 1° gennaio 2014 ha percepito un'indennità integrativa temporanea ai sensi dell'art. 4 del TV SozSich. Ai sensi della disposizione appena citata, l'indennità temporanea è versata "b) ad integrazione delle prestazioni dell'Ufficio federale del lavoro erogate in ragione della disoccupazione o per attività di formazione professionale". Se il lavoratore che viene licenziato ha 20 anni di servizio e l'età di 55 anni o 25 anni di servizio e l'età di 50 anni, l'indennità integrativa temporanea gli è corrisposta senza limiti di tempo.

Il sig. Bedi non è rimasto a lungo disoccupato. Dal 1° marzo 2014 ha trovato lavoro in una società privata come guardia di sicurezza e dal 1° aprile 2016 il suo impiego è diventato a tempo pieno. L'amministrazione tedesca, il 23 marzo 2015, ha comunicato al sig. Bedi che poteva fruire di una pensione anticipata per persone con disabilità grave, a partire dal 1° maggio 2015. Questa possibilità faceva venire meno il diritto al godimento dell'indennità integrativa temporanea, a partire dal 30 aprile 2015. Ciò perché l'art. 8 del TV SozSich prevede che "L'indennità temporanea e la partecipazione ai contributi non sono versati per i periodi [...] c) successivi al mese nel corso del quale il lavoratore soddisfa le condizioni per avere diritto a una pensione di vecchiaia anticipata o a una pensione d'invalidità ai sensi del regime obbligatorio di assicurazione pensionistica."

Il signor Bedi percepiva, da ultimo, una cifra di 1604,20 € al mese come indennità temporanea. La pensione cui avrebbe diritto, invece, è pari a una cifra di 909,50 € mensili;

nei primi 3 anni di godimento anticipato, all'importo della pensione viene applicato un taglio del 10%.

Il sig. Bedi ha proposto un ricorso nei confronti della Repubblica federale di Germania, dinanzi al Tribunale del lavoro di Münster. Egli ha chiesto di far valere la normativa del Regno Unito e l'accertamento dell'obbligo di versare a suo beneficio l'indennità integrativa temporanea anche dopo il 1° maggio 2015. Il suo ricorso è stato respinto l'11 febbraio 2016. Il sig. Bedi, però, non ha gettato la spugna. Ha infatti agito in appello contro la decisione del Tribunale del lavoro, dinanzi al Tribunale superiore del lavoro del *Land*, Hamm. Ha chiesto l'accertamento dell'obbligo, per l'amministrazione tedesca, di continuare il versamento dell'indennità integrativa temporanea e il pagamento dell'indennità medesima dall'aprile al dicembre 2016.

Il giudice del rinvio si è chiesto se l'art. 8 del TV SozSich contenesse una norma discriminatoria nei confronti delle persone con disabilità, di cui agli artt. 1 e 16 della direttiva 2000/78, qualora un lavoratore soddisfacesse le condizioni per ottenere una pensione anticipata di vecchiaia per persone con disabilità grave. La Corte federale del lavoro (in tedesco, *Bundesarbeitsgericht*), nella sua giurisprudenza, ha considerato non discriminatorio il dettato dell'art. 8 del TV SozSich. Ciò perché la disposizione non avrebbe delineato un trattamento basato sulla disabilità e perché, in ogni caso, si sarebbe trattato di una differenza oggettivamente giustificata da una finalità legittima, perseguita con mezzi appropriati e necessari. Il giudice del rinvio, però, non ne è convinto, vista e considerata la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (in particolare, alla luce della sentenza del 6 dicembre 2012, *Odar* (C-152/11, EU:C:2012:772).

Il giudice rimettente ha sottolineato che il criterio dell'art. 8 del TV SozSich è imperniato sul sorgere del diritto a una pensione anticipata di vecchiaia. Dal momento che non viene preso in considerazione l'effettivo beneficio derivante dalla pensione di vecchiaia, ci sarebbe sempre, automaticamente, una riduzione del periodo di godimento dell'indennità integrativa temporanea per i lavoratori con disabilità rispetto ai lavoratori senza disabilità, nonostante, in partenza, siano nella medesima condizione (età avanzata, perdita del lavoro a causa di un licenziamento, necessità di mantenere un tenore di vita adeguato sino alla pensione di vecchiaia). Il criterio adottato dal legislatore tedesco avrebbe quindi avuto l'effetto di compromettere il vantaggio derivante dalla concessione della pensione, dal momento che – come detto *supra* – l'importo della pensione è sensibilmente inferiore rispetto all'indennità temporanea. Inoltre, la possibilità di anticipare la pensione dovrebbe compensare gli svantaggi derivanti dalla disabilità e non dovrebbe invece rilevare per beneficiare dell'indennità integrativa temporanea. Queste considerazioni hanno spinto il Tribunale superiore del lavoro del *Land*, Hamm a sollevare una questione pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 2, secondo paragrafo, della direttiva 2000/78. Il giudice tedesco ha domandato alla Corte di giustizia di verificare se la norma ora citata osti alla presenza, all'interno di un contratto collettivo, di una misura che preveda un diritto a percepire un'indennità, finalizzata alla garanzia dei mezzi di sostentamento adeguati a beneficio di lavoratori licenziati, ma, al contempo, preveda che tale diritto venga meno nel momento in cui i lavoratori stessi maturino il diritto a una pensione d'anzianità o – come nel caso di specie – a una pensione d'anzianità anticipata a causa della disabilità.

## 2. – Qual è stata la risposta della Corte di giustizia?

Per affrontare la questione, il massimo organo giurisdizionale dell'Unione europea prende le mosse da una constatazione relativa alla portata della direttiva 2000/78 CE: una giurisprudenza costante della Corte individua il raggio d'azione del diritto dell'Unione circa la parità di trattamento «in materia di occupazione di condizioni di lavoro»; la Corte, al riguardo, richiama le decisioni Hütter, C-88/08, EU:C:2009 e Stollwitzer, C-482/16, EU:C:2018:180 (circa il caso Stollwitzer, si rimanda al commento di A. CAPROTTI, *Riflessioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri in materia di disciplina antidiscriminatoria*, in *DPCE on line*, 2018/2, pp. 479-485).

Il primo passo da compiere è quindi la verifica circa il fatto che disposizioni come quelle del TV SozSich, relative all'indennità integrativa, rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78. L'art. 3 della direttiva, 1 §, lett. C) dispone che la disciplina in questione si applichi "c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione"; il considerando 13 della direttiva, al contempo, afferma che quest'ultima "non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dall'articolo 141 del trattato CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro." (al punto 30, la Corte richiama le sentenze del 6 dicembre 2012, *Dittrich at al.*, C-124/11, C-125/11 e C-143/11, EU:C:2012:771, e del 2 giugno 2016 C-122/15, EU:C:2016:391).

L'indennità integrativa temporanea percepita dal sig. Bedi può essere equiparata a una retribuzione, ai sensi dell'art. 157 TFUE?

Quest'ultima disposizione definisce la retribuzione come il salario o il trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi, diretti o indiretti, in denaro contante o in natura, che il datore di lavoro paga al lavoratore in ragione dell'impiego prestato. La giurisprudenza della Corte di giustizia, sul punto, è estensiva: possono essere considerate come una retribuzione anche prestazioni erogate dal datore di lavoro dopo la conclusione del rapporto d'impiego. Al § 34 i giudici del Lussemburgo precisano che possono essere qualificati come "retribuzione" i trasferimenti monetari dal datore al lavoratore, tesi a garantire a quest'ultimo una fonte di reddito, anche quando non venga svolta nessuna attività prevista dal contratto di lavoro; inoltre, "la natura retributiva di tali prestazioni non può essere messa in dubbio per il solo fatto che esse rispondono anche a considerazioni di politica sociale" (sul punto vengono richiamate le decisioni del 9 dicembre 2004, *Hlozek*, C-19/02, EU:C:2004:779 e la già richiamata sentenza del 2 giugno 2016, C, C-122/15, EU:C:2016:391; il caso *Hlozek* è contestualizzato in un quadro più ampio da K. KOLDINSKÁ, *Case law of the European Court of Justice on sex discrimination 2006-2011*, in *CMLR*, 48, 5, pp. 1599-1638).

Le indennità post-licenziamento, in particolare, possono essere considerate come una forma di retribuzione differita, cui il lavoratore ha diritto in ragione del suo impiego, ma il cui versamento è rimandato al momento della cessazione del rapporto di lavoro, al fine di agevolare il suo adattamento alla nuova situazione. Secondo una giurisprudenza costante, per stabilire se una prestazione sia o no una retribuzione, è decisivo il criterio relativo al fatto che la prestazione sia stata concessa in ragione del rapporto di lavoro fra la persona interessata e il suo ex-datore (§§ 35 e 36 della sentenza in commento; fra i casi richiamati, oltre alle già citate decisioni *Dittrich* e *Hlozel*, il più risalente caso del 17 maggio 1990, *Barber*, C-262/88, EU:C:1990:209 e la sentenza del 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897. Sul caso *Parris* si veda A. PERELLI, *Riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso e pensioni di reversibilità, tra eguaglianza e irretroattività*, in *DPCE on line*, 2017/1, pp. 125-128). Lo scopo dell'indennità percepita dal sig. Bedi è garantirgli i mezzi di sostentamento, compensando le difficoltà derivanti dall'aver perso il lavoro e dal fatto che sarebbe potuto restare senza una nuova occupazione, oppure trovarne una con una paga molto inferiore. Proprio spingere il lavoratore a trovare un nuovo impiego è una delle finalità dell'indennità, con particolare riferimento ai casi in cui il lavoratore si trovi davanti solo a posizioni lavorative con una retribuzione inferiore a quella percepita prima (o, addirittura, inferiore all'indennità di disoccupazione). Secondo la Corte di giustizia, considerato lo scopo dell'indennità e il fatto che essa viene erogata in ragione dell'impiego precedentemente svolto, non si può negare che essa sia una "retribuzione" ex art. 157 TFUE (§ 42).

La Corte deve quindi appurare se l'art. 8 del TV SozSich sia discriminatorio nei confronti delle persone con disabilità; una discriminazione fondata sulla disabilità sarebbe vietata ai sensi della direttiva 2000/78. Viene quindi richiamato il concetto di discriminazione diretta: ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. A) della direttiva appena citata, si

ha una discriminazione diretta quando “a) [...] sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”. Nel caso di specie, come evidenziato anche dal giudice del rinvio, il diritto a un'anticipazione della pensione di anzianità non è limitata alle persone con disabilità grave, ma riguarda anche altre categorie di soggetti. Non si può quindi dire che l'art. 8 del del TV SozSich fonda una disparità di trattamento basata sulla disabilità, visto che il diverso trattamento “non è indissolubilmente collegato alla disabilità” (§ 48; sul punto, vengono richiamate la sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222 e la sentenza del 18 gennaio 2018, Ruiz-Conejero, C-270/16, E:C:2018:17; sui casi appena menzionati cfr. *ex multis* N. BETSCH, *The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctant Acceptance of the Social Approach of Disability*, in *European Labour Law Journal*, Vol. 4, 2, 2013, pp. 135-142 e J. L. MONEREO PÉREZ – P. G. ORTEGA LOZANO, *La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad*, in *La Ley Unión Europea*, 57, 2018, nonché – volendo – P. ADDIS, *La Corte di giustizia dell'Unione europea, le assenze dal luogo di lavoro e la discriminazione connessa alla disabilità*, in *DPCE on line*, 2018/2, pp. 447-453). Per quel che concerne la discriminazione indiretta, invece, la Corte richiama l'art. 2, par. 2, lett. B) della direttiva 2000/78: “sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone”. Ciò salvo che la disposizione, il criterio o la prassi in questione non siano giustificati oggettivamente da una finalità legittima e quest'ultima sia perseguita con mezzi appropriati e necessari (§49-50). Nel suo provvedimento, il giudice del rinvio mette in luce il fatto che, per ragioni anagrafiche, i lavoratori e le lavoratrici con disabilità beneficiano dell'indennità temporanea per un periodo sensibilmente inferiore rispetto a lavoratori e lavoratrici senza disabilità. Nel caso del signor Bedi, l'indennità temporanea è stata revocata poco prima del compimento del sessantunesimo anno; in altre circostanze (ovvero, se il sig. Bedi non fosse stato disabile) gli sarebbe stata accordata sino ai 63 anni. In sostanza, il sig. Bedi, dovendo fare a meno dell'indennità temporanea, deve fare i conti con entrate sensibilmente inferiori, in ragione della sua condizione di disabilità. Pare quindi evidente che quanto disposto dall'art. 8 del TV SozSich pone le persone con disabilità in una condizione svantaggiata rispetto agli altri lavoratori, in ragione di un trattamento indirettamente basato sull'handicap, ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. B) della direttiva.

Il governo tedesco (e la Repubblica federale di Germania, che sostituisce processualmente il Regno Unito), con riferimento al caso di specie, però, sostengono che – in ragione della concessione di una pensione anticipata – le persone con disabilità si trovano in una condizione oggettivamente differente rispetto agli altri lavoratori e alle altre lavoratrici. Però la Corte, sul punto, ha buon gioco nel ribadire quanto già affermato nel caso Odar (cfr. sentenza del 6 dicembre 2012, Odar, C-152/11, EU:C:2012:772): chi è prossimo alla pensione è in una situazione analoga a quella di chi sia stato licenziato, visto che il rapporto di lavoro è venuto meno in maniera identica e la possibilità di ottenere una pensione anticipata non colloca le persone con disabilità in una condizione particolare. Il sig. Bedi non è in un frangente diverso rispetto ad altri lavoratori non disabili, prossimi all'età pensionabile, che siano stati licenziati.

La differenza di trattamento operata dall'art. 8 del TV SozSich è quindi tale da essere ragionevolmente e oggettivamente giustificata da una finalità legittima?

Per dare una risposta a questa domanda – ineludibile, in vista della soluzione da prospettare per il caso concreto – la Corte del Lussemburgo ribadisce, *in primis*, il fatto che le parti sociali dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo a proposito della scelta degli obiettivi in materia di politiche sociali e occupazionali, ma anche a

proposito delle misure atte a realizzare tale scopo. L'indennità integrativa temporanea assegnata al sig. Bedi dopo la chiusura della base militare di Münster – come già detto – intende compensare, almeno parzialmente, la perdita dell'impiego e facilitare il reinserimento lavorativo: finalità riconoscibili come legittime (§§ 60-61). In linea di principio, quindi, sono scopi che possono giustificare un trattamento differente basato sulla disabilità. Ma resta da valutare un altro punto: i mezzi usati per perseguire queste finalità sono adeguati e necessari oppure eccedono quanto è indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito?

Per quanto riguarda l'adeguatezza, la Corte di giustizia ritiene che l'art. 8 del TV SozSich non sia manifestamente inadeguato (§ 65). Per quello che riguarda la valutazione della misura, in termini di eccedenza rispetto a quanto necessario per perseguire le finalità *supra* indicate, però, la Corte si vede costretta a fare un passo indietro: la disposizione *de qua* deve essere contestualizzata accuratamente.

A tale proposito, il governo tedesco ritiene che “le parti sociali, in relazione ai contratti collettivi, non sarebbero obbligate a scegliere la soluzione più equa, più ragionevole, più adeguata”, godendo di principi consacrati dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte ha già più volte affermato che quanto contenuto negli atti scaturenti dalla contrattazione collettiva è dotato di una natura differente rispetto a quanto disposto unilateralmente con atti legislativi o regolamentari. Ciò perché il diritto alla negoziazione collettiva, di cui all'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ha un carattere fondamentale e le parti sociali, esercitandolo, definiscono *in re ipsa* un equilibrio fra i loro diversi interessi. Al contempo, però, il diritto alla negoziazione collettiva fa parte del diritto dell'Unione e – nell'ambito di applicazione del diritto UE – deve dispiegarsi conformemente a quest'ultimo. In altre parole, le parti, nell'ambito delle misure adottate con la negoziazione collettiva, non possono comunque violare il dettato della direttiva 2000/78 (la Corte richiama la sentenza dell'8 settembre 2011, Hennings e Mai, C-297/10 e C-298/10, EU:C:2011:560; per quanto riguarda l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, si vedano C. BARNARD, *Article 28*, in S. Peers – T. Harvey – J. Kenner – A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, UK, 2014, pp. 773-794 e P. F. LOTITO, *Articolo 28*, in R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto (cur.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Mulino, Bologna, 2001, pp. 215-218). Va peraltro sottolineato che la direttiva contiene una disposizione, l'art. 16, ove si afferma che “Gli Stati membri prendono le misure necessarie per assicurare che: [...] b) tutte le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti di lavoro o nei contratti collettivi, nei regolamenti interni delle aziende o nelle regole che disciplinano il lavoro autonomo e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro siano o possano essere dichiarate nulle e prive di effetto oppure siano modificate.” (§ 71). A rilevare, nel caso di specie, come sottolineato dall'opinione dell'Avvocato generale, Eleanor Sharpston, è il fatto che il sistema messo a punto dal contratto collettivo cui sono legate le prestazioni erogate a beneficio del sig. Bedi hanno un carattere di automaticità (“È altresì importante notare che l'indennità erogata alle persone come il sig. Bedi cessa automaticamente nel momento in cui esse maturano il diritto a ricevere il pagamento anticipato della pensione di vecchiaia, anche nell'ipotesi in cui essi non desiderino riscuotere la pensione in quel momento. Essi potrebbero, ad esempio, voler rimanere nel mondo del lavoro e posticipare la riscossione della pensione fino al raggiungimento dell'età pensionabile ordinaria, quando la riceverebbero per intero.”: §52). Si tratta – come sottolineato dallo stesso AG – di un punto cruciale: nonostante gli apprezzabili motivi che hanno spinto chi ha redatto la disciplina *de qua* a prevedere tempi più brevi per l'ottenimento della pensione d'anzianità a beneficio delle persone con disabilità, ciò, in concreto, implica che queste ultime siano sostanzialmente private della possibilità di scegliere se continuare a lavorare o meno, qualora ne abbiano la possibilità. Opzione che resta invece disponibile per le persone senza una disabilità (i passaggi qui riportati sono ai §§ 53-55 dell'opinione dell'AG, presentata il 29 maggio 2018). La Corte, sul punto, segue l'impostazione dell'AG e, prendendo atto

di un dato ben noto alla letteratura economica e sociologica, sottolinea che l'eliminazione della possibilità di scelta circa la permanenza sul posto di lavoro, traducendosi in una sensibile riduzione dei redditi delle persone con disabilità prepensionate, comporta l'implicita accettazione del "rischio che le persone gravemente disabili si trovino esposte ad esigenze economiche incompressibili connesse alla loro disabilità e/o che, con l'avanzare degli anni, tali esigenze economiche aumentino" (così il § 75 della sentenza in commento; peraltro, alla lett. T) del Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU nel dicembre del 2006, si legge che "la maggior parte delle persone con disabilità vive in condizioni di povertà" e si riconosce, a tal proposito, "la fondamentale necessità di affrontare l'impatto negativo della povertà sulle persone con disabilità"; la sentenza in questione, sul punto, richiama la sentenza Odar, già più volte citata). Le parti sociali, quindi, hanno trascurato, nel contemperamento degli interessi da esse operato, di tenere nella debita considerazione la condizione delle persone con disabilità grave. La Corte – discostandosi parzialmente dalle conclusioni a cui era giunta l'AG, dichiara che l'art. 2, par. 2, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che osta alla presenza di disposizioni, anche se ricomprese in un contratto collettivo, che prevedano la cessazione del pagamento di un'indennità integrativa temporanea "concessa al fine di garantire un reddito adeguato a un lavoratore che ha perso il posto di lavoro e fino al momento in cui egli abbia diritto ad una pensione di vecchiaia ai sensi del regime obbligatorio di assicurazione pensionistica, quando detto lavoratore soddisfi le condizioni per beneficiare di una pensione di vecchiaia anticipata per persone con disabilità gravi, ai sensi di tale regime."

3. – La decisione illustrata presenta diversi possibili spunti interessanti. In primo luogo, consente di porre in luce il fatto che la tutela dei diritti delle persone con disabilità deve passare anche attraverso la contrattazione collettiva. In letteratura si è sottolineato che questo particolare aspetto sta trovando una crescente attenzione sia nei differenti contesti nazionali, sia nelle diverse realtà aziendali. Nel quadro italiano, in particolare, l'apertura a prospettive di tutela (anche) della condizione di vita delle persone con disabilità e dei loro nuclei familiari, tanto nella contrattazione collettiva quanto all'interno delle singole imprese, è testimoniata anche dalla presenza, nel diritto positivo, di misure tese ad agevolare il "welfare contrattuale" (cfr., al riguardo, M. AIMO – D. IZZI, *Disability and Employee Well-Being in Collective Agreements: Practices and Potential*, in *Labour Studies*, Vol. 7, 3, 2018, pp. 95-108). In secondo luogo, si conferma la rilevanza, anche per la condizione giuridica delle persone con disabilità, del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea. In particolare, nel corso dell'ultimo decennio si è registrata una svolta nell'impostazione di fondo adottata dalla Corte del Lussemburgo, a seguito dell'ingresso, nell'ordinamento dell'Unione europea, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Nonostante nel caso di specie la Convenzione di New York non sia stata richiamata né dalla Corte né all'interno dell'opinione resa dall'AG, la sua influenza pare perdurante. Non è casuale che la Corte abbia comunque richiamato la sentenza HK Danmark. Si tratta di una pronuncia che costituisce un vero e proprio *leading case* della giurisprudenza della Corte di giustizia circa la discriminazione delle persone con disabilità e che ha adottato una lettura del concetto di disabilità prossima a quella proposta dal c.d. modello sociale (la letteratura relativa al diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea è molto ampia; cfr., *ex plurimis*, M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; L. WADDINGTON – A. HENDRIKS, *The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, 4, 2002, pp. 403-428. Sul mutare della giurisprudenza della CGUE e sul cambiamento del concetto di disabilità emergente dalla stessa, si vedano D. FERRI – S. FAVALLI, *Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Public*

*Law*, Vol. 22, 3, 2016, pp. 541-567; D. FERRI – S. FAVALLI, *Tracing the Boundaries between Disability and Sickness in the European Union: Squaring the Circle?*, in *European Journal of Health Law*, Vol. 23, 1, 2016, pp. 5-35 e L. WADDINGTON, *The European Union*, in A. Lawson – L. Waddington (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice*, OUP, 2018, pp. 131-152; l'ultimo degli studi citati pone in luce anche i possibili limiti dell'utilizzo della Convenzione di New York da parte della Corte del Lussemburgo). Il diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea è attualmente limitato dal fatto che il suo raggio d'azione, come precisato dalla Corte nel caso di specie, è limitato all'ambito lavorativo; sarebbe quindi auspicabile, *pro futuro*, una ripresa del percorso – attualmente privo di sbocchi – verso l'approvazione di ulteriori direttive antidiscriminatorie.

## **L'effettività del principio di non discriminazione sul luogo di lavoro: un discorso in continua evoluzione**

*di Alessandro Caprotti*

**Title:** The Effectiveness of the principle of non-discrimination in the workplace: a constantly evolving issue

**Keywords:** Non-discrimination; Workplace; Effectiveness.

1. – La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 27 giugno 2018, causa C-246/17, *Ibrahima Diallo contro Belgio*, riguarda il diritto a risiedere sul territorio di uno Stato membro dei familiari cittadini di Stati terzi ascendenti di cittadini europei. In particolare, la presente pronuncia offre alla Corte l'opportunità di esprimersi sulla portata dell'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, relativa al rilascio ad un cittadino di Paese terzo della carta

1159

Nel solco della sentenza Vera Egenberger (sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257) la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è nuovamente trovata ad affrontare la questione delle organizzazioni di tendenza e sulle problematiche in ambito lavorativo che il vincolo dell'etica richiesta impone ai lavoratori di predette organizzazioni.

La vicenda si svolge nuovamente all'interno dell'ordinamento tedesco, sistema che ha prestato il fianco a difficoltà interpretative per i giudici nazionali. La ricezione della direttiva 78/2000 infatti ha creato non pochi problemi alla giurisprudenza tedesca in merito proprio alla concreta applicazione del divieto di discriminazione fondato sulla religione.

Il quadro normativo di riferimento, per la questione in esame, prende in considerazione le seguenti norme:

- il Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, ovvero la Costituzione della Repubblica federale di Germania, limitatamente all'articolo 4 paragrafi 1 e 2 relativi alla libertà di fede ed esercizio della propria confessione religiosa
- le disposizioni degli articoli da 136 a 139 e 141 della Weimarer Reichsverfassung (Costituzione di Weimar), dell'11 agosto 1919 (in prosieguo: la «WRV»), le quali costituiscono parte integrante del GG relative sempre alle libertà in ambito religioso
- Il Kündigungsschutzgesetz (legge sulla tutela contro il licenziamento), del 25 agosto 1969 (BGBl. 1969 I, pag. 1317), nella versione applicabile al procedimento principale, al suo articolo 1, prevede quanto segue:

“Licenziamenti socialmente ingiustificati

1. Il licenziamento di un lavoratore dipendente il cui contratto è durato ininterrottamente oltre sei mesi nella stessa impresa è giuridicamente inoperante quando non è socialmente giustificato.

2. Il licenziamento è socialmente ingiustificato quando non è dovuto a motivi collegati alla persona o al comportamento del lavoratore dipendente o a urgenti necessità dell'impresa che ostano alla conservazione del posto del lavoratore dipendente nell'impresa stessa (...)"

- L'Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (legge generale sulla parità di trattamento), del 14 agosto 2006 (BGBI. 2006 I, pag. 1897; in prosieguo: l'«AGG»), mira a trasporre la direttiva 2000/78 nel diritto tedesco, con particolare riferimento agli articoli 1,7 e 9 fondamentali in materia di libertà divieto di discriminazione per motivi religiosi sul luogo di lavoro

- infine, nel caso di specie, assumono grande rilevanza le disposizioni del Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse (regolamento di base del servizio ecclesiastico nell'ambito dei rapporti di lavoro nella Chiesa), del 22 settembre 1993 (*Amtsblatt des Erzbistums Köln*, pag. 222; in prosieguo: la «GrO 1993»), con particolare indicazione degli articoli 4:

«1. Dalle lavoratrici e dai lavoratori di confessione cattolica si attende il riconoscimento e il rispetto dei principi del credo e dell'etica cattolica. In particolare nel servizio pastorale, catechistico ed educativo, nonché per le lavoratrici e i lavoratori operanti sulla base di una missione canonica, è necessaria la testimonianza di vita ispirata ai principi del credo e dell'etica cattolica. Ciò si estende anche ai dirigenti.

2. Dalle lavoratrici e dai lavoratori cristiani di religione non cattolica si attende il rispetto delle verità e dei valori del Vangelo, nonché il loro contributo nel praticarli all'interno dell'istituzione.

(...)

4. Tutte le lavoratrici e tutti i lavoratori devono astenersi da comportamenti contrari alla Chiesa. Con il loro stile di vita personale e nello svolgimento del servizio, essi non devono esporre a pregiudizio la credibilità della Chiesa e dell'istituzione della quale sono dipendenti».

e articolo 5:

“1. Ove una lavoratrice o un lavoratore non soddisfi più i requisiti relativi al proprio rapporto di lavoro, il datore di lavoro si impegna, con l'ausilio di servizi di consulenza, affinché la lavoratrice o il lavoratore ponga stabilmente rimedio a tale mancanza. (...) Come misura estrema è previsto il licenziamento.

2, Per quanto attiene ad un licenziamento per motivi specificamente ecclesiastici, la Chiesa considera gravi, in particolare, le seguenti violazioni degli obblighi di lealtà:

(...)

conclusione di un matrimonio invalido secondo l'interpretazione del credo e l'ordinamento della Chiesa,

3. Un comportamento considerato a termini del paragrafo 2, in generale, come motivo di licenziamento esclude la possibilità del mantenimento del posto di lavoro, qualora detto comportamento sia assunto da (...) lavoratrici e lavoratori operanti a livello direttivo (...). Si può evitare di ricorrere al licenziamento, in via eccezionale, ove ciò risulti inadeguato nel caso di specie per gravi motivi”.

2. – I fatti: il Signor JQ è dipendente della società a responsabilità limitata IR che si occupa di realizzare, tramite la gestione di ospedali, alcuni compiti specifici della Caritas (la

confederazione internazionale delle organizzazioni cattoliche a scopo caritativo) senza alcuno scopo di lucro e sotto la supervisione dell'Arcivescovo di Colonia.

Nel 2005 JQ decide di separarsi dalla moglie da cui successivamente divorzia nel 2008. L'anno successivo si sposa civilmente con un'altra donna senza annullamento del matrimonio precedente.

In conseguenza della sua condotta, l'IR, ravvisando una lesione dell'etica e dai valori dalla stessa rappresentata, ha licenziato JQ con lettera del 30 marzo 2009.

JQ, in risposta al licenziamento, ha proposto ricorso contro tale licenziamento dinanzi all'Arbeitsgericht (tribunale del lavoro, Germania), sostenendo che il suo secondo matrimonio non costituiva un motivo valido per detto licenziamento. Secondo JQ, il suo licenziamento sarebbe contrario al principio di parità di trattamento giacché, ai sensi della GrO 1993, per i primari di confessione protestante o atei un secondo matrimonio non avrebbe prodotto alcuna conseguenza giuridica sul loro rapporto di lavoro con l'IR.

IR tuttavia ha ritenuto il licenziamento di JQ socialmente giustificato. Quest'ultimo, infatti, svolgeva funzioni direttive all'interno della società; in considerazione di ciò, contraendo un nuovo matrimonio, ovviamente nullo per il diritto canonico, sarebbe in tal modo gravemente venuto meno agli obblighi derivanti dal contratto di lavoro concluso con l'IR.

A seguito di una valutazione complessiva delle prove addotte dalle parti, il Tribunale del lavoro tedesco decide di accogliere il ricorso di JQ. l'IR successivamente ricorre in appello presso il Landesarbeitsgericht (tribunale superiore del lavoro del Land, Germania), ma all'esito del procedimento il tribunale decide di confermare la sentenza emessa dal Tribunale del Lavoro.

In considerazione di ciò, IR ha ulteriormente proposto un ricorso per revisione della sentenza d'appello presso il Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro, Germania), il quale, anche in questo caso, ha respinto le pretese della ricorrente con sentenza dell'8 settembre 2011.

La motivazione alla base della sentenza risulta essere la disparità ingiustificata di trattamento imposta dalla stessa società a lavoratori appartenenti a confessioni religiose diverse. Nel caso di specie, infatti, il divieto di contrarre nuovo matrimonio (previo mancato annullamento del precedente) è stato applicato solo nei confronti dei lavoratori cattolici; al contrario, dipendenti anche con mansioni dirigenziali simili a quelle di JQ, appartenenti ad altre fedi non sono sottoposti ad alcun vincolo in ambito matrimoniale che preveda, in caso di mancato rispetto dello stesso, la sanzione del licenziamento dal posto di lavoro.

In ogni caso, non convinta dell'esito della controversia, l'IR ha adito il Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale, Germania) che, con ordinanza del 22 ottobre 2014, ha annullato la sentenza del Bundesarbeitsgericht e ha rinviato la causa nuovamente dinanzi a quest'ultimo.

3. – La Corte Federale del Lavoro, trovandosi a riesaminare il caso, ha subito indicato come la soluzione della controversia dipenda dallo stabilire se il licenziamento di JQ da parte dell'IR sia lecito ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, dell'AGG. Nello stesso momento, il Tribunale ha rilevato, inoltre, la necessità di interpretare detta disposizione in conformità con il diritto dell'Unione (con particolare riferimento all'articolo 4, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2000/78, di cui l'articolo 9, paragrafo 2, dell'AGG costituisce la trasposizione nel diritto nazionale).

Le problematiche che sorgono in merito all'applicazione concreta dell'articolo 9 dell'AGG derivano, in primis, dalla natura societaria stessa dell'IR. Il giudice tedesco, infatti, si domanda se l'IR, in quanto società di capitali, rientri nel campo di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2000/78 e possa, quindi, esigere dai propri dipendenti un atteggiamento di buona fede e di lealtà.

Su questo primo problema la Corte federale si chiede se le norme di diritto europeo possano escludere dall'ambito di applicazione dell'articolo 4 paragrafo 2 della direttiva le

società che non siano direttamente sotto il controllo di un'organizzazione religiosa. Secondo i giudici tedeschi le leggi dell'Unione, infatti, potrebbero, in astratto, impedire l'attribuzione di privilegi cosiddetti "religiosi" a società di diritto privato operanti in base alle comuni regole del mercato concorrenziale.

In ogni caso, la Corte si è interrogata su quanto ampia sia la discrezionalità, per le organizzazioni religiose, in materia di riconoscimento di condotte lesive di lealtà e di correttezza «nei confronti dell'etica dell'organizzazione», e se esse possano altresì, su tale questione, prevedere in maniera autonoma una graduazione degli obblighi di lealtà per le stesse funzioni direttive unicamente tenendo conto dell'appartenenza confessionale dei dipendenti.

Esistono su predette questioni diversi punti di contatto con il caso Vera Egenberger. Il punto di partenza è infatti il medesimo; ovvero la domanda su quanto ampia sia la discrezionalità delle organizzazioni religiose in materia di imposizione di obblighi o condotte ai dipendenti che configurino una disparità di trattamento legittima alla luce del diritto all'autonomia di tali organizzazioni. Inoltre, in entrambi i casi, il giudice nazionale si è domandato quale sia eventualmente l'organo adibito a verificare l'eventuale superamento del limite di tollerabilità dell'ordinamento all'imposizione di tali elementi.

Ciò che, al contrario, si presenta come elemento nuovo nella trattazione del rapporto diritto europeo-libertà delle organizzazioni religiose (rispetto a quanto già emerso nel caso Egenberger) è l'estensibilità o meno del trattamento di favore anche alle società di diritto privato non direttamente collegate a un'organizzazione religiosa ma che con quest'ultima condividono, almeno in parte, l'etica o le convinzioni a fondamento.

Ritornando alle questioni sollevate durante la seconda analisi del caso presso la Corte Federale, i giudici si domandano se esista una interpretazione conforme dell'articolo 9 dell'AGG ai principi emanati dalla direttiva 78/2000 e dal diritto comunitario in materia antidiscriminatoria e se, in caso di inesistenza di un'interpretazione conforme, se la disposizione debba essere totalmente o parzialmente disapplicata. In conseguenza di quanto sopra espresso la Corte si chiede anche se il divieto di discriminazione fondato sulla religione, sancito dall'articolo 21 paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, conferisca un diritto soggettivo all'individuo che questo possa far valere dinanzi ai giudici nazionali nelle controversie tra privati.

Anche questo punto è una questione già sviluppatosi nel corso del rinvio operato al momento della discussione del caso Egenberger. Il giudice tedesco, infatti, si domanda, legittimamente, se sia possibile mantenere l'efficacia delle disposizioni indicate dal diritto interno, soprattutto per ragioni di certezza del diritto, e pertanto, chiede alla Corte di Giustizia se, in caso di incompatibilità tra norma nazionale e norma europea, sia possibile disapplicare solo parzialmente la norma interna salvando parte degli effetti della stessa disposizione.

In ultimo luogo, infine, la Corte Federale chiede quali siano i criteri sulla base dei quali si debba determinare se l'obbligo di un atteggiamento di buona fede e lealtà sia conforme all'articolo 4, paragrafo 2 della direttiva 78/2000.

In tale contesto il giudice ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni:

- “1) Se l'articolo 4, paragrafo 2, secondo comma, della [direttiva 2000/78], debba essere interpretato nel senso che la Chiesa possa imporre ad un'organizzazione quale la resistente nella presente controversia, ove si pretenda da lavoratori con funzioni direttive di assumere un atteggiamento di lealtà e di correttezza, di trattare in maniera differente quelli appartenenti alla Chiesa stessa e quelli aderenti invece ad altra Chiesa ovvero aconfessionali.
- 2) In caso di risposta negativa alla prima questione:
  - a) Se debba essere disapplicata una disposizione di diritto nazionale, come nel caso di specie l'articolo 9, paragrafo 2 dell'AGG in base alla quale una siffatta differenza di trattamento basata sull'appartenenza confessionale dei lavoratori è giustificata a seconda della specifica coscienza ecclesiale.

b) Quali requisiti si applichino, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2000/78, alla pretesa che i lavoratori di una chiesa o di una delle altre organizzazioni ivi menzionate mantengano un atteggiamento di lealtà e di correttezza aderente all'etica dell'organizzazione”.

4. – La Corte di Giustizia, nell'incipit alla sua disamina, indica come, stante il disposto generale dell'articolo 4 paragrafo 2 direttiva 78/2000 per definire l'ambito di applicazione della stessa direttiva: “chiese e(...) altre organizzazioni pubbliche o private”, considerazioni in merito alla natura giuridica della società IR non rilevano ai fini dell'applicabilità all'organizzazione dei principi emanati dalla direttiva europea. Tuttavia, viene precisato come tali disposizioni siano sottoponibili unicamente alle organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali (non ritenendo, pertanto, applicabile la direttiva a organizzazioni con diversa origine). Inoltre, lo stesso articolo 4 specifica come le disposizioni della direttiva siano efficaci nei confronti di tutti i lavoratori alle dipendenze di predette organizzazioni, qualunque sia l'attività effettivamente prestata.

Per quanto concerne la questione relativa al controllo del rispetto dei principi contenuti dall'articolo 4 paragrafo 2 della direttiva 78/2000, il giudice europeo riprende in toto le considerazioni già effettuate in sede di decisione del caso Vera Egenberger. Secondo quanto affermato in tale sentenza, l'organizzazione religiosa deve allegare, a sostegno di una decisione o un atto quale una sanzione disciplinare o il rigetto di una candidatura di lavoro, motivazioni circostanziate che dimostrino che l'obbligo di lealtà imposto al dipendente costituisca requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, conformemente all'etica promossa dall'organizzazione religiosa. Inoltre, sempre secondo quanto già affermato dalla Corte di Giustizia, è compito del giudice nazionale verificare che la condotta imposta ai lavoratori dall'organizzazione rispetti i limiti indicati da predetti criteri.

I giudici della Corte, nel caso di specie, vogliono evidenziare come, nonostante la direttiva rinvii la concreta applicazione di detti requisiti alla legislazione nazionale, la disciplina europea non autorizzi gli Stati Membri a sottrarre a un effettivo controllo giurisdizionale il rispetto dei criteri sopra menzionati. A sostegno della Tesi della Corte di Giustizia intervengono, oltre all'articolo 4 della direttiva, anche gli articoli 9 e 10 della stessa che prevedono il diritto a una protezione giurisdizionale effettiva nelle questioni concernenti le discriminazioni perpetrate presso il luogo di lavoro. Allo stesso modo, il diritto dei singoli a poter adire un giudice nazionale per tutelare il proprio diritto a non subire discriminazioni in ambito lavorativo è ulteriormente e maggiormente riconosciuto anche dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Le precedenti considerazioni della Corte non sono nuove. Gli stessi giudici, infatti, fanno massicciamente rinvio alle indicazioni già contenute nella sentenza Vera Egenberger, cui si permette un rinvio alla precedente nota dello scrivente. A nulla osta la diversa natura dell'organizzazione in questione che nel caso Egenberger vedeva il coinvolgimento di un'organizzazione religiosa dipendente dalla Chiesa evangelica mentre nella questione in analisi vede l'opposizione di una società di diritto privato.

Continuando nell'analisi avanzata dalla Corte, i giudici sottolineano come non può essere opposto dall'IR il fatto che la liceità dell'obbligo di lealtà e buona fede cui è sottoposto il dipendente sia valutato solo in funzione dei criteri indicati dal diritto nazionale. Nonostante, infatti, la direttiva 78/2000 preveda la possibilità per le organizzazioni religiose di imporre obblighi ai propri dipendenti, detti obblighi devono essere valutati alla luce delle disposizioni complessive della direttiva stessa e, pertanto, non possono prevedere situazioni che direttamente o indirettamente configurano differenze di trattamento ingiustificate.

La CGUE ci tiene a ricordare come il riferimento alle norme e prassi nazionali invocato dall'articolo 17 TFUE in materia non dia piena e completa discrezionalità al diritto interno di prevedere situazioni che legittimino le organizzazioni religiose ad autovalutare la liceità degli obblighi imposti a propri dipendenti.

Con ciò non si vuole affermare che non possano essere previste in assoluto differenze di trattamento tra i dipendenti ma, come ribadito dai giudici europee, tali differenze devono essere valutate anche e soprattutto in base alla natura dell'attività lavorativa o al contesto entro cui determinati obblighi vengono imposti. Deve quindi esistere un nesso diretto tra il requisito imposto dal lavoratore e la natura o il contesto entro cui deve essere svolta l'attività. Un tale nesso può derivare vuoi dalla natura di tale attività, ad esempio qualora essa comporti di partecipare alla determinazione dell'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione, o di collaborare alla sua missione di proclamazione, vuoi dalle condizioni in cui tale attività deve essere espletata, come la necessità di garantire una rappresentanza credibile della chiesa o dell'organizzazione all'esterno della stessa.

La valutazione della sussistenza di tale nesso deve essere di volta in volta valutato dal giudice nazionale attraverso la verifica dell'esistenza dei requisiti di essenzialità, legittimazione e giustificazione dell'obbligo imposto. Tale valutazione non è, infatti, in contrasto con il diritto all'autonomia delle organizzazioni religiose prevista dagli articolo 17 TFUE e 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Grande importanza rivestono poi le definizioni dei tre requisiti sopra elencati:

1. **ESSENZIALE** “significa che l'appartenenza alla religione o l'adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della chiesa o dell'organizzazione interessata deve apparire necessaria, a causa dell'importanza dell'attività professionale di cui trattasi, per l'affermazione di tale etica o l'esercizio da parte di tale chiesa o di tale organizzazione del proprio diritto all'autonomia”.

2. **LEGITTIMO** “dimostra che esso ha inteso garantire che il requisito relativo all'appartenenza alla religione o all'adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione non venga utilizzato per un fine estraneo a tale etica o all'esercizio da parte di tale chiesa o di tale organizzazione del proprio diritto all'autonomia”.

3. **GIUSTIFICATO** “implica non solo che il controllo del rispetto dei criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 possa essere effettuato da un giudice nazionale, ma anche che la chiesa o l'organizzazione che ha stabilito tale requisito professionale ha l'obbligo di dimostrare, alla luce delle circostanze di fatto del caso di specie, che il presunto rischio di lesione per la sua etica o il suo diritto all'autonomia è probabile e serio”.

Inoltre, nel valutare la sussistenza dei tre requisiti, il giudice nazionale deve anche verificare l'adesione degli stessi al principio di proporzionalità sancito sempre dall'articolo 4 paragrafo 2 della direttiva 78/2000.

La Corte di Giustizia sottolinea quindi come sia lecito per una società di diritto privato, la cui etica è fondata sulla religione o su convinzioni personali, prevedere obblighi di lealtà e buona fede specifici per i dipendenti occupanti posizioni direttive, tuttavia, il giudice deve verificare che l'applicazione di detti obblighi ai lavoratori che condividono la religione o le convinzioni personali su cui è fondata l'etica dell'organizzazione in questione, sia un elemento essenziale, legittimo e giustificato.

La differenza di trattamento operata dalla società tra dipendenti cattolici e dipendenti di altre confessioni, pertanto, non è di per sé illegittima ma deve essere valutata di caso in caso da un'autorità giurisdizionale.

Nella questione in analisi, l'elemento che assume rilevanza è il carattere sacro e indissolubile che l'istituto matrimoniale riveste nella dottrina cattolica. Tuttavia, l'adesione a detta concezione dell'istituto matrimoniale, a giudizio della Corte, non appare necessaria ai fini dell'attività esercitata dall'IR, tenuto anche conto che le prestazioni professionali offerte da JQ non hanno alcun particolare legame con la vita matrimoniale del dipendente; difatti, mansioni identiche a quelle di JQ all'interno dell'organizzazione sono esercitate anche da non credenti o fedeli di altre confessioni.

I giudici europei sul punto in questione, però, evitano di entrare troppo nel dettaglio; gli stessi, infatti, affermano come sia compito del giudice nazionale verificare la sussistenza dei tre requisiti e dell'eventuale rischio di lesione probabile e seria per l'esercizio del diritto di autonomia dell'organizzazione religiosa (ancora in tal senso, sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punto 67).

Pertanto, riassumendo quanto affermato dai giudici europei limitatamente ai primi due quesiti posti dalla Corte Federale del Lavoro, l'articolo 4 paragrafo 2 della direttiva 78/2000 va interpretato nel senso che:

1. “da un lato, una chiesa o un'altra organizzazione la cui etica sia fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che gestisce una struttura ospedaliera costituita in forma di società di capitali di diritto privato, non può decidere di sottoporre i suoi dipendenti operanti a livello direttivo a obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di tale etica diversi in funzione della confessione o agnosticismo di tali dipendenti, senza che tale decisione possa, se del caso, essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurare che siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva;

2. dall'altro, una differenza di trattamento, in termini di obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di detta etica, tra dipendenti in posizioni direttive, in funzione della loro confessione o agnosticismo, è conforme alla suddetta direttiva solo se, tenuto conto della natura delle attività professionali interessate o del contesto in cui sono esercitate, la religione o le convinzioni personali costituiscono un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione e conforme al principio di proporzionalità, il che spetta al giudice nazionale verificare”.

In conclusione all'analisi del caso, la Corte di Giustizia si sofferma sulla prima parte del secondo quesito: in caso di inesistenza di un'interpretazione conforme del diritto tedesco alla direttiva se l'articolo 9, paragrafo 2, dell'AGG vada totalmente o parzialmente disapplicato.

Senza soffermarsi lungamente sull'argomento, i giudici operano una serie di rinvii alla Sentenza Egenberger che, a sua volta, richiama altre precedenti sentenze della stessa Corte sulla questione.

Spetta ai giudici nazionali il compito di applicare tutti i metodi interpretativi possibili e riconosciuti nei singoli ordinamenti al fine di interpretare in maniera conforme le disposizioni del diritto interno rispetto ai principi espressi dalla direttiva 78/2000 ed è sempre onere dei tribunali statali preoccuparsi di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi della direttiva. In considerazione di quanto sopra esposto, come già ribadito più volte dalla Corte di Giustizia, un giudice nazionale non può trovarsi nell'impossibilità di interpretare una disposizione nazionale conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto che tale disposizione sia stata costantemente interpretata in senso contrario.

La Corte di Giustizia, peraltro, ricorda come il diritto a ottenere un'efficace tutela giurisdizionale del proprio diritto a non essere discriminati per motivi religiosi sul luogo di lavoro non sia direttamente previsto dalle disposizioni della direttiva 78/2000 ma dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Tale carta, avente valore giuridico equivalente a quello dei trattati istitutivi l'Unione Europea, è direttamente vincolante e applicabile in ogni ordinamento degli stati membri ed è pertanto direttamente invocabile dagli individui al fine di instaurare una controversia presso una corte nazionale.

In considerazione dell'analisi sopra esposta la Corte di Giustizia ha dichiarato:

- L'articolo 4, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che:

- da un lato, una chiesa o un'altra organizzazione la cui etica sia fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che gestisce una struttura ospedaliera costituita in forma di società di capitali di diritto privato, non può decidere di sottoporre i suoi dipendenti operanti a livello direttivo a obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di tale etica diversi in funzione della confessione o agnosticismo di tali dipendenti, senza che tale decisione possa, se del caso, essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurare che siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva; e
- dall'altro, una differenza di trattamento, in termini di obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di detta etica, tra dipendenti in posizioni direttive, in funzione della loro confessione o agnosticismo, è conforme alla suddetta direttiva solo se, tenuto conto della natura delle attività professionali interessate o del contesto in cui sono esercitate, la religione o le convinzioni personali costituiscono un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione e conforme al principio di proporzionalità, il che spetta al giudice nazionale verificare.
- Un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, ora sancito dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria”.

5. – La sentenza si inserisce all'interno di una florida giurisprudenza europea in materia di organizzazioni di tendenza, in particolare con riferimento all'applicazione del principio di non discriminazione sul luogo di lavoro presso enti che godono, per la propria natura giuridica, di particolari prerogative. Il ragionamento della Corte, peraltro, non presenta caratteristiche di peculiare novità rispetto a quanto già affrontato nel caso Vera Egenberger lungamente citato dal dispositivo della sentenza stessa.

Rimane, tuttavia, interessante ribadire come i giudici della Corte rimangano fedeli all'enunciazione dei tre requisiti necessari al fine di valutare la validità o meno di differenze di trattamento in presenza di organizzazioni eticamente orientate. La Corte evidenzia, infatti, come il vincolo derivante dall'etica dell'ente possa essere fonte di “disparità legittima”, se mi è consentito il termine, solo nel caso in cui gli obblighi imposti ai dipendenti presentino i requisiti di essenzialità, legittimazione e giustificazione ai fini della sussistenza dell'etica o delle convinzioni personali perseguite dalla società stessa.

Appare evidente, poi, come, nel caso di specie, pur senza entrare approfonditamente nel merito, la Corte di Giustizia verifichi come *prima facie* non sembrerebbe che il vincolo imposto dall'IR al suo dirigente sia giustificato né tanto meno essenziale.

Un elemento di novità, tuttavia, rispetto alla sentenza Egenberger è rintracciabile nella risposta al primo quesito posto dalla Corte Federale tedesca. Le disposizioni contenute dalla direttiva 78/2000, infatti, si applicano non solo agli enti direttamente dipendenti da un'organizzazione religiosa ma anche a tutte quelle società di diritto privato, che operano all'interno di un mercato concorrenziale, che per la natura dei loro compiti possono essere definite eticamente orientate.

In conclusione introdurrei un breve cenno sulla questione relativa all'esercizio del diritto degli individui a una concreta tutela giurisdizionale in materia antidiscriminatoria. Nonostante, infatti, la Corte di Giustizia più volte abbia ribadito come non sia tanto la direttiva quanto la Carta dei diritti fondamentali dall'UE ad attribuire tale diritto ai singoli e pertanto tale disposizione sia direttamente utilizzabile dai singoli a fondamento delle proprie istanze, la giurisprudenza tedesca ancora fatica a riconoscere al diritto a non essere discriminati un'efficace tutela giurisdizionale. In considerazione di ciò, in ottica più

ampia, andrebbe verificata e valutata quanto l'applicazione dei principi, non solo contenuti nella direttiva 78/2000, ma anche nella Carta dei diritti, trovi davvero concreta applicazione presso i tribunali nazionali e, nel caso, se non fosse il caso di disporre strumenti correttivi al fine di rendere realmente efficaci gli strumenti previsti dal diritto europeo in materia.

## “Notifica” non vale a dire “recesso”. La decisione della Corte di giustizia sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo in vista della *Brexit*

di Andrea Circolo

**Title:** ‘Notification’ doesn’t mean ‘withdrawal’. The judgment of the Court of Justice on the execution of the European arrest warrant in the light of Brexit

**Keywords:** Preliminary ruling; European arrest warrant; Brexit.

1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale presentata alla Corte nel caso di specie verteva sull'esecuzione, da parte dell'Irlanda, di due mandati d'arresto europei emessi dai giudici del Regno Unito nei confronti del cittadino RO, ai fini dell'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti per diversi crimini commessi, passibili finanche dell'ergastolo. Dopo aver verificato che il rinvio pregiudiziale dovesse essere trattato con procedimento d'urgenza (PPU), ai sensi dell'art. 107 del regolamento di procedura, i giudici della *Cvria* si sono limitati a vagliare solamente il primo dei quattro quesiti sottoposti, giacché l'interpretazione fornita ha precluso ogni ulteriore operazione ermeneutica sulle successive questioni proposte “a cascata” dalla Suprema Corte irlandese.

Considerate la notifica della volontà di recedere effettuata dal Regno Unito *ex art. 50 TUE*, l'incertezza circa l'assetto relazionale *post-recesso* tra l'Unione europea e il Regno Unito, e la conseguente difficoltà a stabilire sulla possibilità che RO potesse godere degli stessi diritti previsti dall'*acquis* dell'Unione anche dopo il recesso, se consegnato al Regno Unito, *The High Court of Ireland* domandava alla Corte «se il diritto dell'Unione europea impon[esse] allo Stato membro richiesto di rifiutare la consegna al Regno Unito di una persona nei confronti della quale è stato emesso un mandato di arresto europeo, consegna che sarebbe altrimenti imposta dal diritto interno di detto Stato membro: a) in ogni caso; b) in alcuni casi, in considerazione delle circostanze specifiche della fattispecie; c) in nessun caso» (punto 26).

2. – Anzitutto, la questione sollevata potrebbe apparire, *prima facie*, ipotetica, e dunque irricevibile, dal momento che la richiesta interpretativa del giudice irlandese si riferiva ad un evento non ancora verificatosi, ossia l'eventuale uscita del Regno Unito dall'Unione a partire dal 29 marzo 2019. Infatti, la ricevibilità della domanda pregiudiziale è da inquadrare nella più ampia tematica relativa alla possibilità che la denuncia di recesso possa essere o meno ritirata, eventualità non regolata dai Trattati. Così, se si ritiene che la volontà di recedere non possa essere soggetta a ripensamenti e l'appartenenza all'Unione del Regno Unito debba necessariamente concludersi alla data del 29 marzo 2019 allora il problema perde di rilevanza; se, invece, si aderisce alla linea di pensiero opposta, che considera legittima l'interruzione del procedimento di recesso prima della

conclusione di un accordo di recesso e, comunque, entro il termine di due anni stabilito dall'art. 50 TUE, seri dubbi investono il carattere ipotetico della domanda. Invero, se la sola attivazione dell'art. 50 TUE, a seguito della denuncia della volontà di recedere, produce determinati effetti giuridici, è possibile sostenere che il contenuto della domanda pregiudiziale è strettamente legato al verificarsi di una condizione non ancora avveratasi e che potrebbe non verificarsi. In quest'ultima ipotesi, considerando ricevibile la domanda, si rischierebbe di anticipare l'avvenimento del recesso al momento temporale della notifica, eventualità che la stessa Corte smentisce, come si dirà, con la pronuncia *de qua*.

È utile ricordare che, nel silenzio dell'art. 50 TUE, molto si è discusso circa l'eventualità che lo Stato membro interessato, durante il negoziato e prima della conclusione dell'accordo di recesso o del termine di due anni dalla notifica, ritiri la stessa e, conseguentemente, faccia venir meno l'intero procedimento.

Al riguardo, la Suprema Corte britannica, nella sentenza del 3 novembre 2016 [*R (Miller) v. the Secretary of State for exiting the European Union*], ha sancito che la decisione sul recesso, una volta manifestata, non possa essere né revocata né assortita di condizioni. E, autorevole dottrina ha sottolineato che lo Stato, nel perfezionare la notifica, deve comportarsi in buona fede e deve agire nel rispetto dell'obbligo di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3 TUE. La notifica, infatti, deve essere «presa sul serio», giacché apre in modo automatico «un processo negoziale di cui è prefissata la scadenza, con indicazione, altresì degli effetti giuridici che si dispiegano automaticamente oltre tale scadenza» [così C. Curti Gialdino, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 13, Roma, 2016, p. 22; v. S. Peers, *Article 50 TEU: the uses and abuses of the process of withdrawing from the EU*, in *EU Law Analysis blog*, 2014; v. anche l'opinione di Sir David Edward, già giudice della Corte di giustizia, in *Revised Transcript of Evidence, Lords EU Committee*, 8 marzo 2016].

Alcuni commentatori, invece, hanno ritenuto che si tratti di una ricostruzione eccessivamente rigida, che non tiene conto dell'ampia discrezionalità di cui gode lo Stato interessato. A loro avviso, essa presuppone che, a partire dalla sua manifestazione al Consiglio europeo, la volontà di recedere sia per così dire cristallizzata. Sicché, basandosi sul carattere unilaterale della notifica, hanno sostenuto che, sebbene le conseguenze politiche, sul piano europeo e interno, possano risultare gravose, l'art. 50 TUE non preclude, sino al perfezionamento del recesso, la revoca della notifica iniziale (J. Shaw, M. Steinbeis, *Five Questions on Brexit to Jo Shaw*, in *Verfassungblog*, 24 giugno 2016; G. Lübbewolff, M. Steinbeis, *Five Questions on Brexit to G. LübbeWolff*, in *Verfassungblog*, 24 giugno 2016).

La prima linea di pensiero, alla quale ha aderito la Corte e che è condivisa anche dai diversi organi dell'Unione (*in primis*, Consiglio europeo e Commissione), è da considerarsi corretta. Peraltro, con preciso riferimento al rinvio pregiudiziale e conformemente ad una giurisprudenza costante, va rammentato che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale godono di una presunzione di rilevanza, obbligando così la Corte a giustificare il solo rifiuto, d'ufficio, a statuire su una domanda pregiudiziale (da ultimo, Corte giust. 24 ottobre 2018, *XC e a.*, C-234/17, punto 16). Nondimeno, attesa anche la rilevanza *extra*-giudiziale della decisione, la Corte avrebbe dovuto quantomeno motivare la sua decisione, al pari dell'avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni alla causa presentate il 7 agosto 2018 (punti 32-27). D'altronde, seppure il procedimento di recesso pare oramai volgere al suo epilogo, il ricorso alla Corte è datato 17 maggio 2018, un momento in cui ancora tante erano le incertezze, sia nell'*an*, sia nel *quomodo* del recesso.

3. – In prima battuta, la Corte si è posta la questione se la mera notifica da parte di uno Stato (nella fattispecie, il Regno Unito) della propria volontà di recedere dall'Unione europea possa di per sé giustificare il rifiuto, da parte di un altro Stato membro, di eseguire un MAE emesso dal primo in virtù del fatto che la persona consegnata non potrebbe più

godere dello stesso trattamento riconosciutogli dalla direttiva quadro e, più in generale, dal diritto dell'Unione una volta che il recesso sia ultimato.

La risposta negativa della Corte arriva al termine di un puntuale ragionamento logico-giuridico.

L'iter interpretativo dei giudici di Lussemburgo poggia, in primo luogo, sui principi della fiducia reciproca (art. 2 TUE), cardine del diritto dell'Unione, e del reciproco riconoscimento, postulato essenziale sia del titolo V della parte terza del TFUE *relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, sia della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 (come modificata dalla 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009) *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* (considerando 6; si rammenta che il principio del «reciproco» o «mutuo riconoscimento» nasce nel contesto del mercato unico europeo con la storica sentenza *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979, 120/78, punto 14; v. anche Corte giust. 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, punto 28, sentenza pilota in tema di MAE; recentemente, Corte giust. 10 agosto 2017, C-270/17 PPU, *Tupikas*, punto 49; in dottrina, v. H. Labayle, *Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle?*, in K. Lenaerts (ed.), *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Turin, 2018, pp. 472-485).

Invero, sebbene la perifrasi «fiducia reciproca» possa apparentemente richiamare ad una semplice modalità di comportamento facoltativa, in realtà essa costituisce un principio di valore cogente, che è parte integrante del diritto dell'Unione e la cui violazione può essere fatta valere dinanzi alla Corte di giustizia (sull'importanza di tale principio, v. l'*avis* della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, *relativo all'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, punto 191; per approfondimento, v. K. Lenaerts, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *CMLR*, 54, 2017, pp. 805-840).

Dal momento che tale principio costituisce «il fondamento della cooperazione giudiziaria» e la regola in tema di mandato d'arresto europeo, e che le eccezioni alla stessa sono strettamente elencate dagli artt. 3, 4 e 4 *bis* della decisione quadro (tra i cui motivi di non esecuzione facoltativa o obbligatoria non rientra la notifica di recesso di cui all'art. 50 TUE), non restava alla Corte che verificare se la notifica di recesso trovasse copertura nella nozione di «circostanze eccezionali», talvolta richiamata per limitare il principio della fiducia reciproca [v. conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, punto 33; in argomento, da ultimo, Corte giust. 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality* (Carenze del sistema giudiziario), C-216/18 PPU, punto 35 e seguenti].

Va segnalato, però, che la Corte ha interpretato, a giusta ragione, in maniera restrittiva la nozione in parola, confinando l'inesecuzione del MAE alla sola ipotesi del rischio concreto che il ricercato possa essere sottoposto a un trattamento inumano o degradante, così come imposto dall'art. 1, par. 3 della decisione quadro e dall'articolo 4 della Carta, [v. Corte giust. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404 e 659/15 PPU, punti 74, 83, 85 e 86; recentemente, Corte giust. 25 luglio 2018, C-220/18 PPU, *ML* (Condizioni di detenzione in Ungheria), punto 117; *Minister for Justice and Equality*, *supra*, punti 47, 59, 73 e 79 e relative conclusioni dell'avv. gen. Tanchev, punti 5, 55, 59 e 121; in dottrina, cfr. V. Mitsilegas, *European criminal law after Brexit*, in *Criminal Law Forum*, 28, 2017, pp. 219-250, spec. pp. 230-233].

La Corte ha poi stabilito che il rifiuto di eseguire un mandato di esecuzione a causa del recesso costituirebbe un'ingiustificata sospensione unilaterale dell'applicazione del diritto dell'Unione, volta a causare un'illegittima anticipazione degli effetti del recesso al momento del compimento della notifica e a rendere così vano e privo di ogni effetto utile l'intero procedimento. Al riguardo, va rilevato che, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 50 TUE, i Trattati ed il diritto derivato cessano di essere applicabili allo Stato interessato: *i*) a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso; *ii*) in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica della volontà di recedere; *iii*) in caso di accordo ulteriore tra il Consiglio europeo, all'unanimità, e lo Stato membro *de quo*, entro un termine

convenzionale più ampio. La norma, che è stata fortemente criticata dagli studiosi per la poca chiarezza, per l'esame della fattispecie, appare cartesiana: l'*acquis* dell'Unione resta ad ogni effetto vigente per lo Stato in uscita fino al momento del perfezionamento del recesso e, dunque, la notifica non produce la sospensione dell'efficacia del diritto dell'Unione nello Stato recedente (punto 45; per approfondimento sull'argomento, sia consentito rimandare a A. Circolo, O. Hamulak, O. Blazo, *Art. 50 TUE - How to understand the 'right' of the Member State to Withdraw from the European Union?*, in D. Ramiro Troitiño, T. Kerikmäe, A. Chochia (eds.), *Brexit - History, Reasoning and Perspectives*, Zurich, pp. 199-214).

Di conseguenza, il rifiuto di eseguire un mandato di esecuzione legato a tale motivazione rappresenterebbe un'inosservanza degli obblighi derivanti dai Trattati e sarebbe censurabile in sede di ricorso per inadempimento *ex art. 258* TFUE. Peraltro, la stessa decisione quadro, al considerando 10, precisa che l'attuazione del meccanismo del MAE può essere sospesa soltanto in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1 TUE, constatata dal Consiglio in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1 TUE, e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo.

4. – La Corte ha poi valutato se l'esecuzione del MAE in oggetto potesse rientrare nell'ambito di applicabilità dell'eccezione riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte, ovvero il rischio concreto di un trattamento inumano o degradante ai danni del potenziale reo consegnato.

Considerazioni inappuntabili circa lo stato della normativa applicabile nel territorio del Regno Unito, anche dopo la *Brexit*, hanno fatto propendere i giudici di Lussemburgo per l'infondatezza di tale eccezione. Infatti, hanno rilevato che l'elevato *standard* di tutela, attualmente garantito dai Trattati (artt. 2 e 6 TUE), dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 4) e dalla decisione quadro sul MAE, continuerà ad essere assicurato da diverse e ulteriori fonti di diritto inglese. D'altronde, la stessa Corte ha rilevato che l'art. 4 CDFUE equivale all'art. 3 della CEDU (*Aranyosi e Căldăraru*, sopra citata, punto 86), alla quale il Regno Unito ha aderito e la cui appartenenza, è bene ricordarlo, prescinde da quella all'Unione europea.

In aggiunta, alcuni dei diritti a tutela del ricercato, oggetto del ricorso, sono già garantiti da disposizioni di diritto interno. A tal proposito, si segnala che con l'*Extradition Act 2003*, la legge sull'estradizione, il Regno Unito ha trasposto le disposizioni della decisione quadro nell'ordinamento interno. Di talché il contenuto dell'art. 26 della decisione quadro, relativo alla deduzione del periodo di custodia scontato nello Stato di esecuzione, è rinvenibile anche in una disposizione nazionale, la cui applicabilità prescinde da quella del diritto dell'Unione. Allo stesso modo, le cautele di cui agli artt. 27 e 28 (principio di specialità e limiti all'ulteriore estradizione verso uno Stato terzo) corrispondono a quelle riconosciute negli articoli 14 e 15 della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, antesignana della decisione quadro sul MAE, le cui disposizioni sono state all'epoca recepite nel diritto interno britannico a seguito della ratifica.

Del resto, l'art. 2, par. 1 dell'*European Union (Withdrawal) Act 2018*, la legge britannica che ha autorizzato le trattative per il recesso dall'Unione da parte del governo di Sua Maestà, ha confermato, lapalissianamente, che «la normativa interna derivante dal diritto dell'Unione, vigente nel diritto nazionale prima della data di recesso, continua a produrre effetti nel diritto nazionale al momento del recesso e successivamente ad essa».

La Corte ha poi negato che potesse influire sulla sua decisione il fatto che i menzionati diritti non potranno, in mancanza di un accordo tra l'Unione e il Regno Unito, essere oggetto di una questione pregiudiziale, dopo il recesso di tale Stato membro dall'Unione. Invero, i giudici dell'Unione hanno ricordato che il ricorso al meccanismo pregiudiziale non è sempre stato aperto ai giudici nazionali chiamati ad applicare il mandato d'arresto europeo: è solo dal 1° dicembre 2014, ossia cinque anni dopo l'entrata

in vigore del Trattato di Lisbona, che la Corte di giustizia ha assunto piena competenza a interpretare la decisione quadro, mentre quest'ultima doveva essere attuata negli Stati membri già dal 1° gennaio 2004 (punto 60; cfr. K. Lenaerts, *The contribution of the European Court of Justice to the area of freedom, security and justice*, in *ICLQ*, 59, 2010, pp. 255-301, in particolare pp. 269 e 270). Del resto, la tutela dei diritti *de quibus* e, in generale, dei diritti umani non necessita obbligatoriamente di un organo giurisdizionale sovranazionale che li assicuri e ne chiarisca la portata, giacché tale tutela deve essere assicurata anche dal giudice interno.

In tale ottica, appare discutibile il richiamo dell'avv. gen. al fatto che le disposizioni della decisione quadro relative alla situazione successiva alla consegna sono state poco frequentemente oggetto di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali: la rarità di una questione non ne intacca la dignità giuridica e, per l'effetto, l'interesse e la protezione delle situazioni giuridicamente rilevanti che da essa ne discendono.

Infine, per coerenza, occorre ribadire la considerazione promossa in principio, ovvero la valutazione di tipo presuntivo effettuata dalla Corte, che ha ritenuto opportuno legare la propria decisione alla "futura" tutela dei diritti umani nel Regno Unito, ovvero alla situazione che si determinerà a seguito della conclusione del processo di recesso; come, infatti, tale premessa argomentativa aveva determinato la ricevibilità (intrinseca) del ricorso, così la stessa ha inciso sulle conclusioni raggiunte dalla Corte, costituendo il *fil rouge* di tutta la pronuncia.

5. – La sentenza in oggetto assume poi particolare rilevanza alla luce della *Brexit*, processo di portata storica che solamente pochi anni orsono era inimmaginabile, e di un quadro giuridico che viene "testato" per la prima volta. Ma soprattutto risulta importante in considerazione della futura disciplina del MAE tra l'Unione e lo Stato recedente.

Invero, come afferma autorevole dottrina, il MAE ha dimostrato di essere «lo strumento più problematico di reciproco riconoscimento» («*mutual trust must not be confused with blind trust*»), causando questioni ricorrenti che destano preoccupazioni quanto alla sua applicazione ed interpretazione (rispettivamente, P. Jeney, *The European Union's Area of Freedom, Security and Justice without the United Kingdom: legal and practical consequences of Brexit*, in *ELTE Law Journal*, 2016, pp. 117-137, in particolare pp. 126 e 127; K. Lenaerts, *ibidem*, p. 805).

L'auspicio era che l'accordo di recesso delineasse il quadro relazionale futuro tra l'Unione e Regno Unito; in tale prospettiva, il *joint report* tra i negoziatori di ambo le parti dell'8 dicembre 2017, a conclusione (positiva) della prima fase delle trattative per il recesso, aveva già evidenziato che, in relazione alla cooperazione giudiziaria, «*there is a need to provide legal certainty and clarity*» (par. 92). Ma, la bozza di accordo, presentata il 14 novembre 2018, ha in parte deluso tali aspettative [v. Commission to EU27, 14 November 2018, TF50 (2018) 55, *Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, as agreed at negotiators' level on 14 November 2018*, in *ec.europa.eu*].

Anzitutto, le parti hanno accettato un «*transition or implementation period*», valido dal momento dell'entrata in vigore dell'accordo fino alla data del 31 dicembre 2020 (art. 126). Durante tale periodo transitorio, il diritto dell'Unione resta applicabile al Regno Unito per tutto quanto non regolato all'interno del suddetto accordo ("status quo transition", art. 127. Si ricorda che se il Parlamento europeo aveva più volte limitato tale periodo alla durata massima di tre anni, la Commissione ha sempre inteso negoziare una *transition* che non andasse oltre il 31 dicembre 2020, data di scadenza del quadro finanziario pluriennale 2014-2020 [v. risoluzioni del Parlamento europeo del 5 aprile 2017 sui negoziati con il Regno Unito a seguito della notifica della sua intenzione di recedere dall'Unione europea (2017/2593(RSP)), par. 28, e del 13 dicembre 2017 sullo stato di avanzamento dei negoziati con il Regno Unito, (2017/2964(RSP)), par. 12]).

È indispensabile precisare che sono pochi i riferimenti dell'accordo ad un'immediata regolazione del MAE, a dimostrazione che i tempi stretti e la complessità della questione

hanno convinto le parti a rimandarne la definizione al periodo di transizione successivo al recesso.

L'accordo di recesso dedica all'argomento gli artt. 62 e 64 del Titolo V («*Ongoing police and judicial cooperation in criminal matters*»). Segnatamente, l'art. 62, par. 1, lett. b) si occupa di regolare i mandati d'arresto europei pendenti alla data del recesso. Un approccio *all or nothing*, prospettabile nell'eventualità di una *Hard Brexit* senza accordo, avrebbe necessariamente previsto che anche i mandati d'arresto spiccati precedentemente al perfezionamento dell'uscita del Regno Unito, ma non ancora eseguiti alla data del recesso, non dovessero più sottostare alla normativa europea, con il conseguente venir meno dell'obbligo di dare materiale esecuzione al MAE anche nelle ipotesi diverse da quelle previste all'art. 3 della decisione quadro. L'accordo di recesso, invece, stabilisce che la decisione quadro si applica se la persona ricercata è stata arrestata prima della fine del periodo di transizione, indipendentemente dal fatto che l'autorità giudiziaria di esecuzione decida che la persona ricercata debba rimanere in detenzione o essere liberata provvisoriamente. A tal proposito, l'art. 64 predispone un meccanismo di prevenzione e verifica di tale circostanza: entro il 10 gennaio 2021, a dieci giorni dalla fine del periodo transitorio, l'autorità giurisdizionale emittente, laddove nutra dubbi circa il momento dell'arresto, può chiedere la conferma dell'arresto all'autorità giurisdizionale d'esecuzione (art. 64, par. 2).

Pur essendo apprezzabile la volontà di regolare le questioni sospese per rendere più agevole lo scenario "*Brexit means Brexit*", un'alternativa, forse più convincente, avrebbe potuto stabilire che tutti i mandati d'arresto, alla data del 31 dicembre 2020 non ancora eseguiti, ma già emessi dalle autorità giurisdizionali degli altri Stati membri, fossero regolati dal dettato della decisione quadro, a prescindere quindi dall'eventualità dell'arresto del ricercato *ante o post* scadenza del termine ed evitando così che alcuni MAE non fossero eseguiti per ragioni puramente temporali. Da notare che la fine del periodo di applicabilità della decisione quadro non è subordinata al verificarsi del recesso, bensì allo scadere del periodo transitorio, a segno della volontà delle parti di valorizzare questa fase ulteriore delle "trattative".

*Last but not least*, il dettato dell'art. 185 sancisce, in aggiunta ai motivi di non esecuzione di cui agli artt. 3 e 4 della decisione quadro, un articolato meccanismo volto a dare vita ad un'ulteriore eccezione, ossia la c.d. *ground of nationality* ("eccezione di nazionalità"). Invero, al momento della notifica del perfezionamento della ratifica, l'Unione può dichiarare, a vantaggio degli Stati membri che abbiano sollevato questioni connesse ai principi fondamentali dei propri ordinamenti interni, che durante il periodo transitorio, oltre ai motivi di non esecuzione obbligatoria o facoltativa di cui alla decisione quadro 2002/584/GAI, le autorità giudiziarie d'esecuzione di tali Stati membri possano rifiutare la consegna dei propri cittadini al Regno Unito, in seguito a un mandato di arresto europeo, sulla sola base del carattere della nazionalità. In tal caso, il Regno Unito potrà, a sua volta, dichiarare, non oltre un mese dopo il ricevimento di tale dichiarazione da parte dell'Unione, che le autorità giudiziarie di esecuzione possano rifiutarsi di consegnare i propri cittadini a tali Stati membri. La previsione di tale eccezione non deve stupire, in quanto è ricorrente negli accordi di estradizione stipulati con Paesi terzi, e sebbene resti inconcepibile nei rapporti interni al diritto dell'Unione, giacché calpesta un principio fondamentale dell'*acquis* dell'Unione, ossia quello di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 2 TUE; artt. 10 e 18 TFUE; art. 21, n. 2 CDFUE, v. *infra*),

6. – Alla luce di tali brevi note, si può affermare che l'ipotesi più vantaggiosa per il Regno Unito e per l'Unione sia quella della conclusione di un accordo *ad hoc*, volto a definire un sistema di estradizione giudiziale sul modello della decisione quadro. Si tratterebbe di un accordo internazionale a tutti gli effetti, sottoposto alla previa ratifica. In particolare, dal lato dell'Unione, l'eventuale accordo sul MAE entrerebbe a far parte della sfera del diritto dell'Unione *ex artt.* 216, par. 2 e 217 TFUE, e sarebbe sottoposto alla giurisdizione della Corte di giustizia. Inoltre, a partire dalla sua entrata in vigore, i tribunali nazionali dei

restanti Stati membri potrebbero adire la Corte di giustizia dell'Unione allo scopo di ottenere una pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* avente ad oggetto l'interpretazione di tale accordo, mentre le autorità giurisdizionali del Regno Unito potrebbero fare altrettanto soltanto qualora l'accordo lo prevedesse, il che appare piuttosto improbabile, atteso che l'affrancamento dalla sottoposizione agli organi e all'azione dell'Unione, e appunto alla giurisdizione della Corte di giustizia, costituisce una delle principali motivazioni della *Brexit* (sotto quest'aspetto, cfr. A. Łazowski, *Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership*, in *ELR*, London, vol. 37, 5, 2012, p. 526 ss.).

In ogni caso il modello di un possibile accordo è rinvenibile nell'accordo stipulato tra l'Unione, la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia (Paesi appartenenti all'AELS), concluso con decisione del Consiglio del 27 novembre 2014 (a tale accordo, tra l'altro, fa riferimento anche l'avv. gen. Szpunar alla nota 62 delle sue conclusioni alla causa). Sebbene il suddetto accordo non sia entrato ancora in vigore, esso potrebbe rappresentare un esempio risolutivo, poiché riproduce pressoché integralmente la decisione quadro sul MAE sia quanto al campo di applicazione (art. 3, par. 1), sia quanto alla procedura di consegna (artt. 12-33), nonché con riferimento alle ridotte e tassative ipotesi nelle quali l'autorità giudiziaria competente può rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto o richiedere che lo Stato emittente fornisca adeguate garanzie (artt. 4, 5 e 8). In aggiunta, esso contiene alcuni elementi innovativi, tra i quali spicca l'eccezione di nazionalità, già ripresa dalla bozza di accordo di recesso (art. 7, par. 2; sotto quest'aspetto, v. L. Ondoli, *Dimensione esterna dello spazio di libertà sicurezza e giustizia: l'Unione europea si vincola all'accordo con Islanda e Norvegia per la riforma degli strumenti in materia di estradizione*, in *eurojus.it*, 2014).

Specificatamente, all'art. 36, esso prevede una procedura intergovernativa, e non giudiziale, di composizione delle controversie, le quali possono essere deferite da una delle parti ad un comitato formato dai rappresentanti dei governi delle parti all'uopo riuniti, ai fini di una sua composizione entro un termine di sei mesi. (a tal riguardo, M. Dougan, *An airbag for the crash test dummies? EU-UK negotiations for a post-withdrawal "status quo" transitional regime under Article 50 TEU*, in *CMLR*, 55, 2018, pp. 57-100, spec. p. 83). È opportuno rilevare che, se è vero che la preferenza della soluzione intergovernativa provocherebbe lo spostamento della risoluzione delle controversie dal campo giuridico a quello dei rapporti di forza, con tutte le conseguenze che ne discendono, l'espedito diplomatico consentirebbe, però, di sottrarre l'affidamento della definizione del contenzioso alla Corte di giustizia, giurisdizione, come detto, non gradita al Regno Unito.

Ulteriormente apprezzabili e convincenti appaiono le previsioni di cui agli artt. 37 e 40 dell'accordo, che rispettivamente circoscrivono la valenza della reciproca giurisprudenza in materia e disciplinano una procedura di riesame comune dell'accordo. L'art. 37 stabilisce, infatti, che le parti contraenti, in considerazione dell'obiettivo di assicurare un'applicazione omogenea dell'accordo, «si tengono costantemente aggiornate sull'evoluzione della giurisprudenza [di entrambe le autorità giurisdizionali][...], [anche attraverso] una costante trasmissione reciproca di detta giurisprudenza»; l'art. 40, invece, riconosce la possibilità di «procedere ad un riesame comune del[l'] accordo entro 5 anni a decorrere dalla sua entrata in vigore [...] sull'attuazione pratica, sull'interpretazione e sugli sviluppi dell'accordo. [Il riesame] può altresì includere aspetti quali le conseguenze di un'ulteriore evoluzione dell'Unione europea relativa alle materie del presente accordo».

Qualora si optasse, invece, per lo "scenario giudiziale", la procedura dovrebbe svolgersi alla presenza di un'autorità giurisdizionale sovranazionale. Se l'eventualità che l'esecuzione, la validità e l'interpretazione dell'accordo siano sottoposte alla giurisdizione della Corte di giustizia sembra discutibile, per le ragioni di cui *supra*, l'alternativa apprezzabile sembrerebbe essere il ricorso all'arbitrato internazionale; nello specifico, il deferimento della controversia ad un Tribunale *ad hoc* o alla Corte internazionale di giustizia. Per quest'ultima, sorge qualche dubbio circa la legittimazione dell'Unione

europea ad essere parte dinanzi alla CIG, poiché l'art. 34 dello Statuto CIG riserva la qualità di parte solamente agli Stati. Nonostante l'Unione europea rivesta la qualità di organizzazione intergovernativa con uffici permanenti presso le Nazioni Unite, la sua natura *sui generis* potrebbe favorire un'interpretazione estensiva fondata sulla risalente e permissiva giurisprudenza *Bernadotte* (CIG, parere 11 aprile 1949), volta a ricomprendere l'Unione a stare in giudizio dinanzi alla Corte internazionale (cfr. P. Fois, *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale?*, in *RDI*, 2016, p. 371 ss.). Così sarebbe necessario inserire, nell'eventuale accordo, una clausola compromissoria che permetterebbe alla Corte internazionale di giustizia, ai sensi dell'art. 36 dello Statuto CIG, di *ius dicere* circa «l'interpretazione di un trattato» oppure «qualsivoglia questione di diritto internazionale» (par. 2).

In conclusione, un accordo MAE sul modello islandese e norvegese tra Regno Unito e Unione appare configurarsi come il miglior rimedio possibile, perché capace di garantire ad entrambe le parti la sopravvivenza dell'attuale sistema di estradizione, seppur al di fuori del cono d'ombra del diritto dell'Unione e della sua giurisdizione. Peraltro, attraverso la definizione di un accordo di tal genere si eviterebbe di dover stipulare ventisette accordi bilaterali di estradizione con altrettanti Stati membri dell'Unione, velocizzando la messa in atto del nuovo sistema e scongiurando la differenziazione della tutela garantita ai ricercati.

## La CGUE sulla tutela del consumatore nella repressione delle pratiche commerciali scorrette

*di Angela Correrà*

**Title:** The judgment of the Court of Justice (GC) on the consumer protection in the repression of unfair commercial practice

**Keywords:** Consumer protection; Unfair commercial practice; Independent administrative authorities.

1. – La Corte di Giustizia con sentenza del 13 settembre scorso è stata chiamata ad individuare il regime normativo applicabile alla condotta di commercializzazione da parte di operatori telefonici di carte SIM (*Subscriber Identity Module*) sulle quali siano preimpostati e preattivati alcuni servizi dei quali i consumatori non siano stati informati al momento della vendita.

In particolare, con lo strumento del rinvio pregiudiziale è stato preliminarmente chiesto ai giudici europei di stabilire se tale condotta possa essere qualificata, alla luce della direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), come «fornitura non richiesta» o, più in generale, come «pratica commerciale aggressiva».

Invero, in attuazione delle previsioni di cui agli artt. 12 e 169 TFUE, degli artt. 6, § 1 TUE e dell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, accanto al sistema generale di tutela del consumatore approntato con la direttiva da ultimo menzionata, il diritto dell'Unione contempla strumenti normativi settoriali, destinati a trovare applicazione in specifici ambiti del mercato, come quello delle comunicazioni elettroniche di cui alla direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (in prosieguo: la «direttiva quadro») e alla direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (in prosieguo: la «direttiva servizio universale»). Queste ultime, nello specifico, attribuiscono alle autorità nazionali di regolamentazione («ANR») – in Italia, l'AGCom – il compito di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche attraverso poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori. Mentre, l'AGCM è l'autorità preposta alla repressione delle pratiche commerciali scorrette, l'AGCom è, invece, chiamata a vigilare sul rispetto dei diritti degli utenti finali riguardo alla trasparenza contrattuale, al recesso dal contratto e agli obblighi informativi.

Alla luce del quadro normativo esposto è stato chiesto alla Corte di stabilire se nel caso di specie la normativa generale, per effetto della previsione di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 debba cedere il passo a quella settoriale ed, eventualmente, a disposizioni nazionali adottate in attuazione di tali norme, in definitiva, rimettendole

anche il compito di fissare un criterio ordinatore nel riparto di competenze tra *Authorities* (AGCM e AGCom) nella repressione delle pratiche commerciali scorrette nell'insidioso campo della tutela del consumatore.

2. – Per comprendere la portata della pronuncia della Corte di giustizia, è opportuno ripercorrere brevemente le vicende normative e giurisprudenziali sottese alle complesse questioni sulle quali la Corte è chiamata ad esprimersi.

Le domande di pronuncia pregiudiziale originano dalla controversia sorta nel 2012, quando l'AGCM ha irrogato sanzioni alle società Wind Telecomunicazioni (d'ora in avanti, Wind Tre) e Vodafone Omnitel (d'ora in avanti, Vodafone Italia) per aver venduto carte SIM sulle quali erano preimpostati e previamente attivati servizi di navigazione Internet e di segreteria telefonica, senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore e senza averlo reso edotto dell'esistenza, della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità, esponendolo, attraverso applicazioni cosiddette «always on» (sempre attive), ad eventuali addebiti inconsapevoli.

La condotta sanzionata veniva, in particolare, ritenuta idonea a “*determinare un indebito condizionamento tale da limitare considerevolmente, in alcuni casi addirittura ad escludere, la libertà di scelta dell'utente in ordine all'utilizzo e al pagamento dei servizi preimpostati e non conforme al grado di ordinaria diligenza ragionevolmente esigibile da operatori attivi nel settore della telefonia, in considerazione delle significative asimmetrie che caratterizzano il rapporto tra professionisti e consumatori e che impongono ai primi, nel definire le modalità di esercizio della propria attività commerciale, una declinazione particolarmente stringente dei generali obblighi di buona fede e correttezza*” (così, l'AGCM con provv. N.23357 del 6 marzo 2012, par. 43, 44).

In conseguenza di ciò, Wind Tre e Vodafone Italia hanno adito il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che, interpretando il principio di specialità di cui all'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo e al citato art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 nel senso che la normativa generale dettata da tale codice in materia di pratiche commerciali scorrette («PCS») deve ritenersi inapplicabile alla fattispecie, ha annullato i provvedimenti dell'AGCM, dichiarando che tali sanzioni rientrerebbero nella competenza dell'AGCom.

Chiamato a conoscere di tali controversie in appello, il Consiglio di Stato ha rimesso alcune questioni alla sua Adunanza Plenaria che, con due sentenze del 2016, ha dichiarato che, sebbene la competenza a sanzionare la mera violazione degli obblighi informativi nel settore delle comunicazioni elettroniche appartiene all'AGCom, conformemente al principio di specialità di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29, la sanzione per una «pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva» (come, in particolare, una «fornitura non richiesta») rientra nella competenza dell'AGCM, e ciò anche nel settore delle comunicazioni elettroniche.

I giudici amministrativi italiani sono giunti alla conclusione esposta, operando un parziale *revirement* della giurisprudenza precedente, segnatamente abbandonando la regola della specialità “per materie” o “per ordinamenti” o “per settori”, in virtù della quale l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (*sentenze nn. 11-13 e 15-16 del 2012*) avevano stabilito la prevalenza della *lex specialis* sulla *lex generalis* al ricorrere di due condizioni: la specificità della disciplina di settore e la completezza ed esaustività della stessa rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo.

Coerentemente con tale premessa, i giudici amministrativi nel 2012 ritenevano che “*il termine «contrasto» utilizzato sia nella traduzione italiana dell'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29, sia nella relativa norma interna di recepimento, deve essere inteso, non come una vera e propria antinomia, ma come una mera diversità di disciplina*”, con la conseguenza che il conflitto tra normativa di settore e normativa generale deve essere risolto a favore della disciplina settoriale vigente in materia di comunicazioni elettroniche con il radicamento della competenza in capo all'AGCom. Solo in mancanza di una simile disciplina di settore,

verrebbe a riespandersi la disciplina generale prevista dal Codice del consumo, con conseguente radicamento della competenza in capo all'AGCM.

Suddetto orientamento era stato in un primo momento recepito anche del legislatore italiano, stabilendo con l'art. 23, comma 12 – *quindiquiesdecies*, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 che “la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette è dell'AGCM, escluso unicamente il caso in cui le PCS siano poste in essere in settori in cui esiste una regolamentazione di derivazione comunitaria (oggi, dell'Unione), con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati” (sul tema, v. Cottafavi, *sub art. 19 del Codice del consumo*, in L.C. Lubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*).

Con le successive pronunce del 2016, come anticipato, superando il precedente orientamento, l'Adunanza Plenaria ha risolto il conflitto tra pratiche commerciali aggressive di cui agli artt. 24-26 del Codice del consumo e violazione degli obblighi informativi di cui agli artt. 70-71 del Codice delle comunicazioni elettroniche in termini di progressione illecita alla luce del principio di assorbimento-consumazione di matrice penalistica (sul tema, si veda tra gli altri Fiandaca, Musco, *Diritto penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, 7 ed., 636 ss.).

Il criterio che il supremo consesso richiama, com'è noto, ha la funzione di risolvere le ipotesi di concorso apparente di norme tra disposizioni sanzionatorie tutte astrattamente applicabili ad un dato caso concreto, non in base ad un rapporto logico tra norme (come nel caso della regola della specialità), ma sulla base di un rapporto di valore. Si esclude così il concorso di norme quando la commissione di un illecito sanzionato più gravemente comporta secondo l'*id quod plerumque accidit* anche la commissione di uno meno grave, che in base ad una valutazione di carattere normativo-sociale, è assorbito e sanzionato proporzionalmente attraverso la pena comminata per il primo; detto principio porta, dunque, a sanzionare una sola volta condotte cui può attribuirsi un disvalore sociale omogeneo e che altrimenti darebbero luogo ad una moltiplicazione delle sanzioni (così, Rovati, *La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità Garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le autorità di regolazione?*, in *Riv. Regolazione dei Mercati*, fasc. 2/2016).

Alla luce di ciò, ai fini della individuazione dell'Autorità competente, la violazione di meri obblighi informativi di cui al corpus normativo presidiato dall'AGCom integrerebbe solo un elemento costitutivo del più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato dalla normativa di settore presidiata dall'AGCM. La violazione dei predetti obblighi informativi, infatti, non sarebbe di per sé bastevole ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, poiché da tali obblighi sarebbe necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente la capacità di scelta del consumatore.

I giudici amministrativi italiani, invero, hanno in tal modo accolto le valutazioni operate dalla Commissione in occasione della procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia, ai sensi degli artt. 258 ss. del TFUE (n. 2013/2169, *avviata con lettera di messa in mora del 16 ottobre 2013, EU Pilot 4261/12/JUST*) proprio per scorretta applicazione ed esecuzione della direttiva 2005/29/UE e, in particolare, della regola della *lex specialis* ivi contenuta per il coordinamento tra la disciplina a carattere generale e le normative specifiche di settore.

La Commissione, in particolare, ha apertamente contestato la tesi in passato sostenuta dalle autorità italiane per cui la mera esistenza di una disciplina di settore esaustiva ne avrebbe comportato il prevalere su quella generale, ancorché di derivazione europea, in materia di tutela dei consumatori. Una interpretazione, quella da ultimo riportata, che secondo i commissari rischierebbe di creare un contrasto tra legge speciale e norma generale, non solo quando sia ravvisabile una opposizione, ma anche in presenza di una mera sovrapposizione, con la conseguenza che la disciplina speciale finirebbe col regolare la totalità delle fattispecie, sino al punto che non avrebbe ragion d'essere

l'applicazione, sia pure in funzione sussidiaria o come norma di chiusura, della disciplina generale.

La Commissione ha, inoltre, ritenuto che la disciplina italiana di cui agli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche non contempli una regolamentazione esaustiva e completa delle PCS in questo settore e che l'adempimento degli specifici obblighi informativi ivi previsti non possa considerarsi equivalente o addirittura assorbente rispetto all'applicazione della disciplina generale di cui al Codice del consumo. Nondimeno, le disposizioni settoriali sono destinate a prevalere su quelle generali *ex art.* 3, par. 4 della direttiva 2005/29 solo al ricorrere di tre condizioni: le norme speciali attuano nell'ordinamento interno disposizioni dell'Unione; riguardano aspetti specifici delle PCS; esiste un contrasto tra queste norme di settore e la direttiva 2005/29.

Dunque, al dichiarato scopo di superare la menzionata procedura d'infrazione, si sono conformati alle *guidelines* della Commissione dapprima il legislatore che, in sede di recepimento della direttiva cd. *Consumer rights* (Direttiva 2001/83/UE) ha introdotto all'art. 27 del Codice del consumo il comma 1-bis - che attribuisce anche nei settori regolati all'AGCM un potere d'intervento esclusivo nella repressione delle PCS, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente -, poi il Consiglio di Stato che, come anticipato, nel 2016 ha optato per la soluzione in forza della quale la fattispecie della «pratica commerciale in ogni caso aggressiva» ingloberebbe, quale elemento costitutivo della stessa, l'illecito contemplato dalla normativa generale e presenterebbe rispetto a quest'ultimo un elemento aggiuntivo specializzante, consistente nel più intenso livello di coercizione esercitato sulla libertà di scelta del consumatore.

In disparte la terminologia adoperata, come è stato acutamente osservato (sul punto si v. Rovati, *op. cit.*), l'iter motivazionale seguito dal supremo consesso induce a ritenere che l'Adunanza Plenaria abbia richiamato la discussa categoria dell'assorbimento-consunzione solo per finalità descrittive, riconducendo il «rapporto di consunzione-assorbimento» pur sempre allo schema della specialità e, in particolare, alla «specialità per aggiunta».

Come recentemente confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con decisione n. 20664 del 28 aprile 2017, il principio di specialità, che sottende la comparazione delle fattispecie astratte, costituisce, infatti, *“l'unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente, con ampliamento della sua applicazione alle ipotesi di illeciti amministrativi secondo la previsione dell'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689”*.

Quando sembrava esser sopito il dibattito, a pochi giorni dalla pubblicazione del protocollo d'intesa tra AGCM e AGCom (v. Comunicato stampa congiunto tra AGCM e AGCom del 13 gennaio 2017), la VI Sezione del Consiglio di Stato, dubitando della compatibilità con il diritto dell'Unione della soluzione dell'Adunanza plenaria, ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni sull'interpretazione, da un lato, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali e, dall'altro lato, del diritto dell'Unione in materia di comunicazioni elettroniche, più in particolare, la direttiva «quadro» e la direttiva «servizio universale»: nello specifico, ha chiesto alla Corte se la condotta degli operatori di telecomunicazioni in esame possa essere qualificata come «fornitura non richiesta» o, più in generale, come «pratica commerciale aggressiva», ai sensi della direttiva sulle PCS; se il diritto dell'Unione in materia di comunicazioni elettroniche osti a una normativa nazionale in virtù della quale una «fornitura non richiesta» rientra nella direttiva sulle PCS, con la conseguenza che l'ANR non è competente a sanzionare tale condotta; se il principio di specialità di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 vada inteso come criterio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (cd. specialità per settori o per materie), tra norme (cd. specialità per fattispecie astratte) o, ancora, tra Autorità preposte alla regolazione e alla vigilanza dei rispettivi settori; se la nozione di «contrasto» contenuta nella norma da ultimo menzionata debba essere intesa come radicale antinomia o se possa essere interpretata come esistenza di una disciplina difforme dalla normativa sulle PCS in relazione alla specificità del settore; se la nozione di norme comunitarie (oggi dell'Unione) di cui alla medesima disposizione vada intesa in senso stretto, come riferita alle sole

disposizioni contenute nelle direttive e nei regolamenti europei, o se, al contrario, possa ritenersi estesa anche alle norme emanate in attuazione dei principi di diritto europeo; se, infine, il principio di diritto sancito dall'Adunanza Plenaria nel 2016, ove confermato dalle risposte ai precedenti quesiti, possa trovare applicazione anche in casi in cui esista una normativa di settore che regoli in modo compiuto le medesime pratiche "aggressive" e "in ogni caso aggressive" o, comunque, le medesime pratiche scorrette.

3. – Alla luce dei quesiti esposti, è di palmare evidenza che la Corte di giustizia sia stata chiamata ad indagare le fondamenta della politica sovranazionale di tutela del consumatore e a chiarirne, in definitiva, l'impostazione che il Legislatore europeo ha inteso conferirle.

Sulle questioni sottoposte al suo esame, la Corte ha preliminarmente qualificato le condotte poste in essere dagli operatori di telefonia sopra descritte, come «fornitura non richiesta», ai sensi dell'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29, argomentando che nella fattispecie i servizi di cui trattasi sarebbero stati preattivati e preimpostati sulle carte SIM in mancanza di una libera scelta da parte del consumatore, a causa di un deficit informativo di cui il professionista deve ritenersi responsabile.

A tal fine, la Corte, da una parte, ricorda l'importanza che assumono le informazioni riguardo alle condizioni contrattuali fornite al consumatore prima della conclusione del contratto (in senso conforme, v. sentenza del 7 settembre 2016, *Deroo-Blanquart*, C-310/15, punto 40 e giurisprudenza ivi citata) e, dall'altra parte, ribadisce la considerazione per la quale il prezzo deve essere necessariamente comunicato per consentire al consumatore medesimo di prendere una decisione commerciale il più consapevole possibile (*ex multis*, sentenza del 26 ottobre 2016, *Canal Digital Danmark*, C-611/14, punto 55). Non assume, infatti, alcun rilievo la circostanza che l'utilizzo dei servizi di cui trattasi abbia richiesto, in certi casi, un'azione consapevole da parte del consumatore, atteso che, in mancanza di informazioni sui costi della navigazione internet e della segreteria telefonica, non si può ritenere che una siffatta azione sia idonea a dimostrare che l'utente abbia maturato un sincero convincimento.

L'impostazione accolta dalla Corte appare coerente con quella «rete di sicurezza» che la direttiva 2005/29 mira a creare per il conseguimento di un elevato livello di tutela del consumatore che, soprattutto in un settore ad alto tecnicismo come quello delle comunicazioni elettroniche, si trova in una posizione di inferiorità, acuita dalla notevole asimmetria tra le parti per quanto riguarda l'informazione e le competenze tecniche (v., in tal senso, sentenza del 16 aprile 2015, *UPC Magyarország*, C-388/13, punto 53).

Alla luce di tali premesse, la Corte procede nell'esame delle altre questioni pregiudiziali, rispondendo al quesito se, in sostanza, il principio di specialità di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale secondo la quale una condotta integrante una fornitura non richiesta, come nel caso in esame, debba essere valutata alla luce di tale direttiva, con la conseguente incompetenza dell'ANR a sanzionare la condotta medesima.

In proposito, la disposizione da ultimo richiamata stabilisce che, in caso di contrasto tra le disposizioni di tale direttiva e altre norme dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle PCS, queste ultime sono destinate a prevalere e ad applicarsi a tali aspetti specifici. La direttiva, pertanto, è suscettibile di applicazione solo qualora non esistano specifiche norme di settore che disciplinino aspetti specifici delle PCS.

Tale regola di prevalenza dimostra, come rilevato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, l'intento, perseguito dalla direttiva del 2005, di istituire un vero e proprio sistema di tutela dei consumatori in tutti i settori, non tanto e non solo per colmare eventuali lacune delle normative settoriali, ma anche e soprattutto per ergersi a nucleo di un sistema generale di protezione nel quale, alle proprie disposizioni, si aggiungono quelle previste di volta in volta dalle specifiche normative settoriali dell'Unione a tutela del consumatore. In questa ottica, la direttiva 2005/29 assume i contorni di una normativa trasversale ad approccio orizzontale alla quale si affiancano le diverse direttive settoriali

che, con vario grado di intensità, assicurano la tutela del consumatore nei diversi ambiti economici disciplinati.

Un quadro normativo, quello delineato dal Legislatore europeo, nel quale deve sussistere necessariamente uno spirito di armonia e di coerenza nella interpretazione ed applicazione dell'una e delle altre. Ne discende che, affinché le norme della direttiva del 2005 vengano disapplicate non è indispensabile che sussista un sistema settoriale di protezione dei consumatori. Invero, il sistema istituito da tale direttiva, in quanto costituisce un sistema generale di protezione del consumatore, non cede il passo, in quanto tale, ad alcun sistema. Cedono il passo solo alcune sue disposizioni e solo alla condizione che ve ne siano altre che disciplinino specifici aspetti delle PCS o lo facciano in termini contrastanti. Con la conseguenza che l'inapplicabilità della medesima direttiva è circoscritta, in taluni casi, solo a tali specifici aspetti (che, peraltro, il considerando 10 della direttiva medesima richiama facendo riferimento agli obblighi di informazione e alle regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore).

Quindi, come acutamente osservato ancora dall'Avvocato generale, la regola della specialità di cui al ricordato art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29, fissa un criterio regolatore dei rapporti tra norme o disposizioni e non già tra tipi di disciplina (generale e settoriale), né riguarda i rapporti di competenza tra le autorità nazionali. Essa, infatti, esula dalla designazione delle autorità amministrative chiamate ad applicare le norme pertinenti, poiché la ripartizione o l'attribuzione di competenze tra di esse rientra nelle facoltà degli Stati membri.

Muovendo dal presupposto che si tratta esclusivamente di rapporti tra norme, la Corte precisa che il contrasto tra disposizioni dell'Unione cui fa riferimento la disciplina *de qua* deve ritenersi limitato ai conflitti tra norme dell'Unione in senso stretto, *id est* gli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione ed elencati dall'art. 288 TFUE, con esclusione delle disposizioni normative nazionali, ancorché attuative dei principi di diritto europeo.

L'esistenza di altre norme dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle PCS non è, tuttavia, bastevole a determinare la disapplicazione della disciplina generale di cui alla direttiva del 2005, essendo altresì necessario che tra quest'ultima e la normativa settoriale sussista una situazione di «contrasto».

Sulla nozione di «contrasto», anch'essa oggetto di uno specifico quesito del giudice remittente, la Corte precisa che essa deve essere intesa, non come una mera diversità di discipline, ma come «una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle in quanto diverse»; sicché il contrasto in parola sussiste solo nei casi in cui previsioni normative, estranee alla direttiva del 2005, impongano ai professionisti obblighi incompatibili con quelli da essa stabiliti, di fatto impedendo l'integrazione o l'applicazione congiunta dell'una e delle altre.

Tanto premesso, i giudici europei, procedono a verificare se siano soddisfatte le condizioni normativamente richieste e suesposte, segnatamente se la normativa settoriale europea di cui alle menzionate direttiva «servizio universale» e direttiva «quadro» disciplinino aspetti specifici delle PCS, quale è la fornitura non richiesta di cui all'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29, e se, in caso positivo, sussista il contrasto richiesto dal legislatore, che determinerebbero la prevalenza della normativa settoriale.

A tal fine, i giudici evidenziano che, sebbene la direttiva servizio universale all'art. 20, par. 1, preveda un elenco puntuale degli elementi che il contratto deve come minimo precisare in maniera chiara, dettagliata e facilmente comprensibile, essa non disciplina specifici aspetti delle PCS, come la fornitura non richiesta. Inoltre, la direttiva da ultimo menzionata prevede che le disposizioni in essa contenute si applichino «fatte salve le norme dell'Unione in materia di tutela dei consumatori», sicché l'applicabilità della direttiva 2005/29 non sarebbe comunque pregiudicata dalle disposizioni della direttiva servizio universale.

Pertanto, conclude la Corte, non sussiste alcun contrasto tra le normative in esame la cui applicabilità parallela non è in discussione: mentre, infatti, la direttiva del 2005

qualificherebbe la richiesta del prezzo per una fornitura non richiesta come una pratica commerciale in ogni caso sleale, la direttiva servizio universale elenca le informazioni che il professionista deve necessariamente fornire all'utente, senza tuttavia qualificare come condotta illecita la fornitura non richiesta, oggetto della presente trattazione.

La Corte, dunque, rilevato che le discipline di settore ricordate non contemplano una disciplina esaustiva per la tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche, attraverso la previsione di condotte rientranti nella nozione di «pratica commerciale aggressiva» o nella nozione di «pratica commerciale in ogni caso aggressiva», conclude nel senso che alle condotte di cui al procedimento principale si applica la disciplina generale di cui alla direttiva 2005/29, così sottraendo all'ANR la competenza ad irrogare siffatte condotte.

4. – Lo scenario prefigurato dalla Corte di giustizia con la sentenza esaminata, oltre ad essere più rispondente al dato normativo e agli orientamenti fino a questo momento diffusi dalla Commissione, evidenzia come la direttiva del 2005 non preveda poteri di regolazione, ma punti essenzialmente ad una armonizzazione normativa attraverso la trasposizione in legge delle disposizioni ivi contenute e l'uniforme applicazione delle stesse. Il tutto coerentemente con le finalità perseguite dal Legislatore europeo di creare una «rete di sicurezza» a tutela del consumatore nell'ambito della quale la disciplina generale e quelle settoriali siano legate da un rapporto di specialità e di complementarità.

Tuttavia, è innegabile che non è sempre chiaro il rapporto tra regolazione pro-concorrenziale di un mercato esercitata *ex ante* dall'ARN e controllo *ex post* sulla concorrenzialità del mercato realizzato dalle Autorità nazionali istituzionalmente preposte alla tutela della concorrenza; in questi casi il rischio di sovrapposizione tra attività delle prime e delle seconde è tutt'altro che inesistente, con possibili problemi dal punto di vista del *ne bis in idem* sostanziale e procedurale.

Non può tacersi, infatti, il rischio già palesato da alcuni (sul punto, v. Cappai, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia? in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 1 agosto 2017, pag. 879), che l'accoglimento da parte della Corte di giustizia dell'impostazione che sostiene la regola della specialità per fattispecie astratte non sia, invero, risolutiva e concludente in Italia, ben potendo emergere nuovi dubbi di compatibilità della soluzione nazionale con il diritto europeo. Individuata la fattispecie prevalente, infatti, *id est* la pratica commerciale aggressiva, con conseguente radicamento della competenza esclusiva dell'AGCM a sanzionare simili condotte, si potrebbe assistere all'insorgere di interferenze limitate a singole porzioni dell'illecito tipizzato, nel senso che la normativa di settore ben potrebbe disciplinare aspetti specifici che investano, in tutto in parte, anche profili della più ampia fattispecie contemplata dalla normativa generale. In queste ipotesi, non solo potrebbe accadere che la regola di comportamento individuata dall'ANR non sia compatibile con il diverso comportamento che l'AGCM ricava dalla fattispecie più ampia prevista dalla disciplina generale, ma dovrebbe altresì concludersi per l'applicazione, ai sensi dell'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 della disciplina di settore.

Per tali ragioni, in ordinamenti come quello italiano, ove l'autorità competente ad irrogare la sanzione non è quella di settore, ma un soggetto diverso, appunto l'AGCM, sarebbe auspicabile l'introduzione di meccanismi correttivi di coordinamento che agevolino le autorità coinvolte nella corretta applicazione delle norme potenzialmente in conflitto. Non manca chi ha ritenuto che una soluzione potrebbe risiedere nell'assegnazione, in via legislativa, a ciascuna Autorità di settore del potere di applicare non solo le proprie competenze settoriali, ma anche la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 20 e ss. del Codice del Consumo, limitatamente ai settori di specifica competenza, sulla base del convincimento per cui sarebbero molto più semplici ed efficienti le attività di coordinamento sulla valutazione della natura dell'infrazione, nonché i profili procedurali in quanto si eliminerebbero tutte le necessarie forme di leale collaborazione tra due diverse istituzioni (e le relative tempistiche) (cfr.,

Nava, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?* In *Diritto Mercato e Tecnologia*, 29 luglio 2014). Però, una siffatta proposta implicherebbe una interpretazione del criterio di specialità che, da un punto di vista formale, riguarda soltanto i rapporti tra le autorità preposte alla concreta attuazione delle norme in esame.

Sotto questo aspetto, desta, inoltre, qualche perplessità la soluzione adottata dal legislatore interno con la previsione di cui comma 1-bis all'art. 27 del Codice del consumo, ove oltre a prevedere che le *Authorities* procedano alla stipula di protocolli d'intesa, impone all'AGCM, prima dell'adozione della decisione finale, di richiedere all'Autorità di settore un parere. Quest'ultimo, in mancanza di una specificazione normativa, è stato interpretato dalla giurisprudenza (sul punto, v. TAR Lazio, Sez. I, 10 maggio 2016, n. 5450; Cons. di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2017, n. 2918) e dalla dottrina (ex multis, Cappai, *cit.*; Nava, *Il legislatore interviene nuovamente, cit.*) come obbligatorio, ma non vincolante, con il conseguente rischio che esso possa tradursi in un mero onere procedimentale, totalmente privo di effetto sostanziali. L'AGCM, infatti, ben potrebbe disattendere il parere dell'autorità di settore, di fatto disapplicando, aggirando o addirittura ignorando una normativa settoriale, in violazione dell'art. 3, par. 4, della direttiva 29/2005. Sarebbe, pertanto auspicabile, ancor più a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, un intervento normativo che chiarisca la portata del parere in esame e che introduca strumenti di raccordo tra i soggetti pubblici chiamati ad assicurare la tutela del consumatore, altrimenti la problematica della regola della specialità, solo apparentemente risolta a livello primario, potrebbe riproporsi ancora una volta sul versante applicativo.

## La tutela del dato personale alla prova dell'attività di predicazione religiosa: libertà di proselitismo o diritto alla privacy?

di Federica Danini

**Title:** Data protection to the proof of religious preaching activity: freedom of proselytism or right to privacy?

**Keywords:** Data protection; Freedom of proselytism; Directive 95/46/CE.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia definisce la questione pregiudiziale sollevata dalla Corte amministrativa suprema finlandese (*Korkein hallinto-oikeus*) in merito alla possibilità di qualificare una comunità religiosa quale responsabile del trattamento dei dati personali raccolti dai suoi membri in occasione dell'attività di predicazione porta a porta.

In particolare, quindi, la pronuncia in oggetto verte sull'interpretazione della direttiva 95/46/CE, e, più specificamente, delle disposizioni con le quali la stessa disciplina il proprio ambito di applicazione nonché le attività e le figure relative al trattamento dei dati personali.

2. – La controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio originava dalla decisione adottata il 17 settembre 2013, con la quale la commissione finlandese per la protezione dei dati personali (nel prosieguo: la «commissione») vietava alla comunità religiosa dei Testimoni di Geova (da ora: la «comunità») di raccogliere e/o trattare dati personali nell'ambito dell'attività di predicazione porta a porta, in caso di perdurante difformità dalla normativa vigente in materia.

Durante tale attività, infatti, i membri della comunità provvedevano a raccogliere alcuni dati delle persone raggiunte – quali nome, cognome, indirizzo, e finanche opinioni religiose e situazione familiare – al fine di rendere reperibili informazioni utili per i successivi incontri e di redigere un elenco con le generalità di coloro che avevano, invece, dichiarato di non voler ricevere alcuna ulteriore comunicazione e/o visita. Ad avviso della commissione, la raccolta, concretamente effettuata dai membri evangelizzatori, veniva in realtà raccomandata dalla comunità, che divulgava periodicamente le istruzioni per la redazione degli appunti (a titolo esemplificativo, si vedano i due articoli pubblicati sull'opuscolo *“Il ministero del Regno”*, a novembre 2011 e giugno 2012) e, più in generale, coordinava e organizzava l'attività di predicazione. Secondo quanto sostenuto dalla stessa, inoltre, il trattamento dei dati personali effettuato non veniva preceduto né accompagnato da alcuna informativa, in palese difformità con le prescrizioni nazionali e comunitarie e con l'ovvia emissione del provvedimento di divieto di cui sopra.

Ne derivava un contenzioso giurisdizionale, in esito al quale il giudice di primo grado annullava la decisione del 17 settembre 2013, accogliendo l'eccezione con la quale la comunità – ricorrente – evidenziava il carattere strettamente individuale del trattamento e pertanto escluso dall'ambito di operatività della normativa in materia. Dinanzi a tale pronuncia, il garante per la protezione dei dati personali finlandese adiva la Corte amministrativa suprema, al fine di ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, evidenziando come i membri e la comunità risultassero, invero, solidalmente responsabili del trattamento dei dati personali raccolti e conservati in appositi archivi, e quindi come gli stessi fossero tenuti al puntuale rispetto della normativa in materia di *privacy*.

In esito ad un complesso ragionamento argomentativo teso alla comparazione delle tesi illustrate dalle parti in causa, il Korkein hallinto-oikeus decideva di sospendere il giudizio e di adire la Corte di Giustizia al fine di ottenere alcune delucidazioni interpretative in merito alle disposizioni della direttiva 95/46/CE rilevanti nel caso di specie. Più propriamente, la Corte amministrativa domandava al Giudice di Lussemburgo:

- se l'articolo 3, paragrafo 2, primo e secondo trattino, della stessa fosse da interpretare nel senso di ritenere escluso dal campo di applicazione della direttiva il trattamento di dati personali effettuato dai membri di una comunità religiosa nell'ambito della predicazione porta a porta, ed in relazione a ciò che importanza rivestisse la circostanza che l'evangelizzazione fosse contestualmente frutto dell'organizzazione della comunità e delle congregazioni, da una parte, e pratica religiosa individuale dei singoli membri, dall'altra;

- se la nozione di "archivio" dettata dall'art. 2, lett. c), della direttiva, fosse da interpretare nel senso di ricondurre sotto la stessa anche l'insieme di dati personali (nome, indirizzo ed altre informazioni) raccolti in modo non automatizzato nell'ambito della predetta attività di predicazione porta a porta;

- se la nozione di "responsabile del trattamento" ex art. 2, lett. d), della direttiva, quale "*persona fisica o giuridica [...] o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali [...]*" fosse da interpretare nel senso di qualificare come tale anche una comunità religiosa che organizzi un'attività nell'ambito della quale i suoi membri raccolgano dati personali, accessibili poi in seguito solo da questi ultimi (tenendo anche in debita considerazione che spetta alla stessa comunità – tra l'altro – la ripartizione del raggio d'azione dei predicatori, il monitoraggio dell'attività di predicazione, nonché la tenuta del c.d. "registro delle opposizioni");

- ed infine, se il suddetto art. 2, lett. d), della direttiva fosse da interpretare nel senso che una comunità religiosa possa essere qualificata come responsabile del trattamento qualora svolga un ruolo effettivo nel dirigere l'attività dei suoi membri, ovvero se – ai fini di detta qualificazione – sia altresì necessario che la stessa adotti misure specifiche, quali conferimenti di incarichi o istruzioni idonee a guidare la raccolta dei dati.

3. – In via preliminare occorre precisare il quadro normativo di riferimento, così come definito dalla direttiva 95/46/CE.

Orbene, la tutela dei dati personali prevista dalla sopracitata direttiva trova applicazione in tutti quei casi in cui le attività del responsabile del trattamento – e cioè di colui che determina le finalità e gli strumenti del trattamento dei dati personali (art. 2, lett. d) - rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (considerando n. 12), sicché i trattamenti da esso effettuati vengono regolati dalla stessa anche se meramente manuali, a condizione che i dati così raccolti siano conservati in archivi strutturati, idonei a consentirne un facile accesso futuro (considerando n. 27). Esulano, invece, dal campo di applicazione della direttiva 95/46/CE, tra gli altri: a) le attività previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione Europea e comunque i trattamenti aventi ad oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello stato e le attività dello Stato in materia di diritto penale (art. 3, par. 2, primo trattino); b) i trattamenti effettuati da una persona fisica per

l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico (art. 3, par. 2, primo trattino).

Ciò posto, l'art. 8 della direttiva 95/46/CE introduce l'obbligo per gli Stati membri di vietare ogni qualsivoglia trattamento avente ad oggetto – tra gli altri – dati personali idonei a rivelare le convinzioni religiose delle persone, fatti salvi i casi in cui “*il trattamento sia effettuato, con garanzie adeguate, da una fondazione, un'associazione o qualsiasi altro organismo che non persegua scopi di lucro e rivesta carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, nell'ambito del suo scopo lecito e a condizione che riguardi unicamente i suoi membri o le persone che abbiano contatti regolari con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo del suo oggetto e che i dati non vengano comunicati a terzi senza il consenso delle persone interessate*”.

La direttiva 95/46/CE è stata trasposta nell'ordinamento finlandese con la legge (Henkilötietolaki) n. 523 del 1999 che, quantomeno con riferimento alle disposizioni sopra indicate, non propone alcuna integrazione particolarmente rilevante a quanto già disposto dalla normativa comunitaria.

4. – Tutto ciò premesso, occorre ora ripercorrere le parti più salienti della decisione pronunciata dalla Corte di Giustizia sulle questioni poste dal giudice del rinvio.

5. – Per evidenti esigenze di logicità e chiarezza, la Corte affronta in primo luogo la questione relativa al campo di applicazione della direttiva 95/46/CE e, più specificamente, all'applicabilità della stessa al trattamento di dati personali effettuato in occasione di un'attività di predicazione porta a porta.

In particolare, la Corte esclude che debba ritenersi che tale attività di proselitismo rientri nei casi di cui all'art. 3, par. 2, primo e secondo trattino. La disposizione *de qua*, ad avviso della CGUE, sarebbe da interpretare, infatti, in maniera restrittiva, posta la finalità della direttiva di garantire un elevato livello di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, ed in particolare della loro vita privata, riguardo al trattamento dei dati personali (sentenze del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, punto 66, e del 5 giugno 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, punto 26).

Ne deriva quindi, che secondo la pronuncia in commento, le attività indicate a titolo esemplificativo dall'art. 3, par. 2, primo trattino, della direttiva devono essere intese quali attività proprie degli Stati o delle autorità statali, estranee all'attività dei singoli e capaci di trovare applicazione solo con riferimento a quelle ipotesi non espressamente previste, ma ascritte ed ascrivibili alle categorie richiamate (sentenze del 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, punti 43 e 44; del 16 dicembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, C-73/07, punto 41, nonché del 27 settembre 2017, *Puškar*, C-73/16, punti 36 e 37). È da escludere, quindi, che la raccolta di dati personali effettuata nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta – tipicamente svolta dai singoli – sia riconducibile alla suddetta disposizione, e pertanto ai casi di non applicabilità da essa previsti.

Allo stesso modo, la Corte, è orientata nel senso di ritenere non configurabile, nel caso di specie, l'ipotesi di cui al secondo trattino dell'art 3, par. 2, della direttiva. In tal senso, infatti, con la decisione che si commenta, viene specificato come l'espressione il «*carattere esclusivamente personale o domestico*», di cui alla stessa disposizione, debba essere valutato con riferimento all'attività del soggetto che effettua il trattamento, e non già di quello titolare dei dati personali raccolti. È pertanto pacifico, secondo la CGUE, che l'attività di predicazione porta a porta oggetto del caso di specie abbia la finalità di diffondere il credo della comunità dei Testimoni di Geova presso persone estranee alla cerchia familiare dei membri predicatori e, pertanto, sia proiettata all'esterno della sfera privata e domestica degli stessi, con l'ovvia assoggettabilità del trattamento dei dati ad essa connesso alla direttiva 95/46/CE. L'applicabilità della suddetta normativa, sempre ad avviso della Corte, dev'essere parimenti desunta dalla circostanza, allegata dal giudice del rinvio, secondo la quale alcuni dei dati così raccolti vengono resi accessibili ad un

numero illimitato di soggetti, in quanto trasmessi dai singoli membri alle congregazioni della comunità, che conservano poi gli elenchi – formati con i dati stessi – dei soggetti che non desiderano ricevere più alcuna comunicazione e/o visita.

In conclusione, quindi, la CGUE ammette che il trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta non rientri né nelle ipotesi di esclusione di cui all'art. 3, par. 2, primo trattino, della direttiva 95/46/CE, né tantomeno nei casi di cui al secondo trattino della medesima disposizione, con l'ovvia riconducibilità dell'attività nel campo di applicazione della direttiva stessa.

6. – Premesso quanto sinora riportato, la Corte di Giustizia passa ad affrontare la seconda questione posta dal giudice del rinvio, relativa all'interpretazione del combinato disposto degli artt. 3, par. 1, e 2, lett. c), della direttiva, secondo il quale «*le disposizioni della [...] direttiva si applicano [...] al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi*», e cioè in «*qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili, secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico*». In particolare, ciò che si chiede è se la nozione di archivio così dettata dall'art. 2, lett. c), debba essere interpretata nel senso di qualificare lo stesso come insieme di dati raccolti in schedari, elenchi specifici o altri sistemi di ricerca – come richiesto dalla normativa finlandese di recepimento – ovvero se sia sufficiente – ai fini dell'applicabilità della direttiva, che gli stessi siano raccolti con una medesima finalità e siano conservati in modo tale da essere facilmente reperibili per gli usi futuri.

In considerazione delle predette esigenze di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone e di necessità di evitare ogni qualsivoglia meccanismo elusivo della stessa, la Corte esclude la possibilità di ravvisare ulteriori requisiti attinenti alla modalità e/o alla forma con le quali debba essere strutturato un archivio, qualora le stesse non siano già espressamente previste dalla dedicata disposizione definitoria. Nell'ottica di assicurare il massimo livello di protezione, fra gli altri, del diritto alla *privacy* degli individui, secondo la decisione in commento, è necessario optare per un'interpretazione estensiva della nozione di «archivio» fornita dalla direttiva, sicché è sufficiente che lo stesso sia strutturato secondo criteri specifici idonei a consentire che i dati personali siano facilmente individuabili, a nulla rilevando, di contro, l'esistenza di schedari, elenchi specifici o altri sistemi di ricerca.

Sulla scorta di tale affermazione, la Corte qualifica, quindi, in termini di «archivio» la raccolta strutturata di dati personali effettuata dai membri predicatori, in quanto condotta a titolo di promemoria, sulla base di una ripartizione geografica di riferimento (i membri della comunità vengono, difatti, solitamente suddivisi per aree di competenza territoriale) e per il fine comune di agevolare le visite successive e di redigere il “registro delle opposizioni”. In considerazione di tali connotazioni e dell'irrelevanza dei criteri di strutturazione concretamente adottati, la CGUE afferma, pertanto, che l'insieme dei dati personali raccolti nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta, contenenti nomi, indirizzi e altre informazioni dei soggetti contattati, debba essere qualificato come «archivio» ai sensi dell'art. 2, lett. c), della direttiva 95/46/UE, allorché tali dati sono strutturati secondo criteri specifici che ne garantiscono una facile accessibilità ed individuazione, a nulla rilevando che lo stesso comprenda anche schedari, elenchi specifici o altri sistemi di ricerca.

7. – Accertata l'applicabilità della direttiva 95/46/CE, la Corte assume una chiara posizione sulle ultime questioni poste dal giudice del rinvio, relative alla possibilità di interpretare l'art. 2, lett. d), della medesima direttiva nel senso di qualificare come «responsabile del trattamento» anche una comunità religiosa che organizza un'attività di predicazione nel cui contesto vengano raccolti dati personali accessibili solo ai predicatori. Ai fini di tale qualificazione, ci si chiede quindi se debbano sussistere atti specifici adottati

dalla comunità – come ad esempio istruzioni scritte – ovvero se sia sufficiente che detta comunità diriga effettivamente l'attività dei suoi membri.

Ponendosi in conformità con un orientamento già ampiamente espresso, la Grande Sezione preliminarmente precisa come la nozione di «responsabile del trattamento» non rinvii necessariamente ad una persona fisica o giuridica, ben potendo riguardare anche più soggetti partecipanti a fasi diverse del trattamento, eventualmente soggetti a responsabilità differenti, e non necessariamente aventi pari possibilità di accesso ai dati raccolti (sentenza del 5 giugno 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, punto 29). In tale senso l'elemento connotante la nozione di cui all'art. 2, lett d), della direttiva sembra essere esclusivamente la partecipazione dell'asserito responsabile alla determinazione delle finalità e delle modalità del trattamento, a nulla rilevando che le stesse siano oggetto di istruzioni scritte o incarichi da parte del responsabile stesso.

Ne deriva che, nel caso in esame, è possibile – secondo la Corte di Giustizia – qualificare la comunità quale responsabile del trattamento dei dati effettuato dai membri durante la predicazione porta a porta. È pur vero, infatti, che il proselitismo rappresenta una forma di azione essenziale per la comunità, che infatti si occupa di organizzare, coordinare e sostenere puntualmente la stessa, spingendosi finanche a redigere un elenco di soggetti che hanno dichiarato di non volere ricevere alcuna ulteriore comunicazione. Tali circostanze, ad avviso della Grande Camera, risultano di per sé sufficienti a qualificare la comunità quale responsabile del trattamento, a nulla rilevando l'impossibilità della medesima di accedere ai dati diversi da quelli contenuti nel registro delle opposizioni.

8. – Nel pronunciarsi in via pregiudiziale, la Corte di Giustizia ha affrontato, seppur sottotraccia, il delicato problema relativo al bilanciamento tra protezione dei dati personali, da una parte, e libertà di predicazione, quale corollario della più ampia libertà religiosa, dall'altra. Invero, con riferimento alla *privacy*, è pacificamente ammesso dalla stessa giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo, che le disposizioni di cui alla direttiva 95/46/CE debbano essere interpretate alla luce dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (da ora: la "Carta"), sicché risulta assolutamente legittimo un contemperamento tra gli stessi in ossequio al principio di proporzionalità. Tale possibilità è infatti oggi oggetto di una concreta previsione normativa, di cui al Regolamento (UE) n. 2016/679 (c.d. GDPR), in virtù della quale il diritto alla protezione dei dati personali è posto a tutela dell'individuo, senza che però ciò determini una prerogativa assoluta, permanendo di fatto la necessità di considerare il medesimo in relazione alla sua funzione sociale. In considerazione di ciò non sembra che la tutela della libertà di predicazione, e più ampiamente della libertà religiosa, sfugga ad un eventuale bilanciamento con la tutela della *privacy*, nell'ambito del quale all'art. 10 della Carta devono essere riconosciuti significato e portata identici a quelli della corrispondente disposizione CEDU (art. 52, par. 3, Carta). In tal senso è bene precisare come l'art. 9 della Convenzione riconosca e garantisca la libertà di manifestazione del pensiero, di coscienza e di religione, intesa finanche come libertà negativa dell'individuo di cambiare religione o di non aderire ad alcuna (Corte EDU, 21 febbraio 2008, *Alexandridis c. Grecia*, §.32 e giurisprudenza citata; Corte EDU, 24 febbraio 1998, *Larissis e a. c. Grecia*, §.45; Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, §.31). A tale accezione dev'essere necessariamente affiancata l'interpretazione fornita dalla Corte EDU della libertà religiosa, intesa sia con riferimento al proprio foro intero sia come libertà di manifestare il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o nella stretta cerchia di altri fedeli. In tal senso – come anche affermato dall'Avvocato generale nelle conclusioni di cui alla decisione in commento – non sembra che l'attività di predicazione possa assurgere ad indebita lesione del diritto altrui di non aderire ad alcuna religiosa, quanto più propriamente pare doversi considerare come strettamente funzionale alla libertà di ciascun individuo di cambiare fede. Ne deriva che, nel caso di specie, l'attività posta in essere risulta con ogni evidenza legittima e suscettibile di essere parte di un bilanciamento con il contrapposto diritto alla *privacy*, come anche affermato dall'art. 9, par.

2, della stessa CEDU. La libertà di una comunità religiosa e dei suoi membri di tentare di persuadere il prossimo ad aderire alla propria confessione rappresenta, infatti, il fine principale degli stessi, idoneo ad essere legittimamente perseguito anche attraverso la raccolta di dati personali tesi ad agevolare i successivi contatti. Ciò posto, tuttavia, il trattamento così effettuato deve necessariamente essere improntato all'osservanza della disciplina di cui alla direttiva 95/46/CE, prima, e del regolamento (UE) n. 2016/679, adesso.

Proprio con riferimento alla nuova disciplina definita dal GDPR, emergono tuttavia alcuni profili controversi. In altri termini ciò di cui si dubita è la possibilità di applicare quanto affermato dalla Corte di Giustizia con la sentenza in commento anche ad un eventuale trattamento di dati personali effettuato dai membri di una comunità religiosa e dalla comunità stessa nell'ambito dell'attività di predicazione rispettivamente effettuata e gestita dagli stessi. Fatto salvo quanto stabilito in merito all'applicabilità della disciplina eurounitaria al caso *de quo*, permangono alcune perplessità in merito alla funzione rivestita dai membri e dalla comunità. Premesso che, nel caso, si tratterebbe di titolari ex art. 4, n. 7, del GDPR, si pone un problema relativamente alla possibilità di individuare anche in vigenza di tale normativa due contitolari del trattamento. L'art. 26 del regolamento prevede, infatti, l'obbligo a capo dei contitolari di dotarsi di un accordo - messo a disposizione degli interessati - teso a determinare in maniera chiara e trasparente il riparto delle responsabilità rispetto agli obblighi della normativa, ivi inclusi i doveri informativi. Tale suddivisione dei ruoli risulterebbe indubbiamente funzionale non solo a garantire i diritti degli interessati, ma anche ad individuare la titolarità dei doveri di *accountability*, *privacy by design* e *by default*, e le relative ipotesi di responsabilità in caso di difformità dalle prescrizioni regolamentari ovvero in caso di *data breach*. A ciò si aggiunga, peraltro, che l'art. 9 del GDPR prescrive un generale divieto di trattamento dei dati c.d. avanti natura particolare, fra i quali figurano altresì quelli idonei a rivelare le convinzioni religiose degli interessati, fatti salvi i casi in cui – tra gli altri – *“il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità [...] religiose a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato”* (art. 9, par. 2, lett. d). Alla luce di queste osservazioni vien quindi da chiedersi se, in forza delle disposizioni del GDPR, i membri di una comunità religiosa e la comunità stessa, previamente definiti responsabili del medesimo trattamento ex art. 2, lett. d), della direttiva 95/46/CE, possano essere considerati contitolari del trattamento ai sensi del nuovo regolamento anche in assenza di un accordo, reso noto ai terzi, atto a ripartire le ipotesi di responsabilità, ovvero se sussistano qualifiche differenti. Ciò posto, ci si interroga ulteriormente sulla possibilità di interpretare l'art. 9, par. 2, lett. d), nel senso di consentire ai membri predicatori di una comunità religiosa di raccogliere e trattare dati particolari degli interessati (convinzioni religiose) nell'ambito della propria predicazione porta a porta, ovvero se per tale trattamento risulti quantomeno necessario il previo consenso di questi ultimi.

Con riferimento a tali profili occorrerà attendere le nuove pronunce della Corte di Giustizia in merito alla disciplina disegnata con il regolamento (UE) n. 2016/679.

## **Corte di Giustizia ed esportabilità per motivi di studio dell'assistenza personale dei cittadini europei disabili attraverso la libertà di circolazione e soggiorno**

*di Alessandro Nato*

**Title:** EU Court of Justice and exportability of assistance services to disabled European citizens to pursue higher education

**Keywords:** Free movement; Right of Education; Assistance services for people with disabilities.

1. – La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 25 luglio 2018, *A. c. Espoon*, C-679/16, riguarda l'interpretazione sia degli articoli 20 e 21 TFUE che dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004/CE. Questo rinvio pregiudiziale è stato presentato nel contesto di una controversia promossa dal sig. A, cittadino europeo diversamente abile residente in Finlandia, in merito alla messa a sua disposizione, da parte della sezione per i casi individuali della commissione sociale e sanitaria del comune finlandese di Espoon, di una prestazione di assistenza personale a Tallin in Estonia dove segue un ciclo di studi superiori triennali a tempo pieno. La presente sentenza offre alla Corte l'opportunità di fornire importanti indicazioni. Da un lato, essa deve precisare se una prestazione di assistenza personale concessa ad un individuo con disabilità rientra nella nozione generale di "prestazione di malattia" ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004/CE o se esula dall'ambito di applicazione di tale atto di diritto derivato. Dall'altro, la Corte è chiamata a determinare se la libertà di circolare e soggiornare nel territorio dell'UE osta a che l'ente competente finlandese rifiuti di concedere tale beneficio sociale ad un cittadino disabile, residente in Finlandia, per il motivo che quest'ultimo scelga di finire i propri studi in un altro Stato membro.

2. – Nel mese di agosto del 2013 presso il comune di residenza di Espoon in Finlandia, il cittadino finlandese A. inoltra una domanda al fine di ottenere la prestazione di assistenza personale di cinque ore settimanali per l'espletamento delle mansioni domestiche. Quando ha presentato la richiesta, il ricorrente è in procinto di trasferirsi a Tallin in Estonia per iniziare a frequentare un ciclo di tre anni di studi superiori a tempo pieno. Tuttavia, il cittadino finlandese ha espresso la volontà di trascorrere dai tre ai quattro giorni nella capitale estone ed il fine settimana di rientrare nel suo comune di residenza in Finlandia. Da questo si evince che l'assistenza personale richiesta è fornita anche al di fuori dello Stato membro di residenza.

Il comune di Espoon, con la decisione del 12 novembre 2013, respinge la domanda di assistenza personale presentata dal cittadino finlandese agente. Il 4 febbraio 2014 l'ente locale conferma la sua posizione di diniego a seguito di un ricorso amministrativo. Il

comune erogatore giunge a tale decisione affermando che il soggiorno del ricorrente al di fuori della Finlandia non deve essere considerato di natura occasionale, nonostante il luogo di residenza resta invariato. L'assistenza personale può quindi essere prestata al di fuori della Finlandia solo durante le vacanze o i viaggi di lavoro, mentre non è versata alcuna indennità se il comune di residenza della persona cambia a causa di un soggiorno al di fuori dello Stato membro finlandese, oppure se si tratta di un altro soggiorno durevole o abituale al di fuori della Finlandia. Con la sentenza del 27 giugno 2014 il Tribunale amministrativo di Helsinki ha confermato tali tesi e ha respinto il ricorso proposto dal cittadino disabile avverso la decisione di rigetto della domanda di assistenza personale.

Investita del ricorso a tale pronuncia, la Corte amministrativa suprema della Finlandia ritiene preliminarmente che ai sensi della legislazione nazionale, l'assistenza personale sia un servizio che rientra nell'obbligo particolare del comune e che i cittadini che soddisfino le condizioni per avervi diritto dispongano di un diritto soggettivo a ricevere tale assistenza. Inoltre, il giudice amministrativo supremo afferma che l'esistenza di un obbligo di prestazione per un soggiorno al di fuori del comune finlandese di residenza non può dedursi né dal dettato della legge nazionale sulle prestazioni a favore delle persone con disabilità n. 380 del 3 aprile 1987, né dai lavori preparatori della stessa. Tuttavia, il giudice amministrativo finlandese sostiene che se esiste l'obbligo di prestare l'assistenza richiesta nel contesto di un soggiorno al di fuori dello Stato finlandese, esso può dedursi solo attraverso l'interpretazione del diritto dell'Unione e con la decisione del 23 dicembre 2016, sospende il procedimento e sottopone *ex art. 267 TFUE* alcune domande alla Corte di Giustizia dell'UE (si veda i punti 27 e 28).

Tramite la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede alla Corte se le caratteristiche dell'assistenza personale finlandese a favore delle persone con disabilità debba essere qualificata come "prestazione di malattia", *ex art. 3, paragrafo 1 del regolamento n. 883/2004/CE*. È opportuno precisare che se si tratta di una prestazione relativa all'assistenza sociale, questa esula dall'ambito di applicazione di detto regolamento.

Propendendo maggiormente per questa seconda ipotesi, il giudice della Corte amministrativa suprema finlandese pone una seconda questione pregiudiziale: le disposizioni del TFUE relative alla cittadinanza dell'Unione europea ostano al diniego dell'assistenza personale richiesta nel procedimento principale? In particolare, il giudice del rinvio chiede se sussiste una restrizione del diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini europei qualora la concessione all'estero di una prestazione come quella relativa all'assistenza personale non sia specificamente disciplinata e i requisiti per la concessione della prestazione siano interpretati nel senso che tale beneficio sia negato in uno Stato membro diverso da quello di residenza dove il soggetto interessato si reca per compiere gli studi universitari triennali. In più, il giudice della Finlandia interroga la Corte riguardo la circostanza se la stessa prestazione possa essere fornita in un comune diverso da quello di residenza nello Stato membro di affiliazione per compiere gli studi universitari triennali.

Il giudice del rinvio con la terza questione pregiudiziale chiede, nel caso in cui vengano rilevate delle restrizioni alla libera circolazione, se tali ostacoli possano essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale derivanti dall'obbligo del comune di vigilare sulla fornitura di assistenza personale, della possibilità del comune di scegliere le misure idonee per l'erogazione di assistenza e della conservazione della coerenza e dell'efficacia del sistema di assistenza personale ai sensi della legge sulle prestazioni a favore delle persone con disabilità.

3. – In primo luogo, la Corte di Giustizia risponde al quesito pregiudiziale sulla natura dell'assistenza personale oggetto della causa principale, consistente nella copertura dei costi generati dalle attività quotidiane di una persona affetta da disabilità grave, allo scopo di consentire a tale persona, inattiva economicamente, di proseguire gli studi superiori. In

altre parole, i giudici dell'UE devono stabilire se tale beneficio rientra o meno nella nozione di "prestazione di malattia" ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1 del regolamento n. 883/2004/CE (si veda per un commento M. Ciuccio, A. Costa, *Regolamento n. 883/2004/CE di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale: disposizioni applicative e questioni interpretative*, in Riv. Dir. Sic. Soc., 1, 2011, p. 171).

Giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia precisa che la distinzione tra prestazioni escluse dalla sfera di applicazione del regolamento n. 883/2004/CE e quelle che vi rientrano si basa essenzialmente sugli elementi costitutivi di ciascun beneficio, quali le sue finalità ed i presupposti della sua concessione, non sul fatto che essa sia o meno qualificata come previdenziale da una normativa nazionale (si veda i punti 30 e 31, la Corte rimanda ai casi: sentenza del 11 luglio 1996, *Otte*, C-25/95, punto 20 nonché del 19 settembre 2013, *Hliddal e Bornand*, C-216/12 e C-217/12, punto 46). Nel fascicolo presentato alla Corte di Giustizia il governo finlandese non ha dichiarato a riguardo che la legge sulle prestazioni a favore delle persone con disabilità rientrava nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004/CE.

Diverse sentenze sostengono che una prestazione può essere considerata come previdenziale, da un lato, se è attribuita ai beneficiari, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita e, dall'altro, se si riferisce ad uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 3, par. 1 del regolamento n. 883/2004/CE (si veda il punto 32 e le sentenze 27 marzo 1985, *Hoeckx*, C-249/83, punti da 12 a 14; del 16 settembre 2015, *Commissione/Slovacchia*, C-433/13, punto 71 e del 21 giugno 2017, *Martinez Silva*, C-449/16, punto 20). È necessario sottolineare che la prestazione deve soddisfare entrambe le condizioni per rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004/CE.

La Corte afferma che la prima condizione è adempiuta quando la concessione del beneficio avviene secondo criteri oggettivi che, una volta soddisfatti, danno diritto ad accedere ad essa senza che l'autorità competente possa tenere conto di altre circostanze personali. A questo proposito, il giudice del rinvio sostiene che – sebbene le esigenze individuali delle persone affette da disabilità gravi vengano prese in considerazione al momento della concessione dell'assistenza personale prevista dalla legge sulle prestazioni a favore dei cittadini con disabilità – tale normativa conferisce ai beneficiari un diritto soggettivo sulla base di condizioni legalmente definite, a prescindere dal livello dei loro redditi. La legislazione finlandese sulle prestazioni a favore delle persone con disabilità menziona più volte la presa in considerazione dell'esigenza individuale dell'interessato. Tuttavia, la Corte di Giustizia dichiara che la discrezionalità concessa dall'art. 8 d) della normativa nazionale, per quanto attiene le competenze del comune di residenza del beneficiario, non riguarda il sorgere del diritto all'assistenza personale. Secondo la Corte tale potere discrezionale riguarda le modalità in base alle quali questo aiuto è concesso nonché il suo volume, poiché l'assistenza personale deve essere erogata dall'ente locale di residenza quando il richiedente sia una persona affetta da disabilità grave che soggiorna nel territorio di quest'ultimo, indipendentemente dal reddito di tale cittadino (si veda il punto 39). Alla luce di questa analisi, essa sostiene che la prestazione è attribuita mediante criteri oggettivi e, di conseguenza, la prima condizione è soddisfatta (si veda il punto 40).

In alcune sentenze precedenti, la Corte di Giustizia ha equiparato le prestazioni relative al rischio di perdita di autosufficienza a "prestazioni di malattia" ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004/CE (si veda il punto 42 e le sentenze del 5 marzo 1998, *Molenaar*, C-160/96, punti da 23 a 25; del 30 giugno 2011, *da Silva Martins*, C-388/09, punti da 40 a 45 e del 1 febbraio 2017, *Tolley*, C-430/15, punto 46). La Corte di Giustizia precisa che questa equiparazione presuppone che prestazioni destinate a coprire il rischio di perdita di autosufficienza mirino a migliorare le condizioni di salute e di vita delle persone non autosufficienti. Ciò si verifica nel caso in cui l'ente prende in carico le spese relative alle cure dispensate alla persona e al miglioramento delle condizioni di vita quotidiana della stessa, ad esempio garantendo la fornitura di apparecchiature o l'assistenza da parte di terzi (si veda il punto 44 e le sentenze dell'8

luglio 2004, *Gaumanin – Cerri e Barth*, C-502/01 e C-31/02, punti 3, 21 e 26 nonché del 12 luglio 2012, *Commissione/Germania*, C-562/10, punto 46). Inoltre, la Corte di Giustizia ha più volte ricordato che le prestazioni relative al rischio di perdita di autosufficienza sono complementari rispetto a quelle di malattia ricomprese nella sfera dell'art. 3, paragrafo 1 del regolamento n. 883/2004 (si v. giurisprudenza punto 45).

Nel caso della prestazione oggetto del procedimento principale, la Corte del Lussemburgo afferma che l'assistenza personale prevista dalla legge sulle prestazioni a favore delle persone con disabilità non può essere considerata come intesa a migliorare lo stato di salute del beneficiario legato alla disabilità (si veda il punto 46). Infatti, l'art. 1 della legge nazionale finlandese sulla disabilità dispone che tale beneficio è diretto a creare condizioni che consentano alle persone con disabilità di vivere ed interagire attivamente con gli altri cittadini, prevenire ed eliminare difficoltà causate dalla disabilità. L'art. 8 della legge finlandese precisa che l'assistenza personale ha lo scopo di assistere le persone affette da disabilità grave consentendo loro autonomia nell'espletamento delle attività della vita quotidiana, il lavoro, lo studio, le attività ricreative, la partecipazione alla vita sociale o il mantenimento dell'interazione sociale.

Per tali motivi, la Corte afferma che la prestazione di cui trattasi nel procedimento principale non può essere collegata a uno dei rischi elencati dall'art. 3 paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004/CE, quindi la prestazione oggetto della causa principale non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento europeo prima citato (si veda il punto 51).

A conclusione dell'esame della prima questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia dichiara che l'art. 3, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 883/2004/CE deve essere interpretato nel senso che una prestazione come l'assistenza personale di cui al procedimento principale, consistente in particolare nella copertura dei costi generati dalle attività quotidiane di una persona affetta da disabilità grave, allo scopo di consentire a tale persona, inattiva economicamente, di continuare gli studi superiori, non rientra nella nozione di prestazione di malattia ai sensi della norma di diritto UE ed è, quindi, esclusa dall'ambito di applicazione di tale regolamento (si veda il punto 52).

Esaminando la seconda e terza questione, la Corte del Lussemburgo si trova a dover stabilire se gli art. 20 e 21 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostino a che un residente di uno Stato membro affetto da disabilità grave venga negata, dal suo comune di residente, una prestazione come l'assistenza personale per la ragione che esso soggiorna in un altro Stato membro al fine di ivi proseguire gli studi superiori.

La Corte di Giustizia ricorda che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra loro si trovi nella medesima situazione di ottenere il medesimo trattamento giuridico, nell'ambito di applicazione *ratio materie* del Trattato e indipendentemente dalla propria cittadinanza nazionale – fatte salve le eccezioni previste dal diritto UE a tale riguardo (si veda il punto 56 e la sentenza del 20 settembre 2001, *Grzelczy*, C-184/99, punto 31). Questo importante principio dimostra che la Corte intende riprendere il percorso che ha contraddistinto la sua giurisprudenza evolutiva in materia di cittadinanza europea prima dell'inasprirsi della crisi economica.

Constatato che il cittadino finlandese ricorrente ha mantenuto il proprio domicilio nel comune di Espoon e soddisfa tutti i requisiti per beneficiare di tale aiuto, il giudice della Corte di Giustizia afferma che l'assistenza personale è stata negata per il solo motivo che gli studi superiori che intendeva seguire si svolgono in uno Stato membro diverso dalla Finlandia (si veda i punti 64 e 65). Questo rifiuto deve essere considerato una restrizione alla libertà di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri riconosciuta dall'art. 21, paragrafo 1 TFUE a ogni cittadino dell'Unione (si veda il punto 66).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sostiene che le restrizioni al diritto di circolare e soggiornare liberamente possono essere giustificate solo se fondate su considerazioni oggettive d'interesse generale, che non dipendono dalla cittadinanza degli

individui interessati, ed è commisurata allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale. Precisamente, una misura è proporzionata quando è idonea a realizzare l'obiettivo perseguito, ma al contempo non va oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (si veda il punto 67 e sentenze del 18 luglio 2006, *Gérald De Cuyper c. Office national de l'emploi*, C-406/04, punti 40 e 42; del 23 ottobre 2007, *Rhiannon Morgan contro Bezirksregierung Köln e Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, C-11/06 e C-12/06, punto 33; del 18 luglio 2013, *Laurence Prinz c. Region Hannover e Philipp Seeberger c. Studentenwerk Heidelber*, C-523/11, punto 33 nonché del 26 febbraio 2015, *Martens*, C-359/13, punto 34). In più è applicabile in questa pronuncia la giurisprudenza *Martens* poiché l'assistenza personale oggetto della causa principale è concessa sia per permettere al cittadino europeo di proseguire gli studi superiori sia di integrare socialmente ed economicamente le persone affette da disabilità grave affinché non siano limitati nelle proprie scelte, tra cui il proseguimento degli studi in un altro Stato membro (si veda il punto 63 e la sentenza del 26 febbraio 2015, *Martens*, C-359/13, punti 20 e 27).

È opportuno sottolineare che nel fascicolo allegato al rinvio pregiudiziale, il governo della Finlandia ritiene che nessun motivo imperativo di interesse generale sia idoneo a giustificare la restrizione di cui trattasi nel procedimento principale. Al contrario, il governo svedese, che ha presentato delle osservazioni a riguardo, asserisce che la limitazione alla libertà di circolazione è giustificata dall'obbligo di sorveglianza delle modalità di organizzazione dell'assistenza personale di cui al procedimento principale che incombono sul comune e da quello di garantire dell'equilibrio finanziario del sistema di *welfare* nazionale. Riprendendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il giudice del rinvio sostiene che la preservazione della coerenza e dell'efficacia del regime di assistenza personale previsto dalla legge nazionale sulle prestazioni a favore dei disabili possa essere richiamata come un obiettivo di interesse generale in grado di giustificare una tale restrizione (si veda la sentenza del 21 luglio 2011, *Stewart*, C-503/09, punti 89 e 90). In più, il giudice della Corte suprema amministrativa responsabile del rinvio richiama la garanzia dell'esistenza di un collegamento reale tra il richiedente e lo Stato membro competente a concedere l'aiuto come giustificazione della restrizione (si veda il punto 68).

Nonostante il requisito dell'esistenza di un collegamento reale tra il richiedente e lo Stato membro competente costituisce un obiettivo legittimo idoneo a giustificare restrizioni ai diritti di libera circolazione e soggiorno, giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia stabilisce che l'esistenza di un legame reale e sufficiente con il territorio dello Stato membro erogatore della prestazione può essere dimostrato da fattori diversi da quello del soggiorno del richiedente sul territorio di tale Stato membro prima della domanda. Ad esempio, tali componenti possono essere: le relazioni tra il richiedente stesso e il sistema di previdenza sociale di detto Stato; il contesto familiare (si veda la sentenza del 21 luglio 2011, *Stewart*, C-503/09, punti da 97 a 102, 104 e 109) oppure il mantenimento della residenza/domicilio nel comune di erogazione dove si fa ritorno con frequenza settimanale come fa il cittadino finlandese ricorrente (si veda il punto 72). La Corte di Giustizia asserisce che tale considerazione ha un impatto riguardo l'obiettivo di garantire l'equilibrio finanziario del sistema nazionale di previdenza sociale. L'esigenza di stabilire un collegamento reale e sufficiente tra il richiedente la prestazione e lo Stato membro competente consente a quest'ultimo di assicurarsi che l'onere economico associato all'erogazione del controverso beneficio non diventi irragionevole (si veda la sentenza del 21 luglio 2011, *Stewart*, C-503/09, punto 103). Tali conclusioni valgono anche nella situazione in cui versa il cittadino europeo ricorrente.

Il comune erogatore della prestazione non incontrerà particolari difficoltà nel vigilare sul rispetto dei requisiti per la concessione e delle modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza personale. Infatti, il cittadino beneficiario ha mantenuto il proprio domicilio nello stesso ente presso il quale ha depositato la richiesta e vi fa ritorno con frequenza settimanale durante l'arco degli studi in Estonia (si veda il punto 73). In più, la Corte di Giustizia afferma che non risulta nessuna informazione sulla natura degli ostacoli che inciderebbero maggiormente sulla vigilanza, da parte del comune, del rispetto

delle condizioni d'uso di un'assistenza personale concessa per un periodo di studi all'estero rispetto a quella, ammessa dalla normativa finlandese, utilizzata al di fuori dei confini finlandesi durante viaggi di lavoro o vacanze (si veda il punto 74). La legislazione nazionale prevede che il beneficio oggetto della causa principale può essere concesso qualora il cittadino disabile prosegua gli studi universitari in un comune finlandese diverso e più distante da quello di residenza. In questo caso, le possibilità di controllo da parte dell'ente erogatore non sono diverse che in una situazione come quella del procedimento principale nella quale il cittadino europeo disabile compie gli studi al di fuori dello Stato membro finlandese, ma rientra ogni fine settimana nel comune di residenza in Finlandia.

In base alle dichiarazioni del governo finlandese non ricorre nemmeno la deroga dell'equilibrio finanziario. Lo stesso governo precisa che attualmente nessun elemento consente di ritenere che la concessione di un'assistenza personale, in circostanze quali quelle di cui al procedimento principale, possa minacciare il bilancio del sistema di previdenza sociale (si veda il punto 76).

In relazione a ciò, la Corte di Giustizia afferma che gli articoli 20 e 21 TFUE ostano a che a un residente di uno Stato membro affetto da disabilità grave venga negata, dal suo comune di residenza, una prestazione come l'assistenza personale di cui al procedimento principale, per motivo che egli soggiorna in un altro Stato membro al fine di proseguire gli studi superiori (si veda il punto 79).

4 – La sentenza *A. c. Espoon* ha delle importanti ricadute sulla legislazione finlandese riguardanti le prestazioni e le misure di sostegno a favore delle persone con disabilità n. 380 del 3 aprile 1987.

La Corte di Giustizia fornisce importanti precisazioni circa la natura dell'assistenza personale. È opportuno ricordare che nel fascicolo presentato alla Corte i rappresentanti della Repubblica della Finlandia non hanno dichiarato che la legge sulle prestazioni a favore delle persone disabili rientra nell'ambito del regolamento n. 883/2004/CE. La Corte di Giustizia per stabilire ciò si affida ai due requisiti elaborati nella sua giurisprudenza, i quali permettono di distinguere le prestazioni che rientrano nella sicurezza sociale da quelle che appartengono al campo dell'assistenza sociale (si veda in questo senso delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi del 31 gennaio 2018, *A. c. Espoon*, causa C-679/16, punto 26). Una prestazione può essere considerata come prestazione di sicurezza sociale qualora: i) sia attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione definita per legge e ii) si riferisce a uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004/CE. Il mancato soddisfacimento di uno di questi requisiti comporta la conseguenza che la prestazione di cui trattasi non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004/CE.

La Corte di Giustizia ha stabilito che la prima condizione è soddisfatta poiché il margine di discrezionalità concesso dall'art. 8 d) della legge n. 380 del 3 aprile 1987 al comune di residenza del beneficiario non riguarda il riconoscimento del diritto all'assistenza personale, ma le modalità di erogazione e la sua entità e rispetta la prima condizione (vedi il punto 39). Al contrario, la Corte afferma che la seconda condizione non è soddisfatta. La prestazione oggetto della causa principale è una prestazione diretta ad evitare la perdita di autosufficienza. In sentenze precedenti, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che tali benefici possono essere assimilati a "prestazioni di malattia" e rientrare nell'ambito di applicazione della normativa di diritto UE relativa al coordinamento dei regimi di assistenza sociale (si veda tra le altre la sentenza del 1 febbraio 2017, *Tolley*, C-430/15, punto 46). Questo accade quando tali misure sono dirette a migliorare lo stato di salute e la vita delle persone prive di autonomia e integrano le prestazioni di assicurazione malattia con versamenti a breve termine. Invece, l'assistenza personale prevista dalla legge finlandese non migliora lo stato di salute del beneficiario legato alla disabilità ed è un aiuto complementare di lunga durata che consente ai cittadini

disabili di interagire attivamente con gli altri e prevenire/eliminare difficoltà e ostacoli derivanti dalla disabilità.

Alla luce di ciò, la Corte di Giustizia afferma che l'assistenza personale oggetto del procedimento principale non è una "prestazione di malattia" ex art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004/CE e non rientra nell'ambito di applicazione di tale norma di diritto dell'Unione.

In secondo luogo, la Corte del Lussemburgo precisa che gli enti locali finlandesi erogatori dell'assistenza personale non possono esimersi dal concedere tale aiuto quando un loro residente disabile si sposta entro i confini del territorio dell'Unione europea per svolgere gli studi superiori. Il diniego della concessione del beneficio comporta una restrizione della libertà di circolazione e soggiorno riconosciuta ai cittadini europei dall'art. 21, paragrafo 1 TFUE. Quanto indicato dalla Corte di Giustizia deve spingere il legislatore della Finlandia ad attivarsi e inserire tra i motivi per i quali il beneficiario può godere all'estero dell'assistenza personale il proseguimento degli studi non solo viaggi per turismo o lavoro.

5. – La pronuncia *A c. Espoon* consente alla Corte di Giustizia di riprendere il percorso tracciato prima della crisi economica con la sua giurisprudenza evolutiva in materia di cittadinanza europea e mobilità degli studenti. Inoltre, essa arricchisce la giurisprudenza della Corte di Giustizia riguardo il diritto dei cittadini europei di circolare liberamente ed esportare benefici e prestazioni sociali dallo Stato membro d'origine a quello ospitante.

La Corte sottolinea che il ricorrente sig. A. in quanto cittadino di uno Stato membro UE gode dello *status* di cittadino europeo (ex art. 20, paragrafo 1 TFUE) e quindi può avvalersi dei diritti inerenti a tale status anche nei confronti del proprio Paese membro di origine. Inoltre, la Corte ha stabilito che questo *status* è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri quando si trovino in una situazione rientrante nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del TFUE (si veda la sentenza del 26 febbraio 2013, *Martens*, C-359/13, punto 20 e giurisprudenza citata). Nel campo di applicazione del diritto UE rientrano quelle circostanze che si verificano nell'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno nel territorio dell'Unione (ex art. 21 TFUE). Per tali motivi la Corte del Lussemburgo ha affermato che una normativa nazionale che svantaggia taluni cittadini di uno Stato membro per il solo fatto di aver esercitato la propria libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute a tutti i cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1 TFUE (cfr. A. V. Garcia Sanchez, *Should I Stay or Should I Go: Martens, The Path Towards the Enjoyment of the Fundamental Status of Nationals of the EU Member States?*, in Eur. Law Rep., 1, 2015, p. 7)

In varie cause, la Corte è intervenuta per dirimere controversie su sussidi alla formazione o agli studi la cui concessione era subordinata al soddisfacimento di un criterio minimo di residenza nel territorio dello Stato membro che li erogava, criterio che gli studenti interessati non soddisfacevano (si veda per un commento F. De Witte, *Who funds the mobile student? Sheding some light on the normative assumptions underlying EU Free movement law: Commission v. Netherlands*, in Comm. Mark. Law Rev., 1, 2013, p. 203). Essa ha statuito che un criterio di collegamento restrittivo, ad esempio la condizione prescritta dalla normativa nazionale secondo la quale il cittadino ricorrente avrebbe dovuto risiedere nel Paese membro erogatore per un periodo di tre anni sui sei precedenti la sua iscrizione ad un corso di studi in un altro Paese membro ospitante, ostacola il godimento del diritto dei cittadini europei di circolare liberamente e soggiornare in un altro Stato membro (vedi sentenza del 26 febbraio 2013, *Martens*, C-359/13, punto 43; cfr. A. Nato, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla dimensione sociale della cittadinanza europea al tempo della crisi economica*, in La Cittad. Eur., 1, 2017, p. 107; H. Skovgaard-Petersen, *Market Citizenship and Union Citizenship: An 'Integrated' Approach? The Martens Judgment*, in Leg. Iss. of Eco. Integr., 2, 2015 p. 281). Per di più, la Corte ha stabilito che sono parametri di collegamento troppo esclusivi e generali quelli che

subordinano l'elargizione di un sussidio agli studi al requisito del domicilio permanente (si veda la sentenza del 24 ottobre 2013, *Thiele Meneses*, C-220/12) o che impongono un periodo minimo di formazione nello Stato erogatore (si veda la sentenza del 24 ottobre 2013, *Elrik*, C-275/12; cfr. J-Y Carlier, *Bourse d'études a l'étranger et principe de non-discrimination*, in *La Sem. Jur.-Soc.*, 23, 2014, p. 22).

Rispetto a questo filone giurisprudenziale, la causa *A. c. Espoon* possiede delle peculiarità. Essa differisce dalla giurisprudenza sui sussidi finanziari agli studi poiché la prospettiva è ribaltata e cambia anche la distribuzione dei costi della mobilità transnazionale degli studenti. Nella situazione della causa principale non è lo Stato membro ospitante che deve farsi carico della prestazione, ma la responsabilità finanziaria e organizzativa ricade sullo Stato membro di origine. L'assistenza personale non viene concessa esclusivamente per il proseguimento degli studi, bensì per l'integrazione sociale ed economica delle persone gravemente disabili al fine di consentire loro "autonomia", anche nel proseguimento degli studi. La Corte accerta che l'assistenza personale è stata negata al ricorrente dal comune di Espoon in quanto il proseguimento dei suoi studi superiori a Tallinn comportava che egli soggiornasse abitualmente in Estonia. Dunque, la Corte ha invalidato tale approccio, constatando che cittadino disabile ricorrente mantiene la sua residenza nel comune di Espoon ai sensi della legge sul comune di residenza e la prestazione non è elargita in ragione del fatto che gli studi superiori venivano svolti al di fuori della Finlandia.

Basandosi sui principi sviluppati nelle precedenti pronunce, la Corte evidenzia che tale diniego comporta una restrizione ingiustificata alla libertà di circolazione (ex. Art. 21, paragrafo 1 TFUE). Pur ritenendo che una restrizione può essere giustificata dal diritto dell'UE quando è proporzionata a realizzare l'obiettivo, la Corte statuisce che nel procedimento principale una misura limitativa non può essere motivata né dal fatto che l'equilibrio finanziario del sistema di *welfare* della Finlandia è minacciato (si veda il punto 76); né da presunte difficoltà nel vigilare sul rispetto dei requisiti per la concessione e le modalità di organizzazione ed erogazione del beneficio da parte del comune di Espoon (si veda il punto 73). Rifacendosi alla giurisprudenza consolidata in materia, la Corte vaglia l'esistenza di un criterio di collegamento tra la comunità erogatrice e il beneficiario. Essa riscontra la presenza di un legame reale tra il cittadino disabile e l'ente locale erogatore nella circostanza del mantenimento della residenza/domicilio nel comune finlandese, dove il beneficiario fa ritorno con frequenza settimanale (si veda il punto 70). Quindi, la restrizione non può essere giustificata nemmeno dalla mancanza del criterio del collegamento reale.

In questo modo, la Corte conferma lo stesso approccio delle sentenze precedenti e dimostra che il controllo sui parametri di collegamento reale è più severo quando tali parametri sono imposti dallo Stato membro di cittadinanza. Ciò è motivato dalla ragione che lo Stato membro di cittadinanza, a differenza di quello di soggiorno, nutre già un legame giuridico privilegiato con il cittadino europeo migrante, e può vantare anche elementi di connessione di fatto, sebbene in genere storici (si veda la sentenza del 23 ottobre 2007, *Morgan*, C-11/06 e C-12/06, punti 42 e 43 e a tal proposito S. Amedeo, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione*, in I. Castangia, G. Biagioni (a cura di), *Il principio di non discriminazione nell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 103). Inoltre, la sentenza *A. c. Espoon* prova che i giudici dell'UE favoriscono la delocalizzazione o l'esportazione non solo dei benefici diretti al mantenimento degli studi (cfr. M. Dougan *Cross-border educational mobility and the exportation of student financial assistance*, in *Eur. Law Rev.*, 4, 2008, p. 723), ma delle prestazioni di assistenza personali relative alla tutela contro il rischio di perdita di autosufficienza che permettono a studenti disabili di frequentare un corso di studio superiore. Questa novità giurisprudenziale è molto importante poiché può facilitare la mobilità di studenti disabili, i quali senza poter esportare misure del genere non intraprenderebbero studi superiori in un altro Stato membro.

Tale giurisprudenza sull'esportazione di sussidi e prestazioni di assistenza è stata criticata. La dottrina ravvisa che essa promuove una solidarietà distorta da una visione

individualistica, dal momento che esportando i benefici si spezza il legame tra doveri solidaristici e diritti a ricevere le prestazioni da parte dei cittadini beneficiari. Nonostante ciò, la sentenza *A. c. Espon* conferma che la Corte di Giustizia consente di esportare prestazioni assistenziali e migliorare la mobilità degli studenti tramite la tutela del godimento del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione da parte dei cittadini europei (V. Di Comite, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, Bari, 2018, p. 13; S. Jorghensen, *The Right to Cross-border Education in the European Union*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 5, 2009, p.1567). La giurisprudenza evolutiva della Corte permette di potenziare le semplici competenze UE di sostegno, completamento e di coordinamento delle politiche nazionali (ex. art. 6 TFUE, si v. tra gli altri per approfondire F. Caruso, *Le competenze dell'Unione europea e degli Stati membri in materia di "istruzione"*, in *Dir. e Soc.*, 1, 2010, p. 207 ss.). Inoltre, con questa sentenza la Corte rafforza la dimensione europea dell'istruzione superiore, confermando che l'educazione e la formazione sono due fattori decisivi per l'affermazione dell'identità europea, come si evince altresì dall'art. 9 TFUE e dall'art. 14 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'UE, i quali hanno lo scopo di garantire che l'Unione tenga in conto le esigenze legate ad un elevato livello di istruzione e di formazione professionale nell'attuazione delle sue politiche (V. Di Comite, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, cit., p. 25).

## Coppie di fatto e libertà di circolazione

*di Andrea Perelli*

**Title:** Partners and freedom of movement

**Keywords:** Partners; Freedom of movement; Right of residence.

1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 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 regolamento (CEE) n. 1612/68 e abroga le direttive 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 (GU 2004, L 158, pag. 77, e rettifica in GU 2004, L 229, pag. 35).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Secretary of State for the Home Department (ministro dell'Interno, Regno Unito) e la sig.ra Rozanne Banger, in merito al diniego di rilascio a quest'ultima di una carta di soggiorno.

2. – La sig.ra Banger, cittadina sudafricana, ed il suo partner, sig. Philip Rado, cittadino del Regno Unito hanno risieduto insieme in Sudafrica tra il 2008 ed il 2010. Nel maggio 2010, il sig. Rado ha accettato un lavoro nei Paesi Bassi ed ha vissuto in tale Stato, con la sig.ra Banger, fino al 2013, ove quest'ultima ha ottenuto una carta di soggiorno in qualità di «membro della famiglia allargata» di un cittadino dell'Unione.

Nel 2013, la sig.ra Banger e il sig. Rado hanno deciso di trasferirsi nel Regno Unito. La sig.ra Banger ha presentato al Ministro dell'Interno una domanda di carta di soggiorno. Tale carta le è stata negata con la motivazione che ella era la partner non coniugata del sig. Rado e che l'articolo 9 dell'Immigration (European Economic Area) Regulations 2006, che aveva recepito la direttiva 2004/38, prevedeva che soltanto il coniuge o il partner registrato di un cittadino del Regno Unito potesse essere considerato un familiare di tale cittadino.

La sig.ra Banger ha impugnato tale diniego ed il giudice di prime cure ha accolto il ricorso; il Ministero ha appellato tale decisione dinanzi all'Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), lamentando un errore di diritto nella prima decisione.

3. – Il giudice di appello ha rilevato, da una parte, che l'unica differenza sostanziale tra la causa di cui è stato investito e la causa che ha dato origine alla sentenza del 7 luglio 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), consiste nella circostanza che la sig.ra Banger è la partner non coniugata di un cittadino dell'Unione, mentre, in quest'ultima causa, il sig. e la sig.ra Singh erano sposati. I principi elaborati dalla Corte nella sentenza Singh

potrebbero pertanto trovare applicazione in una fattispecie come quella di cui al procedimento principale. D'altra parte, il giudice d'appello ha constatato che, in un'altra composizione, il medesimo organo giurisdizionale aveva già dichiarato che il regolamento del 2006 non attribuiva a una persona cui era stata negata una carta di soggiorno in qualità di «membro della famiglia allargata» il diritto di impugnare il provvedimento. Ha pertanto deciso di sospendere il ricorso ed ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali:

- Se i principi sanciti nella sentenza del 7 luglio 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296) obblighino uno Stato membro a rilasciare o, in alternativa, ad agevolare il rilascio di un'autorizzazione al soggiorno a una persona non cittadina dell'Unione, che sia il partner non coniugato di un cittadino dell'Unione il quale, dopo aver esercitato il diritto conferitogli dal TFUE alla libera circolazione in un altro Stato membro per svolgere un'attività lavorativa, faccia ritorno con detto partner nello Stato membro di cui ha la cittadinanza.
- In subordine, se sussista un obbligo di rilasciare o, in alternativa, di agevolare il rilascio di tale autorizzazione al soggiorno in forza della direttiva 2004/38.
- Qualora il diniego di un'autorizzazione al soggiorno non sia fondato su un esame approfondito della situazione personale del richiedente, né sia giustificato da motivi adeguati o sufficienti, se tale provvedimento risulti illegittimo in quanto in contrasto con l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38.
- Se risulti compatibile con la direttiva 2004/38 una disposizione di diritto nazionale che impedisca di impugnare dinanzi a un giudice il provvedimento di un'autorità amministrativa con cui è negata la concessione della carta di soggiorno a una persona la quale rivendichi la propria condizione di membro della famiglia allargata.

1202

4. – Giova sottolineare che la direttiva 2004/38 è tesa ad agevolare e rafforzare l'attuazione del diritto riconosciuto ai singoli dall'art. 21 TFUE (v., da ultimo, sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 18; A. Perelli, *Il caso Coman: un importante passo verso l'eguaglianza*, in *DPCE on line*, 2018/3, 753-758) che dispone «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi».

5. – In via preliminare la Corte ricorda la propria consolidata giurisprudenza, secondo la quale la limitazione delle questioni pregiudiziali effettuata dal giudice del rinvio non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano risultare utili per definire la controversia sottoposta al suo esame, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare le proprie questioni (da ultimo, citata sentenza Coman e a., punto 22 e giurisprudenza ivi citata).

In relazione alla prima ed alla seconda questione pregiudiziale la Corte ritiene che il giudice del rinvio chieda se l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che esso obbliga lo Stato membro di cui un cittadino dell'Unione possiede la cittadinanza a concedere un'autorizzazione al soggiorno o ad agevolare il rilascio di tale autorizzazione al partner non registrato, che sia cittadino di uno Stato terzo e con il quale il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata, laddove detto cittadino dell'Unione, dopo aver esercitato il suo diritto alla libera circolazione in un altro Stato membro per svolgere un'attività lavorativa, conformemente alle condizioni previste dalla direttiva 2004/38, faccia ritorno con il suo partner nello Stato membro di cui ha la cittadinanza per soggiornarvi.

Con riferimento all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, la Corte ha dichiarato che da un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle disposizioni della direttiva in parola risulta che quest'ultima disciplina unicamente le condizioni di

ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza e non consente di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore dei cittadini di uno Stato terzo, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possiede la cittadinanza (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 20 e giurisprudenza *ivi citata*).

Nel caso di specie il procedimento principale ha ad oggetto una domanda di rilascio di un'autorizzazione al soggiorno a favore della sig.ra Banger, cittadina di uno Stato terzo, nel Regno Unito, Stato membro di cui il sig. Rado possiede la cittadinanza, e che, al momento della presentazione della suddetta domanda, quest'ultimo e la sig.ra Banger non erano né coniugati né vincolati da un'unione registrata, ma vivevano insieme da diversi anni.

La Corte ritiene che la direttiva 2004/38 non possa fondare un diritto del cittadino di uno Stato terzo, che sia il partner non registrato di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui quest'ultimo possiede la cittadinanza, ad agevolazioni, da parte di tale Stato membro, nell'ambito del trattamento della propria domanda di autorizzazione al soggiorno.

Ne consegue che, sebbene la sig.ra Banger rientri nella nozione di «partner con cui il cittadino dell'Unione ha una relazione stabile debitamente attestata», di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/38, tale direttiva non può per ciò solo fondare un diritto della sig.ra Banger ad agevolazioni, da parte del Regno Unito, nell'ambito del trattamento della propria domanda di autorizzazione al soggiorno.

Tuttavia, in alcuni casi, la Corte ha riconosciuto a cittadini di Stati terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, che non potevano beneficiare, sulla base delle disposizioni della direttiva 2004/38, di un diritto di soggiorno derivato nello Stato membro di cui tale cittadino avesse la cittadinanza, un diritto di soggiorno sulla base del citato art. 21 TFUE (da ultimo sentenza Coman e a., punto 23).

Secondo giurisprudenza costante, in mancanza di un siffatto diritto di soggiorno derivato a favore di detto cittadino di uno Stato terzo, il cittadino dell'Unione potrebbe essere dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui ha la cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, per il fatto di non avere la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare sviluppata o consolidata, nel corso di un soggiorno effettivo nello Stato membro ospitante, con il suddetto cittadino di un paese terzo (v. da ultimo, sentenza Coman e a., punto 24). Inoltre, le condizioni di concessione di tale diritto di soggiorno derivato non dovrebbero, in linea di principio, essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38. Infatti, anche se tale direttiva non contempla l'ipotesi del rientro del suddetto cittadino dell'Unione nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza per soggiornarvi, essa deve essere applicata per analogia (v., in tal senso, sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punti 50, 61 e giurisprudenza *ivi citata*, nonché del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 25).

L'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva in parola riguarda specificamente il partner con il quale il cittadino dell'Unione ha una relazione stabile debitamente attestata. Quest'ultima disposizione prevede che lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno di tale partner. Secondo la giurisprudenza della Corte, tale disposizione impone agli Stati un obbligo di concedere un determinato vantaggio alle domande presentate dai cittadini di Stati terzi di cui a detto articolo rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi (v., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2012, Rahman e a., C-83/11, EU:C:2012:519, punto 21).

La Corte ha ritenuto pertanto di applicare per analogia la direttiva 2004/38, incluso il suo articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera b), per quanto riguarda le condizioni alle quali occorre agevolare l'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Stati terzi indicati dalla direttiva stessa.

Alla luce delle considerazioni svolte, la Corte risponde alle questioni prima e seconda dichiarando che l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso obbliga lo Stato membro di cui il cittadino dell'Unione possiede la cittadinanza ad agevolare il rilascio di un'autorizzazione al soggiorno per il partner non registrato, che sia cittadino di uno Stato terzo e con il quale il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata, laddove detto cittadino dell'Unione, dopo aver esercitato il suo diritto alla libera circolazione in un altro Stato membro per svolgervi un'attività lavorativa, conformemente alle condizioni previste dalla direttiva 2004/38, faccia ritorno con il suo partner nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza per soggiornarvi.

6. – In relazione alla terza questione pregiudiziale, la Corte, rilevato che la direttiva 2004/38 lascia agli Stati la più ampia discrezionalità nello scegliere gli elementi da valorizzare al fine dell'applicazione dell'art. 3 della medesima direttiva, ritiene tuttavia che la stessa debba essere interpretata in ossequio al lemma «agevola» utilizzato dal legislatore eurounitario. Pertanto, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che un provvedimento di diniego di rilascio di un'autorizzazione al soggiorno per il partner non registrato, cittadino di uno Stato terzo, di un cittadino dell'Unione il quale, dopo aver esercitato il suo diritto alla libera circolazione in un altro Stato membro per svolgervi un'attività lavorativa, conformemente alle condizioni previste dalla direttiva 2004/38, faccia ritorno con il suo partner nello Stato membro di cui ha la cittadinanza per soggiornarvi, deve essere fondato su un esame approfondito della situazione personale del richiedente e deve essere motivato.

7. – In merito alla quarta questione pregiudiziale, la Corte ha ritenuto che il giudice del rinvio chieda se l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 debba essere interpretato nel senso che i cittadini di Stati terzi indicati da tale disposizione debbano disporre di un mezzo di impugnazione, per contestare un provvedimento di diniego di rilascio di un'autorizzazione al soggiorno adottato nei loro confronti, che consenta al giudice di effettuare un controllo tanto in diritto quanto in fatto. Benché l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2004/38 disponga che a tutti i provvedimenti limitativi della libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per motivi non attinenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza o alla sanità pubblica si applichino le disposizioni degli articoli 30 e 31 della medesima direttiva, tuttavia tali disposizioni non menzionano espressamente le persone indicate, segnatamente, all'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/38.

Poiché le disposizioni della direttiva 2004/38 devono essere oggetto di un'interpretazione conforme ai precetti che risultano dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v., in tal senso, sentenza del 4 giugno 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, punto 50), tali persone devono disporre, ai sensi della suddetta disposizione, di un rimedio giurisdizionale effettivo avverso una decisione, che consenta la verifica in fatto e in diritto della legittimità della decisione stessa con riguardo al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 17 novembre 2011, Gaydarov, C-430/10, EU:C:2011:749, punto 41). Pertanto, occorre considerare che le garanzie procedurali previste dall'articolo 31, paragrafo 1, della direttiva 2004/38 sono applicabili alle persone indicate all'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera b) della stessa.

Quanto al contenuto di tali garanzie procedurali, secondo la giurisprudenza della Corte, una persona di cui all'articolo 3, paragrafo 2, di tale direttiva ha il diritto di far verificare da un giudice se la legislazione nazionale e la sua applicazione sono rimaste nei limiti della discrezionalità tracciata dalla direttiva (sentenza del 5 settembre 2012, Rahman e a., C-83/11, EU:C:2012:519, punto 25).

Per quanto attiene al sindacato giurisdizionale sul margine di discrezionalità di cui dispongono le autorità nazionali competenti, il giudice nazionale deve segnatamente

verificare se il provvedimento impugnato si fondi su una base di fatto sufficientemente solida. Inoltre, tale sindacato deve vertere sul rispetto delle garanzie procedurali, rispetto che riveste un'importanza fondamentale in quanto consente al giudice di accertare la presenza di tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per l'esercizio del potere discrezionale (v., per analogia, sentenza del 4 aprile 2017, Fahimian, C-544/15, EU:C:2017:255, punti 45 e 46). Fra queste garanzie si annovera, conformemente all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, l'obbligo per le suddette autorità di effettuare un esame approfondito della situazione personale del richiedente e di motivare l'eventuale rifiuto di ingresso o di soggiorno. In tal senso la Corte risolve la quarta questione pregiudiziale.

8. – Orbene, la sentenza in commento si inserisce in quel filone giurisprudenziale con il quale la Corte riconosce un diritto di soggiorni derivato direttamente dall'art. 21 TFUE, a cittadini di Stati terzi coniugati con cittadini europei, anche qualora tale matrimonio sia contratto tra persone dello stesso sesso e tale istituto non sia riconosciuto nello Stato nel quale è richiesto il riconoscimento del diritto di soggiorno; essa presenta un profilo di assoluto interesse, dato dal fatto che la Corte estende tale diritto anche alle coppie more uxorio. Inoltre, impone agli Stati membri di approntare un rimedio effettivo — sia in via giurisdizionale che amministrativa — che consenta ai cittadini di ricorrere contro l'eventuale diniego di siffatto riconoscimento; tale obbligo deriva agli Stati in via diretta dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Benché la Corte non individui gli elementi che i singoli Stati devono prendere in considerazione per valutare tali richieste, tuttavia impone agli stessi un'approfondita di tutti i dati di fatto rilevanti ed un obbligo motivazionale sulle decisioni assunte.

Pare quindi che l'Unione, mediate il combinato disposto degli artt. 21 TFUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stia creando una propria nozione di famiglia, che prescinde sempre più dal dato normativo (il riconoscimento o meno del matrimonio tra persone dello stesso sesso da parte degli Stati membri — come nel caso Coman — o — addirittura — la sussistenza di un vincolo legalmente riconosciuto tra i due richiedenti, come nel caso di specie) per ancorarsi al dato fattuale, così garantendo una tutela forte ed effettiva alle scelte di vita di ciascuno dei propri cittadini.

## The Autonomous Justiciability of the Right to Health and Supervision of Immediate Obligations of States in the Inter-American Human Rights System

by *Nicolás Carrillo-Santarelli*

**Title:** L'autonoma giustiziabilità del diritto alla salute e la supervisione sulle obbligazioni immediate degli Stati nel Sistema interamericano dei diritti umani

**Keywords:** Right to health; Right to life; Personal integrity; Non-discrimination; Inter-American Human Rights System.

1. – The Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, also the Court) recently reached and published a landmark decision in the *Poblete Vilches and others vs. Chile* case, dated 8 March 2018, which in the meantime is exclusively available in Spanish. Among other reasons, the judgment adopted in the exercise of the Court's contentious jurisdiction is remarkable because, as is expressly indicated in the judgment, this is the first time the Court makes a pronouncement on the right to health considered in an autonomous manner and treated as directly justiciable, that is to say, capable of being directly invoked in complaints filed before the main bodies of the Inter-American Human Rights System, namely its Commission and Court. (§ 105). Accordingly, this case note will focus much on the analysis of the right to health and health-related aspects of other human rights made by the Inter-American Court.

2. – Based on the evidence presented before the Court, the latter classified the case in two main episodes, both of which pertain to a deficient health service provided to an elderly person (§ 84) in a public hospital (Sótero del Río), aspect which also led the Court to highlight the necessity of properly treating senior patients in ways that take into account their special needs and guided by the principles of non-discrimination and strengthened protection, insofar as age is a category protected by the principle of equality (§ 122, 127-132, 140-143). While the hospital involved in the facts of the case was, as indicated above, a public one (§ 1, 84), it is to be recalled that in the past the Court has directly attributed the conduct of certain private health providers to States whenever the functions they carry are treated as public in the domestic legislation, as happened in the *Ximenes Lopes* case (Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4-7-2006 [*fondo*]) considering that in Brazil the public Single Health [*care*] System could be sometimes provided by private institutions duly authorized “as supplementary agents and by virtue of contracts or agreements entered into” (§ 86-95).

During the first stage of the situation, Mr. Poblete Vilches, who suffered from diabetes and could not be subject to certain medical interventions (§ 44), was unconscious at the time and hence could not provide consent himself, was later surgically intervened

without the consent of his close relatives –in fact, some evidence points towards the falsification of their consent produced by medical personnel (§ 139)— and then discharged prematurely, with his relatives not having been informed of how to properly tend to him or what signs of alarm to pay attention to, all of which had an impact on the rapid worsening of his condition (§ 84, 136). Afterwards, the same patient had to be hospitalized again, but his relatives had to pay a private ambulance due to the fact that the hospital had no available ambulances (§ 133); and was not provided the treatment he required, since he was not given a ventilator he required to properly keep breathing (§ 133) and, due to a lack of sufficient beds and rooms, was neither sent to the intensive care unit nor to another hospital with enough capacity to properly treat him in the way his serious condition required (§ 137). Mr. Poblete Vilches finally died on 7 February 2001 (§ 133).

3. – At the outset of its analysis of the merits, the Court indicated that it would not examine the case in light of the right to social security because it was unnecessary to do so, given the fact that its examination on the basis of the rights to health, life and integrity was sufficient (§ 99). The Court recalled its decision in the *Lagos del Campo* case (Corte IDH, *Lagos del Campo vs. Perú*, 31-8-2017 [*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*]) in terms of its having competence to autonomously examine compliance with obligations related to ESCE rights that can fall within the scope of article 26 of the American Convention on Human Rights (§ 100) and have been regarded as having direct justiciability since that decision (PALADINI, Luca. Una nuova tappa nella giurisprudenza della Corte IDH: la giustiziabilità diretta del diritto al lavoro. DPCE Online, [S.l.], v. 33, n. 4, jan. 2018. ISSN 2037-6677). Article 26 is entitled “Progressive development”, and says the following:

The States Parties undertake to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires.

The Inter-American Court insisted on its competence on the basis of the interdependence of human rights, which for the Court is alluded to in the Preamble of the Convention when reference to the Universal Declaration of Human Rights –which mentions the right to health in article XI (§ 109)— or the Charter of the OAS is made (§ 102). According to the Court, that interdependence implies that all such rights, be them civil and political or economic, social, cultural and environmental (with the latter rights being encompassed on the same ESCER classification in the recent practice of the Inter-American System, which has a rapporteurship on them and with all those rights being treated under the same category in OC-23/17, § 69), among others,

deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. (§ 100)

The Court then went on to refer to an “inclusion” of economic, social, cultural and environmental rights enshrined in the OAS Charter and American Declaration on the Rights and Duties of Man on the basis of article 29 of the American Convention and of a systemic, evolutionary and teleological interpretation that takes into account developments in the international human rights law *corpus juris* (§ 103).

4. – Interestingly, and coinciding with what has been said by bodies as the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the Inter-American Court identified two kinds of

obligations: namely progressive and immediate duties that States have in relation to the right to health (§ 104), with the former referring to the

obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs [...] Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados

which cannot be interpreted in the sense of depriving the right of a concrete content while such goal is attained, nor in terms of permitting endlessly postponing the pertinent required measures; and the latter referring to the obligation to adopt

medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos

which requires strict observance of the obligations to respect and ensure enshrined in article 1.1 of the American Convention and the duty to adjust and adopt domestic legislation and measures in order to ensure conformity with international human rights demands (*ibidem*).

As indicated in the previous paragraph, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights likewise indicated, among others, in its *General Comment No. 14 on the Right to the Highest Attainable Standard of Health*, that:

While the Covenant provides for progressive realization and acknowledges the constraints due to the limits of available resources, it *also imposes* on States parties various obligations which are of immediate effect. States parties have *immediate obligations* in relation to the right to health, such as the guarantee that the right will be exercised without discrimination of any kind (art. 2.2) and the obligation to take steps (art. 2.1) towards the full realization of article. Such steps must be deliberate, concrete and targeted towards the full realization of the right to health [...] progressive realization of the right to health over a period of time should not be interpreted as depriving States parties' obligations of all meaningful content (§ 30, 31 emphasis added).

As indicated above, the Court made its decision on the basis of the aforementioned immediate obligations pertaining to the right to health instead of those related to its progressive dimension (§ 134), and did so on the basis of the implementation of standards on basic and concrete health services to be provided “frente a situaciones de urgencia o emergencia médica”, taking into account the age of the patient(s) (§ 116-117), which I will not turn to. That being said, it should be noted that in another recent case the Inter-American Court of Human Rights addressed the progressive obligations States have in regards to the right to health, which require progress, are contrary to regressivity and inaction, and call for the following:

los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs (Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 23-8-2018 [*excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*], § 79-98, 106-118, 140-148).

5. – The Court based its analysis of applicable standards on the right to live with dignity, which is to be understood not only as related to the absence of afflictions or illness but also as a state of full physical, mental and social welfare; on the State obligation to ensure access to essential health services that are efficient, have good quality and seek to improve the health conditions of their populations (§ 118); and on the principle of non-discrimination, which is highlighted in relation to persons who are in a situation of risk or vulnerability and demands guaranteed access in equal terms to health services (§ 123).

One first concrete obligation is that of regulation, supervision and enforcement, which is permanent and applicable both in relation to public and private health providers; calls for the implementation of National Health Programmes; and also requires overseeing providers and services to make sure that their hygienic conditions are appropriate, that facilities are adequate, that professionals are qualified and that human rights are respected (§ 119, 124).

On the other hand, the Court considered that urgent health services must meet, at the very least, the following standards: of i) quality –having adequate and necessary elements and personnel to provide basic and urgent services—; ii) accessibility –accessible facilities, goods and services for everyone without discrimination and regardless of economic means; and also ensuring informed consent (§160)—; iii) availability –related to a sufficient number of providers and material elements and programmes, and to a coordination between health institutions that permits to ensure the provision of required services to those who need them—; and iv) acceptability –which refers to taking into account of medical ethics and appropriate cultural criteria, gender perspectives, and the consideration of the patients’ will and life conditions, apart from proper information about diagnosis and treatment (§ 121).

6. – Applying the previous standards to the facts of the case, the Court concluded that the lack of transfer to another hospital, the non-provision of a ventilator, the unavailability of basic services, and other aspects, resulted in the (deficient) provision of health-related services without the minimum-required quality (§ 138). Additionally, accessibility and acceptability requirements were not observed either, considering how no priority was given to the patient despite his health condition and age; the falsification of consent supposedly given by the relatives; and the lack of clear and accessible information provided to them regarding the health condition and treatment of the victim (§ 139).

For the Court, all of the foregoing resulted in discrimination and a breach of immediate obligations on the right to health, given the absence of basic and urgent measures with quality that were required (§ 142-143). Furthermore, the Court held that the deficiencies that were found substantially lowered the probability of recovery and survival of the patient in a discriminatory manner (§ 175). Those conclusions are sound and persuasive, and may pave the way for improvements in the region if they are internalized.

7. – Additionally, the Court examined the facts also in relation to the idea that informed consent is protected by the right to health under the accessibility condition (§ 160) and is related both to the right to dignity (article 11 of the Convention, according to the Court) and the possibility of individuals having self-determination and making free choices, among others in relation to their health (§ 168), and having their private and family life and other rights respected and protected (*ibidem*, § 170). Such an emphasis on autonomy as a basis of human rights law can also be found in the recent advisory opinion OC-24/17 of the Inter-American Court (§ 85-86, 225). The Court expressed that, in order to be valid, informed consent must be previous, free, full and informed (§ 161), and entails:

[U]na decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo (*ibidem*).

The Court also held that while consent is in principle or as a general rule personal, i.e. given by the patient or directly affected person (*ibidem*), it can sometimes be given by others representing or replacing patients who, as a result of their condition, lack the

capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley. Sin embargo, cualquier limitación en la toma de decisiones tiene que tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente, y su condición actual para brindar el consentimiento (§ 166).

Under these circumstances, consent must also be free, full, prior and informed, unless there is an emergency that prevents this insofar as a quick response must be given when there is a serious risk to the life or health of the person if immediate action is not taken (*ibidem*).

As to the content of information provided in order to ensure a free, full and informed consent, the patient or representatives must be informed about: the evaluation of diagnosis; the objective, method, estimated duration, benefits and risks of proposed treatment; possible side effects; treatment alternatives, including those that are less intrusive or generate less pain, risks or side effects; consequences of treatment; and the estimation of what may happen before, during and after treatment (§ 162).

In regards to the first stage of the facts, the Court found that the relatives of Mr. Poblete Vilches were not given enough information and thus could not provide an informed consent, so much so that their consent was not obtained and was even falsified –and there was no imperious rush that prevented obtaining it (§ 167); while the second stage entailed deficiencies in terms of access to information (§ 163), insofar as clear and accessible information on diagnosis and treatment was not provided (§ 173).

8. – Considering the death of Mr. Poblete Vilches, the Court made an interesting analysis of when deaths in medical contexts –provided that health personnel conduct can somehow be attributed to States under the rules of international responsibility for wrongful acts— can engage State responsibility in relation to the right to life (article 4 of the American Convention). The starting point was the consideration that not every such death can be attributable, insofar as

no toda muerte acaecida por negligencias médicas debe ser atribuida al Estado internacionalmente. Para ello, corresponderá atender las circunstancias particulares del caso (§ 147).

The Court considers that attribution under these circumstances requires, firstly, i) the identification of a causal nexus, not necessarily in the sense of the death having been caused *by* the medical treatment, but also one that exists when an adequate, prompt and proper treatment that was not provided could have likely prevented the harmful result; ii) the foreseeability of risk as a result of the denial of essential medical services; and iii) serious medical negligence. Given the centrality of these considerations, I quote the relevant excerpt below in its original Spanish version:

Para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado en casos de muerte en el contexto médico, es preciso acreditar los siguientes elementos: a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien, b) se acredite una negligencia médica grave; y c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente. Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión, se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso. Dichas verificaciones deberá (*sic*) tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado, y frente a ello las medidas adoptadas para garantizar su situación (§ 148).

In light of the previous considerations, the Court considered that there were serious omissions of urgent and basic services that were required by Mr. Poblete Vilches; that the

medical personnel should have known about the risk generated by their absence, especially given his advanced age; and that the measures that could have been taken were reasonable and there was no justification for their denial (§ 149-150). As to the causal nexus, the Court concluded that

existía una alta probabilidad de que una asistencia adecuada en materia de salud hubiese al menos prolongado la vida del señor Poblete Vilches, por lo cual debe concluirse que la omisión de prestaciones básicas en materia de salud afectó su derecho a la vida (§ 151).

9. – As to the Right to a Humane Treatment (article 5 of the American Convention), the Court distinguished between alleged violations of this right against the direct victim and against relatives. Firstly, as to the direct victim, the Inter-American Court of Human Rights indicated that the lack of adequate medical attention can be contrary to what such a right requires (§ 152), reason why States must regulate health services and supervise the effective implementation of pertinent standards (*ibidem*). Recapitulating the deficiencies that were present in the case, the Court found that they led to the suffering of Mr. Poblete Vilches in different ways, reason why his right to a humane treatment was violated as well (§ 155).

Regarding the right of personal integrity (humane treatment) of Mr. Poblete Vilches's relatives, there was controversy about physical and psychological harms allegedly suffered by some of them because of the death of the direct victim, of alleged mistreatment by medical personnel and of denial of justice (§ 203). The Court referred to its case law in order to recall both that State "contributions" to the creation or worsening of a situation of vulnerability has an impact on the wellbeing of individuals, for instance in terms of uncertainty and a sense of insecurity, reason why their existence must be taking into account when evaluating the respect and guarantee of the right enshrined in article 5 of the American Convention (§ 205); and also that the harm of certain relatives and close persons in terms of suffering and anguish is presumed whenever there is a serious violation (in Spanish, *violación grave*, § 204). Notwithstanding, in the Court's opinion the case did not entail such a "violación grave a los derechos humanos en términos de su jurisprudencia", reason why the suffering of relatives had to be demonstrated and proved (§ 204). This is an interesting distinction that the Court makes with impact on evidence and arguments before the Court, which yet some could question considering how the loss of the life of someone close when there is a perceived injustice and unacceptable situation can also generate a sense of anguish, despair or suffering even when there is not a massacre or other such heinous violation involved –in its case law, the Court has identified as some serious violations the following: torture, extrajudicial, summary or arbitrary executions, enforced or involuntary disappearances, and other human rights violations contrary to peremptory law (Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, 14-3-2001 [*fondo*], § 41).

That being said, the Court considered that no evidence was presented to demonstrate the allegations of the representatives of the victims in terms of physical ailments and serious diseases such as cancer, diabetes or a heart attack as having been caused by the State conduct (§ 207). Accordingly, the Court dismissed those claims. This emphasis on a causal nexus is, to my mind, a correct one, and reliance on its requirement prevents excessive or false allegations, thus making the lack of a presumption of suffering unnecessary, because what is presumed is the anguish or despair, not a physical disease, which should be proven in respect of both serious and non-serious violations.

That being said, the Court insisted on its case law in terms of the possibility of State actions or omissions causing suffering of the relatives or those who had a close bond with a direct victim (§ 208); and then provided transcriptions of the accounts given by relatives of Mr. Poblete Vilches (§ 209), which is something important insofar as this practice can increase the satisfaction effects that judgments and their publication can have (§ 226;

International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, § 6 of the commentary to article 37) and permits such important declarations to be made public, and also for State agents and other participants in a violation to realize about the impact of their conduct on the lives of human beings. Based on such declarations and other considerations, the Court concluded that, due to the close relationship that some individuals had with Mr. Poblete Vilches:

[S]e desprenden lógicos los sufrimientos ocasionados con motivo del trato recibido en un primer momento en el Hospital Sótero del Río, tales como la imposibilidad de ver a su familiar, la falta de información sobre un diagnóstico claro del paciente y forma de atenderlo en su domicilio al ser dado de alta, y particularmente la falta de obtención de su consentimiento respecto de la intervención a su familiar (supra párr. 173). Asimismo, la Corte entiende el sufrimiento de los familiares derivado del largo proceso en la búsqueda de la justicia, particularmente sobre el esclarecimiento de los hechos, así como de la incertidumbre por la indeterminación de la causa de muerte del señor Poblete Vilches, y frente a ello la respuesta ofrecida por las autoridades en distintas instancias (supra párrs. 59 y 81). Dichas afectaciones repercutieron en el seno familiar y en el desarrollo de sus planes de vida. Por tanto, resulta responsable el Estado por la violación del artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de los familiares del señor Poblete Vilches (§ 210, emphasis added).

10. – Concerning the right to a fair trial or due process guarantees and the right to judicial protection, recognized in articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights, the judgment took note of the acknowledgment of responsibility that the defendant State made in regards to a reasonable period in which procedures ought to have taken place, reason why it declared the controversy regarding that issue as no longer existing (§ 183).

The Court then reiterated its position that access to justice is a peremptory norm (§ 184) requiring the absence and removal of obstacles and undue delays, in addition to the availability of an effective remedy against human rights violations, and also State efforts to investigate and respond to abuses regardless of the efforts of victims themselves, the latter being an obligation of conduct (§ 185). In the Court's opinion, evaluating if these standards have been observed must be done, in general terms, in a way that seeks to ascertain whether eventual failures affected State efforts overall, instead of being concerned with every single possible minor failure which did not necessarily have a considerable impact on the (domestic) process(es) overall. In other words, even in the presence of minor failures, if they had no impact in precluding or preventing an effective State action, then State responsibility in terms of access to justice would not be engaged and its performance would be deemed compatible with treaty requirements (§ 186). This is a correct argument that may somehow help to prevent the clogging up of the system and the exponential growth of applications.

Moving on to concrete aspects related to the facts of the case in terms of the rights mentioned above, the Inter-American Court of Human Rights stressed how corpses must be treated, in terms of indispensable and minimum actions that must be carried out with professionalism seeking to preserve any evidence that can be useful in later investigations (§ 187). Contrasting what the State did with such requirements, the Court criticized the lack of an exhumation and autopsy with the purpose of ascertaining the real cause of death; inconstant criminal proceedings; and the lack of a cross-examination with medical personnel that indirect victims requested (§ 188). Such omissions were regarded by the Court as problematic given their importance in terms of finding out the truth of what happened, reason why such failures and delays were deemed contrary to the right of access to justice (§ 191-192). Importantly, in this section the Court also made an appeal to medical bodies entrusted with investigating or mediating, by –quite rightly and necessarily, to my mind— exhorting them to place human rights considerations above professional solidarity, acting in an independent manner. In this sense, the Court said:

[L]a Corte llama la atención sobre la labor que los órganos médicos colegiados de mediación deben, en todo caso, cumplir al momento de valorar situaciones de negación de servicio de salud o mala praxis médica. Para ello, resulta indispensable una aproximación integral del derecho a la salud, desde la perspectiva de los derechos humanos, así como de impactos diferenciados, a fin de constituirse como órganos independientes que, a la luz de su experiencia médica, garanticen también los derechos de los pacientes (§ 193).

Apart from aspects related to access to justice, the Inter-American Court examined the impartiality of domestic authorities. The Court mentioned that impartiality requires that authorities deciding on a case have no vested direct interests in it, that they have no preference for any party and are not involved in a related controversy; and that judges must appear as having no influence, motivation, pressure, threat or direct or indirect intervention in the resolution of the case, but rather must seem –and actually happen, I might add– to decide based exclusively on the applicable law (§ 195). Concerning all of this, the Court said that judicial impartiality is to be presumed (§ 196), and that an examination of contrary allegations perforce often involves an investigation on motivations and requires obtaining evidence as to the hostility or bias of a judicial authority (*ibidem*). Considering such burden of proof and evidence considerations, the Court declared that the representatives of the alleged victims failed to provide sufficient evidence, even circumstantial evidence, of a lack of impartiality, reason why it dismissed the respective accusations (§ 197-198).

11. – Regarding reparations, the Court stressed that they must have a “causal nexus with the facts of the case, declared violations, proved harm, and the measures to repair the respective damages that have been requested” (my translation, § 212), and must aim, as far as possible, to provide full reparations and restitution (§ 213).

1214

While much of what the Court said in the reparations section (VIII) reiterates the case law of the Court, interesting and noteworthy aspects include the fact that, due to the *kind of violation* that took place, the Court deemed it inappropriate to order a reopening of criminal investigations as a response to the operation of the period of prescription in the case (§ 219). The Court thus seems to make another determination based on the presence or absence of a violation that can be classified as serious in light of its case law, as happened with presumptions of harm caused to relatives, but without mentioning such category this time. Precisely in relation to psychological suffering, and based on its conclusion that there is a nexus between the facts of the case and emotional and psychological afflictions of indirect victims, the Court ordered the State to provide professional psychological treatment as a rehabilitation measure *if* so requested by the victims –appropriately respecting their will to undergo treatment or receive assistance.

Concerning guarantees of non-repetition, the Court issued some orders with the objective of contributing to the prevention of similar violations as the ones declared in the future, such as obliging the State to provide reports on adjusting practices and policies to the standards of the system discussed in the judgment (§ 238); the drafting of a concise publication on the standards declared in its decision that is to be made available in public and private Chilean hospitals (§ 240); and the design of a general public policy of “integral protection of elderly people” in accordance with the Inter-American applicable standards (§ 241) –perhaps the most controversial order when examined through the prism of other judicial regional systems, but an adequate one to my mind, since it can make a change regarding the problems and issues discovered by the Court.

12. – Judge Humberto Sierra Porto appended a concurring opinion in which he basically argued that he agrees with the outcome of the decision of the majority but considers that, in order to reach it, it was sufficient to take into account the ‘connectivity’ between the rights to life and integrity and health-related aspects (§ 5), and thus unnecessary to treat

the right to health as autonomously justiciable, consideration which he regards as not permissible under the applicable sources that the Inter-American Court can resort to (§ 4).

Regardless of whether one agrees with the opinion of judge Sierra Porto or not, it cannot be denied that the Court's pronouncement on specific aspects related to health, the elderly and other elements permits to raise awareness about them and to pinpoint *legal* obligations and responsibilities concerning them. Moreover, the autonomous treatment of the right to health also permits to explore progressivity aspects, which were considered in a recent case against Guatemala referred to above. Finally, State regulation, supervision and enforcement obligation requires it to act *vis-à-vis* both public and private health providers and medical personnel, and in this way the standards declared (developed?) by the Court will (have to) indirectly impact the responsibilities of both State and non-state actors (John H. Knox, *Horizontal Human Rights Law, American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008), which is necessary for human rights law to be fully effective, considering that dignity is non-conditional and thus must be respected by all actors, as article 30 of the Universal Declaration of Human Rights indicates.

## **Il diritto alla verità nel sistema CADU: note sul caso *Herzog y otros vs. Brasil***

*di Manfredi Marciante*

**Title:** Recent developments on the right to truth in the CADU system: notes on the *Herzog y otros vs. Brasil* case

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; Human Rights Law; Right to the Truth; European Court of Human Rights.

1. – Con la sentenza del 15 marzo 2018, concernente la sparizione, la tortura e la morte del giornalista Vladimir Herzog, la Corte Interamericana dei diritti umani (di séguito Corte IDH) è tornata a pronunciarsi, in maniera incisiva, sul “diritto alla verità”.

L’evoluzione di tale diritto dal punto di vista di alcuni recenti sviluppi nell’ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza internazionale – in particolare, quella interamericana – è già stata oggetto di approfondita analisi su questa Rivista (cfr. *BACIS, Davide. Il diritto alla verità nel dialogo tra Corti. Roma accoglie le suggestioni di San José de Costarica. DPCE Online, [S.l.], v. 35, n. 2, July 2018*). Il caso in commento, invece, relativo alla nota vicenda riguardante la scomparsa e la morte del giornalista Vladimir Herzog, avvenuta in Brasile nel 1975, è focalizzato solo sulla giurisprudenza interamericana quale cornice appropriata, per i giudici di San José, per delineare i confini di un diritto umano emergente che – soprattutto nei recenti anni – ha animato il dibattito giuridico-dottrinale sulla protezione accordata dalla Convenzione americana dei diritti umani (d’ora in poi CADU).

In particolare, nel caso in commento lo Stato brasiliano è stato condannato per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo (art. 8, § 1, CADU) e del diritto alla protezione giudiziaria (art. 25 CADU), in relazione all’art. 1, § 1, CADU e all’art. 2 della medesima Convenzione che obbligano lo Stato al rispetto dei diritti previsti nello strumento pattizio e all’adozione di misure appropriate per garantirne la protezione e in relazione agli articoli 1, 6 e 8 della Convenzione inter-americana sulla prevenzione e repressione della tortura, trattato stipulato *a latere* della CADU in data 9-12-1985 ed entrato in vigore il 28-2-1987 (cfr. [www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html) per lo stato delle ratifiche). Inoltre, sempre alla luce degli articoli 8 e 25 CADU, la Corte ha ritenuto responsabile lo Stato per la violazione del diritto a conoscere la verità, per non aver accertato giudizialmente i fatti della causa in oggetto e, di conseguenza, per non aver individuato i responsabili della tortura e dell’omicidio di Vladimir Herzog. Infine, i giudici di San José hanno accertato la violazione dell’art. 5, § 1 CADU, per inosservanza del diritto all’integrità personale dei familiari del giornalista in relazione all’art. 1 § 1, della stessa Convenzione.

2. – Preliminarmente è necessario ricordare che, in Brasile, il governo militare guidato dal Generale Emílio Garrastazu Médici ha dato vita, a partire dai primi anni '70, ad un periodo di forti repressioni sociali e politiche. In tal senso, vennero istituiti il DOI/CODI (*Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna*) e delle *Task Force* aventi quale obbiettivo l'eliminazione di coloro che si opponevano alle politiche filogovernative. Precisamente, si trattava di squadre speciali con ampi poteri d'azione, agenti anche al di fuori della legge che indagavano ed eliminavano gli oppositori politici e tutti coloro che – anche potenzialmente – avrebbero in qualunque maniera potuto ostacolare il regime governativo (analogamente, riferito al contesto argentino, cfr. Commissione Inter-Americana dei diritti dell'uomo, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 11 April 1980, oEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, capitolo III [g]).

Come noto, durante gli anni successivi alla seconda guerra mondiale, la situazione in America Latina era tale che diversi Paesi appartenenti a quest'area utilizzavano sistematicamente la privazione della libertà come strumento attraverso il quale assicurarsi il consenso politico. Successivamente, il contesto divenne ancor più difficile quando gli Stati sudamericani attivarono la c.d. "Operazione Condor" (per un'analisi dell'operazione Condor si veda: J.P. McSherry, *Predatory States: Operation Condor and covert war in Latin America*, edito da Rowman e Littlefield, anno 2005, p.3). Tale operazione, frutto di un accordo tra alcuni paesi dell'America Latina, aveva creato una rete di informazioni contenente nomi e luoghi di persone che si opponevano ai regimi instaurati nei diversi Stati della regione e che consentiva di identificare e arrestare tutti quei soggetti definiti "sovversivi", che si opponevano ai regimi governativi insediatisi nei suddetti Paesi (in proposito, cfr. Corte IDH, *Case of Goiburú et al. Vs. Paraguay*, 22-9-2006, [Merits, Reparations and Costs] § 61(5)). L'atto che diede vita a questa operazione venne firmato il 28-11-1975 ed entrò in vigore nel gennaio 1976. I paesi che per primi aderirono furono Argentina, Cile, Uruguay, Paraguay, Brasile, Bolivia e, successivamente, anche il Perù e l'Ecuador (cfr. [constitucionweb.blogspot.com/2010/01/operacion-condoracta-fundacional.html](http://constitucionweb.blogspot.com/2010/01/operacion-condoracta-fundacional.html)).

Terminata la dittatura in Brasile, nel 1985 venne redatto da Don Paulo Evaristo Arns – un prelado brasiliano della Chiesa cattolica romana, tenace oppositore della dittatura militare in Brasile e del suo uso della tortura – un Report, dal titolo *Brasil: Nunca Mais*, nel quale vennero raccolte diverse testimonianze di coloro che erano stati oggetto di sparizioni forzate, per lo più studenti, avvocati, giornalisti e insegnanti. Il Report indicava come più di 125 casi di sparizioni forzate fossero riconducibili a motivi politici e che, una volta rapiti, i soggetti erano stati privati di qualsiasi protezione legale (cfr. [www.dhnet.org.br/dados/projetos/dh/br/tnmais/index.html](http://www.dhnet.org.br/dados/projetos/dh/br/tnmais/index.html)). Tra questi, all'interno del tomo quarto dedicato a tutte le vittime del regime, è possibile ritrovare anche una breve disamina dei fatti legati al caso Herzog (si veda a pag. 359 [www.dhnet.org.br/w3/bnm/tomo\\_v\\_vol\\_4\\_os\\_mortos.pdf](http://www.dhnet.org.br/w3/bnm/tomo_v_vol_4_os_mortos.pdf)).

La vicenda Herzog, risalente al 1976 e conclusasi con la sentenza in commento, ripercorre le tappe di un processo che è durato più di quarant'anni. La chiusura di questa vicenda rappresenta, infatti, non solo una forma di riparazione per i familiari della vittima per le violazioni subite, ma anche un modo per censurare il clima di terrore politico che si era generato in Brasile e, più in generale, in alcuni paesi dell'America Latina.

3. – Venendo ai fatti del caso in commento, nel 1975 alcuni agenti del Dipartimento investigativo del Centro operativo di difesa interna del DOI/CODI si recarono presso gli uffici della TV brasiliana dove il giornalista lavorava, per arrestarlo e, in seguito, condurlo al centro di comando ed interrogarlo sulla sua attività nel *Partido Comunista Brasileiro*. Durante quella notte, l'arresto venne ostacolato dalle guardie di sicurezza che lavoravano all'interno degli studi televisivi e gli agenti di polizia non portarono a termine la misura privativa della libertà, a condizione che il giornalista si presentasse volontariamente il giorno successivo alla sede del DOI/CODI. La mattina seguente, il 25 ottobre 1976, Vladimir Herzog vi si recò e la sera della stessa giornata fu diffusa una nota ufficiale alla

stampa con la quale si comunicava che il giornalista era stato trovato impiccato in una cella.

In seguito, la moglie e i figli convenivano in giudizio lo Stato brasiliano promuovendo una *Ação Declaratória* volta all'accertamento della responsabilità per l'arresto arbitrario, le torture e la morte del giornalista, chiedendo altresì che venisse dichiarato l'obbligo dello Stato di risarcire la famiglia. Con sentenza del 27 ottobre 1978, il tribunale di San Paolo dichiarava lo Stato brasiliano civilmente responsabile per i danni arrecati alla famiglia di Herzog nella cella in cui era stato illegalmente trattenuto in stato di arresto, non essendo stato sorvegliato in maniera adeguata (sulla sentenza *de qua*, cfr. *Il Foro Italiano*, Vol. 102, Parte Quarta: *Giurisprudenza Comunitaria e Straniera* (1979), pp. 295/296-307/308). Proposto appello dallo Stato condannato, il *Tribunal Federal de Recursos* confermò la responsabilità dello Stato convenuto per la morte del giornalista e l'indennizzo a favore degli eredi, stabilendo, tuttavia, che tali danni si sarebbero dovuti richiedere attraverso una successiva azione avente ad oggetto il risarcimento del danno. Il Brasile si oppose a quest'ultima decisione attraverso un ricorso (*Recurso de Embargo Infringentes*) per errore di diritto, ma il Tribunale Federale Regionale ne dichiarò l'inammissibilità, confermando la decisione resa in appello.

Parallelamente al procedimento avviato dai familiari di Herzog, nel 1992 il Pubblico Ministero richiedeva alla polizia l'apertura di un'indagine volta all'accertamento, in sede penale, dei fatti relativi alla morte del giornalista, scaturita da un'intervista rilasciata da un agente del DOI/CODI nella quale affermava di essere stato l'unico responsabile dell'interrogatorio del giornalista. L'indagine venne però archiviata a seguito della entrata in vigore della Legge di amnistia del 1979 (cfr. [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm)), promulgata dal generale João Baptista de Oliveira Figueiredo.

Nel 1995, a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 9140/1995, con la quale lo Stato brasiliano ha riconosciuto, dopo molti anni, le proprie responsabilità per l'assassinio degli oppositori politici avvenuto nel periodo compreso tra il 2 settembre 1961 e il 15 agosto 1979 e creato la *Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos*. Tale Comitato, nel 2007, pubblicava un rapporto nel quale si concludeva che Herzog era stato torturato e ucciso durante la detenzione presso il DOI/CODI. Successivamente, nel 2011, veniva promulgata la Legge n. 12528/2011 (cfr. [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm)), con la quale si istituiva la *Comissão Nacional da Verdade* (per le attività della commissione, cfr. [cnv.memoriasreveladas.gov.br/](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/)) avente il compito di esaminare e chiarire le violazioni dei diritti umani verificatesi tra il 18 settembre 1946 e il 5 ottobre 1988 in Brasile. Ebbene, tale commissione ha richiesto che, nel registro delle morti, fosse rettificata la causa della morte del giornalista Herzog, indicando come causa "omicidio", in luogo di "suicidio". Nel rapporto finale della commissione si affermava, senza alcun dubbio, che il giornalista fosse stato detenuto illegalmente, torturato e assassinato da agenti dello Stato brasiliano. In aggiunta, recentemente, nel 2013, l'autorità giudiziaria ha ordinato che nel registro si facesse menzione del fatto che la morte di Herzog era avvenuta a seguito delle lesioni e dei maltrattamenti sofferti nella sede del DOI/CODI. Nonostante non siano riconosciuti quali tribunali, dette commissioni – sulle quali si ritornerà più avanti – rappresentano la testimonianza del forte impegno dei governi insediatisi dall'avvio della transizione democratica per accertare e condannare le gravi violazioni dei diritti umani commessi nei periodi di instabilità politica all'interno dei propri territori. In tal senso, merita menzionare che dal 1974 sono state create più di trenta commissioni per la verità nel mondo (per una breve disamina sull'argomento si veda Thomas M. Antkowiak, *Truth as Right and Remedy in International Human Rights experience*, Michigan Journal of International Law, p. 996, 2002).

4. – Prima di entrare nel merito del *decisum*, merita far cenno alla questione di giurisdizione affrontata dalla Corte dovuta alla circostanza che il Brasile ha ratificato la

CADU il 10 dicembre 1998 e che, pertanto, la sua eventuale responsabilità può essere accertata solo per le violazioni successive a tale data.

I giudici di San José hanno però seguito la propria consolidata giurisprudenza (Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, 23-11-2004, [excepciones preliminares] § 84; Corte IDH, *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, 16-02-2017, [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas] § 49) affermando che, data la gravità dei reati commessi e la natura dei diritti lesi, l'obbligo di indagare, perseguire e punire i responsabili va apprezzato anche alla luce degli obblighi di prevenzione e repressione previsti dal diritto internazionale, aggiungendo che gli Stati – nel momento in cui si verificano violazioni così gravi che costituiscono anche una minaccia per la pace e la sicurezza della comunità internazionale – sono chiamati ad applicare il principio di giurisdizione universale, consistente nell'obbligo di perseguire gli autori di tali orrendi crimini. In tal senso, i giudici di San José chiariscono che

La obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales y tortura como parte de un ataque sistemático contra una población civil. La particular y determinante intensidad e importancia de esa obligación en casos de crímenes de lesa humanidad, significa que los Estados no pueden invocar: i) prescripción; ii) el principio ne bis in idem; iii) leyes de amnistía; así como iv) cualquier disposición análoga o excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Además, como parte de las obligaciones de prevenir y sancionar delitos de derecho internacional, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de cooperar y pueden v) aplicar el principio de jurisdicción universal respecto a esas conductas. (Corte IDH *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*, 15-3-2018, [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas] § 232).

1220

5. – Ciò premesso, la Corte ha affermato che dal divieto di tortura contenuto nella CADU e nella Convenzione Interamericana per prevenire e punire la tortura, discenda l'obbligo positivo dello Stato di effettuare indagini e perseguire i responsabili della tortura e dell'omicidio di Vladimir Herzog. Inoltre – ma sul punto si tornerà – i giudici di San José hanno chiarito che lo Stato ha violato il diritto individuale a conoscere la verità sui fatti accaduti, posta la divulgazione della falsa notizia relativa alla morte per suicidio di Herzog e il rifiuto delle autorità statali di consegnare la documentazione secretata che avrebbe consentito di identificare i responsabili materiali della morte del giornalista.

La Corte ha altresì e preliminarmente valutato se i fatti di causa integrassero un crimine contro l'umanità, così come sostenuto da parte attrice. I giudici, successivamente, hanno accertato che al momento della sparizione del giornalista, nell'ottobre del '75, il divieto di tortura e di crimini contro l'umanità erano già considerati delle norme di *jus cogens*, dunque valide *erga omnes* e inderogabili, la cui violazione comportava la responsabilità internazionale aggravata dello Stato. Raramente la Corte si è occupata di crimini internazionali; quando l'ha fatto, ha valutato detti crimini al preciso fine di chiarire la responsabilità dello Stato per violazione della CADU e le relative conseguenze (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26-09-2006, [fondo, reparaciones y costas] § 99; Corte IDH *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, 22-09-2006, [fondo, reparaciones y costas] § 99; Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, 24-02-2011, [fondo y reparaciones] §§ 82-128), dunque la circostanza che l'abbia fatto nella sentenza Herzog rende la pronuncia stessa ancor più peculiare.

La Corte, ancora, ha stabilito che lo Stato brasiliano ha violato il diritto a conoscere la verità delle vittime, ossia i familiari di Herzog, poiché non ha chiarito in termini giudiziari le violazioni perpetrate nei confronti del giornalista e non ha accertato alcun tipo di responsabilità individuale in relazione alla sua tortura e morte, nonostante gli stessi fatti siano stati oggetto di cognizione a livello giudiziario. I giudici di San José hanno

attribuito un peso rilevante al fatto che siano trascorsi diversi anni dopo che il Brasile ha riconosciuto la competenza contenziosa della Corte senza la quale sarebbe stato impossibile conoscere ufficialmente la verità dei fatti. Infine, i giudici hanno considerato che le infondate notizie relative alla detenzione e alla morte del giornalista hanno pregiudicato il diritto all'integrità personale, soprattutto psicologica, dei familiari, i cui sforzi – nel corso degli anni – volti a raggiungere la verità sono stati vani e hanno causato angoscia e insicurezza, oltre che frustrazione e sofferenza.

In ordine, invece, alle riparazioni, la Corte ha ordinato al Brasile, oltre al pagamento degli importi per risarcimento del danno avente natura patrimoniale e non patrimoniale, di riavviare le indagini volte all'accertamento dei fatti relativi alla morte di Herzog e, se del caso, punire i responsabili. I giudici hanno inoltre imposto allo Stato di adottare degli atti idonei affinché si riconosca, in via legislativa e senza eccezioni, l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e si riconosca – attraverso la celebrazione di un atto pubblico – la responsabilità dello Stato per la morte del giornalista.

6. – Come anticipato, nella sentenza Herzog il diritto alla verità assume particolare rilievo per la Corte di San José che dedica apposita trattazione ad una parte cospicua del *Derecho a conocer la verdad* (§§ 313–339). Si tratta, invero, di un'analisi ampia e accurata, che ad avviso di chi scrive segna un importante passo in avanti nel riconoscimento di questo diritto.

Il diritto alla verità si riscontra in altra sentenza riguardante una vicenda simile, pronunciata pochi giorni prima, ossia la pronuncia sul caso *Carvajal* (Corte IDH, *Carvajal Carvajal y Otros vs. Colombia*, 13-3-2018 [fondo, reparaciones y costas]). I fatti in causa sono – per lunghi tratti – alquanto simili. Anche Nelson Carvajal era un giornalista che è stato assassinato da agenti governativi. Ugualmente in *Carvajal* la Corte ha condannato la Colombia per violazione del diritto alle garanzie giudiziali riguardanti le indagini, lunghe e inefficaci, su tale omicidio, oltre che per la violazione del diritto di movimento e residenza di alcuni parenti del giornalista, i quali – dopo l'omicidio – erano stati costretti a lasciare il loro luogo di residenza abituale poiché temevano per la loro incolumità. Sempre in *Carvajal*, i giudici di San José rilevano che l'omicidio ha avuto luogo in un contesto generalizzato di impunità per l'uccisione di giornalisti in Colombia. Ciò nonostante e diversamente dal caso Herzog, nel caso colombiano i giudici non hanno ritenuto di far emergere in maniera diretta il diritto alla verità, preferendo censurare la condotta statale in base alla consolidata giurisprudenza sulla violazione degli artt. 8 e 25 CADU. Non si comprende per quali ragioni la Corte, nel caso *Carvajal* abbia optato per tale soluzione, stante la comunanza di argomentazioni tra le due sentenze. Ad avviso di chi scrive, tale atteggiamento della Corte potrebbe rintracciarsi nella differente modalità di presentazione delle doglianze da parte della Commissione Inter-Americana dei diritti dell'uomo (Commissione IDH, *Informe de Fondo* No. 71/15, 28-10-2015): infatti, nel caso Herzog il riferimento al diritto alla verità è più immediato rispetto al caso *Carvajal* nel quale, invece, non viene mai menzionato il *derecho alla verdad*, quanto piuttosto la “sola” necessità di accertare la verità dei fatti.

Atteso quanto sopra, proprio la peculiarità del caso Herzog consente di svolgere alcune considerazioni circa l'evoluzione del diritto alla verità, anche alla luce di diversi strumenti internazionali e della giurisprudenza dei tribunali internazionali a carattere regionale.

6.1. – Preliminarmente, merita rammentare che, al di fuori del sistema CADU, il diritto alla verità era già emerso nel contesto ONU, avendo il Consiglio dei Diritti Umani elaborato una risoluzione *ad hoc* che rappresenta la prima affermazione di un diritto autonomo in tale materia (Human Rights Council Res. 12/12, 12th sess., *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Right to the Truth*, A/HRC/RES/ 12/12, at 3 (Oct. 12, 2009)).

Secondo la risoluzione, gli Stati hanno il compito di prendere tutte le misure necessarie affinché si assicuri la verità su casi riguardanti *gross violations* dei diritti umani e di informarne la vittima o i suoi familiari. Viene, inoltre, affermato che gli individui e la collettività hanno il diritto di conoscere tutte le informazioni riguardanti le azioni e le decisioni pubbliche relative all'accertamento in via giudiziale dei fatti.

Per quanto concerne, invece, le radici giuridiche del diritto alla verità, esse si ritrovano nel diritto internazionale umanitario, agli artt. 32 e 33 del primo Protocollo Addizionale alle convenzioni di Ginevra del 1949 che prevedono un diritto delle famiglie di conoscere il destino dei familiari in guerra, così come l'obbligo gravante sulle parti di un conflitto armato di cercare le persone che risultano scomparse.

Tale fondamento, unito allo sviluppo della giurisprudenza dei tribunali internazionali, ha inoltre portato la Commissione delle Nazioni Unite sui diritti umani ad adottare la risoluzione 2005/66 che nel considerando nr. 1 riconosce “*the importance of respecting and ensuring the right to the truth so as to contribute to ending impunity and to promote and protect human rights*” (il testo della risoluzione è online: [www.refworld.org/docid/45377c7d0.html](http://www.refworld.org/docid/45377c7d0.html)). Il diritto alla verità può senz'altro definirsi come un'obbligazione in capo allo Stato di rivelare alle vittime e alla società tutto ciò che è noto su fatti e le circostanze gravi che riguardano violazioni dei diritti umani, compresa l'identità dei responsabili (cfr. JE Méndez ‘*The Right to Truth*’ in CC Joyner (ed), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference* (Erès Toulouse 1998) 255).

Ebbene, in Herzog la Corte sottolinea tale aspetto per superare le obiezioni dello Stato convenuto rispetto agli addebiti contestati dalle vittime e dalla Commissione nell’*Informe del fondo*. Si evidenzia, sul punto, che il primo tribunale internazionale ad aver garantito simili tutele è stato proprio la Corte IDH nel caso *Velásquez-Rodríguez* (Corte IDH, *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, 29-07-1988 [fondo, reparaciones y costas]), *leading case* nel quale si stabilisce un obbligo positivo per lo Stato convenuto di indagare tali violazioni. Nella sentenza, i giudici affermavano che

The State is obligated to investigate every situation involving a violation of the rights protected by the Convention. If the State apparatus acts in such a way that the violation goes unpunished and the victim's full enjoyment of such rights is not restored as soon as possible, the State has failed to comply with its duty...The same is true when it allows private persons or groups to act freely and with impunity to the detriment of the rights recognized by the Convention. [§ 176].

Assume particolare rilievo l'obbligo, rimesso dalla Corte rimette in capo allo Stato parte della CADU, di utilizzare tutti i mezzi utili a informare i parenti della scomparsa della vittima, obbligo che permane finché esiste incertezza sul destino della persona scomparsa [§ 181].

6.2. – Quanto, invece, alla giurisprudenza interamericana sul diritto alla verità, dalla fine degli anni '80 i giudici di San José individuano, con difficoltà, tale diritto a causa dell'assenza di previsioni espresse nella CADU.

Nel caso *Castillo Pàez*, la Corte affermava che il diritto alla verità avrebbe potuto corrispondere ad un concetto in continua evoluzione nella dottrina e nella giurisprudenza (Corte IDH, *Castillo Pàez vs Perú*, 3-11-1997, [fondo] § 86). Tale argomentazione ha permesso alla Corte di ampliare successivamente il contenuto del diritto alla verità, come accaduto nel caso *Bàmaca Velásquez* riguardante la scomparsa di un combattente di guerriglia guatemalteco ad opera delle forze governative, e nel quale si è riconosciuto che alla famiglia venne precluso il diritto di conoscere la verità sulla morte del congiunto, facendo rientrare la pretesa di conoscere la verità negli artt. 8 e 25 CADU (Corte IDH, *Bàmaca Velásquez vs. Guatemala*, 22-02-2000, [fondo, reparaciones y costas]). Inoltre, nel caso *Bàmaca Velásquez* si sottolinea che è compito dello Stato condurre la ricerca della verità senza che ciò dipenda dalla previa iniziativa della vittima o dei suoi familiari, quasi a voler

evidenziare come sia di primario interesse per uno Stato democratico, stabilire la verità su fatti delittuosi e punire gli eventuali responsabili [§ 177], mentre purtroppo, come evidenzia la prassi, uno degli elementi che ha dato maggiore impulso allo sviluppo del diritto alla verità è stata proprio l'iniziativa di parte privata.

Nel caso *Ellacuría*, riguardante l'assassinio di preti gesuiti da parte di alcuni militari dell'esercito di El Salvador, è emersa per la prima volta la dimensione individuale di tale diritto. I giudici hanno precisato, invero, che il diritto alla verità sui fatti avvenuti era da associare al diritto dei familiari delle vittime e della società civile, a conoscere l'identità di coloro che effettivamente presero parte al massacro (Corte IDH, *Ellacuría v. El Salvador*, (1999), § 221). Peraltro, nell'*Informe de fondo* di tale caso la Commissione ha affermato che tale dimensione era strettamente collegata alla legge di Amnistia (*Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz*) approvata in El Salvador (*Decreto Legislativo 486, 20-3-1993, Diario Oficial 56/1993*), poiché essa non consentiva l'accesso alle informazioni riguardanti i fatti e dunque impediva l'individuazione dei responsabili [§ 225]. Si aggiunga inoltre che i giudici hanno successivamente precisato che, allo scopo di determinare la verità su un fatto, è compito dello Stato chiarire tutte le dinamiche procedurali che hanno portato alla realizzazione di uno schema criminale, proprio al fine di comprendere chi abbia preso parte alle violazioni e in quale misura (Corte IDH, *Valle Jaramillo vs. Colombia*, 27-11-2008, § 102).

Ad avviso di chi scrive, un rilevante contributo giurisprudenziale in tema di diritto alla verità è fornito anche dal caso *Blake* (Corte IDH, *Blake v. Guatemala*, 24-01-1998), relativo alla sparizione del fotoreporter americano in Guatemala. Qui la Corte ha chiarito che, non solo il governo non ha condotto le dovute indagini, ma ha anche impedito alla famiglia di conoscere la verità sull'accaduto. Valutando che i giudici non hanno potuto accertare la violazione della CADU in relazione alla sparizione forzata del giornalista per mancanza di competenza *ratione temporis*, la condanna dello Stato si è fondata su altre violazioni. Venne, infatti, appurato che il Guatemala reiterò condotte atte a oscurare la verità sull'accaduto così provocando continue sofferenze alla famiglia del giornalista scomparso e configurandosi una violazione, non solo del loro diritto all'integrità personale protetto dall'art. 5 CADU, ma anche del diritto ad avere accesso alla giustizia *ex art.* 8, § 1, CADU.

Si consideri, inoltre, sebbene non appartenente al sistema CADU, che tale profilo è stato evidenziato già dai primi anni '80, anche dal Comitato dei diritti umani dell'ONU che nella *view* relativa al caso *Quinteros* (*Quinteros v. Uruguay, Communication No. 107/1981, U.N. GAOR, Hum. Rts. Comm., 19th Sess., U.N. Doc. CCPR/C/19/D/107/1981, 1981*) ha riconosciuto le sofferenze patite da una madre a causa della sparizione della propria figlia e, nel rivolgersi allo Stato latino-americano, ha stabilito che questo dovesse prendere misure immediate ed effettive per chiarire la verità, processare i responsabili della sparizione e, infine, prendere le precauzioni affinché tali eventi non si verificassero nuovamente.

Testimonia ulteriormente la rilevanza e l'originalità della giurisprudenza interamericana la circostanza che essa sia stata successivamente ripresa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in sede di accertamento della violazione dell'art. 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che garantisce il diritto ad un rimedio effettivo. Ad esempio nel caso *Timurtas* [Corte EDU, *Timurtas v. Turkey*, 23531/94, 29-12-1993], nel quale è possibile riscontare un timido riferimento alla giurisprudenza dei giudici di San José, oppure nella successiva sentenza *El Masri*, nella quale i giudici di Strasburgo hanno espressamente chiarito che la famiglia di un soggetto scomparso ha il diritto di sapere ciò che è successo ad un proprio familiare, per continuare ad avere fiducia nello Stato e per evitare che vi possano essere collusioni o tolleranza rispetto ad a violazioni gravi dei diritti umani (Corte EDU, *Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 39630/09, 13-12-2012, § 102; per un commento, cfr. Napoletano N, "Extraordinary renditions", *tortura, sparizioni forzate e*

“diritto alla verità”: alcune riflessioni sul caso “El-Masri”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2013).

6.3. – In chiusura del commento della sentenza in epigrafe, come anticipato, merita dar brevemente conto della creazione di “Commissioni per la verità” quale possibile strumento per garantire un effettivo diritto alla verità.

A prescindere dalla loro denominazione, la *ratio* di tali organi nazionali è quella di fornire delle risposte ai casi di violazioni gravi dei diritti umani, soprattutto in Paesi – come in America Latina – che negli ultimi decenni hanno vissuto esperienze al centro di guerre civili, dittature e repressioni. Solitamente, gli obiettivi di tali commissioni sono quelli di chiarire e di conoscere la verità, di rispondere alle esigenze e agli interessi delle vittime, di contribuire all’affermazione della giustizia ed al riconoscimento delle responsabilità dei soggetti colpevoli, oltreché promuovere una riconciliazione tra lo Stato e la società civile (cfr. Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror And Atrocity* 89, 2001).

Tale mandato par riflettere quello che, in generale, caratterizza l’attività di organismi analoghi. Ad esempio, tra gli obiettivi della *Commission for Truth and Friendship*, creata in Indonesia e Timor-Est dopo gli avvenimenti del 1999 concernenti le violenze commesse dalle milizie pro-indonesiane, volte ad impedire il corretto svolgimento del referendum sull’indipendenza di Timor-Est, è compreso quello

To establish the conclusive truth in regard to the events prior to and immediately after the popular consultation in 1999, with a view to further promoting reconciliation and friendship, and ensuring the non-recurrence of similar events.” (Terms of Reference for the Commission of Truth and Friendship Established by the Republic of Indonesia and the Democratic Republic of Timor-Leste, 10 March 2005, disponibile su: [www.etan.org/et2005/march/06/10tor.htm](http://www.etan.org/et2005/march/06/10tor.htm), punto 12).

Si noti, però, che dette commissioni non necessariamente rappresentano lo strumento principe – o comunque maggiormente efficace – per l’accertamento della verità dei fatti. Nel già citato caso *Almonacid-Arellano* la Corte IDH ha chiarito che quanto stabilito dalla Commissione nazionale di verità e conciliazione cilena non era sufficiente a stabilire la verità sul caso di specie, quale, invece, sarebbe potuta compiutamente emergere attraverso l’avvio di procedimenti giudiziari. In questo senso, la Corte, avendo a mente gli artt. 1, 8 e 25 CADU, ha precisato che la stessa Convenzione protegge il “diritto a *tutta* la verità” e che lo Stato parte deve condurre delle investigazioni complete sui fatti accaduti, individuare i responsabili di fatti delittuosi e avere l’obbligo di punire tutti coloro che hanno posto in essere una condotta criminosa o vi hanno concorso, anche indirettamente [§ 150].

## La lunga marcia verso l'attuazione delle riparazioni disposte nel caso del massacro di *El Mozote*

di Luca Paladini

**Title:** The long way toward the implementation of the IAcHR judgement on the El Mozote massacre

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; Gross violation of Human Rights; Reparations; Monitoring of Compliance with Judgment; Right to Justice; Amnesty.

1. – Con la risoluzione in epigrafe, la Corte interamericana dei diritti umani (di séguito, Corte IDH) è recentemente tornata ad esprimersi sullo stato di attuazione delle riparazioni disposte nella sentenza di merito relativa al caso del massacro di *El Mozote* (Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 25-10-2012 [fondo, *reparaciones y costas*], d'ora in poi "*El Mozote merito*").

La risoluzione *de qua* è la quarta – e, certamente, non sarà l'ultima – di *supervisión de cumplimiento* della sentenza di merito, dato il cospicuo e significativo corredo di riparazioni disposte dalla Corte IDH, diretta testimonianza delle gravi violazioni dei diritti umani accertate in violazione della Convenzione americana dei diritti umani (d'ora in poi, CADU) e, *a latere*, di due convenzioni sui diritti umani stipulate sotto l'egida dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA). L'adozione di tale risoluzione offre dunque, a distanza di 37 anni dal massacro e di 8 anni dalla pronuncia di merito, l'occasione per "fare il punto" sull'attuazione delle riparazioni disposte dai giudici di San José, dando conto di un percorso che, seppur intrapreso con la piena collaborazione dello Stato convenuto, si prospetta ancora piuttosto lungo.

2. – Conviene dar brevemente conto della sentenza di merito, riguardante il massacro di El Mozote, che, per gravità e crudeltà, è stato paragonato all'eccidio di Srebrenica (cfr. V. Hadzi-Vidanovic, *A War Crimes Trial That Needs More Attention*, in *EJIL Talk!*, 15-11-2018).

Questi i fatti. Nel corso di 3 giorni, dall'11 al 13 dicembre 1981, la *Fuerza Armada salvadoreña* procedette all'imprigionamento e alla tortura dei contadini insediati nell'area di El Mozote e nelle zone circostanti. Tra questi, furono uccise oltre 1000 persone, per lo più bambini. Furono sterminati interi nuclei familiari, molte donne subirono violenza sessuale e i sopravvissuti dovettero fuggire altrove. Le forze governative distrussero anche le coltivazioni e uccisero il bestiame, così cancellando ogni segno delle attività di tali insediamenti agricoli. In sostanza, fu distrutto il tessuto sociale della comunità locale di El Mozote e delle zone circostanti.

Il massacro fu organizzato nell'ambito delle operazioni antiguerriglia che le forze armate salvadoreñe condussero tra il 1980 e il 1982, nel corso delle quali

ejecutaron a campesinos, hombres, mujeres y niños, que no habían opuesto ninguna resistencia, simplemente por considerarlos colaboradores de los guerrilleros (Comisión de la Verdad para El Salvador, *Informe “De la locura a la esperanza, La guerra de 12 años en El Salvador”, 1992-1993 [expediente de prueba]*)

con l'obiettivo di spopolare le aree rurali considerate di appoggio alle forze antigovernative. Come emerge dai fatti del caso El Mozote, la tattica utilizzata dalle forze militari – la cd. “terra bruciata” – comportava il massacro della popolazione civile e la distruzione di ogni risorsa economica.

Nonostante l'evidente gravità, per anni l'eccidio fu negato e coperto dallo Stato salvadoreño. Non solo, ma nel 1992, dopo la firma dell'accordo di pace di Chapultepec che pose fine alla guerra civile, fu approvata la *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz* (*Decreto Legislativo* 486, 20-3-1993, *Diario Oficial* 56/1993), il cui art. 1 concedeva “amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos” e la cui applicazione al massacro di El Mozote comportò l'arrestò delle indagini penali che *medio tempore* erano state avviate, frapponendo un ostacolo all'accertamento delle responsabilità.

Dopo la fase pregiudiziale davanti alla Commissione interamericana dei diritti umani (d'ora in poi, la Commissione), che si concluse con l'adozione della dichiarazione di presunta violazione, da parte di El Salvador, degli artt. 4, 5, 7, 8, 11, 19, 21 e 25 CADU in relazione agli obblighi posti in capo agli Stati parti *ex artt.* 1.1 e 2 CADU (*Informe de fondo* N. 177/10, caso 10.720, *Masacres de “El Mozote” y lugares aledaños/El Salvador*, 3-11-2010), il caso fu rassegnato alla Corte IDH, la quale, nel 2012, si pronunciò nel merito.

Nella sentenza “*El Mozote* merito” i giudici dichiararono El Salvador responsabile internazionalmente per numerose violazioni dei diritti umani protetti dalla CADU in relazione al citato art. 1.1, secondo cui gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti nella Convenzione e ad assicurare alle persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio senza discriminazioni, e, quanto alle vittime di minore età, anche rispetto all'art. 19 CADU, riguardante i diritti dell'infanzia e l'obbligo di protezione posto in capo agli Stati parti.

Sotto il profilo sostanziale, l'imponente elenco di violazioni accertate dà conto dei diversi tipi di vittime del massacro di El Mozote e del pregiudizio da queste subito. Quanto alle vittime dell'eccidio, El Salvador fu dichiarato responsabile per violazione del diritto alla vita (art. 4 CADU), del diritto all'integrità personale (art. 5 CADU), del diritto alla proprietà privata (art. 21 CADU) e del diritto alla libertà personale (art. 7 CADU). Rispetto ai sopravvissuti al massacro, la Corte accertò la violazione del diritto all'integrità personale, del diritto alla vita privata e al domicilio e del diritto alla proprietà privata, mentre con riguardo alle donne vittime di violenza sessuale, fu stabilita la violazione del divieto di tortura e del diritto alla vita privata (art. 11 CADU). Per coloro che furono costretti a lasciare l'area del massacro, i giudici accertarono anche la violazione del diritto di circolazione e residenza (art. 22 CADU) e, quanto ai familiari delle persone uccise, fu riconosciuta la violazione del diritto all'integrità personale e del diritto alla proprietà privata.

Non è secondaria, infine, la violazione del diritto alla giustizia (artt. 8 e 25 CADU), dovuta al mancato accertamento delle responsabilità per il massacro di El Mozote, non avendo El Salvador investigato sui fatti e concluso il relativo procedimento giudiziario, interrotto, come detto, dall'entrata in vigore della legge di amnistia. Inoltre, in relazione alle stesse norme convenzionali e con riferimento alla stessa legge del 1993, lo Stato salvadoreño fu dichiarato internazionalmente responsabile per non aver adeguato il proprio diritto interno alla CADU, dato che, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, gli Stati Parti si impegnano ad adottare le misure legislative o di altro genere necessarie per

rendere effettivi i diritti e libertà da essa previsti e il cui esercizio non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne.

Ma non è tutto, poiché la Corte accertò altresì la violazione, in pregiudizio dei sopravvissuti e dei familiari delle persone uccise, delle già menzionate convenzioni stipulate *a latere* della CADU, in particolare degli artt. 1, 6 e 8 della *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* e dell'art. 7.b della *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (la cd. *Convención de Belém do Pará*), sia per la violazione del divieto di tortura, sia per la mancata investigazione dei fatti e l'accertamento delle relative responsabilità. Chiaramente, il mancato rispetto di disposizioni pattizie “oltre la CADU” aggrava ulteriormente la posizione dello Stato salvadoreño in termini di responsabilità internazionale e, conseguentemente, rafforza il diritto delle vittime ad ottenere giustizia e adeguate riparazioni.

2.1. – A fronte di tali massicce violazioni dei diritti umani, la Corte dispose un articolato corredo di riparazioni. A tale proposito, è bene ricordare che El Salvador effettuò il totale riconoscimento della responsabilità per il massacro (“*El Mozote merito*”, §§ 17 ss., § 357), peraltro già emerso nel corso della fase pregiudiziale davanti alla Commissione, esprimendo altresì la piena volontà di prestare le dovute riparazioni alle vittime.

Oltre alla sentenza, che costituisce una forma di riparazione *per se* (“*El Mozote merito*”, punto risolutivo 1 – in dottrina, cfr. E. Wyler, A. Papaux, *The Different Forms of Reparations: Satisfaction*, in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, 631 ss.), i giudici disposero che lo Stato attuasse, in via di restituzione alle comunità colpite, un programma di sviluppo sociale, economico e abitativo, anche al fine di consentire il rientro di coloro che erano stati costretti a fuggire, mentre, sul piano riabilitativo, che El Salvador attuasse un programma permanente di assistenza fisica, psicologica e psicosociale per le vittime sopravvissute al massacro e i familiari delle persone uccise. I giudici stabilirono, inoltre, che lo Stato completasse il già aperto *Registro Único de Víctimas y Familiares de Víctimas de Graves Violaciones a los Derechos Humanos durante la Masacre de El Mozote* (di séguito, *Registro Único*) e segnalasse i siti nei quali le vittime dell'eccidio erano state sepolte, ai fini dell'esumazione, identificazione e consegna dei resti ai familiari. Infine, in via compensatoria, la Corte decise che dovessero essere pagate alle vittime gli indennizzi previsti e che lo Stato convenuto reintegrasse il *Fondo de Asistencia Legal de Víctimas*, cui i ricorrenti avevano attinto per avviare il procedimento contro El Salvador.

Quanto alle misure di soddisfazione, atteso il riconoscimento pubblico della responsabilità da parte dello Stato, la Corte dispose che la sentenza di merito fosse pubblicata e che fosse realizzato un video sul massacro, da diffondere e trasmettere almeno una volta su un canale televisivo a diffusione nazionale e da pubblicare sulla pagina *web* delle forze armate (“*El Mozote merito*”, § 365). Sul piano delle garanzie di non ripetizione, i giudici San José decisero che le stesse forze armate, ad ogni livello gerarchico, dovessero essere formate, in modo permanente e obbligatorio, sui diritti umani.

Ma, soprattutto, la Corte IDH stabilì che lo Stato dovesse investigare sul massacro di El Mozote e identificasse, giudicasse e sanzionasse i responsabili, senza che la legge di amnistia del 1993 costituisse un ostacolo, e altresì che si procedesse a investigare e sanzionare i funzionari governativi che, con la loro condotta, anche omissiva, ostacolarono le prime indagini, così garantendo l'impunità ai colpevoli.

Come vedremo, l'attuazione delle riparazioni è sorvegliata dalla stessa Corte e, a tal fine, gli Stati per i quali è accertata la responsabilità internazionale per violazione della CADU – ed eventualmente delle convenzioni stipulate *a latere* – sono tenuti a presentare ai giudici di San José dei rapporti periodici sullo stato di attuazione delle riparazioni. Compreso El Salvador, che entro un anno dalla notifica della sentenza *El Mozote merito*, dovette rimettere il suo primo rapporto.

3. – Emerse, però, da subito un problema di interpretazione della sentenza di merito, rilevato e sollevato dalle vittime, poiché direttamente funzionale all'adempimento delle riparazioni.

Giova ricordare che la richiesta di interpretazione (cfr. art. 67 CADU e art. 68 del regolamento della Corte IDH) può essere avanzata, attraverso una *solicitud de interpretación*, da ciascuna delle parti entro novanta giorni dalla notificazione della sentenza di merito ed è soggetta ad alcuni limiti. In ogni caso, essa non può essere utilizzata come strumento di impugnazione della decisione di cui si chiede l'interpretazione e deve avere ad oggetto la richiesta del significato di sue parti asseritamente poco chiare o imprecise (cfr. Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, 8-3-1998 [*interpretación de la sentencia de fondo*], § 16). Nemmeno si può chiedere alla Corte di San José di modificare o annullare la sentenza di merito (cfr. Corte IDH, *Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, 21-11-2012 [*interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas*], § 11), né domandare che sia ampliato il contenuto di una riparazione (cfr. Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, 20-11-2009 [*interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*], § 11). Quanto all'oggetto della *solicitud de interpretación*, non si possono addurre fatti o argomenti di diritto già considerati dalla Corte (Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú, cit.*, § 15), né si possono sollecitare i giudici a considerare nuovamente questioni già risolte (Corte IDH, *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, 29-8-2011 [*interpretación de la sentencia de reparaciones y costas*], § 30). Infine, la formulazione di argomenti astratti o ipotetici non è compatibile con l'oggetto di una richiesta di interpretazione (Corte IDH, *Cesti Hurtado vs. Perú*, 19-11-1999 [*interpretación de la sentencia de fondo*], § 27).

Ebbene, la *solicitud de interpretación* nel caso del massacro di El Mozote riguardava la limitazione territoriale contenuta al § 56 della sentenza di merito, nel quale i giudici affermarono che non erano considerate come vittime coloro che erano stati uccisi in luoghi non inclusi nell'*Informe de fondo* della Commissione, il quale offre ai giudici di San José la base fattuale da considerare nella trattazione del caso (dunque, di principio, non è possibile addurre fatti nuovi: cfr. Corte IDH, *Cinco Pensionistas vs. Perú*, 28-2-2003 [*fondo, reparaciones y costas*], § 153).

D'altra parte, tale limitazione pareva scontrarsi con la decisione di applicare al caso l'art. 35.2 del regolamento della Corte ("*El Mozote merito*", § 310), a tenore del quale

Quando se justificar que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas.

Non avendo la Corte IDH riconosciuto tali ulteriori vittime nella sentenza di merito, si domandava quindi di chiarire tale contraddizione, anche alla luce dell'obbligo posto in capo allo Stato salvadoreño di completare il *Registro Único*, poiché detta limitazione territoriale avrebbe potuto generare delle complicazioni nel corso della supervisione proprio di tale riparazione. Le vittime, dunque,

consideraron que la Corte debería aclarar “las contradicciones que surg[irían] de la limitación territorial establecida en el párrafo 56 de su [S]entencia, en relación con la obligación estatal de identificar a todas las víctimas de las masacres que no fueron determinadas en la [S]entencia”. Por otra parte ... dado que la Corte ordenó al Estado que continuara con la plena puesta en funcionamiento del [*Registro Único*, n.d.r.] ... la limitación territorial establecida en la Sentencia “podría generar complicaciones durante el proceso de supervisión de esta medida” (Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 19-8-2013 [*Interpretación de la fondo, reparaciones y costas*], d'innanzi "*El Mozote interpretazione*", § 2)

Nella sentenza "*El Mozote interpretazione*", i giudici preliminarmente rammentano che nel paragrafo successivo a quello oggetto di *solicitud de interpretación* si afferma che

Considerando que no existe oposición del Estado para que otras personas más allá de las indicadas por la Comisión sean incluidas como presuntas víctimas, en atención a las particularidades del presente caso, el Tribunal tendrá como víctimas a aquellas personas identificadas e individualizadas por la Comisión en sus listados anexos al informe de fondo y/o por los representantes en sus listados anexos a su escrito de alegatos finales, que hayan sufrido alguna violación de derechos humanos en el marco de las masacres ... siempre que el Tribunal cuente con la prueba necesaria para verificar la identidad de cada una de esas personas. En base a estos criterios y a la prueba que ha sido allegada, esta Corte ha podido determinar un número de víctimas que es singularmente menor al de los listados aportados. Sin perjuicio de lo anterior y habida cuenta de que el propio Estado aportó un listado de 936 víctimas individualizadas, la Corte considera imprescindible que, en el marco del Registro Único de Víctimas que se encuentra desarrollando ... éste proceda a la determinación cierta de otras personas que también deban ser consideradas víctimas y, en su caso, beneficiarias de las reparaciones ... (*El Mozote* merito, § 57).

e altresì precisano che la censurata limitazione territoriale era finalizzata all'adozione della decisione nel merito, senza che ciò impedisse l'inclusione di nuove vittime nel citato registro, così coniugando la certezza giuridica dovuta ai ricorrenti alla necessità di individuare, anche *ex post*, tutte le vittime del massacro (sul punto, cfr. C. Grossman, A. del Campo, M. A. Trudeau, *International law and reparations: the Inter-American system*, Atlanta, 2018, 70), parimenti beneficiarie delle riparazioni ("*El Mozote* interpretazione", § 31). Spetta dunque alle autorità di El Salvador completare l'elenco delle vittime del massacro, comunicandone i nominativi alla Corte ("*El Mozote* merito", § 311), anche ai fini della *supervisión de cumplimiento* della riparazione in questione.

In definitiva, la Corte dichiara la *solicitud de interpretación* inammissibile per una parte e meritevole di chiarimento interpretativo dall'altra. È inammissibile nella misura in cui mira a includere nel *marco fáctico* del caso dei luoghi non indicati nella sentenza di merito, aspirando alla (non possibile) modifica del § 56. Essa è invece ammissibile nella parte in cui richiede un chiarimento sulla riparazione relativa alla tenuta del *Registro Único* e, in tal senso, i giudici di San José chiariscono – sebbene *incidenter tantum* sembrino negare l'addotta contraddittorietà del § 56 ("la decisión de la Corte lejos de ser contradictoria o incompatible ...", "la delimitación de los siete lugares especificados en la Sentencia no debe entenderse como contradictoria con las otras partes de la misma ...", rispettivamente §§ 31 e 36 "*El Mozote* interpretazione") – che l'obbligo dello Stato di identificare le vittime del massacro di El Mozote comporta l'inclusione in detto registro di altre nuove vittime, anche se i fatti che le hanno riguardate sono avvenuti in luoghi vicini o limitrofi alle zone contemplate nella sentenza di merito.

4. – Prima di entrare nel merito della *supervisión de cumplimiento* del caso El Mozote, conviene ricordare che la competenza esecutiva della Corte non si fonda esplicitamente sulla CADU, dato che nessuna sua disposizione la prevede (cfr. C. Correa, *Artículo 63. Reparaciones y medidas provisionales*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 845).

I giudici di San José hanno, quindi, ricavato in via interpretativa la loro competenza a verificare lo stato di attuazione delle riparazioni, sulla base di diverse disposizioni convenzionali, che sono poi quelle richiamate nelle risoluzioni di *supervisión de cumplimiento*. In particolare, la formula utilizzata prevede che la Corte proceda alla verifica sull'attuazione della sentenza di merito

en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, 25 y 30 del Estatuto, y 31.2 y 69 de su Reglamento.

Rispetto a tale combinato normativo, va *in primis* dato conto dell'art. 68.1 CADU, che prevede l'obbligo degli Stati parti di dare attuazione, nei rispettivi diritti interni, alle sentenze della Corte ogni qual volta siano parti in causa. Come hanno affermato i giudici, tale obbligo comprende la necessità che gli stessi Stati informino la Corte sull'adempimento delle riparazioni disposte, poiché se tale dovere informativo non sussistesse, non si potrebbe valutare lo stato di attuazione delle sentenze (Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, 14-3-2018 [*supervisión de cumplimiento de sentencia*], considerando 2).

Quanto alle restanti disposizioni, ai sensi dell'art. 33 CADU la Corte è competente sulle materie riguardanti l'adempimento degli impegni assunti dagli Stati parti della Convenzione, i quali possono riconoscerne, ex art. 62 CADU, la giurisdizione su tutte le materie riguardanti l'interpretazione o l'applicazione della stessa Convenzione. Invece, l'art. 65 CADU, il cui contenuto è nella sostanza replicato dall'art. 30 dello Statuto della Corte, prevede che i giudici di San José sottopongano all'Assemblea generale dell'OSA un rapporto annuale sull'attività svolta, nel quale sono precisati i casi in cui uno Stato non ha dato esecuzione alle sentenze che lo riguardano. Ancillari, per quanto pertinenti, sono invece da intendere i riferimenti all'art. 67 CADU, in tema di definitività delle sentenze della Corte e della loro possibile interpretazione, e agli artt. 24 e 25 dello Statuto, vertenti su alcuni aspetti procedurali.

Merita peraltro segnalare che, nonostante non si tratti di una competenza espressamente attribuita alla Corte, l'Assemblea generale dell'OSA ne ha effettuato un chiaro riconoscimento in relazione a quanto previsto dal citato art. 65 CADU, avendo affermato, per la prima di diverse volte, che

con el propósito de que la Corte pueda cumplir cabalmente con la obligación de informar a la Asamblea General sobre el cumplimiento de sus fallos, es necesario que los Estados Parte le brinden oportunamente la información que la Corte les requiera” (AG/RES.2129, XXXV-O/05, *Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Corte IDH*, 7-6-2005, punto 4).

Da subito la competenza esecutiva è stata esercitata dai giudici di San José. Infatti, nella sentenza di merito nel caso *Velásquez Rodríguez* la Corte affermava

que supervisará el cumplimiento del pago de la indemnización acordada y que sólo después de su cancelación archivará el expediente (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 21-7-1989 [*reparaciones y costas*]), punto resolutivo 5)

e, da allora, in ogni sentenza è stata inserita una formula del tutto analoga (cfr., ad esempio, Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, 31-1-2001 [*fondo, reparaciones y costas*]), successivamente perfezionata nella formulazione oggi in uso:

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma (cfr., ad esempio, Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 8-7-2004 [*fondo, reparaciones y costas*], § punto resolutivo 22; *Andrade Salmón vs. Bolivia*, 1-12-2016 [*fondo, reparaciones y costas*], § punto resolutivo 13).

Alla competenza esecutiva dei giudici di San José sono inoltre dedicate alcune disposizioni del regolamento interno della Corte, tra cui, ad esempio, l'art. 30 relativo alla possibilità di trattare cumulativamente i casi, o l'art. 44 sulla partecipazione al procedimento degli *amici curiae*. Ma, soprattutto, con l'ultima riforma del regolamento interno è stato introdotto l'art. 69, che scandisce la procedura di *supervisión de cumplimiento*, prevedendo che gli Stati presentino dei rapporti periodici alla Corte, che le vittime e la Commissione inviino le proprie osservazioni agli stessi giudici, potendo comunque questi ultimi acquisire anche altre informazioni – ad esempio, in udienza – o disporre perizie.

Una volta acquisito l'intero quadro informativo di un caso, la Corte determina lo stato di attuazione delle riparazioni ed emana le risoluzioni che riterrà pertinenti (cfr. anche art. 29 del regolamento della Corte IDH).

Senza dubbio, la *supervisión de cumplimiento* costituisce una delle attività più impegnative per la Corte, soprattutto perché i casi da monitorare aumentano sempre di più, a mano a mano che vengono pronunciate le sentenze di merito. Secondo i dati ufficiali più recenti, è in corso la verifica sullo stato di attuazione delle riparazioni per 189 casi (*medio tempore* aumentati) e, conseguentemente, di 1008 riparazioni (*Informe Anual 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, 2018, p. 65 ss.). Ciò detto, in quasi 30 anni di esercizio della competenza esecutiva, la Corte ha sviluppato una rimarchevole giurisprudenza in tema di riparazioni, riaffermando costantemente l'obbligo degli Stati di riparare le violazioni dei diritti umani, rendendo concreto il diritto delle vittime alle riparazioni e contribuendo, attraverso l'imposizione di garanzie di non ripetizione, alla prevenzione delle violazioni della CADU e delle convenzioni stipulate *a latere* (più ampiamente, cfr. A. Nuño, *Artículos 64, 65. Función consultiva e informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 911 ss.).

5. – La Corte IDH sta verificando lo stato di attuazione delle riparazioni nel caso del massacro di El Mozote da 4 anni, nel corso dei quali ha adottato quattro risoluzioni di *supervisión de cumplimiento*.

Con la prima risoluzione (Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 3-5-2016 [*supervisión de cumplimiento de sentencia*]) – la Corte diede atto che lo Stato aveva adempiuto alla riparazione relativa alla pubblicazione della sentenza, aggiungendo però alcuni chiarimenti atti a consentire allo Stato di adempiere compiutamente a un'altra riparazione, cioè il pagamento di alcuni dei costi e delle spese sostenute dalle parti nel processo davanti alla Corte. Successivamente, con la terza risoluzione (Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 30-5-2018 [*supervisión de cumplimiento de sentencia*]), i giudici hanno infine dichiarato la completa attuazione di tale riparazione, avendo El Salvador pagato le somme relative al “reintegro de costas y gastos” indicate nella sentenza di merito.

1231

5.1. – Invece, nella seconda risoluzione (Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 31-8-2017 [*supervisión de cumplimiento de sentencia*]) la Corte diede atto che lo Stato aveva attuato la riparazione relativa alla legge di amnistia (“*El Mozote merito*”, *punto resolutivo* 4), la quale, come si ricorderà, non doveva costituire un ostacolo alla riapertura delle indagini e all'accertamento delle responsabilità per il massacro di El Mozote e di “*otras graves violaciones a derechos humanos similares*” (“*El Mozote merito*”, *punto resolutivo*, § 3).

Va ricordato che, nella sentenza di merito, la legge di amnistia era stata ritenuta contraria agli *standard* internazionali in materia di diritti umani, in particolare al diritto delle vittime a ricevere giustizia, e agli *standard* di diritto internazionale umanitario rispetto all'art. 6.5 del II Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949, secondo cui

Al termine delle ostilità, le autorità al potere procureranno di concedere la più larga amnistia possibile alle persone che avessero preso parte al conflitto armato o che fossero private della libertà per motivi connessi con il conflitto armato, siano esse internate o detenute.

Per la Corte tale disposizione non è assoluta, dato che nel diritto internazionale umanitario esiste anche l'obbligo di investigare e giudicare i crimini di guerra (sul punto, cfr. C. Focarelli, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013, 320), e comunque non è applicabile a coloro che si siano macchiati di crimini di guerra e contro

l'umanità ("El Mozote merito", § 286). Invece, la legge del 1993 concedeva un'amnistia assoluta ai colpevoli di gravi violazioni dei diritti umani avvenute nel corso di un conflitto armato interno ("El Mozote merito", § 291), contravvenendo, dunque, non solo al citato art. 6.5 del II Protocollo aggiuntivo, ma anche alla lettera e allo spirito dell'accordo di pace del 1992, il quale proibiva l'impunità per gravi violazioni dei diritti umani (*El Mozote merito*, § 287 con riferimento al *Acuerdo de Paz*, 16-1-1992, *Capítulo I Fuerza Armada, punto 5 Superación de la Impunidad*). Per tale motivo, la Corte aveva dichiarato l'assenza di effetti giuridici della legge di amnistia salvadoreña ("El Mozote merito", § 296).

Tale dichiarazione di inefficacia giuridica non costituisce certamente un inedito, né un precedente isolato nella giurisprudenza interamericana. I giudici di San José hanno più volte sanzionato, per manifesta incompatibilità con la CADU, le leggi di amnistia che ostacolavano le indagini di crimini gravi e la punizione dei responsabili, a partire dal caso *Barrios Altos* del 2001, nel quale, per la prima di numerose volte, la Corte affermò che

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú. (Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, 14-3-2001 [fondo], § 44; in senso conforme, ad esempio, Corte IDH, *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, 24-11-2010 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas], § 174 – su tale giurisprudenza, cfr. per tutti C. Medina, *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and their Theory and Practice*, Cambridge, 2<sup>nd</sup> ed., 2016, 88 ss. e N. Kyriakou, *Rights Cast into Oblivion? Amnesties in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights*, in Y. Haecck, O. Ruiz-Chiriboga, C. Burbano-Herrera (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, Cambridge, 2015, 467 ss.).

1232

Trattasi di un aspetto che ha suscitato dibattito in dottrina, poiché presuppone che l'adesione alla CADU comporti l'attribuzione alla Corte IDH della competenza a decidere quando una norma di diritto interno produce (o meno) degli effetti giuridici, a seconda della gravità della violazione (in senso critico, cfr. A. Garrido Muñoz, *Algo más que una cuestión técnica: sobre la declaración de nulidad de normas internas por la Corte Interamericana*, <http://corteidhblog.blogspot.it>, 24-3-2015; a favore, invece, è F. González Morales, *Sistema interamericano de derechos humanos: transformaciones y desafíos*, Valencia, 2013, 280 ss.).

Ciò detto, nella seconda risoluzione di *supervisión de cumplimiento* i giudici danno conto della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della legge di amnistia della Corte costituzionale salvadoreña (*Sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador*, 13-7-2016, n. 44-2013/145-2013), pronunciata sulla base delle argomentazioni addotte dalla Corte IDH rispetto all'impunità e al divieto di garantire l'amnistia in caso di grave violazione dei diritti umani. Ad avviso dei giudici di San José, la sentenza della *Sala de lo Constitucional* ha rimosso l'ostacolo giuridico all'avvio del procedimento penale di accertamento delle responsabilità per il massacro di El Mozote, senza però incidere sulla avvenuta attuazione della riparazione relativa alla conduzione del procedimento penale teso a identificare, giudicare e punire i responsabili del massacro.

In effetti, solo nel marzo 2017 fu riaperto il procedimento penale a carico dei responsabili del massacro e, non essendo ancora concluso, resta aperta la relativa *supervisión de cumplimiento*. Sarà interessante seguire il processo in corso e verificarne gli esiti, come certamente farà la Corte IDH, poiché i capi di imputazione sollevati potrebbero, in ipotesi, porre un problema di adeguatezza della pena, dunque di compiuta attuazione della riparazione. Infatti, sebbene l'ordinamento penale di El Salvador contempli delle norme che sanzionano i crimini internazionali, il processo penale si sta svolgendo per la

commissione crimini comuni (ad esempio, omicidio, rapimento aggravato e furto) e ciò in quanto né ai militari imputati sono, per diverse ragioni, applicabili le norme interne sui crimini internazionali, né un tribunale ordinario, pur in sede penale, può giudicare dei militari, anche se collocati in congedo (su tali aspetti, cfr. più ampiamente V. Hadzi-Vidanovic, *cit.*).

5.2. – Da ultimo, nella quarta risoluzione – qui in epigrafe – la Corte si è espressa sul completamento del *Registro Único*, sul pagamento degli indennizzi alle vittime e sulla realizzazione di un video sul massacro, rispetto alle quali resta aperta, pur in diversa misura, la *supervisión de cumplimiento*.

Quanto alla prima riparazione, pur prendendo atto che *Registro Único* è in continuo aggiornamento (peraltro secondo le indicazioni contenute nella sentenza “*El Mozote* interpretazione”), i giudici accertano che esso non è stato ancora completato per carenza di documenti ufficiali, essendo stati distrutti diversi registri civili nel corso del massacro. Sul punto, la Corte, anche richiamando quanto avvenuto in casi analoghi (ad esempio, cfr. Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31-1-2006 [fondo, reparaciones y costas] e successive risoluzioni di *supervisión de cumplimiento*), ricorda che

... el Estado debe buscar otras alternativas de solución a los obstáculos identificados, de manera que las víctimas y sus familiares no se vean afectadas por requisitos formales que les impidan acceder a la indemnización por carencia de documentos oficiales o determinaciones judiciales con la que no cuentan debido, principalmente, a circunstancias que son atribuibles al propio Estado ya sea por la forma de llevar los registros civiles o generadas durante el conflicto armado como lo fue la destrucción de registros o la imposibilidad práctica de realizar las inscripciones. En casos de graves violaciones como el presente, ocurridos en el marco del conflicto armado interno, lo relevante es que la identidad de las víctimas y vínculos familiares se acrediten a través de medios probatorios fehacientes cuando no sea posible obtener documentos expedidos por registros oficiales del Estado. (punto 26)

e aggiunge che, viste le peculiarità del caso, El Salvador dovrà includere nuove vittime nel *Registro Único* anche sulla base di mezzi di prova alternativi, quali, ad esempio, le dichiarazioni testimoniali attendibili (punto 32). Per tale motivo, i giudici dichiarano l'attuazione di tale riparazione ancora pendente.

Quanto al pagamento degli indennizzi per i danni materiali e immateriali subiti dalle vittime, pur avendo lo Stato proceduto a buona parte dei pagamenti, la Corte afferma che l'incompletezza del *Registro Único* comporta, quale conseguenza, il mancato indennizzo di tutte le vittime del massacro di El Mozote e, dunque, la solo parziale attuazione di tale riparazione (punto 44).

Anche l'attuazione della riparazione relativa alla realizzazione e alla diffusione di un video sul massacro è considerata parziale. Anche se il video è stato trasmesso su un canale televisivo a diffusione nazionale ed è stato pubblicato sulla pagina *web* delle forze armate salvadoreña, i giudici di San José accertano, su segnalazione dalle vittime e con l'ammissione dello stesso Stato, l'esistenza di alcune difficoltà rispetto alla sua completa diffusione nei termini disposti nella sentenza “*El Mozote merito*” (punto 48).

Ciò detto, nel complesso restano non attuate molte riparazioni e proprio per tale motivo si è affermato, in premessa, che la *supervisión de cumplimiento* del caso El Mozote sarà oggetto di ulteriori risoluzioni. Trattasi di riparazioni di non poco conto, forse la parte più impegnativa di quelle stabilite nella sentenza “*El Mozote merito*”, poiché direttamente collegate ai devastanti effetti del massacro. D'altra parte, va detto che costituisce un elemento favorevole alla loro attuazione la già menzionata accettazione delle responsabilità effettuata dallo Stato e il *commitment* dallo stesso espresso in ordine all'attuazione delle riparazioni, che trova espressione concreta nel dialogo permanente

intrattenuto con le vittime e nella volontà di rispettare le indicazioni fornite dalla Corte nel corso della *supervisión de cumplimiento*.

Di recente, durante una visita nello Stato *salvadoreño*, una delegazione della Corte ha assunto informazioni sullo stato di attuazione di diverse riparazioni pendenti e ha fornito alcune indicazioni alle autorità statali coinvolte nella loro messa in pratica, ad esempio con riguardo alla conduzione del processo penale a carico dei responsabili, al recupero dei resti delle vittime e all'avvio del programma di sviluppo a favore delle comunità colpite dal massacro (cfr. Comunicado Corte IDH, “*Corte Interamericana realizó visita a El Mozote en El Salvador para supervisar cumplimiento de sentencia*”, CP-37/18, 6-9-2018). E altre visite *in loco* seguiranno, quantomeno finché la Corte IDH non avrà considerato la sentenza “*El Mozote merito*” completamente attuata. Prosegue dunque, senza sosta, la lunga ma costante marcia verso l'attuazione delle riparazioni disposte nel 2012 dai giudici di San José, col fine di rimediare a uno dei più grandi eccidi di massa avvenuti in America centrale e latina.

## What's in a cake? A note on *Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*

di Matteo M. Winkler

**Title:** Cosa c'è in una torta? Considerazioni su *Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*

**Keywords:** Same-sex marriage; Discrimination based on sexual orientation; Freedom of religion.

1. – Twenty years ago, on early morning of 7 October 1998, a mountain bike rider cycling through the prairies surrounding Laramie, Wyoming, casually bumped into the body of a 21-year-old boy. His hands were tied to a fence with an iron thread and his face had been so badly disfigured that he resembled a scarecrow. Investigations soon unveiled that the boy, whose name was Matthew Shepard, had been beaten to death by two men because he was gay. Shepard's brutal murder not only caused an acceleration of the development of the gay rights movement in the United States, but also vividly symbolized a conflict that existed – and exists today – in American society. In fact, “as Matt lay in the hospital just a few miles away, a float in the parade [at the Colorado State University] carried a scarecrow draped in anti-gay epithets” (B. Loffreda, *Losing Matthew Shepard: Life and Politics in the Aftermath of Anti-Gay Murder*, Columbia UP, 2000, 11), while at Matthew's funeral “a very vocal group of people that condoned the brutality” held the sign “Fags Die God Laughs” (M. Cobb, *God Hates Fags. The Rethorics of Religious Violence*, NYU Press, 2006, 2). According to the Supreme Court, the Constitution allows gays and lesbians to take part in the public debate and seek protection from discrimination, but at the same time shields anti-gay funeral picketing as free speech [see respectively *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) and *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011)].

This conflict has exacerbated in more recent times in the particular context of the so-called “horizontal” enforcement of anti-discrimination laws, *i.e.*, between private parties. The problem was accidentally addressed by the Supreme Court in *Obergefell v. Hodges*, the ruling that entitled same-sex couples to marry under the Fourteenth Amendment [135 S.Ct. 2584 (2015)]. There Justice Kennedy, writing for the majority, noted that “the First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered” (*id.*, 2607). Also, Chief Justice Roberts predicted, in his dissenting opinion, that “hard questions” would shortly arise “when people of faith exercise religion in ways that may be seen to conflict with the new right to same-sex marriage”, concluding that “similar questions will soon be before this Court” (*id.*, 2625, Roberts, C.J., diss.).

They did not have to wait long. In 2017, the Court granted certiorari in the case *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* (No. 16-111) on the question

whether a business owner may refuse to apply to gay clients the same terms and conditions offered to other members of the public based on religious objections to same-sex marriage. On June 4, 2018, the Court handed down its decision, which is briefly commented in this note.

2. – In 2012, well before same-sex marriage was legalised in Colorado as a consequence of *Obergefell*, Charles Craig and Dave Mullins – a gay couple – entered Masterpiece Cakeshop, a bakery owned by Jack Phillips in suburban Denver. They asked Phillips to bake a cake for their wedding, a request that the latter categorically refused. A devout Christian, Phillips had in fact turned away many customers, stating that he did not intend to endorse a ceremony that was against the Bible’s teaching.

As some other states, Colorado provides for a public accommodation law that prohibits business from refusing to serve clients for certain specific reasons [for a survey: J.D. Bayless, S.F. Wang, *Racism on Aisle Two: A Survey of Federal and State Anti-Discrimination Public Accommodation Laws*, 2 Wm. & Mary Pol’y Rev. 288, 300-306 (2011)]. Passed in 1885 with the purpose of granting all citizens equal access to goods and services regardless of their skin color, the Colorado Anti-Discrimination Act (CADA) progressively expanded to other traits such as disability, creed, marital status, national origin and sexual orientation. The CADA also provides that discrimination complaints are adjudicated by an administrative body, the Colorado Civil Rights Commission, in charge of carrying out the proper investigations and handing down a decision that is subject to appeal before state courts. According to CADA’s relevant provisions, the Commission has the power to order to cease-and-desist discrimination, to file periodical compliance reports and to take affirmative action such as public posting, while it has no power to award damages or fines.

When Craig and Mullins filed a complaint against Phillips, the latter responded by claiming that baking a wedding cake was a form of free speech and free exercise of religion, both protected by the First Amendment. However, both the Commission and the Colorado Court of Appeals disagreed, concluding that the CADA qualified as “a valid and neutral law of general applicability” whose enforcement cannot be relieved on the ground that it intruded on Phillips’ First Amendment rights [*Craig v. Masterpiece Cakeshop Ltd.*, 370 P. 3d 272 (Colo. App. 2015)].

The problem, as the U.S. Supreme Court posited it, was whether the owner’s discriminatory conduct “would be well understood in our constitutional order as an exercise of religion ... that gay persons could recognize and accept without serious diminishment of their own dignity and worth”. The case, however, was narrower than it seemed at first glance: Phillips did not refuse to serve the gay couple any of his products, but only one – a wedding cake – for which he claimed to have used his artistic skills “to make an expressive statement”. Furthermore, as said above, all this happened at a time when same-sex marriage was not yet permitted in Colorado.

3. – Justice Kennedy delivered the opinion for the Court, while Justices Kagan, Gorsuch and Thomas filed three different concurring opinions and Justices Ginsburg and Sotomayor dissented. Remarkably, the Court did not answer directly to the question posed by the petitioner, preferring not to take position on a business owner’s right to refuse service in light of her religious beliefs against gay people’s right not to be discriminated. Rather, it preferred to focus almost exclusively on the facts of the case, using a typical “avoidance technique” that allows it to hear the case and at the same time safely step out of intensely controversial constitutional issues (see L. Kloppenberg, *Playing It Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the Development of Law*, NYU Press, 2001, 121). By this way, the Court could transform a controversy between private parties into a governmental matter, addressing Phillips’ treatment by the

Colorado Civil Rights Commission and not the relationship between the Fourteenth and the First Amendment.

In this respect, the Court first noted that “the Civil Rights Commission’s treatment of [Phillips’] case has some elements of a clear and impermissible hostility toward the sincere religious beliefs that motivated his objection”. In particular, at least two of the commissioners expressed the view that religion has no place in business. One said that if someone wants to do business in Colorado, she needs to find a compromise with her personal beliefs. Another went further, stating that “freedom of religion has been used to justify all kinds of discrimination throughout history, whether it be slavery [or] the [H]olocaust”. None of the other commissioners objected, and all these elements, according to the Court, “cast doubt on the fairness and impartiality of the Commission’s adjudication of Phillips’ case”.

A second element considered by the Court was a bunch of decisions taken by the same Colorado Commission in respect of the case of a man, William Jack, who requested three different bakeries to make cakes displaying some anti-gay images and text taken from the Bible, which the bakeries refused to do. In those three cases, the Commission had found no probable cause in support of Jack’s religious discrimination complaints, concluding that the bakeries had correctly turned away Jack for demanding statements that stigmatized the same category of clients that anti-discrimination laws seek to protect. According to the Supreme Court, the Commission had ignored Phillips’ willingness to sell Craig and Mullins other products while it had retained this circumstance relevant in favor of the bakeries addressed by Jack, hence forcing to conclude that there was a difference in treatment between the two as to the validity of religious objections.

The Court also cited *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* [508 U.S. 520 (1993)]. That case concerned some ordinances prohibiting animal sacrifices which were passed by the municipal council of Hialeah, Florida, after a Santería church, which traditionally practices such sacrifices publicly, announced some construction projects in the city. Writing on behalf of a unanimous court, Justice Kennedy had noticed that the ordinances directly targeted the Santería church and its practices, and therefore were neither general nor neutral in their scope, as required by *Employment Division v. Smith* [494 U.S. 872 (1990)]. In fact, the discussions that led to the ordinances illustrated quite well the council’s attitude towards the church, being sufficient to mention here the statement of the council’s president: “What can we do to prevent the Church from opening?” (*Church of Lukumi Babalu Aye, supra*, 541). Based on the ordinances’ text, scope and legislative history the Supreme Court finally struck them down, warning the government about the duty to respect the First Amendment: “Those in office must be resolute in resisting importunate demands and must ensure that the sole reasons for imposing the burdens of law and regulation are secular. Legislators may not devise mechanisms, overt or disguised, designed to persecute or oppress a religion or its practices” (*id.*, 547).

For the Court, Phillips was subject to the same treatment as the Santería church. In particular, the records revealed that the Commission “was neither tolerant nor respectful of Phillips’ religious beliefs”. In other words, while Phillips was entitled to a neutral decisionmaker, it was not on the adjudicators to say whether his objections were legitimate or not. Because the Commission was not neutral, the Court ruled that its decision in Phillips’ case had to be invalidated and the judgment of the Court of Appeals that had affirmed it had to be reversed.

4. – It has been stated, quite correctly, that “every judicial opinion can be thought of as creating its own gravitational field. Important decisions have greater mass than run-of-the-mill decisions and operate at a closer distance to some public issues than others” (W. Frank, *Law and the Gay Rights History*, Rutgers UP, 2014, 204). No doubt *Masterpiece Cakeshop* will not only attract further cases, but also operate closely to highly debated

issues – namely, the effectiveness of public accommodation laws and the limits of religious objections and exemptions.

In fact, both religious freedom and gay rights advocates had much to fear from the outcome of this case: the former accused the government to be using “antidiscrimination statutes as swords to punish already marginalized people” [R.T. Anderson, *Disagreement Is Not Always Discrimination: On Masterpiece Cakeshop and the Analogy to Interracial Marriage*, 16 Geo. J.L. & Pub. Pol’y 123, 124 (2018)] and the latter expressed concern about a possibly fatal erosion of anti-discrimination laws [T.R. Day, D. Weatherby, *Contemplating Masterpiece Cakeshop*, 74 Wash. & Lee L. Rev. Online 86, 102 (2017)]. Now that the ruling is out, however, both sides have plenty to reflect upon.

One may start with three main objections against the majority’s reasoning. First, as Justice Ginsburg remarked in her dissenting opinion, the Court’s counterfactual analysis does not look very accurate. In fact, the majority wrongly presumed that the comments of two members of the Colorado Civil Rights Commission determined the final outcome of the whole proceedings, including the well-articulated 23-page long ruling of the Colorado Court of Appeals. Moreover, the fact that the other commissioners omitted to openly criticize their colleagues’ statements says nothing about their own hostility towards religion, let alone towards Phillips’ religious beliefs. These two elements make the judgment so connected to the peculiarities of the case that it will be difficult to use it to delineate a generally applicable First Amendment right on business owners to refuse to serve same-sex couples based on the traditional definition of marriage.

Second, regarding the other three bakeries, their cases are sharply different from Phillips’ one. In fact, the Colorado Civil Rights Commission had properly found that such bakeries had not discriminated against Jack for the simple reason that they would have refused to write the same anti-gay messages over *any* cake, regardless of the client’s religion. In other words, as Justice Ginsburg commented, “change Craig and Mullins’ sexual orientation (or sex), and Phillips would have provided the cake. Change Jack’s religion, and the bakers would have been no more willing to comply with his request”. It is subsequently hard to see hostility towards religion behind the Commission’s decision against Phillips *just because* in other previous cases the Commission had decided correctly that discrimination had not occurred. Distinguishing justified the opposite outcomes.

Finally, the precedent mentioned by the Court is very different from *Masterpiece Cakeshop*, for two reasons. First, the factual background is substantially different. In *Church of Lukumi Babalu Aye*, the municipal council of Hialeah had deliberated under the strong influence of the city population that opposed the construction plans of the Santería church. For that reason, the ordinances challenged before the Supreme Court were polluted by a discriminatory intent, which made them void for violation of the First Amendment. Also, the proffered objectives of the ordinances were not pursued for similar nonreligious conduct, which cast a doubt on their sincerity. Second, in its holding the Court had made clear that “a law burdening religious practice that is not neutral or not of general application must undergo the most rigorous of scrutiny” (*Church of Lukumi Babalu Aye*, *supra*, 546). By contrast, nothing of the sort characterizes the CADA, which remains neutral and of general application, as it addresses all public accommodations in Colorado – and religious discrimination as well. Whereas one might be sympathetic to the Court’s concern for Phillips’ objections being subject to a fair and religiously neutral scrutiny, the precedent used by the Court is clearly misleading.

As a final note, coming back to the metaphor of the gravitational field, *Masterpiece Cakeshop* can – and will – be used to settle other cases, provided that, however, it is well understood that in no way did the Court imply that business owners are now generally entitled to refuse service to gay couples based on their traditional definition of marriage. This interpretation has been recently confirmed by the Arizona Court of Appeals, which on June 7, 2018 rejected the First Amendment complaint of an artwork provider in light of *Masterpiece Cakeshop*, and by the Oregon Supreme Court, which on June 23, 2018 denied review of the case of a vendor who refused to bake a wedding cake for a lesbian couple

[see, respectively, *Brush & Nib Studio LC v. City of Phoenix*, 418 P.3d 426 (2018), and *Sweetcakes by Melissa v. Oregon Bureau of Labor and Industries*, 410 P.3d 1051 (2017)].

If there is a clear and usable take-away from *Masterpiece Cakeshop*, then, it is that refusing service should never bring about a stigmatization of lesbian and gay people. While the Court clearly affirmed that religious freedom deserves protection, it remains disputable that this freedom comes with the freedom to discriminate based on the customer's sexual orientation. It is not an accident, in this respect, that the ruling both opened and closed not with a note on the First Amendment but with an affirmation of the need to ensure equal access to public accommodations. Future disputes, Justice Kennedy concluded, "must be resolved with tolerance, without undue disrespect to sincere religious beliefs, and without subjecting gay persons to indignities when they seek goods and services in an open market".

## Il *Global Compact for Migration*: una svolta per il futuro della migrazione internazionale?

di Marco Buccarella

**Title:** The Global Compact for Migration: will it be a turning point for the future of international migration?

**Keywords:** Global Compact for Migration; ONU; International migration.

1. – In occasione della Conferenza intergovernativa tenutasi il 10 e 11 dicembre 2018 a Marrakech è stato votato da 164 Stati il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (GCM) o, più semplicemente, *Global Compact*, promosso dalle Nazioni Unite e teso a regolare il fenomeno migratorio. Pur essendo spesso attecnicamente definito patto internazionale, *intergovernmentally negotiated agreement* o con termini equivalenti, va subito chiarito che si tratta di un documento giuridicamente non vincolante: richiamando il contenuto della Convenzione ONU sui rifugiati firmata a Ginevra nel 1951, esso mira semplicemente a creare una rete di collegamento tra gli Stati in grado di assicurare accoglienza e sostegno a migranti e rifugiati. Infatti, come preciseremo meglio nell'analisi che segue, il GCM, sia per la sua natura che per il suo contenuto, non incide significativamente sul quadro delle vigenti regole sulla migrazione internazionale, ma si limita ad incentivare una gestione coordinata e condivisa dei flussi migratori. Pertanto, il testo votato a Marrakech rappresenta un documento di natura programmatica, i cui obiettivi e risultati potranno concretamente raggiungersi solo in caso di collaborazione tra tutti i Paesi.

Il confronto degli Stati membri dell'ONU sul tema della migrazione, avviatosi nel 2007 con il *Global Forum on Migration and Development*, ha fatto dei passi in avanti dopo la firma della Dichiarazione di New York per i Rifugiati e i Migranti, adottata all'unanimità il 19 settembre 2016 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione 71/1. In quella sede, come indicato nel punto 1 dell'Allegato II della suddetta Dichiarazione (*Towards a global compact for safe, orderly and regular migration*), ci si è impegnati in un *process of intergovernmental negotiations* finalizzato all'adozione di un «patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare». Il risultato di questo processo, durato diciotto mesi, è, per l'appunto, il testo del GCM, il quale è stato ufficializzato il 13 luglio 2018 per essere poi approvato, come detto, il 10 dicembre 2018 in Marocco. Bisogna precisare che l'adozione del testo non è avvenuta tramite votazione espressa degli Stati, bensì per *consensus*. Toccherà poi all'Assemblea generale delle Nazioni Unite «ratificarlo» in via più solenne attraverso una risoluzione.

Il GCM entra, dunque, a far parte di un *legal framework* internazionale il cui *leitmotiv* è la protezione dei migranti ed a cui si aggiungerà, sempre in occasione della prossima Assemblea Generale dell'ONU, un ulteriore atto, il *Global Compact for Refugees*, come previsto nel punto 3 del Preambolo del *Global Compact for Migration*.

Il testo di quest'ultimo, sviluppato in 34 pagine e 54 paragrafi, si compone di un Preambolo, di 10 Principi Guida ispiratori (tra cui *International cooperation*, *National sovereignty*, *Sustainable development* e *Human rights*), di 23 Obiettivi (*Objectives*) e, infine, di 2 sezioni conclusive dedicate all'attuazione (*Implementation*) e al *follow-up* (*Follow-up and Review*).

Il *follow-up* e il processo di monitoraggio delle attività consisteranno nel costante lavoro di ricerca, da parte degli Stati, di soluzioni utili per superare i problemi connessi all'emigrazione. Questa attività di monitoraggio dei risultati dovrà effettuarsi all'interno del Forum internazionale di revisione delle migrazioni (*International Migration Review Forum*), un *meeting*, definito nel *Global Compact* come «la principale piattaforma globale intergovernativa», in cui i Membri delle Nazioni Unite, a partire dal 2022 e ogni quattro anni, potranno discutere e condividere i progressi raggiunti. Inoltre, al punto 45 lett. c), si prevede che l'*International Organization for Migration* (IOM), che opera dal 1951 e che dal 2016 è divenuta Agenzia Collegata alle Nazioni Unite, fungerà da coordinatore e segreteria per tutte le attività di monitoraggio descritte nelle ultime tre pagine.

I 23 Obiettivi rappresentano il “cuore” del *Global Compact*. Ogni singolo Obiettivo corrisponde infatti ad un “impegno” (*commitment*) che gli Stati si assumono con l'approvazione del documento. Ciò che salta all'occhio già ad una prima lettura dello stesso, è l'elencazione delle misure (*policy instruments and best practices*) che i Paesi firmatari sono chiamati ad adottare per realizzare i 23 Obiettivi prefissati. Si pensi che per ogni Obiettivo sono state specificate almeno cinque azioni da realizzare (solo l'Obiettivo 22 ne indica meno, ossia tre) e che in alcuni casi le *actions* previste sono addirittura dodici ed occupano intere pagine del documento (questo vale per gli Obiettivi 1, 2, 6, 7, 10 e 18).

Sebbene non sia possibile approfondire in questa sede le singole misure previste, è tuttavia opportuno soffermarsi, seppur sinteticamente, su alcuni dei 23 Obiettivi.

L'Obiettivo numero 1 è un invito, rivolto agli Stati, a raccogliere e utilizzare dati specifici relativi al grado di integrazione sociale e lavorativa dei migranti. Nella prospettiva del GCM, l'impiego di tali informazioni diventa fondamentale al fine di adottare misure e politiche concrete nell'interesse dei migranti e del Paese che li ospita. Ad esempio, i dati relativi all'incidenza, in determinate aree, dell'integrazione dei migranti sul totale della popolazione saranno indispensabili per creare piani di collocamento ed inserimento adeguati. La *ratio* di questo primo Obiettivo è chiara: gli Stati dovranno concentrarsi sulla tutela concreta dei migranti servendosi dei dati raccolti, senza discriminazioni o strumentalizzazioni.

L'Obiettivo numero 2 chiede di «minimizzare le condizioni avverse e i fattori strutturali che spingono le persone ad abbandonare il proprio Paese di origine». Si suggerisce la creazione di piani di sviluppo orientati a migliorare la situazione dei Paesi di origine dei migranti (come ad esempio quelli dell'Africa sub-sahariana), al fine di evitare diaspore ed esodi numericamente insostenibili (Obiettivo 19). Si tratta di un proposito che sposta l'attenzione sulle cause della migrazione, demandando agli Stati, in cooperazione tra loro, il compito di trovare i rimedi necessari per risolvere il problema.

L'Obiettivo numero 4 mira ad assicurare che tutti i migranti siano in possesso di *legal identity* e *adequate documentation*; il numero 5 richiede che siano potenziate e favorite vie di accesso ed ingresso legali (*enhance availability and flexibility of pathways for regular migration*) e il numero 6, nel tutelare giuste ed eque condizioni di lavoro, ha lo scopo di impedire lo sfruttamento dei lavoratori immigrati.

Inoltre, le autorità nazionali dovrebbero contrastare l'immigrazione illegale e il traffico di esseri umani (Obiettivi 9 e 10) e rafforzare le attività di cooperazione per il controllo dei confini e la gestione dei flussi in entrata (Obiettivo 11). Secondo il *Global Compact*, dunque, la gestione cooperativa e coordinata dei confini nazionali risulta indispensabile per combattere l'immigrazione irregolare e monitorare quella legale.

Per di più si chiede agli Stati di ricorrere alla detenzione degli immigrati irregolari solo come *extrema ratio* (Obiettivo 13) e di «eliminare qualsiasi forma di discriminazione e combattere qualsiasi espressione di razzismo, intolleranza e xenofobia» (Obiettivo 17). Il

GCM, dunque, garantisce il trattamento rispettoso dei diritti umani: nessuno, per il semplice fatto di aver scelto di migrare, può veder violati i propri diritti fondamentali. L'Obiettivo numero 21, sulla falsariga di quanto appena detto, promuove gli accordi di rimpatrio dei migranti, specificando che la riammissione nello Stato di provenienza deve essere *safe and dignified*.

Gli altri obiettivi sono invece volti a migliorare concretamente la vita dei migranti e prevedono misure atte a garantire l'accesso ai servizi essenziali per la persona (salute, istruzione, assistenza previdenziale) e a facilitare il loro ingresso nel mondo del lavoro (ad esempio rendendo più semplice il riconoscimento dei titoli di studio o professionali nei Paesi di arrivo). Si tratta di una serie di obblighi che riguardano prevalentemente i Paesi interessati dai c.d. *secondary movements*, ossia gli spostamenti dei migranti in Stati diversi da quelli di arrivo. Solo alcuni Paesi rappresentano infatti le vere destinazioni dei migranti e non meri punti di approdo: in Europa, ad esempio, le mete principali sono, è noto, la Germania, la Francia e i paesi scandinavi.

Come può evincersi dai citati Obiettivi, il GCM intende, alla luce di principi guida condivisi, orientare azioni e misure comuni in materia di immigrazione. Ne sono coinvolti differenti aspetti inerenti al tema dell'*international migration*, come quelli connessi alla gestione delle frontiere, al traffico ed alla tratta di esseri umani, alla documentazione dei migranti, al rimpatrio e alla riammissione, nonché alle diaspore e alle rimesse.

Si vuole, dunque, fornire «una visione a 360 gradi sul fenomeno della migrazione internazionale» (come conferma il paragrafo 11) che si basa su una premessa di fondo: sfruttare l'approccio cooperativo «per ottimizzare i benefici complessivi della migrazione, affrontando i rischi e le sfide per gli individui e le comunità nei Paesi di origine, transito e destinazione».

2. – Una delle questioni più dibattute nei giorni che hanno preceduto l'approvazione del *Global Compact*, ha riguardato il valore giuridico delle sue disposizioni. Il dibattito ha assunto peraltro connotati fortemente polemici in Italia, in relazione, in particolare, alla decisione del nostro Governo di non sottoscrivere tale documento, per evitare «di farsi imporre dall'esterno» la propria politica in tema di immigrazione. Il problema, tuttavia, stando a quanto previsto dallo stesso GCM, non sembra avere alcuna sussistenza, se non in chiave strettamente politica, nei termini che chiariremo meglio tra poco.

Il paragrafo 7 del Preambolo, infatti, definisce chiaramente il GCM come un *non-legally binding and cooperative framework*, statuendo così la natura non giuridicamente vincolante del suo contenuto.

Peraltro, anche volendo considerare che il documento votato a Marrakech sarà successivamente oggetto di una specifica Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, questa non può certamente ritenersi un'ipotesi di decisione vincolante dell'ONU. Come è noto, l'attività principale dell'Assemblea Generale è infatti costituita dall'emanazione di raccomandazioni che hanno valore di esortazione e che solo in rari casi (come in quello previsto dall'art. 17 della Carta delle Nazioni Unite inerente al bilancio e la ripartizione delle spese dell'Organizzazione) assumono valore vincolante.

A ciò si aggiunga che è lo stesso *Global Compact*, nella sezione del paragrafo 15 dedicata al riconoscimento della sovranità nazionale, a ribadire «il diritto sovrano degli Stati di determinare la propria politica nazionale sulle migrazioni e la loro prerogativa di governare la migrazione all'interno della loro giurisdizione, in conformità con il diritto internazionale».

Le disposizioni appena citate portano quindi a qualificare il patto globale come una sorta di "intesa-quadro", riconducibile alla *soft law*, in funzione della quale i diversi Paesi, seguendo un disegno di principi e obiettivi comuni, potranno siglare accordi bilaterali o multilaterali per meglio regolare il fenomeno migratorio. Il GCM, dunque, si limita a formalizzare una comunione d'intenti tra gli Stati e, differentemente da quanto sostenuto da molti, non riconosce alle Nazioni Unite poteri specifici o una competenza esclusiva in materia di gestione dei fenomeni migratori. Tuttavia, anche le misure del *Global Compact*,

come sostenuto da una parte della dottrina (con riguardo però alle misure non vincolanti adottate dai c.d. *Treaty Bodies*), potrebbero finire per imporre agli Stati quanto meno l'obbligo di "prenderle in considerazione", cioè di motivare adeguatamente la scelta di discostarsene (v., anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, G. M. Ruotolo, *Il "caso Lula" e il diritto internazionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 3, 2018).

Orbene, se da un punto di vista giuridico non sono in definitiva giustificate le incertezze relative alla natura non vincolante del *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, va però sottolineato l'impatto che un documento votato da ben 164 Paesi potrebbe avere sulle future scelte politiche in tema di migrazione. Il problema, tuttavia, si pone proprio in relazione al fatto che tali indicazioni non sembrano essere pienamente condivise da tutti i Paesi, alcuni dei quali, oltre all'Italia, già prima del 10 dicembre hanno manifestato la propria contrarietà rispetto alla bozza pubblicata, annunciando altresì l'assenza al *meeting* di Marrakech.

Tra le Nazioni che non hanno firmato l'accordo si annoverano gli Stati Uniti guidati dal Presidente Trump, il quale ha definito il *Global Compact* «un documento che promuove l'immigrazione incontrollata e che limita la sovranità nazionale» (si veda il suo Discorso alla 73<sup>o</sup> Assemblea Generale delle Nazioni Unite svoltasi nel settembre 2018). Secondo l'opinione degli USA, infatti, la soluzione alla questione migratoria non può essere trovata affrontando le sole conseguenze dei fenomeni migratori, ma piuttosto sarebbe indispensabile elaborare programmi di sostegno allo sviluppo dei Paesi più poveri. Dello stesso avviso è l'Austria, che ha lamentato il pericolo di un'erosione della sovranità nazionale e ha peraltro condannato il *Global Compact* per non aver distinto a sufficienza la posizione del migrante regolare da quella dell'irregolare (*Austria says it won't sign the UN global migration pact*, in *apnews.com*, 2018).

L'Ungheria ha invece accusato il documento di «estremismo ideologico». Alcune previsioni del GCM, secondo il Governo ungherese, rischiano di fatto di incoraggiare l'immigrazione (Ministero Ungherese per gli Affari esteri ed il Commercio, *Hungary is exiting the adoption process of the Global Compact for Migration*, in *www.kormany.hu*, 2018). Il riferimento è, ad esempio, a quanto previsto nel paragrafo 8, ove è riportato che gli Stati firmatari riconoscono la migrazione come una fonte di prosperità, innovazione e sviluppo sostenibile del mondo globalizzato (*migration is a source of prosperity, innovation and sustainable development in our globalized world*).

Il Governo australiano ha poi criticato il *Global Compact* con riferimento a quanto previsto in merito alla detenzione dei migranti. L'Australia, nel rivendicare la sovranità nazionale sul tema migratorio, ha infatti dichiarato che le politiche suggerite nel documento votato a Marrakech non sono in linea con gli *hotspot* gestiti dal proprio Governo in Papua Nuova Guinea per fronteggiare l'arrivo via mare di migranti provenienti dal continente asiatico (Intervista al Ministro degli Interni australiano, *Peter Dutton says he will not sign UN agreement on migration 'in its current form'*, in *The Australian*, 2018).

All'elenco degli Stati non firmatari si sono poi aggiunti Repubblica Dominicana e Lettonia, nonché gli altri Paesi appartenenti al c.d. gruppo Visegrad, ossia Polonia, Repubblica Ceca e Slovacchia.

I Governi di Italia, Estonia, Slovenia e Svizzera non si sono presentati a Marrakech, riservandosi il diritto di sottoporre il testo del *Global Compact* ai rispettivi Parlamenti. Una scelta che, da essi giustificata con l'esigenza di rispettare la "democrazia interna", sembra piuttosto denotare un profondo scetticismo nei confronti di tale testo.

Sono diversi, dunque, i punti critici che, già prima del *meeting* in Marocco, come si vede, hanno spinto molti Paesi europei, oltre ad Australia, Cile, Repubblica Dominicana e Stati Uniti, a dichiarare la loro contrarietà al GCM.

Ciò premesso, bisogna precisare che il *Global Compact*, contrariamente a quanto dichiarato da più parti, non attribuisce agli individui un "nuovo diritto umano ad emigrare". Il diritto di "ingresso" in un Paese diverso da quello di provenienza, infatti, non è previsto né dal GCM, né tanto meno dal diritto internazionale generale. Peraltro, come

è noto, quest'ultimo riconosce agli Stati la libertà di stabilire la propria politica nel campo dell'immigrazione, permanente o temporanea che sia. Il limite di tale libertà è semmai dato dal fatto che gli Stati, nell'impedire l'accesso agli stranieri o nell'espellere i migranti irregolari, sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali ed evitare, dunque, modalità di rimpatrio che risultino "oltraggiose" per i migranti (B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2018, p. 253). Né, d'altro canto, il *right to leave any country*, previsto dall'art.13, par. 2, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, comporta un corrispondente obbligo di accoglienza in capo agli Stati di ingresso (v., sul tema, E. Guild, *The Right to Leave a Country*, Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, in *rm.coe.int*, ottobre 2013; G. S. Goodwin-Gill, *The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain*, in V. Gowlland-Debbas ed., *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Dordrecht, 1995, pp. 95-106).

Inoltre, non risponde al vero che, come alcuni suoi detrattori hanno sostenuto, le disposizioni del GCM siano vincolanti. Come già ampiamente rimarcato, infatti, sul piano strettamente giuridico il testo votato a Marrakech non è altro che un "manifesto politico", i cui effetti potranno realizzarsi concretamente solo in caso di concordia e reale collaborazione tra tutti gli attori in gioco.

Allo stesso tempo va sottolineato come, al di là di queste forzature, la scarsa definitezza di gran parte del suo contenuto (le misure da esso previste, si è visto, sono alquanto generiche e per di più collocate nell'ambito di obiettivi generalissimi) se da un lato può essere per molti Stati rassicurante, proprio per la genericità degli impegni che ne derivano, dall'altro, almeno in certi passaggi particolarmente ambigui, suscita il rigetto dei Paesi più sensibili al tema della tutela dei confini nazionali. Un esempio in tal senso è dato dal paragrafo 24 a), nel quale si legge che per la realizzazione dell'Obiettivo numero 8 (*Save lives and establish coordinated international efforts on missing migrants*) è necessario, tra le altre azioni previste, «assicurare che l'assistenza di natura umanitaria non sia considerata illegale». Ebbene, come si concilia tale generica disposizione con l'attività, in talune occasioni giudicata illecita dai tribunali nazionali, delle Organizzazioni non governative (ONG)? Sebbene non vi sia un espresso riferimento alle ONG, recenti eventi mostrano che, stando almeno all'avviso di alcuni Governi, l'assistenza umanitaria può diventare il "paravento" dietro cui celare l'attività illecita legata ai trafficanti di esseri umani. Lungi dal voler entrare nel merito dei casi più recenti (tra cui vi è quello italiano della *Iuventa*, l'imbarcazione della ONG tedesca *Jugend Rettet* per la quale la Corte di Cassazione ha di recente confermato il sequestro nell'ambito di un'inchiesta per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina), non può ignorarsi che esiste una potenziale incompatibilità, se non giuridica quanto meno politica, tra la disposizione del paragrafo 24 a) e le misure per la migrazione adottate dagli Stati meno favorevoli alle politiche di *open borders*.

All'indeterminatezza di alcune previsioni del GCM si aggiunge poi la critica, avanzata dall'Austria e da altri Stati non firmatari, relativa all'assenza di una chiara distinzione tra lo *status* di rifugiati e il profilo dei migranti "per motivi economici". E se è vero che, con ogni probabilità, sarà il futuro Patto Globale sui Rifugiati (*Global Compact for Refugees*) a specificare i differenti servizi che i Paesi d'accoglienza saranno tenuti a garantire in ragione del diverso *status* dei migranti, ciò non serve a placare la preoccupazione dei Governi più o meno sovranisti che, attribuendo priorità alla tutela dei loro confini, temono un contrasto tra l'accordo e i propri intenti politici.

3. – È ora opportuno, alla luce dell'analisi condotta sin qui, ricapitolare alcuni punti fermi relativi al documento in esame. Il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* promuove la cooperazione tra gli Stati sul tema dell'*international migration* e, contrariamente a quanto è stato sostenuto su più fronti, non "incoraggia" né "scoraggia" la migrazione. Esso non contiene, infatti, previsioni che contemplino un "nuovo diritto umano alla migrazione", limitandosi a garantire ai migranti diritti e libertà fondamentali

già riconosciute a tutti gli esseri umani dal diritto internazionale, sia a livello universale che regionale.

Al fine di assicurare una migrazione sicura, ordinata e regolare, vengono elencati ventitré obiettivi che costituiscono *the cooperative framework* entro cui sviluppare azioni e politiche condivise. Tuttavia, le azioni suggerite nel patto per la realizzazione di ognuno dei ventitré propositi non sono, come detto, giuridicamente vincolanti, così come non lo sono le altre disposizioni in esso contenute.

Appurato che la Conferenza intergovernativa di Marrakech dovrebbe aver formalizzato un progetto condiviso di cooperazione sul tema della migrazione, la domanda da porsi a questo punto è se esista, o meno, una reale unità di intenti tra gli Stati.

La questione è di grande rilevanza, in quanto, trattandosi di un accordo non vincolante, se non vi è comunità di intenti difficilmente si otterranno gli effetti sperati. Questo suggerirebbe di evitare di liquidare la posizione contraria dei Paesi non firmatari negando qualsiasi confronto sul tema.

Ciò vale anche, e soprattutto, per l'Unione Europea. Infatti il GCM, in quanto quadro cooperativo internazionale, va coordinato con il *Migration Partnership Framework* redatto dalla Commissione Europea nel 2016, che, tra le altre cose, promuove la collaborazione con Paesi terzi e Organizzazioni Internazionali, tra cui l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (IOM) e l'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), con le quali l'UE condivide azioni, priorità ed obiettivi. Proprio in considerazione di ciò, l'Unione Europea è stata invitata a partecipare alla Conferenza intergovernativa di Marrakech in qualità di osservatore e con il diritto di prendere parte alle discussioni. Tuttavia, mentre una delegazione del Parlamento europeo ha partecipato al *summit* di Marrakech, diversi Membri dell'UE (tra cui Austria, Italia, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria) hanno disertato l'incontro e non hanno votato il documento finale. Se persino un'organizzazione internazionale fortemente integrata come l'UE è al suo interno divisa sul tema, è difficile immaginare come il nascente quadro di cooperazione internazionale possa, sulla base di queste premesse e senza reggersi su disposizioni vincolanti, rappresentare – come da qualche parte si è affermato – una “svolta epocale” per il futuro della migrazione internazionale.

Occorrerebbe dunque abbandonare gli spiriti propagandistici-elettorali dei più accaniti sostenitori e detrattori del patto per aprire un confronto sul contenuto del documento e sulle perplessità manifestate da alcuni Paesi (tra cui alcuni Membri dell'UE e gli Stati Uniti). Infatti, al di là dei pretestuosi *slogan* utilizzati per giustificare le rispettive tesi, in esso vi sono punti poco chiari e concetti troppo generici che, in una prospettiva di cooperazione internazionale, potrebbero essere rivisti, specificati o integrati. Sebbene il *Global Compact* non comporti alcun trasferimento o restrizione delle prerogative nazionali, non per questo gli Stati devono sentirsi obbligati ad un'adesione *a priori*. Al contrario, in linea con lo spirito collaborativo del GCM, dovrebbe essere quanto meno discussa ogni richiesta di ridefinizione del documento atta a raggiungere una piena condivisione del suo contenuto.

4. – Si guardi, a tal proposito, quanto è avvenuto da ultimo in Italia. È evidente che la scelta di rimettere la decisione sul GCM al Parlamento, comunicata il 28 novembre in aula dal Ministro dell'Interno Matteo Salvini, nasconde un'incertezza (e una divisione) del Governo sulla posizione da assumere in proposito. Tale incertezza, con ogni probabilità, si fonda sul timore che alcuni punti non sufficientemente chiari del *Global Compact* possano entrare in contrasto con gli obiettivi e le priorità del c.d. contratto di governo gialloverde (v., in tal senso, C. Sacino, *I global compact su migrazioni e rifugiati sono compatibili con le politiche del Governo italiano?*, in *Dossier del Centro Studi Politici e Strategici Machiavelli*, n. 9, 6 Novembre 2018). Sebbene la richiesta di un dibattito parlamentare sul tema possa considerarsi comunque auspicabile, ricordiamo che nell'ordinamento italiano il Parlamento è chiamato ad esprimersi solo in merito all'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 80 della Costituzione.

Una previa pronuncia del Parlamento, tutt'al più "utile" per giustificare le scelte politiche del Governo, non sembra necessaria per adottare un documento che, come il GCM, non è un trattato internazionale (cfr., A. Spagnolo, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'Accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, in *SIDIBlog.org*, 05 dicembre 2018).

Un caso a parte, ma che si sarebbe potuto verificare anche in Italia, è quello del Belgio, dove il primo partito della coalizione di governo, *Nieuw-Vlaamse Alliantie* (N-VA, l'Alleanza fiamminga di destra), ha ritirato i suoi Ministri dopo il sostegno del premier Charles Michel al *Global Compact*. Dal 2014 il Belgio è guidato da una coalizione che, per la prima volta, è riuscita a tenere insieme, da un lato, i liberali francofoni e fiamminghi (*Mouvement Réformateur* e *Open Vlaamse Liberalen en Democraten*) e i cristianodemocratici fiamminghi (*Christen-Democratisch en Vlaams*) e, dall'altro, i nazionalisti fiamminghi della *N-VA*, alla loro prima esperienza in un governo federale. Tuttavia, la decisione di Charles Michel di partecipare alla conferenza di Marrakech ha spezzato gli equilibri: il premier dovrà così guidare un governo di minoranza fino al 2019.

Alla luce di quanto detto, dunque, il patto sulla migrazione fornisce *the international cooperative framework* attraverso cui raggiungere due obiettivi fondamentali: ribadire i diritti umani di 258 milioni di persone che oggi hanno già abbandonato il loro Paese di origine e gestire in modo coordinato i flussi migratori internazionali. Mentre, però, non vi sono perplessità o contrarietà in merito alla necessità di riconoscere i diritti fondamentali ai migranti (anche perché tali diritti, come detto, devono già essere garantiti a tutti gli esseri umani alla luce del diritto internazionale), la stessa cosa non può dirsi per molte delle disposizioni che concernono la gestione condivisa e coordinata dei fenomeni migratori. Tra i punti che dovrebbero essere ridiscussi vi è il differente trattamento da riservare a chi emigra per tutelare la propria incolumità, come accade al rifugiato politico, rispetto a chi emigra per motivi economici; e ciò anche alla luce delle note e crescenti difficoltà a tracciare una chiara linea di confine tra queste categorie, considerando, se non altro, lo stretto legame che tende a instaurarsi tra conflitti bellici e impoverimento delle popolazioni coinvolte. Bisognerebbe altresì definire il ruolo e le prerogative delle ONG nell'ambito degli obiettivi prefissati dal GCM e specificare le espressioni troppo vaghe, in quanto distanti dalla promessa di pragmatismo su cui esso è fondato.

Inoltre, la ridefinizione di alcuni punti già inseriti nel *Global Compact* potrebbe essere la giusta occasione per soffermarsi maggiormente su due aspetti: le ragioni che hanno portato i migranti ad abbandonare la propria terra e i rimedi atti a prevenire, più che a curare, la loro condizione di disagio.

In quest'ottica potrebbe addirittura considerarsi la possibilità di adottare una proposta alternativa di gestione dei flussi migratori, elaborata dagli studiosi di Oxford Collier e Betts, finalizzata a indirizzare i migranti verso c.d. rifugi-città economiche, individuati in Paesi terzi sicuri e vicini ai luoghi di crisi (P. Collier, A. Betts, *Refuge: rethinking refugee policy in a changing world*, Oxford, 2017). Il piano, per la sua attuazione, prevede una distribuzione dei compiti tra gli Stati secondo il principio del vantaggio comparato: i Paesi sviluppati e i fondi internazionali provvederebbero all'onere economico per intero, mentre quelli in via di sviluppo fornirebbero il luogo "fisico" per i rifugi-città economiche. Ipotizzare tali luoghi di asilo in Paesi quanto più possibile vicini ai luoghi di crisi permetterebbe di ridurre le differenze culturali tra migranti e Paesi ospitanti, garantirebbe viaggi più brevi e sicuri per i rifugiati stessi, faciliterebbe i ricongiungimenti familiari e consentirebbe di investire in modo più proficuo il denaro oggi destinato dagli Stati più ricchi all'accoglienza.

Tutto ciò premesso, non ci resta che attendere gli sviluppi successivi alla Conferenza intergovernativa di Marrakech per capire se il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* rimarrà solo un "manifesto politico" (più o meno apprezzabile, a seconda dei punti di vista) o se, invece, vi siano margini per ridiscuterne il contenuto e programmare azioni concrete che siano finalmente condivise da tutti gli Stati.

## Il programma di governo di Jair Bolsonaro: tra anacronismi e contraddizioni

di Carolina Regali Costa Do Amaral

**Title** Jair Bolsonaro's political program: anachronisms and contradictions

**Keywords:** Brazil; Bolsonaro; Presidentialism.

1. – *Le elezioni presidenziali del 2018* – Passo dopo passo Jair Bolsonaro, ex militare di estrema destra membro del partito Social-Liberale, con il 55,2% delle preferenze, è diventato la più alta carica del governo brasiliano battendo il rivale Fernando Haddad alle elezioni presidenziali 2018. Colui che sembrava il più improbabile tra i vincitori per le sue dichiarazioni maschiliste, omofobe e razziali ha acquisito più consensi di quel che si poteva immaginare. Dopo essere stato raggiunto da un colpo d'arma da fuoco durante un comizio il 7 settembre scorso, Bolsonaro si è ritirato dalla vita pubblica e ha utilizzato i social network (come twitter e Facebook) per smuovere le coscienze dei brasiliani ormai esausti e impotenti di fronte al degrado economico e politico che sta investendo il Paese. Il messaggio politico di Bolsonaro ha trovato terreno fertile in un contesto di malcontento dovuto soprattutto alla crisi economica globale e alla corruzione politica nazionale. A ragion del vero basti sapere che l'ex presidente Luiz Ignacio Lula da Silva si trova in carcere per corruzione e riciclaggio (*Bolsonaro appoints judge who helped jail Lula to lead justice ministry* in *The Guardian international edition*, reperibile in [www.theguardian.com/world/2018/nov/01/bolsonaro-sergio-moro-brazil-justice-ministry-anti-corruption](http://www.theguardian.com/world/2018/nov/01/bolsonaro-sergio-moro-brazil-justice-ministry-anti-corruption)).

Qui di seguito si cercherà di contestualizzare e meglio approfondire alcuni punti “vincenti” del programma di governo del presidente neoeletto come: la riforma delle pensioni, la riforma scolastica, la riduzione del deficit pubblico, del carico fiscale e l'aumento della sicurezza nazionale. Anche se, resta poco chiaro come Bolsonaro possa attuare una tale rivoluzione copernicana dopo che si è sistematicamente sottratto al confronto pubblico durante tutta la campagna elettorale. Come osserva il periodico *The Economist* Bolsonaro in ordine cronologico è l'ultimo esponente di una lunga lista di populistici comparsi sulla scena mondiale, a partire da Donaldo Trump negli Usa, Rodrigo Duterte nelle Filippine, Sebastian Kurz in Austria fino a Matteo Salvini in Italia. Ciò per cui più duole concordare con il magazine, pubblicato qualche tempo fa, è che un tale sovranista potrebbe mettere in serio pericolo la sopravvivenza della democrazia nello Stato più grande dell'America latina (*Jair Bolsonaro, Latin America's latest menace* in *The Economist* reperibile in [www.economist.com/leaders/2018/09/20/jair-bolsonaro-latin-americas-latest-menace](http://www.economist.com/leaders/2018/09/20/jair-bolsonaro-latin-americas-latest-menace)).

2. *Il regime militare* – La prima Repubblica presidenziale in Brasile è stata proclamata il 15 novembre 1889, successivamente sostituita dal breve regime parlamentare di João

Goulart, tra il 1961 e il 1963, volto ad evitare l'imminente guerra civile tra militari e rappresentanti dei lavoratori accusati di comunismo. Di fatto, João Goulart istituendo il sistema parlamentare aveva rinunciato a parte dei suoi poteri, come futuro Presidente della Repubblica, per essere nominato Presidente del consiglio dei ministri. L'intento di Goulart, in seguito alle pressioni del partito militare, era di bilanciare maggiormente i poteri tra Camere ed esecutivo. Quando João Goulart annunciò di voler cambiare l'assetto del paese con delle riforme nel 1963: l'inflazione raggiunse il 73,5%, gli accademici istituirono organizzazioni proprie come la *União Nacional dos Estudantes* (UNE), i comunisti, seppur agendo nell'illegalità, avviarono intense mobilitazioni e gli oppositori del governo ne approfittarono per accelerare il colpo di stato. Il periodo che ha segnato la dittatura militare in Brasile, dal 1964 al 1985, ha visto la scomparsa di 150 persone, la morte di altre 100 e più di 30.000 casi di torture perpetrate dagli agenti dalla dottrina della sicurezza nazionale militanti del regime militare (Piovesan F., *Lei de Anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto Sul-Americano*, in Piovesan F., *Temas de direitos humanos*. 4 ed. São Paulo, 2010, 21, p. 456-469). Inoltre, nello stesso periodo furono esiliati circa diecimila cittadini brasiliani e almeno 130 furono banditi. Altre 7.362 persone furono accusate e 10.034 indagate dalla polizia, così come 6.592 militari vennero puniti e più di 245 studenti espulsi dalle loro università (Mezarobba G., *Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil*, *Revista internacional de Direitos Humanos*, v. 7, n. 13, p. 7-25, São Paulo, dez. 2010. Reperibile in [www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo\\_01.htm](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm)). Va notato che il Brasile non è stato l'unico paese dell'America Latina a subire una dittatura nella seconda metà del secolo scorso ma a questa si affiancano le dittature cilene, argentine e peruviane (*Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: *Secretaria Especial dos Direitos Humanos*, 2007, p. 19-20, consultabile in: [cemdp.sdh.gov.br/](http://cemdp.sdh.gov.br/)).

L'obiettivo politico dei governanti, in una logica di guerra fredda, era di contenere il movimento comunista attraverso la "dottrina della sicurezza nazionale" e mediante la strategia nordamericana che a livello economico voleva limitare i negoziati con gli ex alleati del capitale estero. Il Brasile, come tutti gli altri paesi dell'America Latina, ad eccezione di Cuba, finì per orbitare intorno alla galassia degli Stati Uniti, questi ultimi sempre più impauriti che la Rivoluzione cubana potesse costituire un esempio per gli altri paesi latino-americani. Inoltre, nel golpe di stato brasiliano notevole è stato l'appoggio di Lincoln Gordon (ambasciatore degli Stati Uniti in Brasile) e dei vertici di alto livello a Washington (Silva Filho J.C., *Memória e reconciliação: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira*, in *Ministério da Justiça; Comissão de Anistia. A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*, Oxford, 2011, p. 278-306).

Glenda Mezarobba, esponente della letteratura giuridica brasiliana, individua tre distinte fasi che hanno caratterizzato il regime dittatoriale brasiliano: la prima che coincide col periodo tra il colpo di stato del 1964 e l'emanazione dell'atto istituzionale AI-1, elaborato dall'autoproclamato Comando Supremo della Rivoluzione. La seconda con l'emanazione dell'atto istituzionale AI-5 e terminata con l'inizio della terza fase e quest'ultima sorta con la proclamazione della presidenza del generale Ernesto Geisel sino alla fine del periodo del regime nel 1985 (MEZAROBBA G., *op. cit.*, p. 19).

Con l'introduzione dell'AI-1 iniziò ufficialmente la dittatura, infatti, l'atto definiva i leader, costituiva i relativi poteri e legittimava l'azione. Gli Atti istituzionali si ponevano al di sopra del potere normativo della Costituzione e il potere di legiferare passò in mano dell'esercito. Quest'ultimo, infatti, si sentiva legittimato dall'AI-1 e non dalla Costituzione o dal Congresso nazionale (CASTRO F.L., *História do Direito Geral e Brasil*, 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 528).

Tornando ai giorni nostri, anche se Jair Bolsonaro in un'intervista a *Roda Vida* ha negato la possibilità di riaprire le porte alla dittatura militare, in una dichiarazione rilasciata alla radio pubblica degli Stati Uniti, ha affermato che "la dittatura è stato un

buon periodo per il paese, perché che ha impedito al Brasile di cadere sotto l'influenza dell'Unione Sovietica" (*Dictatorship Was A 'Very Good' Period, Says Brazil's Aspiring President*, in *National Public Radio*, reperibile in [www.npr.org/2018/07/30/631952886/dictatorship-was-a-very-good-period-says-brazil-s-aspiring-president?t=1544424997319](http://www.npr.org/2018/07/30/631952886/dictatorship-was-a-very-good-period-says-brazil-s-aspiring-president?t=1544424997319)).

Sulla base di tali affermazioni, tralasciando le ideologie politiche del neopresidente, sarebbe opportuno riflettere sui possibili risvolti che un'imminente alleanza tra Usa e Brasile potrebbe determinare. Infatti, per molti anni non si sono sviluppate proficue relazioni tra Brasile e Usa a causa dell'assenza di una visione comune tra i governi ma oggi, afferma Bolsonaro, "c'è stato un salto di qualità nelle relazioni tra i due governi, le quali permetteranno di fare cose impensabili" (*Bolsonaro perto de Trump, Brasil longe do mundo* in *Jornal Estado de Mina* reperibile in [www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/10/22/interna\\_internacional,999154/bolsonaro-perto-de-trump-brasil-longedo-mundo.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/10/22/interna_internacional,999154/bolsonaro-perto-de-trump-brasil-longedo-mundo.shtml)).

3. *Il governo di uno Stato presidenziale* – Il nuovo governo oltre a voler ridurre il deficit pubblico primario intende tagliare le spese del governo federale riducendo gli attuali ministeri da 29 a 22 (anziché 15 come annunciato da Bolsonaro durante la campagna elettorale) e i ministeri maggiormente a rischio di venir soppressi erano proprio il ministero del *Meio Ambiente* e quello dei *Direitos Humanos*. Il piano di governo di Bolsonaro difende il liberalismo economico ovvero la libera concorrenza del mercato e il non intervento dello Stato nell' economia. Il nuovo programma intende attirare nuovi investimenti in Brasile sfruttando le risorse minerarie, stimolando il turismo, semplificando e unificando le tasse federali ma senza specificare quali (per maggiori approfondimenti sui 22 ministeri "superstiti" e relativi organi di vertice consultare: *Bolsonaro 'bateu o martelo' e definiu que futuro governo terá 22 ministérios, anuncia Onyx* in *G1-Politica* reperibile in [g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/03/onyx-lorenzoni-anuncia-que-governo-de-jair-bolsonaro-tera-22-ministerios.ghtml](http://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/03/onyx-lorenzoni-anuncia-que-governo-de-jair-bolsonaro-tera-22-ministerios.ghtml); v. *Principais pontos do programa de governo de jair bolsonaro* in *O Globo News* reperibile in [oglobo.globo.com/brasil/principais-pontos-do-programa-de-governo-de-jair-bolsonaro-23149417](http://oglobo.globo.com/brasil/principais-pontos-do-programa-de-governo-de-jair-bolsonaro-23149417)).

Sulla base del principio di democrazia il potere legislativo in Brasile è concentrato nelle mani del Congresso nazionale, composto dalla Camera dei deputati e dalla Camera dei senatori direttamente eletti dal popolo. Ai sensi dell'articolo 45 della CF/88 il sistema di voto contemplato per i deputati è di tipo proporzionale, i quali rappresentano il popolo e le diverse realtà brasiliane che costituiscono gli Stati e il Distretto Federale. Il Senato, *ex art.* 46 CF/88 è composto dai rappresentanti di governo degli Stati e del Distretto Federale con un sistema elettorale basato sul principio di maggioranza. Il futuro governo, che ha promesso di evitare la distribuzione di posizioni in cambio di sostegno per l'approvazione dei progetti prioritari, ha una sfida politica aperta, infatti, sino ad ora solo il partito di Bolsonaro-PSL, con 52 deputati federali, ha ufficializzato il sostegno al governo. Per l'approvazione degli emendamenti costituzionali, come per la riforma delle pensioni in atto, sarà necessario avere almeno 308 voti favorevoli alla Camera in due turni di votazione e, nonostante la presenza di 30 partiti politici al Congresso, la sfida maggiore è in relazione al partito dei lavoratori-PT con i suoi 56 rappresentanti (v. *Emenda Constitucional* in *Senado Notícias* reperibile in [www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emenda-constitucional](http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emenda-constitucional); cfr. *Reforma da Previdência: Guru de Bolsonaro defende idade mínima* in *O Globo Notícias*: [oglobo.globo.com/brasil/reforma-da-previdencia-guru-de-bolsonaro-defende-idade-minima-23105583](http://oglobo.globo.com/brasil/reforma-da-previdencia-guru-de-bolsonaro-defende-idade-minima-23105583))

Ai sensi della Costituzione federale del 1988, dall' art. 76 all'art. 91, il Presidente della repubblica ha il compito di: dirigere il governo, di rappresentare il Brasile nel mondo, guidare delle Forze armate, il potere di intervento negli Stati, nonché la responsabilità sulle proposte di bilancio e la nomina di ministri e ambasciatori. Nel rispetto del principio di democrazia, anche il presidente ha dei limiti imposti dalla stessa Costituzione, la quale attribuisce anche una serie di poteri di vigilanza al ramo giudiziario e al ramo legislativo

(ad esempio, la Suprema corte elettorale può sospendere il suo mandato, oltre alla possibilità per il Presidente di subire *l'impeachment*).

Dal combinato disposto dell'art 49 e dell'art. 66 co. 4 CF/88, l'ultima parola sull'operato dell'esecutivo spetta al Congresso, in quanto costituzionalmente dotato del potere di vigilanza e di rigetto del veto della presidenza nei casi di incostituzionalità o se contrario all'interesse pubblico. Ciononostante, secondo la letteratura giuridica il cd. sistema dei "pesi e contrappesi", tra legislativo ed esecutivo, nella pratica è mediato dalla congiuntura politica, dalle coalizioni, dalle sinergie o dalle opinioni che si vengono a creare tra Congresso e Presidente (Dos Santos Goncalves L.C., *Direito Eleitoral*, 3a ed., 2018, São Paulo, p. 220).

Benché il raggio d'azione del Presidente appaia limitato senza il supporto del Congresso, in Brasile vi sono tre strumenti che offrono al Presidente il potere di interferenza nell'agenda Congresso: la *Medida provisoria*, i progetti di legge a carattere urgente, e la possibilità di veto totale o parziale sulle leggi approvate dal Congresso. Anche se il Congresso ha la prerogativa di non approvare ciò che il governo propone, in alcuni casi, questi strumenti permettono ai progetti dell'esecutivo di aggirare il volto del Congresso. La *Medida provisoria-MP*, ampiamente utilizzata dall'esecutivo in Brasile, ai sensi della *Emenda Constitucional* n° 32 del 2001 è immediatamente efficace e se i deputati o i senatori non trovano un accordo volto alla conversione della MP in legge ordinaria, gli stessi dovranno emanare un decreto legislativo volto a disciplinare le situazioni giuridiche sorte con la MP. Fino al 2001, il governo poteva prorogare le misure provvisorie a tempo indeterminato ma con *l'Emenda Constitucional* n° 32 si è stabilito un termine di 60 giorni prorogabile per altri 60, terminato il quale, in assenza di un decreto legislativo di conversione, la MP continuerà a disciplinare le relazioni giuridiche istituite (Sampaio M., *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo, 2009, p. 140-160).

Inoltre, *l'Emenda Constitucional* n° 86 de 2015 approvata dal Congresso sul Bilancio fiscale impositivo ha ridotto la discrezionalità del governo nella concessione di risorse ai parlamentari previste dalle *emende* di bilancio annuali dell'Unione. La norma vuole evitare una pratica molto diffusa in precedenza, ossia, la possibilità di contrattazione tra Presidente e Congresso, il quale concedeva voti in cambio di fondi (VICTOR S.A.F., *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.132 ss). Alla luce di quanto su esposto è possibile affermare che non esiste una misura oggettiva capace di valutare chi detiene maggiore potere all'interno di un sistema presidenziale, quest'ultimo, infatti, varia in base alla credibilità e all'onestà del Presidente stesso.

A titolo informativo, negli Stati Uniti non esiste la MP, il governo ha un potere meno proattivo ed è più difficile rovesciare il veto presidenziale poiché sono necessari i 2/3 dei voti totali del Congresso, mentre in Brasile è sufficiente la maggioranza semplice. Il modello americano si basa su un maggiore bilanciamento dei poteri rispetto al Brasile e la presa di decisioni è più lenta. Diversamente, nel parlamentarismo le decisioni sono più veloci, infatti, il primo ministro direttamente eletto dai parlamentari gode del sostegno della maggioranza caratterizzata da una "virtuosa" fusione tra i rami dell'esecutivo e del legislativo (Pereira C. et al., *Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas: explicando o escândalo do mensalão*. In: Inácio M.; Rennó L., *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Trad. di Escoteguy Cardoso M., Belo Horizonte, 2009, p. 207-234).

4. *Il Federalismo fiscale nell'ordinamento giuridico brasiliano* – Uno studio dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) rivela che i brasiliani pagano l'equivalente del 33,4% delle dimensioni totali dell'economia in tributi. I risultati della ricerca mostrano che il carico fiscale brasiliano risulta essere il più oneroso tra quelli dell'America latina e dei Caraibi, seguito solo dall'Argentina con il 32,2% (*América Latina e o Caribe: A receita tributária tem ligeiro crescimento, mas permanece bem abaixo dos níveis da OCDE* in *OECD.ORG*: [www.oecd.org/ctp/america-latina-e-o-caribe](http://www.oecd.org/ctp/america-latina-e-o-caribe)).

a-receita-tributaria-tem-ligeiro-crescimento-mas-permanece-bem-abaixo-dos-niveis-da-ocde.htm). La crisi che sta investendo il paese richiede l'intervento di misure drastiche volte a regolare l'economia del Paese ma senza portare il settore pubblico alla paralisi. Di fatto, l'attuale sistema di gestione dei tributi, maggiormente accentrato, comporta un eccessivo onere a carico delle casse pubbliche federali con elevati sprechi. Inoltre, le ultime proposte del governo hanno suscitato molte polemiche tra i brasiliani poiché, per sanare il deficit pubblico, vorrebbero ridurre i livelli delle prestazioni sociali e assistenziali (v. Pereira Guedes K. *et al.*, *Descentralização fiscal e tamanho do governo no Brasil*, in *Econ. aplic.*, 303-323, abr-jun 2007, p.317 ss., disponibile in [www.scielo.br/pdf/econ/v11n2/07.pdf](http://www.scielo.br/pdf/econ/v11n2/07.pdf)). Di contro, un rapporto dell'Agenzia del Tesoro del 2016 sul bilancio finanziario dell'Unione rivela che le esenzioni fiscali concesse nel 2015 corrispondono a 928 miliardi di Real, pari al 15,7% del PIL, ossia, denaro che sarebbe potuto entrare nelle casse pubbliche (*Governo deixou de arrecadar R\$ 928 bilhões com incentivos fiscais, diz Tesouro* in *Economia-iG*: [economia.ig.com.br/2016-06-03/renuncias-fiscais-foram-de-r-928-bilhoes-em-2015-diz-tesouro.html](http://economia.ig.com.br/2016-06-03/renuncias-fiscais-foram-de-r-928-bilhoes-em-2015-diz-tesouro.html)).

Il federalismo fiscale è caratterizzato dalla ricerca di equilibrio tra la necessità di garantire un ragionevole grado di autonomia finanziaria e politica ai diversi livelli di governo e la necessità di coordinamento degli strumenti fiscali a livello nazionale. Ai sensi dell'art. 24 CF/88 la competenza legislativa in materia tributaria è attribuita in maniera concorrente all'Unione, agli Stati e al Distretto Federale. Il paragrafo 1 della norma afferma che la competenza dell'Unione è limitata alla definizione delle norme generali mentre spetta agli Stati la definizione delle norme di dettaglio.

L'esperienza brasiliana è caratterizzata da cicli di centralizzazione, inferiore o maggiore, del potere fiscale in mano all'Unione. L'attuale sistema di distribuzione delle risorse fiscali, tra i tre livelli di governo, è chiaramente quello di ridurre l'autonomia dei livelli subnazionali di governo attraverso il contenimento della loro capacità di legiferare in materia fiscale. La Costituzione del 1988 e il processo di ridemocratizzazione del paese hanno aumentato il grado di autonomia finanziaria degli Stati e dei comuni sia dal punto di vista delle entrate, incrementando la quantità di trasferimenti intergovernativi costituzionalmente garantiti, che aumentando la loro capacità di riscossione. Ciononostante, è possibile osservare che l'aumento di autonomia, pressoché formale, viene meno nella pratica dal momento che gli aumenti fiscali spesso confliggono con la capacità contributiva della popolazione e le attuali esigenze di spesa dell'Unione comportano, non di rado, una riduzione dei trasferimenti delle risorse tra entità; inoltre, per l'approvazione degli incentivi fiscali Statali è sempre richiesta l'approvazione unanime del Consiglio di politica fiscale, a cui partecipano tutti gli Stati (AFONSO J.R.R., *Descentralização fiscal na América Latina: estudo de caso do Brasil*, Rio de Janeiro: Cepal-CEPP, 1994, p.71ss.).

Con la Costituzione del 1934 gli statali godevano di ampia autonomia tributaria, agendo quasi indipendentemente dal governo centrale e i comuni avevano anche competenza privativa per decretare determinate tasse. L'accentramento del potere fiscale in mano all'Unione si è affermato con la riforma del 1964-67 attraverso l'emanazione del Codice Tributario Nazionale, legge n.5.172 del 1966. Il codice aveva il fine di definire norme generali applicabili all'Unione, agli Stati e ai comuni al fine di risolvere i possibili conflitti di competenza. I fautori del Codice erano pienamente consapevoli di ridurre il grado di autonomia fiscale degli Stati e dei comuni, ma ritenevano che i benefici di un maggiore coordinamento e la logica economica del nuovo sistema globalizzato superassero la perdita di autonomia (VARSANO R. *et al.*, *Uma análise da carga tributária do Brasil* – Ipea, Rio de Janeiro, agosto de 1998, disponibile in [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/td\\_0583.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/td_0583.pdf)).

5. *La riduzione delle prestazioni di sicurezza sociale in Brasile* – Il nuovo programma di governo in materia di pensioni intende introdurre il modello di “capitalizzazione” gestito dalle banche. Per bilanciare la transizione del regime verrà creato un fondo volto a

rafforzare il finanziamento e compensare la riduzione dei contributi del sistema attuale di ripartizione. L'età minima di pensionamento sarà 61 anni per gli uomini, con 36 anni di contribuzione, e 56 anni per le donne, con 31 anni di contribuzione: determinando così un aumento dell'età minima di pensionamento rispetto all'attuale regime in essere ma allo stesso tempo una riduzione rispetto alla proposta di riforma di Michel Temer del 2016 attualmente in discussione al Congresso Nazionale.

La proposta di riforma di Temer andrebbe a modificare gli art. 37, 40, 42, 149, 167, 195, 201 e 203 della Costituzione, in materia di previdenza e assistenza sociale. L'emendamento costituzionale n. 287/2016 intende porre dei limiti al pensionamento in base agli anni e al periodo di contribuzione, aumentare i criteri per ricevere la pensione in forma integrale, rimuovere gli aggiustamenti salariali minimi per la richiesta di alcuni benefici e l'impossibilità di cumulare due benefici previdenziali e assistenziali. In breve, la riforma mira non solo a ridurre la concessione di benefici ma anche a limitare l'importo delle prestazioni mensilmente concesse. Il governo Temer ritiene che l'attuazione di tali misure risolleverà i conti pubblici e ridurrà il deficit mentre il mantenimento della legislazione attuale potrebbe determinare un collasso del sistema. Di fatto, una ricerca di Kaizô Iwakami Beltrão e altri ricercatori mostra che i costi sociali e le spese previdenziali del paese potrebbero raggiungere il 46,1% del prodotto interno lordo (PIL) nel 2030 (Cruz F., *Pesquisador defende reformas para evitar colapso da Previdência em 2030*, in *Notícias Terra*, 2016, disponibile in [noticias.terra.com.br/pesquisador-defende-reformas-para-evitar-colapso-da-previdencia-em-2030,3cb833a5fe53d310VgnCLD200000bbceeb0aRC RD.htm](http://noticias.terra.com.br/pesquisador-defende-reformas-para-evitar-colapso-da-previdencia-em-2030,3cb833a5fe53d310VgnCLD200000bbceeb0aRC RD.htm)).

La previdenza sociale in Brasile si configura come un insieme integrato di risorse finanziato dall'intera società e ai sensi dell'art. 195 CF/88 può essere diretto se proviene dal datore di lavoro, dal lavoratore o dall'importatore di beni e servizi; mentre è indiretto se proviene da tasse diverse dal contributo specifico di sicurezza sociale, utilizzato quando l'insufficienza finanziaria del sistema richiede l'utilizzo di tasse provenienti da diverse entità. La principale questione sollevata da coloro che si oppongono alla riforma previdenziale, riguarda il reale valore del deficit presentato dalla segreteria contabile del governo, poiché non vi è stato alcun confronto con le parti sugli importi delle entrate e delle spese presentate dal governo. Anche il Tribunale dei Conti dell'Unione (TCU) ha affermato che esiste una grave mancanza di trasparenza relativa ai saldi della previdenza sociale poiché non è chiaro il valore attuale dei benefici previdenziali e tanto meno quello dei contributi futuri. Inoltre, dalla semplice lettura della *Demonstração das Variações Patrimoniais (DVP)* non è possibile valutare le ragioni del deficit finanziario, in quanto non esiste una separazione dei diversi risultati tra contribuenti urbani e rurali (Menezes D., *TCU aponta falta de transparência nas demonstrações financeiras da Previdência Social* in *Notícias do site Contas Abertas*, 2016, reperibile in [www.contasabertas.com.br/website/arquivos/13344](http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/13344)).

Altra questione molto dibattuta in Brasile riguarda l'importo della *Desvinculação de Receitas da União (DRU)* ovvero la percentuale attraverso la quale il Governo può destinare il 20% delle entrate per la sicurezza sociale in altre spese. Siffatta previsione è aggravata dalla proposta di *Emenda à Constituição PEC 87/2015* che oltre a togliere dei fondi dalle casse della previdenza, entro il 2023 vorrebbe aumentare la percentuale dal 20% al 30% nonostante l'attuale insufficienza dei fondi volti alla copertura delle prestazioni sociali e previdenziali (v. documento completo in *Senado Notícias* reperibile in [www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru](http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru)).

Si rileva inoltre, che quasi la metà delle azioni giudiziarie depositate presso la Corte federale e nei Tribunali speciali federali investe le prestazioni dell'Istituto Nazionale di Sicurezza Sociale. Le maggiori problematiche riguardano calcoli errati e benefici non erogati, i quali generano nel contribuente un senso di frustrazione aggravato dai lunghi tempi di attesa prima di poter ricevere una risposta soddisfacente da parte della Giustizia (Vieira L. P., *A partilha da receita das contribuições sociais entre todos os entes federados*, in *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4391, 10 jul. 2015, disponibile in [jus.com.br/artigos/33352](http://jus.com.br/artigos/33352)).

6. *Le riforme scolastiche proposte da Jair Bolsonaro* – In riferimento all'istruzione la proposta di Bolsonaro è quella di "epurare" dalle scuole l'ideologia del pedagogista Paulo Freire, la quale è volta a favorire lo sviluppo di un pensiero critico nelle coscienze degli studenti. Il neopresidente intende cambiare la base curriculare comune nazionale del sistema scolastico inferiore, aumentando l'insegnamento delle materie scientifiche e intensificando la cura della disciplina. Il programma del PSL vuole aumentare gli investimenti nell'istruzione di base e in quella secondaria riducendo quelli dell'insegnamento universitario. Bolsonaro è un forte sostenitore dell'apprendimento a distanza, sia esso elementare che superiore, soprattutto nelle zone rurali. Il programma governativo, inoltre, vorrebbe creare un'accademia militare in ogni capitale e difende l'abolizione della politica delle quote razziali nelle università pubbliche (PERES P. *et al.*, *O que esperar de Jair Bolsonaro na Educação?* in *Nova escola* reperibile in [novaescola.org.br/conteudo/12973/o-que-esperar-de-jair-bolsonaro-na-educacao](http://novaescola.org.br/conteudo/12973/o-que-esperar-de-jair-bolsonaro-na-educacao)).

A tal ragione è doveroso osservare che le quote razziali costituiscono una riserva di posti per specifici gruppi, classificati per "razza" o "etnia", che nella maggior parte dei casi sono persone di colore o indigene, all'interno delle istituzioni pubbliche o private. La l. 12.711/2012 (che è stata regolata dal decreto n. 7.824/2012 il quale definisce le condizioni generali per la riserva dei posti) riserva il 50% dei posti delle iscrizioni, nelle 59 università federali e nei 38 istituti di istruzione federale, alle suddette minoranze (Brasile. L. 12.711 del 29 Agosto 2012).

Sebbene molti considerino le quote come un sistema di inclusione sociale, in molti paesi sono sorte controversie riguardo alle loro conseguenze e alla loro costituzionalità. In Brasile la costituzionalità di tali riserve è stata approvata all'unanimità dalla Corte suprema federale nel 2012 con la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) n. 186. In quella sede il Supremo tribunale ha stabilito che le quote sono costituzionali e il ministro Ricardo Lewandowski ha sottolineato che il sistema delle quote deve essere transitorio, ossia deve durare per il periodo necessario alla correzione delle distorsioni sino ad ora create (Carrilho J.P.A. *ADPF-Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conceito de preceito fundamental. Fundamento lógico-transcendental da validade da constituição jurídico-positiva*. In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011, disponibile in [www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10158&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10158&revista_caderno=9)).

Nella relazione di voto favorevole, il ministro Carmen Lúcia ha detto che realizzare il principio di uguaglianza inscritto nella Costituzione federale è una responsabilità sociale e statale e che "il principio di uguaglianza non è solo un avvertimento, un consiglio, ma una regola che deve essere soddisfatta". Secondo il ministro Joaquim Barbosa, il diritto positivo mira a contrastare gli effetti perversi della discriminazione razziale, di genere, d'origine, d'età e delle condizioni fisiche. Il ministro ha ricordato che le azioni positive sono, in alcuni casi, già state adottate anche nel settore privato, anche grazie alla stessa magistratura in casi di discriminazione grave.

Secondo Joaquim Barbosa la discriminazione è così radicata nella società brasiliana che le persone non se ne rendono nemmeno conto. Il diritto positivo, come le quote razziali, secondo i magistrati del Supremo Tribunale mirano a combattere non solo le flagranti manifestazioni di discriminazione ma la discriminazione in sé, ed è per questo che tali misure attraggono la resistenza di coloro che storicamente hanno beneficiato della discriminazione subita dai gruppi di minoranza.

Il ministro Gilmar Mendes che ha votato a favore delle quote razziali ha anche sottolineato che il modello deve essere migliorato, ricordando il caso dei gemelli omozigoti Alex e Alan Teixeira da Cunha, dell'Università di Brasilia (UnB) quando il Centro per la selezione e la promozione degli eventi (Cespe), nel 2007, ha ammesso Alan col sistema delle quote e ha escluso Alex. Infatti, il Centro Cespe prevede che i candidati siano obbligati ad andare all'università a fare una foto che verrà poi allegata al modulo di immatricolazione e valutata da una commissione di professori che deciderà chi è nero e chi no. Pertanto, non rileva il criterio socioeconomico ma solamente il colore della pelle.

Nella sua relazione Mendes ha citato altri esempi che dimostrano come il sistema debba ancora essere perfezionato. Il ministro infatti ha ricordato che parte del problema all'accesso alle università pubbliche è causato dal numero ridotto di posti nei corsi più importanti. Mendes, in accordo col ministro Joaquim Barbosa, ha ricordato che quando si è laureato in giurisprudenza all'UnB vi erano solo 30 posti per quel corso di laurea. Oggi all'UnB i posti sono 50, "un'assurdità" riporta il ministro.

Il decano della corte, Celso de Mello, ha affermato che le azioni positive sono volte a proteggere i gruppi vulnerabili, non solo i gruppi minoritari, portando come esempio le donne, che, sebbene siano in numero maggiore rispetto agli uomini in Brasile, sono vulnerabili e meritano protezione in nome della democrazia costituzionale (*ADPF-Arguição de descumprimento de preceito fundamental* n. 186 disponibile alla pagina web del *Supremo Tribunal Federal*, reperibile in: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693)).

7. *L'istruzione* – Una ricerca dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) del 2017 mostra che in Brasile le spese per gli studenti universitari sono simili a quelle dei paesi europei mentre per gli studenti delle scuole elementari e delle scuole superiori il Brasile rientra tra i paesi che investono di meno (v. *Relatórios Econômicos OCDE Brasil*, in *EPGE Escola Brasileira de Economia e Finanças*, OCDE: Fev 2018, p. 1-172 reperibile in [epge.fgv.br/conferencias/apresentacao-do-relatorio-da-ocde-2018/files/relatorios-economicos-ocde-brasil-2018.pdf](http://epge.fgv.br/conferencias/apresentacao-do-relatorio-da-ocde-2018/files/relatorios-economicos-ocde-brasil-2018.pdf)).

Attualmente in Brasile si investe circa il 5% del PIL in istruzione e il programma di Bolsonaro non prevede nuovi investimenti nel settore. Il futuro Presidente sostiene che una migliore gestione sia sufficiente a migliorare il settore dell'istruzione, mentre gli oppositori di tale ideologia (come Claudia Costin, direttore del Centro per l'innovazione delle politiche educative della Getúlio Vargas Foundation), affermano che senza nuovi investimenti, ad esempio per la formazione degli insegnanti, alcuni programmi rischiano di non essere realizzati (Oliveira V., *Claudia Costin Professora de Harvard e ex-diretora do Banco Mundial fala ao Porvir na ocasião do lançamento Centro de Excelência e Inovação em Políticas Educacionais da FGV*, in *Inovações em Educação* reperibile: [porvir.org/mec-ganharia-ao-discutir-mudancas-os-estudantes-diz-claudia-costin/](http://porvir.org/mec-ganharia-ao-discutir-mudancas-os-estudantes-diz-claudia-costin/)).

La proposta che preoccupa la maggior parte degli esperti ascoltati dalla *BBC News Brasil* è quella di promuovere l'apprendimento a distanza, nelle aree remote del Brasile, anche per i bambini delle scuole elementari. Per Claudia Costin, l'apprendimento a distanza può produrre degli effetti positivi solo se utilizzato in modo complementare al liceo, come già avviene in alcune regioni dell'Amazzonia. L'esperta aggiunge che per il bambino il processo di socializzazione e di apprendimento con l'altro, durante l'educazione primaria, è fondamentale poiché è in quell'età che si sviluppano le abilità psicosociali, come l'affrontare la frustrazione o l'empatia. Catarina de Almeida Santos, professoressa dell'Università di Brasilia, nella medesima intervista afferma che l'educazione a distanza può essere maggiormente utile per la formazione continua degli insegnanti, per corsi tecnici o di specializzazione ma non come sostituto dell'insegnamento primario dei bambini (Passarinho N., *Eleições 2018: As falhas nos programas de Bolsonaro e Haddad, segundo especialistas em educação* in *BBC News Brasil*, reperibile: [www.bbc.com/portuguese/brasil-45904146](http://www.bbc.com/portuguese/brasil-45904146)).

Il neopresidente propone, entro due anni, l'apertura di un'accademia militare per ogni provincia dello Stato e l'inclusione nel curriculum scolastico di materie ereditate dalla dittatura militare, come: l'educazione morale e civica, l'organizzazione sociale e la politica brasiliana. Secondo Priscila Cruz, esperta in pedagogia, l'apertura di scuole militari non comporterebbe alcun impatto negli indicatori di qualità dell'educazione. L'esperta sottolinea che il costo per studente delle scuole militari (19 mila Real) è tre volte superiore a quello degli studenti delle altre scuole pubbliche (6 mila Real). Sempre secondo Priscila Cruz, le scuole pubbliche del Ceará e del Pernambuco, che investono nell'insegnamento a indirizzo artistico, tecnico e sociale, presentano un costo inferiore e risultati migliori in

termini di qualità. L'idea di reintrodurre le discipline vigenti al tempo della dittatura militare ha generato molti interrogativi tra gli specialisti, ad esempio, per Claudia Costin non è sufficiente insegnare educazione morale e civica per risolvere il problema della corruzione e dell'indisciplina in Brasile, inoltre, le nozioni di patriottismo possono essere incluse in altre discipline come la storia, la sociologia e la filosofia (PASSARINHO N., *op. cit.*). A ragion del vero, va ricordato che tutta l'attuale classe politica è cresciuta nel periodo del regime militare, con ideologia e insegnamenti propri del regime, che però paiono non essere stati sufficienti a sconfiggere la corruzione nel Paese.

8. *La tutela dell'ambiente* – In Brasile, il primo riferimento all'ambiente, e nello specifico al termine "ecologico", venne introdotto nel 1969 all'art. 172 dell'emendamento costituzionale n. 1/69 volto riscrivere la Costituzione federale del 24 gennaio 1967. Successivamente con la L. n. 6.938 del 1981 venne istituita la Politica Nazionale del Mezzo Ambiente attraverso la quale si creò il SISNAMA: un Sistema Nazionale Ambientale composto da una fitta rete di organi e istituzioni suddivisi in esecutivo (IBAMA), legislativo (CONAMA) e giudiziario (tutti ancorati al *Ministerio do Meio Ambiente*).

Odiernamente ai sensi dell'Art 225 CF/88 "Tutti hanno diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato e in capo al potere pubblico incombe un obbligo di fare in difesa e per la conservazione dell'ambiente". In seguito alla Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 (o ECO-92) il Brasile ha abbracciato la filosofia dello Sviluppo Sostenibile, secondo la quale: la crescita economica non può prescindere dal favorire una migliore qualità di vita. Durante Eco-92 il Brasile ha anche sottoscritto la Convenzione sulla Biodiversità, recepita dal Governo brasiliano con la L. n. 9985/2000 volta a disciplinare il Sistema Nazionale delle Unità di Conservazione (SNUC). La Convenzione ambiva a proteggere il 10% di ogni Bioma Brasiliano entro il 2010 ma gli ultimi dati, relativi al 2012, mostrano che complessivamente solo il 17% delle foreste brasiliane aveva delle Unità di Conservazione (si veda *Unidade de Conservação no Brasil* reperibile in [uc.socioambiental.org/](http://uc.socioambiental.org/)).

Durante le elezioni, Bolsonaro aveva dichiarato di voler unire il ministero dell'Agricoltura con quello dell'Ambiente al fine di aumentare la produzione del Paese, suscitando non poche reazioni da parte degli ambientalisti. Il timore era che il futuro governo potesse svuotare il ministero a capo dell'IBAMA e dell'ICMbio (principali agenzie di sorveglianza ambientale competenti per tutto il territorio nazionale). Fortunatamente, in seguito ad un incontro con gli agricoltori, i leader rurali e a fronte della reazione negativa dei settori esportatori, che temevano un esaurimento dell'esportazione di soia e di carne all'estero, Bolsonaro ha fatto retromarcia (salvando le sorti del Ministero dell'Ambiente).

Ciò che ancora preoccupa del futuro programma di governo sono le sorti degli accordi assunti a livello internazionale sul cambiamento climatico nonché l'intenzione di Bolsonaro di cambiare l'attuale politica di demarcazione delle terre indigene e dell'Amazônia (v. "Nota do MMA sobre ataques contra Ibama e ICMBio" in *IBAMA-Ministério do Meio Ambiente*, reperibile in [www.ibama.gov.br/notas/1757-nota-do-mma-sobre-ataques-contr-ibama-e-icmbio](http://www.ibama.gov.br/notas/1757-nota-do-mma-sobre-ataques-contr-ibama-e-icmbio)). Le affermazioni del Presidente neoeletto sollevano delle questioni giuridico costituzionali non indifferenti, poiché ai sensi dell'art 225 CF/88 le foreste sono un bene di interesse comune della popolazione e i commi 2, 4 e 6 pongono dei precisi limiti allo sfruttamento economico.

Gli ultimi dati raccolti attraverso il monitoraggio satellitare della deforestazione (IPAM) mostrano che tra agosto 2016 e luglio 2017, il disboscamento in Amazzonia si è ridotto del 16%: 6,624 km<sup>2</sup> anziché 7.893 km<sup>2</sup> registrati nell'anno precedente. Secondo Carlos Rittl, segretario esecutivo dell'Osservatorio sul clima, il calo del 16% nel 2017 non compensa l'aumento di oltre il 50% degli ultimi anni (*Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia* (IPAM), disponibile in [ipam.org.br/cartilhas-ipam/desmatamento-em-foco/](http://ipam.org.br/cartilhas-ipam/desmatamento-em-foco/)). Per Mauro Armelin, direttore esecutivo di *Amigos da Terra - Amazônia Brasileira*, è presto per festeggiare, perchè le elezioni sono da sempre un evento ostile per le foreste, dove i

candidati ai governi statali si “rilassano” nel controllo e concedono più facilmente le autorizzazioni per il disboscamento. A tal riguardo, Mauro Armelin sottolinea che anche il governo di Temer ha venduto parti dell'Amazzonia e dei diritti dei popoli tradizionali agli uffici dei siti rurali in cambio di voti al Congresso per sfuggire alle accuse di corruzione (v. *Governo divulga redução do desmatamento da Amazônia, ambientalistas afirmam que há pouco a comemorar*, in *Amazonia.org Brasil*, disponibile in [amazonia.org.br/2017/10/governo-comemora-estimativa-de-reducao-do-desmatamento-da-amazonia-ambientalistas-afirmam-que-ha-pouco-a-comemorar/](http://amazonia.org.br/2017/10/governo-comemora-estimativa-de-reducao-do-desmatamento-da-amazonia-ambientalistas-afirmam-que-ha-pouco-a-comemorar/)).

Bolsonaro durante la sua campagna elettorale ha sempre sostenuto la tesi “dell'industria” delle multe ambientali e per tale ragione ha voluto a capo del ministero dell'ambiente qualcuno capace di subordinare le questioni ambientali a quelle del *business* agricolo. Da gennaio 2019, l'avvocato Ricardo de Aquino Salles guiderà il Ministero dell'Ambiente, nonostante il suo curriculum vanti delle azioni giudiziarie in corso per illeciti amministrativi, manomissione di documenti di gestione ambientale (relativi al fiume Tietê - SP) e in campagna elettorale abbia incitato all'utilizzo dei fucili contro gli esponenti della sinistra (v. *Saiba quem é o novo ministro do Meio Ambiente* in *Greenpeace Brasil*, reperibile in [www.greenpeace.org/brasil/blog/saiba-quem-e-o-novo-ministro-do-meio-ambiente/](http://www.greenpeace.org/brasil/blog/saiba-quem-e-o-novo-ministro-do-meio-ambiente/)).

In realtà, in Brasile il problema relativo alle multe ambientali è da ricondursi all'Unione, la quale al fine di mantenere l'accentramento del potere ha tardato 23 prima di emanare la Legge complementare n.140/2011 volta a regolare la cooperazione tra i tre livelli di governo in materia ambientale. Infatti la Costituzione attribuisce competenza legislativa concorrente all'Unione, agli Stati, al Distretto e ai Municipi per la lotta all'inquinamento, la preservazione delle foreste e la protezione dei monumenti. La mancata regolazione delle competenze nello Stato federale ha portato ad un paradosso secondo cui l'attribuzione di tutti finiva per diventare l'attribuzione di nessuno (ANTUNES P. B., *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016, p. 321). Più precisamente, l'incertezza giuridica riscontrata è relativa al rilascio delle licenze ambientali, ossia, l'atto che è necessario ottenere per “l'avvio di qualsiasi attività antropica capace di modificare l'ambiente”(art. 10 L.6938/81 regolato dalla risoluzione CONAMA n.237/97). Nella pratica, diverse agenzie, appartenenti a diversi livelli di governo, chiedevano diverse licenze per medesime attività, oppure, attività che avevano ottenuto la licenza venivano sequestrate o fermate da altre agenzie che ne rivendicavano la competenza (ANTUNES P. B., *op. cit.* p.322 ss).

Inoltre, il Brasile è sotto i riflettori nazionali ed internazionali a causa del suo possibile ritiro come candidato per ospitare la prossima Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, la COP25. Infatti, nonostante Bolsonaro abbia molto da fare in Brasile (ridurre la disoccupazione che colpisce 12,7 milioni di brasiliani e fermare la violenza che ha portato alla morte oltre 63.800 persone solo nel 2017) le sue decisioni sul fronte estero rischiano di isolare il Brasile. Ad esempio, il presidente francese Emmanuel Macron ha già annunciato che non è nell'interesse del suo paese firmare accordi commerciali con nazioni che non facciano dell'accordo di Parigi. Sempre per Macron, la continuità dei negoziati tra il *Mercosur* e l'Unione europea dipenderà dalla posizione di Bolsonaro, che ha già espresso la sua intenzione di voler seguire l'esempio degli Stati Uniti e abbandonare l'accordo sul clima (SCHREIBER M., *Será que Bolsonaro pode resgatar protagonismo que Brasil já teve no G20*, in *BBC News Brasil* disponibile in [www.bbc.com/portuguese/brasil-46414533](http://www.bbc.com/portuguese/brasil-46414533)).

La poca conoscenza di Bolsonaro in relazione al valore che l'ambiente costituisce per le generazioni presenti e future non è un mistero, a tal riguardo non resta che riflettere sulla triste realtà che sta coinvolgendo diversi paesi: “è passata l'idea che la protezione dell'ambiente penalizza la crescita e impoverisce i più poveri” (RAMPINI F., *L'occasione mancata dell'Europa nella corsa contro l'inquinamento* in *La Repubblica*, 17 dic. 2018).

La tutela dell'ambiente riporta a sé una serie di questioni umanitarie che non possono essere ignorate. Ai sensi del *caput* dell'art. 225 CF/88 la protezione dell'ambiente

non è solo compito dei tre livelli di governo ma anche della società civile, rappresentata a livello nazionale ed internazionale dalle Organizzazioni Non Governative. Queste ultime, con le risorse a loro disposizione contribuiscono costantemente alla protezione delle foreste e delle popolazioni indigene maggiormente minacciate dalla deforestazione illegale (ad esempio, si vedano i progetti di *Equipe de Conservação da Amazônia -ECAM*, reperibile in [ecam.org.br/](http://ecam.org.br/)). A tal riguardo, i rappresentanti della Commissione interamericana per i diritti umani, a novembre 2018, sono stati in Brasile al fine di pronunciarsi sulle violazioni dei diritti umani recentemente accentuate dal contesto elettorale Jair Bolsonaro. Quest'ultimo, a luglio 2018, annunciava l'intenzione di voler vendere e sfruttare le 2.000 aree rurali che ospitano i Quilombola, ossia, delle comunità indigene discendenti dagli schiavi che mantengono ancora oggi manifestazioni culturali ancestrali. In riferimento ai Quilombola, Bolsonaro aveva affermato che “sono una comunità di afro-discendente inutile, i più leggeri che avesse mai visto, che peseranno al massimo sette mele [...] e non servono nemmeno più a procreare”. In seguito a tali affermazioni la Procura Generale della Repubblica ha sollevato un'accusa di razzismo verso il Presidente per la quale ancora tutto tace (MELLO M., *Omissão do Estado brasileiro marca reunião internacional sobre violações de direitos quilombola*, disponibile in [terradedireitos.org.br/noticias/noticias/omissao-do-estado-brasileiro-marca-reuniao-internacional-sobre-violacoes-de-direitos-quilombolas/22930](http://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/omissao-do-estado-brasileiro-marca-reuniao-internacional-sobre-violacoes-de-direitos-quilombolas/22930)).

9. *Riflessioni conclusive* – Dai dati pubblicati nel sito web del *Tribunal Superior Eleitoral* emerge che gli elettori di Bolsonaro sono 57,7 milioni in una fascia d'età media tra i 35 e i 65 anni. Sul totale dei votanti al II° turno, oltre 147 milioni di persone di cui 77,3 milioni donne, 6,5 milioni sono analfabeti, mentre 38 milioni non hanno terminato gli studi superiori. Di contro, coloro che hanno terminato l'istruzione universitaria sono solo 13,6 milioni di brasiliani. Inoltre, i minorenni, che in Brasile possono votare fin dai 16 anni, sono stati 1,7 milioni (Dati presi da *Estatísticas do eleitorado – Por sexo e grau de instrução* in *Tribunal Superior Eleitoral* reperibile in [www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-grau-de-instrucao](http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-grau-de-instrucao)).

Il malcontento generale, dovuto alla globalizzazione e alla tecnologia che hanno abbassato il costo del lavoro arricchendo chi svolge lavori specializzati e impoverendo la classe media, sempre più spesso porta al successo elettorale di nuovi partiti e movimenti anche quando questi non propongono soluzioni concrete per affrontare i problemi della società. In un periodo di congiuntura economica globale come quella odierna, qualsiasi governo, brasiliano, italiano, americano che sia, deve necessariamente conciliare tre esigenze fondamentali: pagare stipendi e pensioni ai cittadini, non aumentare, e per quanto possibile, ridurre il carico fiscale e il debito pubblico.

Il rapporto di Bolsonaro con l'estrema destra, il fascismo, la violenza, la misoginia, e la mancanza di impegno per i principi fondamentali delle libertà e della giustizia sociale non sono un mistero. Ciò che non è chiaro è perché le minoranze, come le persone di colore, i meno abbienti e le donne, ossia le più abusate dalla volgarità delle sue manifestazioni hanno scelto di votarlo, anziché votare per altri candidati in gara che parevano essere moralmente ed eticamente migliori, oltre che culturalmente più informati. A tal riguardo, una ricerca realizzata dalla celebre rivista di *Folha de São Paulo* su un campione di 3.350 persone, in 227 municipi (nonostante il ridotto campionamento) evidenzia che il 41% degli indigeni intervistati ha votato per Bolsonaro contro il 37% che era a favore di Haddad. In riferimento alle persone di colore Haddad detiene la maggioranza con il 45% mentre Bolsonaro il 37% (Ricerca depositata presso il *Tribunal Superior Eleitoral* - BR-00214/2018. v. “*Bolsonaro lidera entre eleitores brancos e pardos, e Haddad, entre pretos*”, in *Datafolha* disponibile in: [www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/bolsonaro-lidera-entre-eleitores-brancos-e-haddad-entre-pardos-e-pretos-diz-datafolha.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/bolsonaro-lidera-entre-eleitores-brancos-e-haddad-entre-pardos-e-pretos-diz-datafolha.shtml)).

L'Istituto Brasiliano di Geografia e Statistica- IBGS nell'ultimo censimento del 2016 ha registrato che su oltre 205 milioni di brasiliani 91 milioni sono bianchi e 112 milioni sono mulatti e neri (IBGE- *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* – “*População*”).

*chega a 205,5 milhões, com menos brancos e mais pardos e pretos*” reperibile in [agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-pnad-c-moradores](http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-pnad-c-moradores)). A tal riguardo è doveroso ricordare che dai rapporti ONU *Brasil* su povertà, abusi e criminalità emerge che la politica della "guerra alla droga" da parte dello Stato brasiliano è contrassegnata da un'ambiguità che consente agli agenti di polizia di criminalizzare individui con un determinato profilo etnico e sociale (ad esempio, i neri trovati in possesso di droghe vengono accusati del più grave crimine di tratta, i bianchi, invece, se trovati in possesso di droga viene dato loro un semplice avvertimento). La violenza della polizia e dei militari in Brasile ha una chiara dimensione razziale che si presenta come "un genocidio della gioventù nera" afferma Rita Izsák, portavoce dell'ONU sulle minoranze. Secondo l'esperta, l'impunità di tali soprusi deriva da un residuo della dittatura militare, responsabile della legittimazione delle morti, giustificata dal principio di autodifesa (v. Rita Izsák, *Human Rights Council: "Report of the Special Rapporteur on minority issues on her mission to Brazil"* disponibile in: [www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Pages/ListReports.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Pages/ListReports.aspx)).

Anche la situazione delle donne brasiliane di colore è preoccupante, una ricerca mostra che nel 2013 le donne di colore uccise erano il 66,7% in più rispetto alle donne bianche. Nelle comunità emarginate, nelle favelas e nelle periferie, le ragazze in generale e le donne afro-discendenti sono particolarmente esposte a diverse forme di abuso, come la violenza sessuale e quella domestica. Il rapporto ONU sulle minoranze evidenzia che anche i bambini della periferia del Brasile non possono uscire di casa dopo essere rientrati da scuola per paura di subire un'aggressione (v. Rita Izsák, *op. cit.*).

Dai dati esposti nei paragrafi precedenti è facile apprendere che tra i 58 milioni di elettori che hanno portato Bolsonaro alla vittoria vi rientrano anche le minoranze. A tal ragione, ad avviso di chi scrive, sorge spontaneo chiedersi se gli elettori brasiliani soffrano realmente della cd. "Sindrome di Stoccolma". Infatti, benché il comportamento degli elettori brasiliani appaia apparentemente inspiegabile, la letteratura è piena di opere che trattano simili aberrazioni comportamentali. Ad esempio, attraverso la teoria della "Sindrome di Stoccolma" si è data una spiegazione logica al perché spesso le vittime di abusi e soprusi siano portate a identificarsi con i loro carnefici, sino a provare simpatia e amore per lo stesso. Si tratta di processi psichici attraverso cui, nonostante la possibilità di ricevere supporto, la vittima preferisce vivere sotto l'atmosfera di paura e violenza già conosciuta e quindi "rassicurante" (cfr. COSTA Marco, *Psicologia militare. Elementi di psicologia per gli appartenenti alle forze armate*, Franco Angeli, 2006, p. 349 ss).

Dopotutto, il Brasile ha vissuto un trauma durato ventuno anni sotto la dittatura militare, durante il quale le libertà democratiche sono state annientate attraverso torture, omicidi e sparizioni. Non è esagerato affermare che terrore e violenze sono diventate una regola della società, spesso approvata anche da segmenti della popolazione che legittimano, in un certo senso, le azioni criminali delle Forze Armate, come per le CENIMAR, il DOI-CODI o altre "case di morte", dove tanti brasiliani furono crudelmente torturati e uccisi in nome della "volontà" di una minoranza che aveva usurpato il potere (cfr. *"Vítimas fatais da ditadura foram submetidas a violência sexual"- Relatório final da Comissão Nacional da Verdade*, disponibile in [www.brasil.gov.br/governo/2014/12/vitimas-fatais-da-ditadura-foram-submetidas-a-violencia-sexual](http://www.brasil.gov.br/governo/2014/12/vitimas-fatais-da-ditadura-foram-submetidas-a-violencia-sexual)).

La psicologia del populismo afferma che i partiti politici, da sempre, hanno sfruttato i *bias* cognitivi nella loro comunicazione e propaganda, al fine di raccogliere un consenso elettorale che mai avrebbero raggiunto con discorsi tecnici e assolutamente razionali (un partito che si limitasse a presentare i conti come un ragioniere difficilmente arriverebbe a formare un governo). In psicologia questa tendenza è chiamata la "narrazione" e a volte distorce la realtà ad uso e consumo del suo narratore. Se una narrazione trova sponda nei desideri, nelle paure, nelle invidie o nelle necessità di alcuni, questi finiscono per farla propria e rafforzarla utilizzando il *bias* da conferma; quest'ultimo porta l'individuo a cercare fatti, notizie e dati che piacciono, ignorando le idee preesistenti, fatti o numeri concreti. Con il web, attraverso i social, le persone sono facilmente portate a percepire la

realtà in maniera distorta e ad agire di conseguenza. In passato le cose si muovevano più lentamente, l'arrivo dei mass media e di internet hanno funzionato da catalizzatori, rendendo i processi cognitivi della narrazione molto più rapidi, anche se distorti, e la vittoria di Bolsonaro alle elezioni ne è un chiaro esempio (cfr. DONO M. *et al.*, *Development and validation of the Monopoly on Truth Scale. A measure of political extremism*, in *Psicothema*, 30-3, July 2018, p. 330, reperibile in [dx.doi.org/10.7334/psicothema2017.423](https://doi.org/10.7334/psicothema2017.423)).

Alla luce di quanto su esposto, non resta che interrogarsi sulle sorti del Brasile per i prossimi quattro anni: guidato da un generale dell'esercito, il cui vice è un capitano in pensione e la cui squadra di governo è composta da molti altri generali. Cosa aspettarsi da un governo che poco o nulla sa di economia, istruzione, diritti umani e ambiente? che fine farà la foresta amazzonica in balia dell'*agrobusiness*, delle miniere e del disboscamento illegale? Cosa accadrà alle popolazioni indigene e ai Quilombolas, vittime da oltre 500 anni di persecuzioni e genocidi? Quali sorti per la Democrazia?

## Sfiducia costruttiva in Spagna?

di Carlos Vidal Prado

**Title:** Constructive vote of no confidence in Spain?

**Keywords:** Spain; Form of government; Vote of no confidence.

1. *Il parlamentarismo razionalizzato in Spagna* – La Costituzione spagnola oscilla tra il parlamentarismo e l'attuale tendenza generale verso il primato del Governo; tra la necessità dell'esecutivo di far fronte con rapidità ed efficacia ai problemi complessi e urgenti di uno Stato interventista e le garanzie di controllo parlamentare su tale 'prepotenza governativa'. Siamo di fronte ad un parlamentarismo razionalizzato, voluto dal Costituente spagnolo, il cui desiderio di stabilità politica (era “ossessionato dal timore che l'assetto multipartitico e frammentato scaturito dalle prime elezioni democratiche del 1977 avrebbe potuto pregiudicare la stabilità di governo” – S. Curreri, *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?*, in *Quad. cost.*, 2007, 160) ha portato all'introduzione dei meccanismi della mozione di fiducia e della sfiducia costruttiva, oltre ad altri istituti di rafforzamento del Governo.

La difficoltà di avviare una sfiducia costruttiva, che segue il modello tedesco, è uno degli elementi che favoriscono la preponderanza dell'esecutivo, insieme all'investitura personale del Presidente, anche a maggioranza semplice, da parte del solo Congresso; il conferimento al Presidente del potere esclusivo di nominare e revocare i ministri, porre la questione di fiducia, sciogliere una o entrambe le camere; la concessione di facoltà normative al Governo (per mezzo del decreto-legge e del decreto legislativo), la prevalenza del Governo nella procedura legislativa.

Al Parlamento rimane il controllo sulla legislazione delegata e la conversione dei decreti-legge, così come la restrizione di materie oggetto di regolazione per mezzo del decreto-legge, l'autorizzazione di trattati internazionali e gli abituali strumenti parlamentari di controllo e di richiesta di responsabilità nei confronti del Governo.

Di fatto, l'equilibrio tra i poteri dipende dalla maggioranza su cui il Governo può contare in Parlamento. Finora, in Spagna, abbiamo sempre avuto governi monopartito. Capita, dunque, che quando il partito che sostiene il Governo possiede la maggioranza assoluta in Parlamento, l'Esecutivo assume un ruolo da protagonista. Quando, invece, quel partito rappresenta la maggioranza, ma ha bisogno dell'appoggio parlamentare di altri partiti, perché non arriva alla

maggioranza assoluta, il protagonismo del Governo è condiviso con quello del Parlamento. Più che con il Parlamento, è meglio dire che il protagonismo del partito al Governo è condiviso con quello degli altri partiti che lo appoggiano. Per esempio, un problema comune in Spagna verso la fine degli anni Ottanta, primi anni Novanta (gli ultimi governi di Felipe González) è stata proprio la dipendenza del Governo dai deputati nazionalisti al Congresso, per raggiungere la maggioranza assoluta.

Effettivamente, i nazionalisti, pur essendo minoranza nel *Congreso de los Diputados*, si sono imposti per molti anni come uno dei protagonisti più importanti della vita politica spagnola. Solo due volte negli ultimi venti anni abbiamo avuto una maggioranza assoluta nel Congresso dei Deputati, e non sembra che ciò accadrà di nuovo a breve termine, a causa di ciò che dirò tra poco.

Tuttavia, fino alle ultime elezioni, anche quando il Governo aveva bisogno del sostegno di altri partiti, se le relazioni tra il partito al Governo e i suoi soci erano amichevoli, si tornava allora alla situazione di predominio dell'Esecutivo, in cui al Parlamento restano pochi strumenti per rivendicare un ruolo da protagonista. Gli accordi tra il partito che sosteneva il Governo e i suoi soci parlamentari sono stati raggiunti di solito in riunioni al di fuori del Parlamento.

2. *La frammentazione del Parlamento* – Tutta questa mappa parlamentare cambia radicalmente con le elezioni del dicembre 2015, che hanno disegnato una Camera molto più frammentata. Apparentemente, il sistema bipartitico è tramontato: i due partiti principali hanno subito un notevole declino e altri due sono emersi: Podemos e Ciudadanos. Siamo passati da un sistema bipartitico (sebbene imperfetto, in conseguenza di quanto detto a proposito dei partiti nazionalisti) a un sistema multipartitico.

Il sistema politico spagnolo è entrato, dunque, in un territorio inesplorato: nessun partito aveva una chiara maggioranza al Congresso per ottenere l'investitura a presidente del suo candidato. Il candidato del partito più votato, Mariano Rajoy, infatti, non aveva il supporto necessario. Per questo motivo, il Re ha finito con il proporre l'investitura di Pedro Sánchez, che pur avendo raggiunto un accordo con Ciudadanos, non ha potuto comunque contare su una maggioranza sufficiente per essere investito. Dopo questo tentativo fallito, siamo arrivati alle nuove elezioni legislative del 26 giugno 2016, quando sebbene il Partito popolare abbia ottenuto più deputati che nella precedente occasione, la somma dei suoi seggi con quelli di Ciudadanos non era sufficiente per ottenere la maggioranza assoluta. Ecco perché non è stato facile raggiungere l'investitura. Ci sono voluti diversi mesi ancora.

Solo dopo dieci mesi di "governo dimissionario", Mariano Rajoy, è riuscito ad ottenere la fiducia del Congresso, il 29 ottobre 2016, grazie all'astensione della maggior parte dei deputati socialisti. Rajoy ha ottenuto 170 voti a favore in una camera di 350 deputati, mentre le astensioni sono state 68.

Si chiudeva così un momento elettorale troppo lungo che avrebbe dovuto segnare un cambiamento storico e la fine del bipartitismo. Dopo due elezioni e dopo aver rischiato di tornare alle urne per la terza volta, sembra evidente che il paese non è più lo stesso. Ma, come si sa, non è finita così. Siamo adesso in una fase politica nuova per la Spagna.

3. *La mozione di sfiducia "costruttiva"* – Come è noto, parlando di mozione di censura

costruttiva teoricamente risulta molto più complicato riuscire a riunire una maggioranza positiva (di appoggio a qualcuno) che negativa (di rifiuto). Questa difficoltà fa sì che in quasi quarant'anni di democrazia in Spagna siano state presentate fino al giugno 2018 solo tre mozioni di censura, sapendo inoltre in anticipo che non avrebbero avuto successo, visto che non riunivano la maggioranza necessaria (l'ultima appena un anno prima di quella più recente<sup>1</sup>). Furono presentate solo per far conoscere meglio all'opinione pubblica il futuro candidato dell'opposizione alla Presidenza.

Ma questa nuova fase politica in cui ci troviamo ha anche inaugurato una nuova stagione per la mozione di censura, completamente diversa da quelle vissute finora: quella iniziata il primo giugno 2018 con la mozione di sfiducia presentata dal Partito socialista nei confronti del Governo guidato dall'ormai ex premier Mariano Rajoy e passata con 180 voti a favore, 169 contrari e un'astensione. A sostenerlo, una maggioranza eterogenea, che va dalla sinistra radicale di Podemos fino agli indipendentisti baschi e catalani (ancora una volta, protagonisti).

Questa mozione di censura era imprevedibile: l'indice di disoccupazione era notevolmente diminuito negli ultimi mesi, i dati economici erano buoni e la Camera aveva approvato il 24 maggio la legge di bilancio, grazie al sostegno di Ciudadanos e dei cinque parlamentari del partito nazionalista basco (PNV). A far traboccare il vaso, in effetti, è stata una nuova sentenza che ha condannato alcuni ex *leader* del Partito popolare per corruzione, insistendo, seppure solo per mezzo di obiter dicta in senso contrario a quanto testimoniato da Mariano Rajoy, sull'esistenza di una doppia contabilità del Partido Popular. L'impatto che ha causato sull'opinione pubblica è stato sfruttato da Pedro Sánchez per presentare la sua mozione.

Come è noto, la sfiducia costruttiva esige che la maggioranza parlamentare contro il Governo in carica sia la stessa a favore del nuovo. Si è sempre sostenuto che una tale convergenza politica non avrebbe mai potuto realizzarsi tra partiti d'opposizione ideologicamente distanti, quando non opposti. Per questo il governo avrebbe potuto restare in carica anche se minoritario, dal momento che la maggioranza parlamentare ad esso contraria o, quantomeno, non favorevole, si sarebbe mostrata politicamente troppo eterogenea per coalizzarsi ed eleggere un nuovo Presidente del governo. Ma tutto questo era la teoria. In pratica, abbiamo assistito a uno scenario completamente diverso.

La maggioranza parlamentare ha convenuto che il Governo sarebbe dovuto cadere, ma non ha negoziato né raggiunto un accordo per sviluppare un nuovo programma di governo. Il fatto di aver fissato la data per il dibattito della mozione di censura solo una settimana dopo il giorno della sua presentazione ha ridotto i tempi per negoziare, di modo che tutto ciò che ha potuto essere preso in considerazione era la sola "necessità imperativa" di dissolvere il Governo, a causa degli episodi di corruzione.

Questo vuol dire che, anche se quella spagnola è una "sfiducia costruttiva", nel risultato di questo voto, la maggioranza del rifiuto di Rajoy si è imposta sulla maggioranza del sostegno a Sánchez. Nel dibattito si parlava della necessità per il PP di assumersi le sue responsabilità a causa dei suoi molteplici casi di corruzione, ma quasi nulla veniva detto sul programma governativo del nuovo presidente. Un

---

<sup>1</sup> Il 1° giugno 2018, è stata respinta la mozione di sfiducia presentata dal gruppo parlamentare Unidos Podemos nei confronti di Mariano Rajoy. V. "Respinta la mozione di sfiducia costruttiva presentata da Podemos contro il Governo di Rajoy", del 14/06/2017, in *Segnalazioni sull'attualità costituzionale straniera*, n. 4, giugno 2017, 47-48, [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni\\_201706.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201706.pdf).

presidente senza programma. Pertanto, è stato investito un Presidente che ha nominato un governo, ma che non ha un sostegno parlamentare sufficiente.

Curiosamente, il governo caduto era riuscito ad approvare la sua legge di bilancio (la finanziaria), mentre il nuovo governo non sembra in grado di farlo. In effetti, l'attuale governo sta applicando la legge di bilancio promossa dal governo precedente. E sembra che dovrà continuare a governare per mezzo di un'estensione di questa finanziaria.

Ciò ha portato a una situazione di blocco parlamentare, poiché la stessa maggioranza che ha accettato di cacciare Rajoy non è propensa a sostenere iniziative governative specifiche, in particolare la legge di bilancio. E il risultato di tutto ciò è stato che il Governo e il suo Presidente cercano di utilizzare risorse "presidenzialiste" come il decreto legge o alcune prerogative governative nella procedura legislativa per cercare di portare avanti le loro proposte.

Di conseguenza, quegli strumenti che ci avvicinano al presidenzialismo quando c'è una maggioranza assoluta, vengono ora utilizzati da un governo senza maggioranza per cercare di imporre la sua *leadership* e le sue politiche, senza avere una maggioranza parlamentare. Così, assistiamo all'abuso del decreto legge (19 decreti legge nei primi 4 mesi), o all'interferenza del governo nella procedura legislativa, azioni che stanno causando conflitti tra il legislativo e l'esecutivo.

In ultima analisi, la mozione di sfiducia "costruttiva", che era uno strumento volto a rafforzare il governo, rendendo difficile farlo cadere, non ha raggiunto l'obiettivo di fornire stabilità.

Il problema è stato che i gruppi politici, quando hanno usato questo strumento, non hanno pensato al futuro di stabilità, ma all'urgenza di abbattere un governo colpevole di corruzione. Oltre a tutto questo, il problema principale è che Pedro Sánchez non sarebbe stato eletto presidente se non avesse ottenuto l'appoggio dei partiti separatisti catalani, e perfino il gruppo politico che ha sempre sostenuto i terroristi dell'ETA (Bildu). Mantenere questo sostegno è molto difficile e, soprattutto, non è appropriato per gli interessi del paese.

Probabilmente la mozione di censura "costruttiva" è stata utilizzata solo per il suo carattere "distruttivo" (per far cadere un governo), ma non sotto il suo profilo costruttivo. E questo dovrebbe portare i costituzionalisti a interrogarsi se costituisca davvero uno strumento che favorisce la stabilità del governo. Qualsiasi strumento previsto dalla Costituzione può essere utilizzato in modo inappropriato, come potrebbe essere accaduto in questo caso.

## **La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez**

*di Fabio Longo*

**Title:** Constructive No-confidence Vote in Spain: Rules and Regularity in the Parliamentary System. The Rajoy-Sánchez Succession in a Broader Perspective

**Keywords:** Constructive No-confidence; Government Stability; Parliamentary System.

1. – Da Mariano Rajoy a Pedro Sánchez. L'avvicendamento alla guida del Governo spagnolo si consuma il 1 giugno 2018, nel brevissimo arco temporale in cui i sismografi parlamentari certificano il voto del *Congreso de los Diputados* sulla mozione di sfiducia costruttiva che attesta – contestualmente alla sostituzione del *Presidente del Gobierno*, Mariano Rajoy, con il *leader* del PSOE Pedro Sánchez – la mutazione di segno degli equilibri in seno allo stesso *Congreso*.

L'approvazione (con 180 voti a favore, 169 contrari e un astenuto) della *moción* depositata il 25 maggio dal Gruppo socialista determina il passaggio da un governo decisamente indebolito – originariamente insediato con i voti del Partido Popular e dei deputati centristi di Ciudadanos, accompagnati dall'astensione di buona parte del PSOE – ad una fragile convergenza fra PSOE, Podemos, i partiti indipendentisti catalani e i nazionalisti baschi. Il nuovo asse “governativo” trova il proprio collante iniziale nella contrapposizione al Partito Popolare e al suo *leader* Mariano Rajoy, travolti dalla sentenza dell'*Audiencia Nacional* sul caso Gürtel (che attesta l'esistenza di una fitta rete di corruzione sviluppata da dirigenti ed esponenti del PP). La sintonia fra PSOE e Podemos sembra in principio orientata alla semplice transizione verso un ritorno alle urne anticipato rispetto alla scadenza “naturale” della legislatura, nell'estate del 2020.

2. – A distanza di sette mesi da quel tornante, si può notare come le ragioni che hanno portato alla votazione della mozione di sfiducia costruttiva e gli effetti che essa ha determinato si inseriscano in un quadro di medio periodo (il quinquennio 2013-2018) assai ricco di spunti di interesse per l'analisi costituzional-comparatistica, segnato in Spagna dal succedersi di fasi politiche cadenzate da “ritmi” diversi e toccate ora da accentuati rallentamenti (come il lungo e faticoso percorso che aveva portato alla formazione del governo Rajoy), ora da brusche e inattese accelerazioni (l'avvicendamento fra Rajoy e Sánchez, da ultimo) ed in ogni caso dal venir meno delle coordinate dell'alternanza e della stabilità governativa, vere cifre distintive dei primi venticinque anni di vita quel sistema (un ricco e interessante affresco sulle più recenti vicende politiche iberiche si può leggere in A. Bosco, *Le quattro crisi della Spagna*, Bologna, 2018).

Quello relativo all'allungamento dei tempi di formazione dei Governi è un tratto che trova riscontri anche in altre esperienze contemporanee (cfr. M. Volpi, *Democrazie senza Governo?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n.2/2018, p. V): basti in questa sede rilevare come esso sia sintomatico di scenari partitici connotati da rigidità difficilmente sormontabili all'indomani delle elezioni, che richiedono piuttosto forme di accordo e di mediazione all'interno ed all'esterno delle aule parlamentari.

Gli eventi che hanno recentemente interessato l'ordinamento costituzionale spagnolo sono, tutto sommato, indicativi del più generale difetto di *regolarità* della politica che sembra oggi caratterizzare le esperienze contemporanee riconducibili al modello parlamentare. A fronte di mutamenti nulli o marginali delle *regole* costituzionali relative alla forma di governo (in Spagna, come altrove, non si sono registrate significative revisioni della Carta fondamentale), sempre meno agevole è isolare delle costanti nel funzionamento di questi sistemi, caratterizzati piuttosto dal dominio dell'imprevedibilità.

Risulta, quindi, sostanzialmente impossibile prefigurarsi gli effetti di istituti di ingegneria costituzionale, nonché verificare la congruità fra la *ratio* degli istituti stessi e i risultati prodotti dalla loro concreta attivazione. Ciò vale anche (e soprattutto) per le disposizioni concepite per indirizzare il dinamismo delle forze partitiche, agevolare il formarsi di condizioni di stabilità e limitare le turbolenze politico-parlamentari. Si fa riferimento a congegni che *presuppongono* la fluidità dei partiti – la relativa disponibilità a muoversi nel campo di opzioni politiche non sempre binarie, nonché la potenziale apertura all'accordo e al compromesso parlamentare – e che al contempo cercano di limitare e, per così dire, di addomesticare quella stessa fluidità.

L'ordinamento spagnolo, come noto, è tutt'altro che estraneo a simili soluzioni di ingegneria costituzionale, collocandosi nel panorama comparatistico fra i “sistemi parlamentari razionalizzati”, in almeno due delle molteplici accezioni che a questa formula possono essere ricondotte: la previsione di una puntuale disciplina giuridica del rapporto di fiducia, nonché la predisposizione di istituti orientati ad assicurare la stabilità governativa (sulla nozione di parlamentarismo razionalizzato e sulle relative declinazioni rintracciabili nella riflessione della dottrina, v. M. Frau, *L'attualità del parlamentarismo razionalizzato*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 3, 2016).

Anche al costituente spagnolo del 1978 ben si sarebbero adattate le parole di Boris Mirkiné Guetzévitch, che nei primi decenni del secolo scorso osservava: «... i membri delle diverse assemblee costituenti si sono ricordati delle molto frequenti cadute dei ministeri, cadute che portano all'indebolimento del potere, ed è per proteggere i nuovi Stati da un parlamentarismo troppo burrascoso e dalle cadute troppo repentine dei governi, che troviamo, in certi testi, nuove procedure con le quali ci si sforza di regolamentare il voto di fiducia e, senza con ciò attentare alla libertà del Parlamento, di dare al governo garanzia nei confronti di un voto di sfiducia affrettato o non ponderato» (B. Mirkiné Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel*, Paris, 1931, ora in Id., *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, San Cesario di Lecce, 2009, traduzione a cura di A. Pichierri, p. 24).

Tornando allo scenario iberico contemporaneo, al complesso di istituti orientati ad assicurare la stabilità governativa può certamente essere ricondotta la sfiducia costruttiva (per una approfondita ricostruzione delle sue origini e per la comparazione fra le concrete esperienze costituzionali nelle quali è disciplinata, v. M. Frau, *La sfiducia costruttiva*, Bari, 2017). Il congegno – sul piano concettuale – si contrappone frontalmente al paradigma della democrazia di investitura e al contempo si fonda su una visione ben precisa dell'opposizione parlamentare, «la cui vocazione “costruttiva” si esprime massimamente proprio all'atto della sua eventuale metamorfosi, durante la legislatura, in maggioranza di governo» (M. Frau, *La sfiducia costruttiva*, cit. p. 60). Si tratta di un istituto dalla «natura intrinsecamente contraddittoria» (M. Iacometti, *La Spagna*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, a cura di, *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I, Roma-Bari, 2014, p. 204), i cui effetti, a volte «sono contrari alle finalità che si perseguono al momento della presentazione» (G. Ruiz-Rico Ruiz, J. Lozano Miralles, *La forma di governo spagnola*, in S.

Gambino, a cura di, *Forme di governo. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, 2007, p. 57).

3. – Queste coordinate generali (il venir meno delle regolarità della politica, la non piena prevedibilità degli effetti dei congegni di stabilizzazione, la presenza nell'ordinamento spagnolo di un significativo complesso di regole e istituti di razionalizzazione) possono indurre qualche considerazione aggiuntiva, con riferimento all'avvicendamento Rajoy-Sánchez.

Si tratta di una “prima volta”: mai, nell'ordinamento costituzionale spagnolo, una mozione di sfiducia costruttiva aveva ottenuto il sostegno parlamentare necessario – almeno 176 voti: la maggioranza assoluta dei membri del Congresso, secondo quanto disposto dall'art. 113 della Costituzione e dall'art. 177 del Regolamento dello stesso Congresso dei Deputati – alla sostituzione “in corsa” del Presidente del Governo.

Le tre mozioni precedentemente sottoposte al voto parlamentare – rispettivamente contro Adolfo Suárez (1980), Felipe González (1987) e Mariano Rajoy (2017) – pur accomunate dall'insuccesso, rispondevano ad obiettivi parzialmente differenti. Con la prima il PSOE puntava a fare emergere le difficoltà e le contraddizioni dell'Esecutivo in carica e a presentarsi come potenziale alternativa di governo, la seconda era essenzialmente orientata a dare visibilità mediatica al *leader* di Alianza Popular (poi PP) Hernández Mancha, che tentava la sfida all'allora Presidente del Governo Felipe González, la terza era infine depositata dai deputati di Podemos, mossi dalla consapevolezza della bassa probabilità di successo, ma dalla volontà di smarcarsi dai due partiti tradizionali (PSOE e PP), accreditandosi come forza di opposizione strutturata, dal forte e definito perimetro programmatico e costruttivo.

Gli esiti (negativi) delle prime due votazioni avevano rafforzato, nei protagonisti e negli osservatori, la percezione di trovarsi di fronte ad un istituto, quello della sfiducia costruttiva, nei fatti recessivo o perfino atrofizzato (una nota pubblicata da G. Curreri, in *Quad. cost.*, n.1/2007, pp. 160-165, era significativamente intitolata *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?*. Sul punto, v. anche L. Blanco Valdés, *Spagna: La fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n.2/2018, p. 359).

È opportuno osservare, d'altra parte, come il potenziale di stabilizzazione della sfiducia costruttiva, così come declinata nell'ordinamento spagnolo, debba essere necessariamente (e paradossalmente) misurato valorizzando la sua mancata applicazione, oltre che la sua attivazione ed il suo successo, essendo essa concepita anche con lo scopo di consentire la sopravvivenza di quei governi di minoranza che non trovano in Parlamento un'opposizione coesa e strutturata (v. F. Duranti, *Forma di governo parlamentare e responsabilità politica dei Ministri in Spagna: origini, evoluzione e dinamica costituzionale del modello*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n.3/2001, p. 1352; sulla stessa traccia G. Curreri, *La sfiducia costruttiva*, cit. p. 161: «Nelle intenzioni del costituente la sfiducia costruttiva avrebbe dovuto rispondere a due esigenze complementari: evitare le crisi di governo al buio e permettere l'esistenza di governi minoritari»). Un istituto, quindi, da apprezzare non soltanto per il suo effettivo utilizzo, ma anche (e soprattutto) per il suo potenziale dissuasivo.

Quali considerazioni può suggerire, invece, la più recente votazione sulla mozione di sfiducia a Mariano Rajoy richiamata nell'*incipit* del presente scritto? Essa è stata in apparenza connotata da una logica squisitamente demolitiva, contro il Partito Popolare e contro il suo *leader* (la carenza di slancio costruttivo e la prevalenza della logica anti-Rajoy sono per esempio evidenziate in F. De Carreras, *Un Gobierno en apuros*, 26 settembre 2018, disponibile su <https://elpais.com>). Lungi dal sostituire maggioranza a maggioranza, essa sembra aver decretato il passaggio da un governo di minoranza ad un nuovo... governo di minoranza (in questo senso, per esempio S. Ceccanti, *I quarant'anni della Costituzione spagnola in un libro di Anna Bosco*, in *federalismi.it*, 26 settembre 2018, p. 3). Non va, in ogni caso, trascurato che l'istituto è disciplinato da disposizioni del Regolamento del *Congreso*

*de los Diputados* (artt. 175-179) che non consentono di prescindere dall'esposizione di (e dal dibattito su) un programma politico, e che inevitabilmente conferiscono alla mozione una torsione (almeno parzialmente) propositiva.

Può essere utile domandarsi, al di là della logica che ne ha accompagnato la genesi, quali processi abbia innescato – nei mesi seguenti – il voto del primo giugno 2018. Oltre alla continuità istituzionale (il carattere costituzionalmente costruttivo della sfiducia ha, ovviamente, evitato che si aprisse una crisi di governo “al buio”), non pare che le forze politiche che sostengono Pedro Sánchez abbiano dato grandi prove di convergenza programmatica, soprattutto in relazione alla discussione e approvazione della legge finanziaria (la prima, vera, sfida politica per il Governo), né si ha l'impressione che stiano “andando in scena” le prove generali di coalizione in vista di un futuro (e forse non lontanissimo) tornante elettorale.

Un'ipotesi interessante, da valutare nel medio periodo, è quella che intercetta, piuttosto, il parziale avvicinamento tra le forze di opposizione al Governo Sánchez (Partido Popular e Ciudadanos), spinte a trovare forme di (forzata) convivenza anche dall'avanzata di formazioni di ultradestra con un'alta capacità di attrazione dei voti degli elettori nazionalisti. Se confermate, tali impressioni, consentirebbero di identificare fra gli effetti del congegno *ex art. 113 Cost.* l'eventualità che possa incentivare il ciclico (ma sterile, sul lungo periodo) coagularsi di schieramenti di opposizione, piuttosto che il consolidarsi di schieramenti di governo.

Fra le conseguenze a breve termine dell'avvicendamento alla Moncloa – frutto del complesso normativo che circonda, in Spagna, i rapporti Governo-Parlamento – va infine ricordato lo slittamento della titolarità di fatto del potere di dissoluzione anticipata delle Camere (art. 115 Cost.), concepito come «scioglimento di maggioranza “all'inglese”, con limiti minimi...» (S. Ceccanti, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, 1997, p. 181), divenuto il principale istituto di stabilizzazione della forma di governo spagnola: sarà Pedro Sánchez a decidere se e quando gli elettori spagnoli torneranno alle urne per determinare le sorti del prossimo *Congreso*. L'esaurimento della (già bassa) carica costruttiva dell'esecutivo innescherà allora l'attivazione di quella prerogativa del Presidente del Governo.

1270

4. – Alla luce delle questioni sin qui richiamate e di quanto si è appreso dalla cronaca politica, è possibile isolare – nell'inestricabile commistione fra regole costituzionali ed elettorali, regolarità e irregolarità – gli elementi tipici del paradigma spagnolo e distinguerli dai tratti che, invece, si ripresentano anche in ordinamenti liberaldemocratici diversi da quello iberico?

Fra i primi vanno certamente menzionati gli sviluppi del caso Gürtel e la sentenza dell'*Audiencia Nacional*, vera e propria origine del terremoto politico che ha portato all'avvicendamento Rajoy-Sánchez.

Anche la questione catalana ha fatto del contesto spagnolo uno scenario del tutto peculiare, segnato dal fitto intreccio fra opzioni nazionali e tensioni indipendentiste. Oltre ad innalzare la temperatura del confitto politico e a polarizzare il posizionamento dei partiti (in funzione della maggiore o minore sintonia con le istanze della Catalogna), essa ha irrigidito lo scenario parlamentare, precludendo a livello centrale convergenze e alleanze e riducendo sensibilmente il numero delle soluzioni praticabili.

Ulteriori elementi caratterizzano il panorama iberico e possono essere qui sinteticamente richiamati.

a) Differentemente da quanto avvenuto in altri contesti, in Spagna il sistema dei partiti tradizionali ha, fino a tempi recentissimi, evitato l'implosione: non pare errato sostenere che in quello scenario stiano avvenendo, con un “ritardo” di circa venticinque anni, smottamenti tutto sommato raffrontabili con quelli registratisi in Italia all'inizio degli anni Novanta. Questo riscontro va, peraltro, posto in relazione ad un indice di “volatilità elettorale” che risulta, per la Spagna, più elevato rispetto ad altri Paesi europei

(F. Raniolo, *Spagna. Ascesa e declino del bipartitismo*, in S. Vassallo, a cura di, *Sistemi politici comparati*, Bologna, 2016, p. 272).

Il «carattere inquieto dell'ordinamento spagnolo» (A. Mastromarino, *Il federalismo disaggregativo*, Milano, 2010, p. 210), rilevato dalla dottrina con riferimento al tradizionale dinamismo dei rapporti centro-periferia, sembra ora essersi propagato ai rapporti fra gli organi centrali dello Stato e all'interno di questi.

b) Le nuove forze partitiche che, in Spagna, hanno contribuito al mutamento del quadro d'insieme si sono, sino ad ora, dimostrate scarsamente disponibili a costruire intese ed alleanze, piuttosto capitalizzando l'*appeal* elettorale derivante dal marcare la distanza rispetto ai partiti tradizionali.

c) Nell'esperienza spagnola, a livello nazionale, la coalizione non ha (e non ha mai avuto, storicamente) i caratteri di una intesa politico-programmatica ad ampio spettro, essendo piuttosto concepita come asse temporaneo fra un partito più consistente ed uno o più partiti minoritari, spesso con fortissima proiezione locale e inclini a comportarsi «più da forze di pressione che di governo» (v. G. Curreri, *La sfiducia costruttiva*, cit. p. 162 e R. L. Blanco Valdés, *Spagna: La fine della stabilità?*, cit., pp. 353-354), avvitato su puntuali e circostanziate richieste politiche di questi ultimi, avanzate come contropartita del supporto politico all'esecutivo nazionale. I partiti a vocazione maggioritaria ottengono il sostegno, quelli a proiezione regionale puntuali concessioni politiche: «Bargaining in the vote of investiture is a win-win situation» (N. Ajenjo, *Why Minority Governments in Spain? How the Party System Undermines Investiture Rules*, in B.E. Rasch, S. Martin, J.A. Cheibub, eds., *Parliaments and Government Formation*, Oxford, 2015 p. 163).

d) La Spagna, a differenza di altri sistemi parlamentari contemporanei, non ha, sino ad ora, fatto esperienza dei cosiddetti «governi tecnici» (sui quali, in prospettiva comparatistica, v. M. Volpi, a cura di, *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017): l'estraneità di questa soluzione rispetto alla lista di quelle praticabili ha, forse, ristretto i margini di manovra nelle fasi di formazione degli esecutivi, che sono (e, con ogni probabilità, resteranno) governi politici.

e) L'ordinamento iberico non ha conosciuto significative modifiche della formula elettorale, connotata in quel Paese da soluzioni che hanno sino a tempi recenti – più di ogni altra opzione di ingegneria costituzionale – prodotto effetti maggioritari e facilitato la stabilità e l'alternanza, ma che in un quadro completamente modificato, potrebbero rivelarsi inadeguati a quei fini.

5. – Le specificità sin qui richiamate non vanno, tuttavia, disgiunte da quei caratteri e da quei processi che oggi interessano buona parte degli ordinamenti liberaldemocratici contemporanei.

La volatilità elettorale, unitamente alla crisi del bipolarismo e a quella del bipartitismo, sono tratti che, pur in proporzioni differenti, sembrano caratterizzare l'intero scenario europeo (cfr. M. Volpi, *Democrazie senza Governo?*, cit., p. VII). A questo si accompagna l'emersione di nuovi partiti e l'affermarsi di «forme di disomogeneità, frammentazione e conflittualità delle forze partitiche» (M. Frau, *La sfiducia costruttiva*, cit. pp. 33-34). «La terre n'en finit pas de trembler» si poteva già leggere nell'Editoriale di *Le Monde* del 26 maggio 2015, significativamente intitolato *La leçon des anti-austérité espagnols*, che continuava: «comme autant de répliques, scrutin après scrutin, pays après pays, les électeurs européens livrent depuis un an des verdicts qui secouent les partis politiques traditionnels jusque dans leurs fondations».

La più recente (e impreveduta) affermazione del partito di ultradestra Vox, in occasione delle elezioni regionali andaluse (cui sembra seguire un tentativo di coalizione fra Partito popolare e Ciudadanos, con l'appoggio esterno degli stessi deputati di estrema destra, dopo decenni di egemonia socialista), è solo l'ultimo tassello di un drammatico mosaico che sta interessando, con poche eccezioni, l'intera Europa continentale.

Lo scenario di fondo è stato segnato dalla crisi economica, che ha indirettamente ridotto i margini di azione delle politiche nazionali e reso sostanzialmente impossibile per i partiti e per le coalizioni al governo mantenere o consolidare il consenso elettorale.

La generalizzata scoloritura politica “di fatto” degli esecutivi, nel caso dei Paesi membri dell’Unione europea, è stata anche ricondotta al paradigma del “pilota automatico”. Nei «Paesi democratici europei il Governo non ha più un potere esclusivo di determinazione dell’indirizzo politico in materia economico-finanziaria, ma è fortemente condizionato da fattori esterni che operano indipendentemente dalle congiunture politiche» (M. Volpi, *Democrazie senza Governo?*, cit., p.VI).

Questi processi, che possono poi contribuire ad alimentare la volatilità di un corpo elettorale privato di punti di riferimento ideologici e politico-programmatici, nonché di reali opzioni di politica economica, interessano indistintamente ordinamenti che hanno fatto esperienza di governi tecnici (come l’Italia) ed ordinamenti che formalmente non hanno percorso quella strada (come la Spagna).

Sono infine da registrare alcune linee di tendenza che riguardano, più puntualmente, i sistemi con forma di governo parlamentare. La frammentazione alla quale si è fatto riferimento ha, per certi versi inaspettatamente, portato ad una timida rivitalizzazione dei parlamenti e delle dinamiche parlamentari, soprattutto in relazione alle fasi di costruzione del sostegno ai governi (ed ai tentativi di composizione o di ricomposizione delle maggioranze). Ciò ha reso «di una certa attualità congegni che, come la sfiducia costruttiva o il meccanismo di limitazione costruttiva del potere di scioglimento, erano ritenuti da molti ormai superati a fronte dell’imperversante istanza di un parlamentarismo maggioritario» (M. Frau, *La sfiducia costruttiva*, cit., p. 34).

I tempi recentissimi sembrerebbero, dunque, parzialmente smentire gli slittamenti verso il paradigma della democrazia immediata e di investitura, sulle quali si era registrata la convergenza degli osservatori, giuristi e politologi.

Siamo dunque in presenza di una nuova e tutto sommato atipica “vitalità” delle dinamiche parlamentari e dello strumentario proprio della forma di governo in questione (mozioni di fiducia e sfiducia, articolata ricerca del sostegno parlamentare nella fase di formazione dei Governi)? È in corso un riavvicinamento al paradigma della “forma di governo” ed uno scostamento da quello, ben più arido, delle “tecniche di governo”, che A. Di Giovine (*Stato e forme di Stato*, in A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano-Firenze, 2017, p. 55) tratteggiava come «egualmente funzionali al raggiungimento dell’obiettivo unico nel quale è doveroso riconoscersi: l’elezione di un capo cui i cittadini delegano, senza intermediazioni, l’esercizio del potere...»?

Si tratta di interrogativi destinati a trovare riscontri – in un senso o nell’altro – nei tempi a venire. Per il momento può essere interessante notare come, anche per effetto di alcune linee di tendenza richiamate, il panorama degli ordinamenti parlamentari europei sembri sostanzialmente conoscere due sole alternative: il governo di minoranza (si v. il *report* sugli esecutivi sostenuti da forze parlamentari minoritarie, pubblicato su *le Monde* il 27 dicembre 2018 e intitolato *En Europe, le recul des grands partis fragilise les gouvernements*) e il governo *patchwork* (emanazione di forze dalla colorazione molto differente e poco inclini alla commistione o alla sovrapposizione delle trame e delle rispettive priorità: esemplare in questo senso l’esecutivo Conte, formatosi in Italia con lo stridente sostegno del Movimento 5 stelle e della Lega).

6. – L’avvicendamento Rajoy-Sánchez, la situazione che lo ha determinato e gli sviluppi che ne sono seguiti si collocano, dunque, al di là delle specificità delle quali si è sinteticamente è dato conto, in un solco che può dirsi comune a buona parte degli ordinamenti liberaldemocratici europei.

La vicenda spagnola sembra confermare che congegni e istituti di stabilizzazione – fondati sull’implicito della valorizzazione dell’accordo parlamentare – non funzionano (o funzionano in modo anomalo) laddove siano presenti elementi di rigidità non previsti, con

partiti indisponibili alla ricerca di convergenze sul piano programmatico, con formazioni inclini a capitalizzare la rendita da opposizione e in contesti segnati dalla generalizzata squalificazione del compromesso nello spazio pubblico. A poco (o a nulla) servono, in mancanza di soggetti politici che manifestino la propria vocazione a “costruire” e ad abbandonare la logica puramente oppositiva.

La vicenda spagnola – ma si potrebbe a tal proposito richiamare anche la recentissima crisi extraparlamentare che ha interessato l'esecutivo belga – conferma, quindi, ancora una volta, l'alto grado di dipendenza delle modalità di funzionamento della forma di governo parlamentare, e in particolare della stabilità del governo, dal sistema dei partiti; dipendenza da una variabile che il diritto può tentare di addomesticare, senza mai riuscirci sino in fondo.

## La dottrina statunitense in tema di diritti nel biennio 2017-2018

di *Claudia Sartoretti*

**Keywords:** United States of America; Fundamental Rights; Scholarly debate.

1. – La produzione scientifica-giuridica statunitense in tema di diritti fondamentali per il biennio 2017-2018 riflette ancora una volta la particolare attenzione e sensibilità degli studiosi nord-americani per le tematiche più strettamente connesse con la più recente realtà sociale, politica ed economica nazionale ed internazionale. Volendo individuare i filoni principali di indagine, la dottrina statunitense ha innanzitutto focalizzato la sua attenzione sulle problematiche che l'impiego delle nuove tecnologie informatiche e di comunicazione, sempre più diffuse, sollevano, evidenziandone rischi e potenzialità per la tutela dei diritti fondamentali e, nella fattispecie, per il diritto alla privacy e il diritto di espressione. Il tema delle discriminazioni di razza e di orientamento sessuale si conferma poi ancora una materia che suscita interesse e merita costante attenzione a riprova del fatto che i pregiudizi nei riguardi degli omosessuali e degli individui di colore restano purtroppo una costante anche nelle più moderne ed evolute società civili. Non vanno poi trascurati i numerosi contributi dedicati alla questione della cittadinanza e al problema dell'immigrazione, tematiche roventi di questo ultimo biennio che ha visto il Presidente Donald Trump impegnato ad attuare nuove e drastiche misure di respingimento dei migranti.

Per quanto riguarda il primo ambito, con particolare riguardo al complesso rapporto fra tecnologie di informazione e comunicazione e tutela della privacy, si segnala l'articolo di L. Sacharof, *Unlocking The Fifth Amendment: Passwords and Encrypted Devices*, in 87 *Fordham L. Rev.* 203 (2018) che indaga sulla possibilità da parte dell'autorità di pubblica sicurezza di appropriarsi, durante un'attività investigativa, di password private per accedere ai computer e smartphone degli indagati, ritenendo che la questione è regolamentata al contempo sia dal Quarto che dal Quinto emendamento. L'Autore osserva, in particolare, che se negli ultimi 150 anni la Corte Suprema ha operato al fine di tenere separati gli ambiti di applicazione delle norme appena menzionate, oggi, i dispositivi criptati sembrano invece riunirli, là ove sembrano fondare la loro tutela sul combinato disposto dei due emendamenti.

Anche A. G. Ferguson, *The "Smart" Fourth Amendment* in 102 *Cornell L. Rev.*, 547 (2017) si propone di verificare se e in quale misura il Quarto Emendamento della Costituzione statunitense finalizzato a proteggere la persona, l'abitazione, la corrispondenza e quindi la privacy da perquisizioni e ricerche immotivate che non siano disposte da un giudice possa applicarsi anche alle ipotesi di perquisizione e acquisizione di dati conservati in dispositivi digitali. L'Autore si chiede, più specificatamente, se anche per accedere a quel flusso costante di informazioni che circolano in rete al governo americano debba essere richiesto di ottenere un apposito mandato. In modo non dissimile, B. Chao, C. Durso, I. Farrell, C. Robertson, *Why Courts Fail To Protect Privacy:*

*Race, Age, Bias, And Technology*, in 106 *Cal. L. Rev.*, 263 (2018) riflettono sull'assunto per cui un individuo che abbia volontariamente divulgato informazioni personali attraverso l'uso delle moderne tecnologie informative, non possa, secondo alcuni Autori, vantare ragionevolmente il diritto di privacy sulle medesime.

In una prospettiva comparata, S. L. Lode, "You Have The Data" . . . *The Writ Of Habeas Data And Other Data Protection Rights: Is The United States Falling Behind?*, in 94 *Indiana L. Journ. Supplement*, 41 (2018) osserva come nel contesto di una tendenza globale a proteggere in modo più efficace gli individui da illegittime invasioni della privacy e dinnanzi al riconoscimento da parte di molti Paesi di un vero e proprio diritto "naturale" alla privacy, gli Stati Uniti sembrano invece attardarsi nella protezione dei dati personali dei propri cittadini. L'Autrice auspica allora che le recenti novità legislative in materia di privacy adottate da numerosi ordinamenti stranieri possano fungere da esempio per gli Stati Uniti, che, dal canto loro, potrebbero ispirarsi a esperienze giuridiche diverse dalla propria per migliorare la protezione di dati personali, soprattutto di quelli più sensibili, relativi alla salute.

Va poi segnalato il corposo e ricco *symposium Terrorist Incitement On The Internet* in 86 *Fordham L. Rev.* 368 (2017) organizzato per riflettere sui rischi connessi all'uso di internet come strumento di comunicazione, quando ad avvantaggiarsene siano reti terroristiche che si servono di questo strumento per propagandare terrore e violenza. Ciò che complessivamente emerge da questo incontro di studio è la necessità di tutelare la libertà di espressione, come valore fondante delle democrazie liberali, bilanciandola con l'esigenza di monitorare e limitare l'utilizzo delle moderne tecnologie di comunicazione, in modo da arginare il rischio di un uso improprio, come quello di promuovere il terrorismo, intimidire e reclutare nuovi simpatizzanti e adepti. A questo incontro di studio vanno poi aggiunte le riflessioni sviluppate in *Developments in the Law* in 131 *Harv. L. Rev.* 1790 ove si analizza il ruolo che i moderni motori di ricerca e i social network giocano nell'offrire un ausilio alla sorveglianza svolta dai governi per garantire la sicurezza nazionale, ciò che li rende sempre più «*responsible for decisions that have major consequences for our privacy, on the one hand, and our safety, on the other*» (in *Cooperation or Resistance?: The Role of Tech Companies in Government Surveillance*, in 131 *Harv. L. Rev.*, 1722).

Il contributo di L. Kendrick, *Are Speech Rights For Speakers?* in 103 *Virginia L. Rev.*, 1767 (2017) esamina invece il complesso rapporto tra *speakers* (primo fra i quali internet) e *listeners* osservando come sull'argomento si sia sviluppato da tempo un complesso dibattito sul diritto di parola degli *speakers* e sulla difficoltà di riconoscere tale libertà allorché l'interesse dello *speaker* entri in conflitto con quello del *listener*. Per l'Autrice la libertà di espressione va sempre e comunque garantita a chi riveste il ruolo di *speaker*; le difficoltà che possono derivare dall'esercizio del diritto di espressione non possono infatti costituire un motivo per limitare o escludere *a priori* il diritto di parola degli *speakers*, ma devono piuttosto suggerire maggior rigore e attenzione nel bilanciamento con i diritti dei *listeners*.

K. E. Eichensehr, *Public-Private Cybersecurity*, in 95 *Texas L. Rev.*, 467 (2017), trae spunto da una riflessione di Barak Obama sulla necessità di condivisione da parte dei poteri privati e pubblici del cyber spazio al fine di meglio garantire la sicurezza del proprio Paese (*Remarks at the National Cybersecurity Communications Integration Center, January 13, 2015*) per verificare l'efficacia e l'efficienza del partenariato pubblico-privato nella difesa dei valori pubblici, primo fra i quali quello della privacy.

La rivoluzione delle tecnologie digitali, in special modo dell'informatica e di internet, ha comportato lo sviluppo e la diffusione di nuovi strumenti per gli internauti, proponendo anche nuovi scenari per il diritto d'autore e generando altrettanto nuove ed originali dinamiche del processo creativo. Sull'argomento, si veda, ad esempio Dr. Shlomit Yanisky Ravid, Xiaoqiong (Jackie) Li, *When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: An Alternative Model For Patent Law At The 3a Era*, in 39 *Cardozo L. Rev.*,

2215 (2018) e L.S. Osborn, *Intellectual Property Channeling For Digital Works*, in 39 *Cardozo L. Rev.*, 1303 (2018)

Nel suo saggio, S. Bornstein, *Antidiscriminatory Algorithms*, in 70 *Ala. L. Rev.* 519 (2018) ricorda invece come uno degli obiettivi di Amazon fosse quello di creare attraverso l'intelligenza artificiale (AI) un algoritmo da impiegare al fine di facilitare la selezione e classificazione di candidati da assumere. L'Autrice si domanda se gli algoritmi possano essere utilizzati per promuovere l'uguaglianza sul posto di lavoro. Alcuni studiosi di diritto hanno però espresso alcune riserve sull'uso di dati personali da parte di un datore di lavoro ritenendo che ciò possa portare a discriminare la categoria di soggetti protetti dall'attuale legge antidiscriminazione. Altri studi suggeriscono invece che, poiché gli algoritmi sono «*facially neutral*», non creano invero alcun problema di disparità di trattamento.

Il ricorso agli algoritmi e all'intelligenza artificiale facilitano sicuramente la possibilità di fare scelte più veloci e basate su dati oggettivi che permettano di correggere i pregiudizi umani. Qualsiasi miglioramento al processo decisionale tradizionale che proverrà dall'impiego di dati oggettivi dipenderà però sempre da quali informazioni si sceglie di utilizzare e come. Se gestiti «correttamente – osserva l'Autrice – gli algoritmi possono contribuire a che una decisione venga presa scevra da stereotipi riferiti ad una determinata classe protetta; se gestiti in modo improprio, questi procedimenti finalizzati alla soluzione di un problema (nella fattispecie la selezione automatizzata di persone da assumere in un posto di lavoro) diventano essi stessi una forma di stereotipizzazione, là ove permettano di addivenire ad una scelta finale basata su illazioni circa la possibilità che un individuo tenga in futuro un comportamento non dissimile da quello che di solito la categoria di soggetti a cui appartiene è avvevza a tenere.

Nel 2017, la rivista *The Economist* ha proclamato che «la risorsa più preziosa del mondo non è più il petrolio, ma i dati». Aziende come Facebook e Google hanno infatti basato i loro modelli di business sulla raccolta e l'analisi dei dati degli utenti. Oggi, però, dinnanzi alla richiesta pressante di privacy per arginare il flusso incontrollato di informazioni che circolano su internet, molte aziende hanno scelto di investire sui sistemi di protezione della privacy come nuova forma di business. S. Enn Elvy, *Paying For Privacy And The Personal Data Economy*, in 117 *Columbia L. Rev.* 1369 (2017) riflette sul punto e sulle nuove strategie messe in piedi (c.d. “pay for privacy”) che offrono ai consumatori la possibilità di pagare tariffe più elevate in cambio di una maggior tutela nella raccolta e conservazione di dati personali e nell'utilizzo di informazioni personali per indirizzare agli utenti pubblicità mirate.

Infine, merita attenzione l'attualissimo saggio di J. Daskal, *Microsoft Ireland, the CLOUD Act, And International Lawmaking 2.0*, in 71 *Stanford L. Rev. Online* 9 (2018) sulla questione della territorialità delle informazioni digitali alla luce del Cloud Act statunitense e in una prospettiva più ampia che prende in considerazione anche gli effetti del nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati.

Sull'argomento, si segnala anche il lavoro di A. K. WOODS, *Litigating Data Sovereignty*, in 128 *The Yale L. Journ.* 328 (2018) che indaga sulla capacità degli Stati di riuscire a conservare sul proprio territorio il pieno controllo dei dati, vista la dimensione extraterritoriale e globale della Rete Internet.

2. – L'altro ambito su cui la dottrina giuridica di questo ultimo biennio si è maggiormente concentrata è quello dell'uguaglianza e del divieto di discriminazioni: la questione, anche questa volta, viene approfondita sotto vari aspetti ma, come sopra precisato, a destare maggior attenzione (e preoccupazione) sono le disuguaglianze razziali e quelle legate all'orientamento sessuale.

Con particolare riferimento alle discriminazioni razziali, si segnala la monografia di J. Forman Jr., *Locking Up Our Own: Crime and Punishment in Black America*, New York,

2017, pp. 306 in cui viene affrontata la questione riguardante la composizione della polizia statunitense e il nesso fra essa e le violenze sovente perpetrate ai danni di afro-americi. I numerosi episodi a cui si è assistito di sproporzionata violenza da parte della polizia nei riguardi di criminali afroamericani hanno indotto l'Autore a riflettere sulla necessità di far fronte a questo problema, intervenendo sulla composizione del corpo di polizia. L'Autore suggerisce infatti di diversificare a livello di appartenenza razziale, la composizione della polizia per arginare i casi di trattamento discriminatorio a danno di individui afro-americi e tentare di superare i pregiudizi a carico di questi ultimi.

Come emerge anche dalla approfondita recensione al libro ad opera di D.W. Carbado, L. Song Richardson, *The Black Police: Policing Our Own*, in 131 *Harvard L. Rev.*, 1979 (2018), occorre smantellare i numerosi stereotipi presenti nella società, primo fra i quali quello che porta a insinuare che l'abitudine di molti afro-americi di fuggire, anziché arrestarsi, dinanzi al sopraggiungere della polizia sia da considerarsi sempre e comunque una tacita ammissione di colpevolezza.

Il rapporto conflittuale che da sempre sussiste tra persone di colore e polizia ha finito per incentivare nei primi comportamenti che consentano loro di evitare qualsivoglia contatto con la polizia: la fuga ne costituisce un esempio. Per contro, questo atteggiamento ha finito per avvalorare il detto citato dal giudice Scalia secondo il quale «[t]he wicked flee when no man pursueth» e per rafforzare la percezione dei neri come individui maggiormente propensi a non osservare la legge.

J. Hansford, *The First Amendment Freedom Of Assembly As A Racial Project*, in 127 *The Yale L. Journ.* 685 (2018) è invece piuttosto critico verso le pubbliche autorità ritenute dall'Autore responsabili di non contribuire ad un'effettiva ed efficace tutela dei diritti delle persone di colore là ove le prime non consentono alle seconde la piena libertà di riunirsi in luoghi pubblici per protestare contro le violenze e le discriminazioni di razza. La stretta e rigida sorveglianza messa in atto dalle autorità di pubblica sicurezza nelle sole occasioni (l'Autore prende in considerazione la vicenda ad esempio di Ferguson) in cui a riunirsi è la gente di colore e non anche, ad esempio, i movimenti nazionalisti, sostenitori della supremazia bianca, conferma il mancato impegno pubblico nel garantire a tutti pari dignità e l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

In una prospettiva storica, il saggio di K. W. Crenshaw, *Race Liberalism And The Deradicalization Of Racial Reform* in 130 *Harv. L. Rev.* 2298 (2017) ricorda il boicottaggio della Harvard Law School del 1982 in cui si consumò la rottura tra i sostenitori della riforma razziale e nella fattispecie tra il "liberalismo razziale" che rinviava a un modello *colorblind* di giustizia razziale che doveva eliminare ogni forma di discriminazione e un discorso più critico sulla razza che focalizzava la sua attenzione sulla distribuzione del potere razziale, una prospettiva che richiede una «*very race consciousness*» considerati dai liberali come un male da eliminare. Negli anni '80, il contrasto tra questi due orientamenti è stato protagonista di numerosi dibattiti, primo fra i quali quello riguardante le politiche di «*race-conscious affirmative action*» nelle istituzioni di élite.

Ancora su razzismo e *affirmative action*, si veda anche la nota *The Virtues Of Heterogeneity, In Court Decisions And The Constitution* in 131 *Harv. L. Rev.* 872 (2018) ove si mette in luce il fatto che le azioni positive non abbiano avuto invero solo una funzione "riparatoria" delle ingiustizie a danno di persone di colore ma si fondino anche su altre considerazioni come quella secondo cui gli individui e le istituzioni traggono beneficio da fatto di fornire il maggior numero possibile di punti di vista diversi, compreso quello derivante dalla diversità razziale. In tal senso le azioni positive utilizzano lo status di appartenente a una razza tradizionalmente sottorappresentata come fattore decisionale. Per questa ragione, si osserva, la Corte Suprema ha interpretato queste misure in deroga all'uguaglianza formale come forma di discriminazione razziale da sottoporre come tali a severi controlli. Sposando questo orientamento, la Corte ha finito progressivamente per eliminare i progetti di integrazione intrapresi volontariamente dai distretti scolastici locali, anche se è stata un po' più indulgente nel contesto dell'istruzione superiore. I

recenti sviluppi nell'ambito delle politiche dell'esecutivo suggeriscono che anche i programmi di istruzione superiore precedentemente conservati potrebbe ora essere in pericolo.

Più in generale su razza e discriminazione si segnala il *symposium, Fifty Years Of Loving v. Virginia And The Continued Pursuit Of Racial Equality* in 86 *Fordham L. Rev.*, 2625 (2018), che partendo dalla sentenza con cui 50 anni fa la Corte suprema (caso *Loving v. Virginia*) dichiarava anticostituzionali tutte le leggi che proibivano i matrimoni interrazziali, offre spunti di riflessione su una lotta ancora attuale contro le discriminazioni. Ricordando le numerose figure di riferimento del movimento nero che si è battuto per contrastare la segregazione razziale negli Stati Uniti, S. Gregory Parks, M. W. Hughey, “*A Choice Of Weapons: The X-Men And The Metaphor For Approaches To Racial Equality*” in 92 *Indiana L. Journ.*, 01 (2017) si interrogano su quale possa oggi essere allora l’approccio migliore per garantire un progresso afro-americano: quello pacifico o quello dell’autodifesa. Metaforicamente parlando, per gli Autori la questione è ancora aperta; e’ in parte, sostengono, come scegliere il supereroe preferito del gruppo dei mutanti x-men, protagonista di varie serie a fumetti: meglio Martin Luther King e il suo metodo “morale” per risolvere il problema delle discriminazioni razziali o Malcom x e i suoi metodi di lotta radicali o intransigenti? Il dibattito sull’utilità o meno della violenza come strumento per contrastare la discriminazione razziale sembra per gli Autori ancora aperto e molto dibattuto.

La discriminazione di razza unitamente a quella di religione sono oggetto dello studio di A. Z. Huq, *What Is Discriminatory Intent*, 103 *Cornell L. Rev.* 1211 (2018) il quale focalizza la sua attenzione sul concetto di «intento discriminatorio», attorno a cui è costruita la difesa costituzionale delle minoranze razziali, religiose ed etniche, evidenziando come la Corte Suprema non abbia invero mai fornito una definizione chiara e univoca di tale nozione da applicarsi a diverse istituzioni e differenti ambiti di politica pubblica.

Il contributo di D. E. Peterman, *Socioeconomic Status Discrimination*, in 104 *Virginia L. Rev.*, 1283 (2018), focalizza invece la sua attenzione sulla disuguaglianza socio economica che sovente si intreccia e somma con quella razziale. L’Autore sottolinea l’associazione tra razza e povertà, evidenziando come la discriminazione basata sul SES (*socio-economic status*) sia una delle condizioni che accentua la disuguaglianza razziale. Una strategia globale finalizzata a fare fronte alla discriminazione razziale deve dunque anche affrontare la discriminazione basata sul SES.

Infine, per una riflessione più in generale sul concetto stesso di “razza” si può vedere il saggio di D. Peery, *(Re)defining Race: Addressing The Consequences Of The Law’s Failure To Define Race*, in 38 *Cardozo L. Rev.* 1817 (2017).

3. – Per quanto riguarda le discriminazioni sull’orientamento sessuale, la dottrina statunitense presta particolare attenzione alle unioni civili e al matrimonio tra soggetti di eguale sesso. K. Abrams, *The Rights Of Marriage: Obergefell, Din, And The Future Of Constitutional Family Law*, in 103 *Cornell L. Rev.*, 501 (2018) a proposito del matrimonio omosessuale riflette sulla necessaria lettura combinata delle due decisioni *Obergefell v. Hodges* e *Kerry v. Din*, che rispettivamente riconoscono un *right to marriage* e i *rights of marriage*.

Sempre con riguardo al caso *Obergefell v. Hodges*, con una attenzione rivolta alla questione riguardante i figli di coppie omosessuali, si veda il corposo saggio di S. Hazeldean, *Anchoring More Than Babies: Children’s Rights After Obergefell v. Hodges*, in 38 *Cardozo L. Rev.*, 1397 (2017).

In una prospettiva invece comparata, traendo spunto dal caso di *Moore v. City of East Cleveland*, il *symposium Moore Kinship* in 85 *Fordham L. Rev.*, 2551 (2017), riflette sui matrimoni omosessuali attraverso la comparazione Stati Uniti-Sud Africa.

Le persone omosessuali vanno tutelate da forme di discriminazione che possono concretizzarsi in atti di bullismo. A. E. Waldman, *Are Anti-Bullying Laws Effective?* in 103 *Cornell L. Rev. online*, 86 (2018) riflette sull'utilità delle leggi varate da molti Stati contro il bullismo e il cyber bullismo evidenziando come esse non siano sufficienti a contrastare il suddetto fenomeno se ad esse non si associa anche un più generale impegno sul piano sociale e giuridico per promuovere l'eguaglianza.

Secondo C. Rosk, *Anti-gay Curriculum Laws*, in 117 *Columbia L. Rev.*, 1461 (2017) occorre innanzitutto partire dall'abrogazione dei provvedimenti normativi riguardanti i programmi di studio anti-LGBT con i quali in molti Stati si è vietata o limitata la discussione sull'omosessualità nelle scuole pubbliche.

4. – Il principio di eguaglianza e la problematica delle discriminazioni sono oggetto di analisi da parte della dottrina statunitense anche con riferimento ad altri parametri di valutazione, oltre a quello razziale e quello fondato sull'orientamento sessuale. Il contributo di N. Cahn, J. Carbone, N. Levit, *Gender and the Tournament: Reinventing Antidiscrimination Law In An Age Of Inequality* in 96 *Texas L.Rev.*, 425 (2018) si propone di esaminare il problema della parità di genere, evidenziando come l'assenza di donne nei posti di controllo delle aziende, nel settore finanziario e altrove, possa invero essere letto come qualcosa di più di un semplice fallimento delle singole donne vittime di episodi che le vedono impossibilitate ad accedere alle posizioni retributive più alte della società nord americana. Le vicende dove si avverte disparità di genere non sono infatti interpretabili come pochi e isolati casi, a detrimento di singoli specifici soggetti, ma vanno letti come sintomo di una società molto più profondamente, genericamente e drammaticamente diseguale di quanto si pensi.

La lotta contro le discriminazioni di genere in ambito lavorativo non si esaurisce solo nella eliminazione di illegittimi gap salariali tra uomo e donna ma deve anche garantire una efficace ed effettiva azione per contrastare le molestie e i ricatti sessuali sui posti di lavoro, come evidenziano nei loro saggi R. K. Lee Beyond, *The Rhetoric: What It Means To Lead In A Diverse And Unequal World*, in 71 *Stan. L. Rev. online*, 110 (2018), V. Schultz, *Open Statement On Sexual Harassment From Employment Discrimination Law Scholars*, in 71 *Stan. L. Rev. online* 17 (2018) e D. Hemel, D. S. Lund, *Sexual Harassment And Corporate Law*, in 118 *Columbia L. Rev.* 1583 (2018).

Il contributo critico di S. R. Bagenstos, *Disability, Universalism, Social Rights, And Citizenship*, in 39 *Cardozo L. Rev.* 413 (2018), denuncia invece un arretramento nella lotta contro le diseguaglianze socio economiche e, nella fattispecie, contro quelle legate alle condizioni personali e sociali di numerosi individui, successivamente all'elezione presidenziale del 2016, come dimostrano i numerosi tentativi per abrogare la riforma *Obamacare* perseguiti dai conservatori repubblicani e dal Presidente Trump. Sul punto si veda anche, K. Andrias, *The Fortification Of Inequality: Constitutional Doctrine And The Political Economy*, in 93 *Indiana L. Journ.*, 5 (2018), il lavoro monografico di G. Sitaraman, *The Crisis Of The Middle-Class Constitution. Why Economic Inequality Threatens Our Republic*, New York, 2017 e il saggio di R. Dixon, J. Suk Liberal, *Constitutionalism And Economic Inequality*, in 85, *The University of Chicago L. Rev.* 369 (2018).

D. W. Black, *The Constitutional Compromise To Guarantee Education*, in 70 *Stan. L. Rev.*, (2018) denuncia invece le disparità nell'accesso all'istruzione sottolineando come segregazione, povertà e diseguaglianze siano in aumento, mentre i tribunali statali e le agenzie federali non sembrano impegnarsi nell'assicurare pari opportunità di studio a tutti.

5. – Un ultimo campo su cui ha concentrato l'attenzione la più recente produzione scientifica statunitense riguarda la cittadinanza e la questione immigrazione, temi sempre certamente attuali ma che in questo biennio, sotto la nuova presidenza nord

americana, sono tornati drammaticamente alla ribalta di fronte alla linea dura anti-immigratoria tenuta dal governo Trump.

La Corte Suprema è recentemente intervenuta sul caso *Sessions v. Morales-Santana* (137 S. Ct. 1678 (2017)). La fattispecie riguarda la discriminazione nella trasmissione della cittadinanza da genitori non sposati, rispetto a quelli sposati, nel caso in cui il bambino sia nato all'estero. Nel caso di specie, i genitori del ricorrente non erano coniugati quando egli era nato nel 1962 nella Repubblica Dominicana. Il padre era un cittadino americano, mentre non lo era la madre. In virtù della legge allora in vigore, il bambino avrebbe potuto acquisire la cittadinanza americana solo nell'ipotesi in cui il padre avesse vissuto negli Stati Uniti per almeno dieci anni prima della sua nascita e se cinque di tali anni fossero stati successivi al compimento del quattordicesimo anno. Il ricorrente avrebbe potuto inoltre nascere cittadino americano qualora la madre, invece che il padre, fosse stata cittadina americana, sempre che la madre avesse trascorso almeno un anno negli Stati Uniti. Dal caso in questione emerge, quindi, una discriminazione sul sesso e sulla circostanza relativa all'assenza del matrimonio tra i genitori nel trasmettere la cittadinanza ai figli, discriminazione definita dalla Corte Suprema "anacronistica".

Il caso è rilevante, soprattutto alla luce delle politiche di verifica dei requisiti di residenza e di cittadinanza da parte del governo federale: il ricorrente, legalmente residente negli USA dal 1975, si era infatti opposto ad un provvedimento di espulsione conseguente ai suoi precedenti penali sostenendo di essere cittadino americano perché figlio di genitore americano. Il corposo contributo di K. A. Collins, *Equality, Sovereignty, And The Family In Morales-Santana*, in 131 *Harv. L. Rev.* 170 (2018), analizza la questione, evidenziando come nel caso di specie, la Corte ha deciso una complessa controversia che le ha richiesto di affrontare sia la questione di lunga data riguardante lo *status* costituzionale e i diritti dei padri non sposati, ma anche il problema di chi possa qualificarsi a tutti gli effetti cittadino americano e chi invece debba essere *deportable*.

Il saggio di K. Johnson, *A Citizenship Market*, in 2018 *University of Illinois L. Rev.* 969 (2018), esplora la possibilità e i vantaggi di un *citizenship market* osservando criticamente come d'altra parte gli Stati Uniti già abbiano messo in pratica una sorta di "vendita" della cittadinanza, laddove danno priorità agli investitori che portano con sé capitali e perseguono riforme per quantificare i potenziali contributi economici dei potenziali migranti.

Si veda anche E. Román, Ernesto Sagás, *Birthright Citizenship Under Attack: How Dominican Nationality Laws May Be The Future Of U.S. Exclusion* in 66 *American University L. Rev.* 1383 (2017) sui rischi che oggi corre il diritto alla cittadinanza per nascita, anche e *a fortiori* alla luce della politica migratoria dell'attuale Presidente USA.

Interessanti riflessioni sull'estensione del diritto di voto anche a chi non è cittadino americano ma risiede negli Stati Uniti possiamo trovarle nel saggio di D. M. Howard, *Potential Citizens' Rights: The Case For Permanent Resident Voting*, in 95 *Texas L. Rev.* 1393 (2017), in cui si sottolinea l'importanza di riconoscere a chi risiede in modo permanente negli Stati Uniti il diritto di voto alle elezioni statali e locali, in quanto la loro esclusione dall'elettorato finisce per impedire loro una giusta ed equa rappresentanza dei propri interessi

Sul diritto di asilo, riflettendo sulla questione immigrazione in una ampia prospettiva di comparazione diacronica e sincronica, si veda l'articolato contributo di L. Kowalczyk, M. Versteeg, *The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum*, in 102 *Cornell L. Rev.* 1219 (2018). Interessante, con riguardo al caso di richiesta di asilo avanzata da *transgender*, categoria considerata vulnerabile vista la presenza di numerosi Paesi ove l'espressione di un orientamento sessuale diverso da quello etero è motivo di condanna e persecuzione, il saggio di A. L. Wayne, *Unique Identities And Vulnerabilities: The Case For Transgender Identity As A Basis For Asylum*, 102 *Cornell L. Rev.* 241 (2016).

Ancora sull'argomento, con riguardo al trattamento riservato alle famiglie in attesa di asilo, S. Shafer, J. Whalley, *Detaining Families: A Study of Asylum Adjudication in Family*, in 106 *Cal. L. Rev.* 785, (2018) L'Autore in modo critico evidenzia come sovente le famiglie straniere richiedenti asilo sono state trattenute in luoghi remoti in attesa di risposta in merito alla richiesta avanzata, hanno affrontato barriere linguistiche nell'accesso ai tribunali e, nonostante i numerosi sforzi *pro bono* per assisterle, sono regolarmente andati in tribunale senza rappresentanza legale.

K. Sabeel Rahman, *Constructing Citizenship: Exclusion And Inclusion Through The Governance Of Basic Necessities*, in 118 *Columbia L. Rev.* 2447 (2018) focalizza invece l'attenzione sulla necessità di garantire a tutti l'esercizio dei diritti socio-economici come presupposto indispensabile per una politica che si fondi sulla inclusione e consenta di garantire così appieno della cittadinanza.

6. – Altre questioni settoriali, oltre a quelle appena evidenziate, hanno suscitato interesse da parte della dottrina scientifico-giuridico statunitense.

Suggestivo appare il contributo di E. Temchenko, *A First Amendment Right To Corrupt Your Politician*, in 103 *Cornell L. Rev.*, 465 (2018) in cui l'Autore si interroga se si possa configurare un vero e proprio *right to corrupt your politician* sulla base del Primo Emendamento. E' assodato, osserva lo studioso, che la Costituzione tutela il diritto di associazione politica, il quale comprende anche la possibilità di offrire sostegno finanziario ai candidati in cambio dell'iscrizione e dell'accesso al partito. La giurisprudenza e la dottrina hanno tuttavia generalmente limitato la possibilità di esercizio di questo diritto ai contributi alle campagne per le cariche pubbliche. Dopo il caso *McDonnell v. Stati Uniti* (136 S. Ct. 2355 (2016)), la situazione potrebbe però cambiare. Leggendo l'opinione di McDonnell alla luce del caso *McCutcheon v. Fec* del 2 aprile 2014 che ha tolto definitivamente ogni limite ai finanziamenti, diretti e indiretti, ai politici da parte delle grandi società in qualunque forma e attraverso qualsivoglia mezzo, sembra emergere un ulteriore segnale di apertura da parte della Corte Suprema che potrebbe aver implicitamente riconosciuto un diritto fondato sul primo emendamento di "comprare" il favore di un politico anche al di fuori del contesto specifico del finanziamento della campagna elettorale. Negli Stati Uniti il fenomeno della corruzione sembra così trovare una sua profonda legittimazione giuridica nell'interpretazione delle citate decisioni della Corte Suprema del primo fondamentale emendamento della Costituzione americana, dove è garantita ai cittadini la libertà di opinione e di espressione (speech) politica. Questo nuovo orientamento sembra aver già trovato il sostegno di numerosi Tribunali e di almeno un giudice della Corte d'Appello del Circuito degli Stati Uniti, il che induce a pensare che il Congresso possa non essere più in grado di criminalizzare alcuni tipi di corruzione visto che alcuni giudici hanno iniziato a mutare il proprio *modus operandi*, invalidando parti degli attuali statuti anticorruzione. Mentre l'impatto del diritto al primo emendamento rimane poco chiaro, lo smantellamento del quadro anticorruzione degli Stati Uniti potrebbe – osserva preoccupato l'Autore – essere già iniziato.

Sull'argomento, vedi anche A. F. Minchew, *Who Put the Quo in Quid pro Quo?: Why Courts Should Apply McDonnell's "Official Act" Definition Narrowly* in 85 *Fordham L. Rev.* 1793 (2017).

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema in merito all'interpretazione e portata dell'Ottavo emendamento è oggetto di un ampio studio di R. J. Smith, Z. Robinson, *Constitutional Liberty And The Progression Of Punishment* in 102 *Cornell L. Rev.*, 413 (2017), in cui si mette evidenza come recentemente la Corte Suprema abbia sottolineato che scopo fondamentale dell'ottavo emendamento è quello di proteggere i cittadini più vulnerabili, soggetti sovente a cauzioni eccessivamente onerose. In tal senso, per gli Autori la Corte appare sempre più arbitro indipendente degli eccessi legislativi che minano il diritto fondamentale alla dignità umana. Questi

recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di libertà sembrano offrire una maggior protezione ai diritti degli imputati in una varietà di contesti contemporanei, primo fra i quali quello dei minori condannati all'ergastolo senza condizionale per reati di omicidio, quello delle condanne all'ergastolo senza possibilità di libertà vigilata per reati di droga, nel caso della pena di morte e laddove vi sia stata la condanna ad un prolungato isolamento.

In tema di privacy, con riguardo all'aborto come *private choice*, si segnala l'articolo di E.Chemerinsky, M. Goodwin *Abortion: A Woman's Private Choice*, in 95 *Texas L. Rev.* 1189 (2018), in cui si riflette sul concetto di privacy a partire dalla storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973 che oggi – come denunciano gli Autori – sotto la Presidenza Trump rischia di venire messa in discussione.

Con riguardo alla libertà di espressione e all'interpretazione del Primo emendamento, J.Campbell, *Natural Rights And The First Amendment*, in 127 *The Yale L. Journ.* 246 (2017) sottolinea come a tutt'oggi il significato originario della libertà di parola e di stampa codificate nella Costituzione dai *Founding Fathers* restano ancora poco chiari, lasciando un ampio margine per interpretazioni non sempre univoche. Molti studiosi, fa notare l'Autore, che spesso fanno riferimento ai procedimenti giudiziari di sedizione durante la *Founding Era*, sottolineano la portata limitata di questi diritti; altri hanno invece preferito concentrarsi sulle idee libertarie che hanno contribuito a plasmare l'opposizione al *Sedition Act* del 1798. Anche il rapporto tra libertà di parola e libertà di stampa appare per certi versi equivoco. Campbell ricorda, infatti, che la maggior parte degli studiosi considera queste due libertà equivalenti, poiché entrambe sanciscono la libertà di espressione, altri, al contrario, sostengono che la libertà di parola, a differenza della libertà di stampa, fornisce una protezione più solida per il diritto di parola nel dibattito politico.

L. Kendrick, *Use Your Words: On The "Speech" In "Freedom Of Speech"* in 116 *Michigan L. Rev.* 667, (2018) evidenzia come la maggior parte delle persone a cui è stata posta la domanda è solita pensare che la libertà di parola abbia qualcosa a che fare con un'attività che definiamo colloquialmente "parlare". Molto spesso però le Corti si sono trovate a decidere controversie in cui il diritto di parola era chiamato in causa in modo non sempre appropriato e ragionevole. Se la libertà di parola è un diritto umano fondamentale, dovremmo – osserva criticamente l'Autore – essere in grado di articolare quando è implicata e quando non lo è. Se stabiliamo che ogni attività interessa la libertà di parola (anche, osserva provocatoriamente Kendrick, nell'ipotesi in cui un panificio nega il servizio ad una coppia omosessuale che intende comprare una torta nuziale), dovremmo allora sospettare che vi sia un errore di interpretazione.

Interessanti sono le riflessioni sul principio di eguaglianza al diritto all'assistenza legale e su quanto ribadito dalla Corte Suprema nel 1969 nel caso *Gideon v. Wainwright* che ha messo in chiaro come tale diritto si applica a tutti gli imputati nelle cause penali, e pertanto anche a coloro che non sono in grado di sostenere le spese di un avvocato difensore, va riconosciuto il diritto di essere legalmente assistiti nei processi. Nell'articolo di B. Buskey, L. Sudeall Lucas, *Keeping Gideon's Promise: Using Equal Protection To Address The Denial Of Counsel In Misdemeanor Cases*, in 85 *Fordham L. Rev.*, 2299 (2017) si evidenzia come sia oggi preferibile sostenere la necessità di assicurare a tutti l'assistenza legale richiamando non solo e tanto il sesto emendamento, ma invocando il principio di eguaglianza, in virtù del quale nessuno deve essere discriminato in base alla ricchezza, ma tutti, anche gli indigenti, devono poter essere messi nelle condizioni di poter essere assistiti durante i processi.

L. R. Silva, *Ringling The Bell: The Right To Counsel And The Interest Convergence Dilemma*, in 82 *Missouri L. Rev.* 133 (2017) evidenzia come la giurisprudenza della Corte Suprema non sia stata univoca e costante nell'interpretare il diritto all'assistenza legale, ma abbia erroneamente ampliato e limitato il diritto all'assistenza legale, lasciando il suo ambito di applicazione ben lungi dall'essere certo.

La pena capitale continua a suscitare polemiche come mostra l'articolo di R. Knake, *Abolishing Death*, in 13 *Duke Journ. of Const. L. & Public Policy*, 2 (2018) in cui si osserva come molti ordinamenti democratici la abbiano abrogata a differenza degli Stati Uniti che appaiono invece ancora piuttosto refrattari a rinunciare alle condanne a morte dei condannati. Di avviso parzialmente contrario è B. L. Garrett, *The Decline Of The Virginia (and American) Death Penalty*, in 105 *The Georgetown L. Journ.*, 661, (2018) che apprezza invece il numero sempre meno frequente di condanne a morte in alcuni Stati degli USA come ad esempio la Virginia e la Florida.

Alla luce delle contestazioni sollevate dalla Presidenza Trump nei confronti della riforma sanitaria introdotta da Obama, S. A. Tovino, *A Right To Care*, in 70 *Ala. L. Rev.* 185 (2018) ripercorre accuratamente la storia della copertura Medicare e non-Medicare di cure qualificate e riabilitazione a favore di individui che versano in condizioni di salute gravi e, nella fattispecie, siano affetti da malattie croniche e progressive.

7. – Da ultimo va osservato come la dottrina statunitense, accanto ad approfondimenti tematici abbia continuato a confrontarsi su concetti e problemi di natura generale, primo fra i quali il problema del contemperamento fra opposte esigenze di tutela dei diritti relativamente al quale si segnala il corposo studio di J. Greene, *The Supreme Court 2017 Term Foreword: Rights As Trumps?*, in 132 *Harv. L. Rev.* 28 (2018). L'Autore, partendo dall'assunto che i diritti sono più che meri interessi, ma che, al contempo, non vanno considerati come assoluti, individua e riflette su due distinti e differenti approcci alla soluzione dei conflitti fra contrapposte situazioni giuridiche soggettive: quello secondo cui i diritti sono assoluti ma per le circostanze eccezionali in cui possono essere limitati, e l'altro per il quale i diritti sono limitati ma per le eccezionali circostanze in cui sono invece assoluti. Secondo il primo orientamento, i casi di violazione dei diritti sarebbero la conseguenza di un governo inadeguato; per il secondo, le ipotesi di violazione/limitazione rappresentano il costo per governare bene.

Con una particolare attenzione al bilanciamento fra privacy, sicurezza e dignità, R. M. Re, *Fourth Amendment Fairness*, in 116 *Michigan L. Rev.* 1409 (2018) chiarisce alla luce delle teorie contrattualiste quando le perquisizioni e i sequestri sono da considerarsi *unreasonable*.

Interessante, e molto attuale, è infine anche l'analisi di I. Wuerth, *International Law In The Post-Human Rights Era*, in 96 *Texas L. Rev.* 279 (2017), sulla retrocessione dei diritti a livello internazionale, al cospetto dell'accrescimento di potere da parte di Paesi come Cina e Russia nel panorama internazionale e a causa dell'ascesa di nazionalismi e populismi.

## La dottrina canadese in tema di diritti nel biennio 2017-2018

di Irene Spigno

**Keywords:** Canada; Fundamental Rights; Scholarly debate.

1. – Il biennio 2017-2018 si è aperto con la celebrazione del 150esimo anniversario dell'approvazione del *British North America Act* che nel 1867 creò il *Dominion* del Canada. Dedicati a tale ricorrenza sono i diversi contributi contenuti nel volume di G. Delledonne, G. Martinico, L. Pierdominici (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, Pisa University Press, 2018, che propongono delle riflessioni, sia in chiave storica ma anche contemporanea e comparata, sull'evoluzione delle forme costituzionali canadesi, con un particolare *focus* su tematiche quali il federalismo, l'interpretazione costituzionale e le politiche di integrazione culturale. A tali importanti vicende è dedicato anche il numero monografico di *Perspectives on Federalism*, 2017, curato da G. Martinico, R. Albert, A. Baraggia, C. Fasone su *An Opportunity for Reflection – A Special Issue on “The Constitution of Canada: History, Evolution, Influence and Reform”*. Si veda inoltre la terza edizione del volume H.V. Nelles, *A Little History of Canada*, Oxford, Oxford University Press, 2017, aggiornata in occasione del 150esimo anniversario della Confederazione canadese. Si segnala a tale proposito anche il volume di R. Albert, D.R. Cameron (a cura di), *Canada in the World. Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, nel quale studiosi e giuristi discutono dell'evoluzione della Costituzione canadese a partire dal *British North America Act* del 1867, concentrandosi in particolare sul ruolo della Corte suprema nell'interpretazione della Costituzione come “*living tree*” e sulla crescente influenza sia del testo costituzionale, con la *Charter of Rights and Freedoms* del 1982 (d'ora in avanti la *Charter* o la Carta dei diritti e delle libertà o semplicemente la Carta), sia delle decisioni della Corte su altre Corti costituzionali che si occupano di una vasta gamma di questioni relative ai diritti umani e al governo democratico.

2. – La relazione tra diritto internazionale dei diritti umani è oggetto di analisi nel lavoro di T. A. Cromwell, B. Gelinias-Faucher, *William Schabas, the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and International Human Rights Law*, in M. M. deGuzman, D. M. Amann (a cura di), *Arms of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 39-56, i quali prendono come spunto gli studi condotti da William Schabas sull'uso del diritto internazionale dei diritti umani da parte delle corti canadesi e in particolare l'uso delle fonti internazionali nella Corte suprema nell'interpretazione della *Charter* del 1982. Sulle vicende del colonialismo in Canada, invece, si segnala il libro A. Woolford, J. Benvenuto (a cura di), *Canada and Colonial Genocide*, Londra e New York, Routledge, 2017.

3. – Numerosi i contributi che osservano l'operato della Corte suprema come interprete privilegiato e vivace della *Charter*, tanto per quanto riguarda la giurisprudenza in materia di diritti e libertà fondamentali, ma anche con riferimento alle tecniche interpretative utilizzate. In questo senso, innanzitutto, il volume J. Boughey, *Human rights and judicial review in Australia and Canada: the newest despotism?*, Oxford, Hart Publishing, 2017 analizza il tema della *judicial review* dell'attività amministrativa in Canada (in comparazione con quella australiana) concentrandosi in particolare sulla *procedural fairness*, la *controlling discretion* e l'intensità del controllo stesso. Inoltre, sull'attività interpretativa svolta dalla Corte suprema e in particolare sull'uso del principio di proporzionalità e la sua relazione con l'attivismo giudiziario si veda, in prospettiva comparata, N. Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge University Press, 2017. Sull'attivismo giudiziario della Corte suprema canadese si veda A. Buratti, *Between Judicial Activism and Political Cooperation: The Case of the Canadian Supreme Court*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018, pp. 318-325. Sullo sviluppo da parte della Corte suprema di principi costituzionali non scritti si segnala D. Schneiderman, *Unwritten constitutional principles in Canada: genuine or strategic?*, in R. Dixon, A. Stone (a cura di), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 517-540. Sull'attività interpretativa della Corte e per un'analisi dettagliata degli argomenti da questa utilizzati si veda H. Cyr, M. Popescu, *The Supreme Court of Canada*, in A. Jakab, A. Dyevre, G. Itzcovich (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 154-198.

4. – Sulla portata della *section 1* della Carta e in particolare sulla considerazione che le libertà che riguardano l'intimità delle persone (come ad esempio la libertà di pensiero) e il diritto a non essere sottoposti a trattamenti o pene crudeli e degradanti debbano essere considerati come assoluti – contrariamente all'opinione maggioritaria e tradizionalmente prevalente secondo la quale nessuno dei diritti o libertà riconosciuti nella Carta può essere considerato tale – si veda B. Bird, *Are All Charter Rights and Freedoms Really Non-Absolute?*, in *The Dalhousie L J*, 2017, pp. 107-122. Inoltre, sulle condizioni necessarie affinché il legislatore possa sospendere i diritti e le libertà riconosciuti nella *Charter* si segnala M. St-Hilaire, *Les leçons de Jordan, III: à quelles conditions est-il légitime de déroger aux droits constitutionnels fondamentaux?*, in *Constitutional Forum constitutionnel*, 2017, pp. 19-32. Anche con riferimento alle libertà riconosciute e tutelate nella *section 2* della *Charter*, numerosi sono i contributi in materia di libertà religiosa, prevista dalla lettera a) di tale disposizione. Innanzitutto, l'articolo B. L. Berger, *Religious Freedom in Canada. A Crucible for Constitutionalism*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, pp. 111-125, analizza i tre punti fondamentali intorno ai quali ruota il dibattito contemporaneo su tale libertà in Canada: lo status e la protezione degli interessi religiosi collettivi, l'emergenza e instabilità della neutralità dello Stato come ideale di governo nella gestione delle differenze religiose e il trattamento della religione indigena. Ha invece a oggetto la saga della *Trinity Western University* (TWU) l'articolo B.A. Major, *Trinity Western University Law: The Boundary and Ethos of the Legal Community*, in *Alberta L R*, 2017, pp. 167-198. La TWU è un'università privata che impone, tanto agli iscritti, quanto al personale docente, un codice di comportamento di matrice religiosa-cristiana, che di fatto discrimina gli appartenenti alla comunità LGBTIQ. La TWU è stata protagonista di una lunga sequela giudiziaria durante la quale sono intervenuti diversi organi e svariate pronunce, dato il contrasto tra, da un lato la *section 2*, lett. a) della *Charter* e dall'altro lato gli *equality rights* protetti dalla *section 15*. Prima in ordine cronologico è stata la sentenza della Corte suprema del Canada *Trinity Western University v British Columbia College of Teachers* [(2001) 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31].

5. – Con riferimento alla libertà di espressione protetta dalla lettera b) della *section 2*, in particolare con riferimento alla blasfemia e al discorso dell'odio, si veda R. Moon, *Religion and hate speech in Canada: the difficulty in separating attacks on beliefs from attacks on believers*, in J. Temperman, A. Koltay (a cura di), *Blasphemy and Freedom of Expression. Comparative, Theoretical and Historical Reflections after the Charlie Hebdo Massacre*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 480-509. Sui discorsi d'odio si veda anche J. Maclure, *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, in *McGill L J*, 2017, pp. 133-154. Sull'applicabilità della Carta anche ai campus universitari – e in particolare della *section 2*, lett. b), si segnala l'articolo S. E. Hamill, *Of Malls and Campuses: The Regulation of University Campuses and Section 2(b) of the Charter*, in *The Dalhousie L J*, 2017, pp. 157-188.

6. – Nonostante la quasi totale assenza di giurisprudenza in materia di riconoscimento del diritto al lavoro, la Corte suprema ha individuato nella lettera d) della *section 2* della Carta, che riconosce la libertà di associazione, il fondamento del diritto alla protezione collettiva dei lavoratori: a tale proposito si veda il volume L. Savage, C. W. Smith (a cura di), *Unions in Court: Organized Labour and the Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2017 nel quale si affronta il tema della protezione collettiva dei lavoratori realizzata dalla Corte suprema mediante diverse sentenze.

7. – Per quanto riguarda il diritto di voto protetto dalla *section 3* della Carta si segnala l'articolo C. H. Skeet, *Franchises Lost and Gained: Post-Coloniality and the Development of Women's Rights in Canada*, in *Perspectives on Federalism*, 2017, pp. 160-193, in materia di diritto di voto delle donne. In particolare, l'autrice critica il discorso tradizionalmente accettato secondo il quale lo sviluppo dei diritti delle donne in Canada avrebbe seguito un percorso lineare e costante supportato dalla Costituzione canadese e dalla particolare attenzione che questa dedica all'uguaglianza e in particolare all'uguaglianza di genere. Il testo analizza la storia pre-confederazione del suffragio in Canada per confutare una visione lineare ed esemplificativa dello sviluppo dei diritti delle donne e per sostenere il riconoscimento del contributo indigeno alla storia dei diritti delle donne in Canada. Inoltre, analizza il motivo per cui il diritto di voto è stato esercitato più ampiamente nel "Lower Canada" e mette in relazione questo con il contesto della rimozione del suffragio alle donne prima della Confederazione. Con riferimento agli strumenti di partecipazione popolare e in particolare all'attuale lettura della decisione del 1998 della Corte suprema del Canada nella *Reference Re Secession of Quebec* e al referendum utilizzato come strumento che consente di esprimere non solo la volontà popolare nelle decisioni del governo, ma anche come strumento che i gruppi di minoranza possono usare per rivendicare la propria autonomia e indipendenza supportata dalla volontà popolare, sia consentito segnalare I. Spigno, *Constitutional Judges and Secession. Lessons from Canada ... twenty years later*, in *Perspectives on Federalism*, 2017, pp. 105-132.

8. – Numerosi i contributi della dottrina con riferimento ai diritti e libertà che trovano la propria *ratio* giustificatrice nella *section 7* della *Charter* che garantisce il diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza. Innanzitutto, un primo filone si rinvia con riferimento alla protezione dalla violenza sessuale si veda J. Koshan, P. Nyaundi, M. Randall (a cura di), *The right to say no: marital rape and law reform in Canada, Ghana, Kenya and Malawi*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017. Con riferimento invece al diritto di accesso alla giustizia delle persone vittime di violenza sessuale con disabilità, in particolare per quanto riguarda la loro testimonianza, si segnala il testo J.-S. Beaudry, *The Intellectually Disabled Witness and the Requirement to Promise to Tell the Truth*, in *The Dalhousie L J*, 2017, 239-278. Una seconda linea riguarda, invece, il tema della sicurezza nazionale e la

lotta contro il terrorismo: a tale proposito si segnala D. Alati, *Domestic Counter-Terrorism in a Global World. Post-9/11 Institutional Structures and Cultures in Canada and the United Kingdom*, Londra e New York, Routledge, 2018. Sulla relazione tra libertà d'espressione e sicurezza nazionale si veda invece D.M. Tortell, *Surfing the Surveillance Wave: Online Privacy, Freedom of Expression and the Threat of National Security*, in *Review of Constitutional Studies*, 2017, pp. 211-238. Inoltre, si veda K. Roach, *The migration and evolution of programs to counter violent extremism*, in *University of Toronto L J*, 2018, pp. 588-597, il quale sottolinea l'inadeguatezza delle misure adottate nel Regno Unito nella lotta all'estremismo violento, non replicate in Canada, dove invece si privilegia un approccio di altro tipo, prevalentemente concentrato sul principio d'eguaglianza. Infine, un terzo filone si riferisce alla tematica della morte assistita, con riferimento alla quale si veda F. Rahimi, *Assisted Death in Canada: An Exploration of the Constitutionality of Bill C-14*, in *Saskatchewan L R*, 2017, pp. 457-488. Sulle tematiche del fine vita si veda anche C. Casonato, M. Tomasi, *Constitutional Dialogues in Canada. Corte suprema e Parlamento sulle questioni di fine vita*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 191-210. Infine, con riferimento alla *privacy* e al diritto alla riservatezza, che risultano essere protetti anch'essi dalla *section 7*, in particolare per quanto concerne i rimedi per la sua violazione, si veda J. Berryman, *Remedies for breach of privacy in Canada*, in J. Varuhas, N. Moreham (a cura di), *Remedies for breach of privacy*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2018, pp. 323-348.

9. – Un altro profilo di violazione della *section 7* è quello che viene in considerazione con riferimento alla tematica dell'immigrazione: a tale proposito si veda l'articolo D. Strazzari, *Immigration and Federalism in Canada: beyond Quebec Exceptionalism?*, in *Perspectives on Federalism*, 2017, pp. 56-84 il quale analizza il ruolo delle province canadesi nella selezione dei migranti sottolineando come, dopo aver adottato un approccio asimmetrico che ha beneficiato solo il Québec, il governo federale ha attribuito dei poteri in tale materia anche alle altre province spostandosi quindi verso una asimmetria *de facto*. Nonostante tale sistema abbia mostrato un certo successo durante gli anni in cui è stato applicato, il governo federale ha deciso di ri-centralizzare tale politica (con esclusione del Québec). Sul tema dell'immigrazione si veda anche S. G. Marsden, *Enforcing Exclusion. Precarious Migrants and the Law in Canada*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2018. Legato al tema dell'immigrazione, anche se principalmente focalizzato sulla condizione di arabi e musulmani in Canada, si veda S. Arat-Koç, *Whose Transnationalism? Canada, Clash of Civilizations "Discourse and Arab and Muslim Canadians"*, in R. Sintos Coloma, G. Pon (a cura di), *Asian Canadian Studies Reader*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, pp. 316-338, che li definisce sotto assedio. Sulle politiche canadesi in materia di rifugiati si segnala B. Perryman, *Alternative Fact: More Democratic States Are More Likely to Provide Refugee Protection*, in *Alberta L R*, 2017, pp. 127-165, mentre sulle politiche adottate con relazione alle donne rifugiate si veda L. Madokoro, *Women at risk: globalization, gendered fear and the Canadian state*, in *Canadian Foreign Policy Journal*, 2018, pp. 344-357. Una rassegna del sistema canadese di detenzione per immigrati irregolari è offerta nel lavoro S. Anstis, J. Blum, J. Will, *Separate but Unequal: Immigration Detention in Canada and the Great Writ of Liberty*, in *McGill L J*, 2017, pp. 1-44.

10. – Nonostante la mancanza di un esplicito riconoscimento nella *Charter*, il fondamento costituzionale dei diritti sociali è da rinvenire nel combinato disposto delle *sections 7* e *15*, che giustificano quindi anche il riconoscimento del diritto alla salute, alla famiglia, a una dimora adeguata e a un ambiente salubre. Sulla giurisprudenza canadese in materia di diritti sociali e sulla sua implementazione si veda B. Porter, *Canada: systemic claims and remedial diversity*, in M. Langford, C. Rodríguez-Garavito, J. Rossi (a cura di),

*Social Rights Judgments and the Politics of Compliance. Making it Stick*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 201-254. Tale tematica è affrontata, in chiave comparata con l'esperienza australiana, da E. Sorda, *The protection of social rights in Australia and Canada: national and international enforcement*, in *Akademia. Revista internacional & comparada de derechos humanos*, 2018, pp. 269-293. Con riferimento al diritto alla famiglia si segnala l'articolo D. Nakache, *Migrant Workers and the Right to Family Accompaniment: A Case for Family Rights in International Law and in Canada*, in *International Migration*, vol. 56, n. 6, 2018, pp. 221-235, che esamina il quadro giuridico internazionale e regionale relativo ai diritti familiari dei migranti; in particolare, si evidenzia come la crescente migrazione di manodopera, debba motivare il Canada ad attuare adeguate politiche di accompagnamento familiare per i lavoratori migranti. Un argomento chiave è che è nell'interesse del Canada, come di ogni stato di destinazione, agevolare – piuttosto che ostacolare – l'unità familiare dei lavoratori migranti. Sulla stessa tematica si segnala anche il volume M. Gaucher, *A Family Matter. Citizenship, Conjugal Relationships, and Canadian Immigration Policy*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2018. Con riferimento invece ai diritti dei minori si veda, inoltre, la seconda edizione di K. Covell, R. Brian Howe, J.C. Blokhuis, *The Challenge of Children's Rights for Canada*, Ontario, Wilfrid Laurier Univ. Press, 2018. Sulla possibilità di includere il diritto al cibo nell'ordinamento costituzionale canadese si segnala l'analisi svolta nel lavoro A. H. Rezaie, *Upholding the Human Right to Food in the Face of Agro-Biofuel Technology*, in *Can J Hum Rts*, 2017, pp. 155-195. Sul diritto alla casa, infine, si veda S.E. Hamill, *Caught Between Deference and Indifference: The Right to Housing in Canada*, in *Can J Hum Rts*, 2018, pp. 67-95. Con riferimento al diritto alla salute, si segnala M. Greenwood, S. de Leeuw, N. Lindsay, *Challenges in health equity for Indigenous peoples in Canada*, in *The Lancet*, 2018, pp. 1645-1648 nel quale si analizza il diritto alla salute dei popoli indigeni e le sfide che il sistema sanitario canadese deve affrontare. Si occupa invece della relazione tra le pratiche curative indigene e quelle occidentali l'articolo I. Blijnault, J. Hunter, J. Mumford, *Integration of Indigenous healing practices with western biomedicine in Australia, Canada, New Zealand and the United States of America: a scoping review protocol*, in *JBIC Database of Systematic Reviews and Implementation Reports*, 2018, pp. 1354-1360.

11. – Con riferimento agli *equality rights* protetti dalla *section 15*, l'articolo C. Sheppard, *Contester la discrimination systémique au Canada: Droit et changement organisationnel*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2018, pp. 1-20 realizza un'analisi della discriminazione sistematica in Canada presente in diversi ambiti come quello istituzionale, educativo o lavorativo, evidenziando anche i possibili rimedi che possono essere utilizzati per combatterla. Sull'approccio della giurisprudenza della Corte suprema che accoglie i ricorsi presentati per il riconoscimento di diritti positivi quando questi coinvolgono anche comportamenti discriminatori da parte delle istituzioni si veda T. Kahana, *Hybrid state accountability and hybrid rights: positive rights, exclusion, and state action in Canada*, in T. Kahana, A. Scolnicov (a cura di), *Boundaries of State, Boundaries of Rights. Human Rights, Private Actors, and Positive Obligations*, Cambridge University Press, 2018, pp. 173-193.

12. – Inoltre, diversi contributi si sono concentrati sull'eguaglianza di genere. Innanzitutto, l'articolo di V.R. Scotti, *Women's rights and minorities' rights in Canada. The challenges of intersectionality in Supreme Court jurisprudence*, in *Perspectives on Federalism*, 2017, pp. 194-218, analizza l'impatto del principio di uguaglianza come riconosciuto nelle prime carte costituzionali canadesi, per poi concentrarsi sulla giurisprudenza della Corte suprema in materia di uguaglianza di genere elaborata con riferimento ai casi di donne aborigene e musulmane allo scopo di valutare se l'intersezionalità rappresenta per

questi gruppi di donne una fonte di doppia discriminazione. Sul tema del trattamento giuridico dei matrimoni forzati in Canada si segnala, invece, K. A. Sapoznik Evans, *Forced Marriage in Canada: To Criminalize or Not to Criminalize?*, in *Can J Hum Rts*, 2017, pp. 49-85.

13. – Sulla tematica della discriminazione religiosa si vedano K. O'Halloran, *Religious Discrimination and Cultural Context. A Common Law Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 e M. Pearson, *Proportionality, Equality Laws, and Religion Conflicts in England, Canada, and the USA*, Londra e New York, Routledge, 2017. Sulla giurisprudenza canadese in materia di discriminazione sulla base del colore della pelle si veda, invece, J. Sealy-Harrington, J. Watson Hamilton, *Colour as a Discrete Ground of Discrimination*, in *Can J Hum Rts*, 2018, pp. 1- 33.

14. – Per quanto riguarda, invece, la protezione dei diritti dei disabili, con particolare riferimento alle tematiche legate all'uguaglianza digitale e al diritto di accesso all'informazione nella sua analisi della disabilità domestica, anti-discriminazione, diritti civili, diritti umani, diritti costituzionali, diritti d'autore e altre misure di uguaglianza che promuovono e ostacolano la lettura dell'uguaglianza si veda il volume P. Harpur, *Discrimination, Copyright and Equality. Opening the e-Book for the Print-Disabled*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018. Si occupa invece delle tematiche legati ai diritti dei disabili in materia di trasporti l'articolo L. Jacobs, *The Universality of the Human Condition: Theorizing Transportation Inequality Claims by Persons with Disabilities in Canada, 1976 – 2016*, in *Can J Hum Rts*, 2018, pp. 35-66. Sul diritto di accesso alla giustizia delle persone con disabilità visuale si segnala C. Rei-Anderson, G. Reynolds, J. Wood, N. Wood, *Access to Justice Online: Are Canadian Court Websites Accessible for Users with Visual Impairments*, in *Alberta L R*, 2018, pp. 647-682. Su tali tematiche si veda anche R. Malhotra, B. Isitt (a cura di), *Disabling Barriers Social Movements, Disability History, and the Law*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2017.

15. – Per quanto concerne gli *equality rights* protetti dalla *section 15*, numerosi sono i contributi che hanno ad oggetto i diritti della minoranza LGBTIQ. L'articolo C. Johnson, M. Tremblay, *Comparing Same-Sex Marriage in Australia and Canada: Institutions and Political Will*, in *Government and Opposition*, 2018, pp. 131-158, analizza l'esperienza canadese – che risulta di particolare rilevanza essendo stato il Canada uno dei primi paesi a introdurre il matrimonio omosessuale nel 2005 – in prospettiva comparata e come modello utile per l'Australia. In particolare, il *focus* dell'autore viene fatto sui fattori che possono influenzare la “volontà politica” in relazione al matrimonio tra persone dello stesso sesso in entrambi i paesi e quindi i diritti dei gruppi minoritari in diversi contesti democratici nazionali. Inoltre, l'articolo N. Laviolette, *Sexual Orientation, Gender Identity and The Refugee Determination Process in Canada*, in *Journal: Analele Universității Spiru Haret. Seria Journalism*, 2017, pp. 5-55 analizza le gravi violazioni dei diritti umani subite da persone appartenenti alla comunità LGBTIQ che sono state il motore per cercare rifugio in paesi con una migliore protezione dei diritti umani. Questo a sua volta ha portato alcuni paesi a estendere la protezione dei rifugiati a uomini e donne che temevano la persecuzione nei loro paesi d'origine a causa del loro orientamento sessuale o identità di genere. Inoltre, B. Cossman, *Gender identity, gender pronouns, and freedom of expression: Bill C-16 and the traction of specious legal claims*, in *University of Toronto L J*, 2018, pp. 37-79, analizza le critiche rivolte dall'opposizione alla proposta di legge *Bill C-16, An Act to Amend the Canadian Human Rights Code and the Criminal Code* che avrebbe introdotto misure di protezione contro la discriminazione contro persone trans e non binarie in Canada, critiche che fanno leva sulla libertà d'espressione protetta dalla *section 2*, lett. b). Inoltre, tale proposta di legge avrebbe

aggiunto l'identità di genere e l'espressione di genere alle categorie protette dalla normativa in materia di anti-discriminazione e di crimini d'odio: a tale proposito si segnalano F. Ashley, *Don't be so hateful: The insufficiency of anti-discrimination and hate crime laws in improving trans well-being*, in *University of Toronto L J*, 2018, pp. 1-36 e A. M. Lunny, *Debating Hate Crime. Language, Legislatures, and the Law in Canada*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2017.

16. – Sui diritti linguistici, garantiti dalla *section 23* della *Charter* si veda F. Bérard, *Charte canadienne et droits linguistiques: Pour en finir avec les mythes*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2017 nel quale si analizza l'impatto della Carta canadese dei diritti linguistici del sulle persone francofone del Québec.

17. – Diversi anche i contributi in materia di multiculturalismo, protetto dalla *section 27* che riconosce l'impegno a tutelare il patrimonio multiculturale del Canada. In questo senso, in R. E. Howard-Hassmann, *The "Quebec Values" Debate of 2013: Minority vs. Collective Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2018, pp. 144-167 si analizza il dibattito che ha avuto luogo in Québec, nel 2013 sulla Carta dei valori del Québec introdotta dal partito al potere separatista, il Parti Québécois, basandosi in particolare su documenti governativi, dibattiti nell'assemblea nazionale del Québec ed editoriali nella stampa in lingua francese. I dibattiti riguardavano il diritto di manifestare la propria religione, i diritti delle donne (in particolare musulmane) e i diritti della collettività in contrapposizione alla minoranza. Parte del dibattito interessava inoltre la particolare politica di interculturalità del Québec, in contrasto con quella del multiculturalismo del Canada. Gli aspetti teorici del multiculturalismo sono analizzati da W. Kymlicka, *Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations*, in *Political Theory*, 2018, pp. 81-91.

18. – Con particolare riferimento ai diritti delle popolazioni aborigene, il volume J. Borrows, M. Coyle (a cura di), *The Right Relationship: Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, Toronto University Press, 2017 analizza il tema delle sfide che l'ordinamento canadese affronta nel cercare un consenso sulla natura dei trattati. Si veda anche J. Reynolds, *Aboriginal Peoples and the Law. A Critical Introduction*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2018. Sulla normativa rilevante in materia di diritti dei popoli aborigeni in generale, si veda il volume di S. Imai, *The 2018 annotated Aboriginal law: The constitution, legislation and treaties*, Toronto, Carswell, 2018. Sulle tematiche legate alla *governance* nella gestione delle risorse idriche e i diritti delle popolazioni indigene sulle terre ancestrali si veda H. Castleden, C. Hart, A. Cunsolo, S. Harper, *Reconciliation and Relationality in Water Research and Management in Canada: Implementing Indigenous Ontologies, Epistemologies, and Methodologies*, in *Water Policy and Governance in Canada*, 2017, pp. 69-95 e con riferimento ai diritti delle popolazioni indigene sulle aree marine protette si veda N.C. Ban, A. Frid, *Indigenous peoples' rights and marine protected areas*, in *Marine Policy*, 2018, pp. 180-185. Si veda inoltre D.V. Wright, *Federal Linear Energy Infrastructure Projects and the Rights of Indigenous Peoples: Current Legal Landscape and Emerging Developments*, in *Review of Constitutional Studies*, 2018, pp. 175-223, che dopo aver analizzato l'attuale quadro giuridico, osserva le modifiche nella normativa federale e nelle politiche attuate con riferimento ai progetti in materia energetica. Sulle politiche del governo di Justin Trudeau in materia di diritti dei popoli indigeni si veda l'articolo di S. Lightfoot, *A Promise Too Far? The Justin Trudeau Government and Indigenous Rights*, in *Justin Trudeau and Canadian Foreign Policy*, 2018, pp. 165-185. Sulla tensione tra i diritti dei popoli indigeni e i diritti degli animali si veda I. Knezevic, J. Pasho, K. Dobson, *Seal Hunts in Canada and on Twitter: Exploring the Tensions Between Indigenous Rights and Animal Rights*

with #Sealfie, in *Canadian Journal of Communication*, 2018, pp. 421-439, mentre sulle problematiche giuridiche legate ai diritti degli animali si veda W. Kymlicka, *Social Membership: Animal Law beyond the Property/Personhood Impasse*, in *The Dalhousie L J*, 2017, pp. 123-155. Analizza invece la sentenza della Corte suprema *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)* [(2013) 1 SCR 623] l'articolo D. Voth, *The choices we make and the world they create: Métis conflicts with Treaty One peoples in MMF v Canada*, in *University of Toronto L J*, 2018, pp. 358-404. Infine, sul diritto di proprietà dei popoli indigeni si vedano: D. Sanderson, *The residue of imperium: Property and sovereignty on Indigenous lands*, in *University of Toronto L J*, 2018, pp. 319-357.

19. – Sul ruolo svolto dalle donne indigene nella gestione delle risorse naturali e delle trasformazioni nei sistemi socio-ecologici, in particolare, nei conflitti che si sono generati con riferimento alla pesca, si veda S. Harper, A. K. Salomon, D. Newell, P. Hilistis Waterfall, K. Brown, L. M. Harris, U. Rashid Sumaila, *Indigenous women respond to fisheries conflict and catalyze change in governance on Canada's Pacific Coast*, in *Maritime Studies*, 2018, pp. 189-198. Sulla pronuncia della Corte suprema del Canada del novembre 2017 *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)* [(2017) 2 SCR 386], con la quale la Corte ha respinto la richiesta della comunità indigena di vedere ristretto l'uso di determinati territori sulla base del fatto che si trattava di territori con un certo significato spirituale della comunità, D. G. Newman, *Arguing Indigenous Rights Outside Section 35: Can Religious Freedom Ground Indigenous Land Rights, and What Else Lies Ahead?*, in T. Isaac (a cura di), *Key Developments in Aboriginal Law*, Toronto, ThomsonReuters Canada, 2018 sottolinea come le comunità indigene potrebbero argomentare i loro ricorsi in materia di terre ancestrali sulla base della libertà religiosa piuttosto che sulla clausola dei diritti indigeni protetti dalla *section 35*. . Sull'obbligo di consultare i popoli indigeni per ottenerne il consenso all'estrazione delle risorse naturali sulle terre ancestrali si veda M. Papillon, T. Rodon, *Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada*, in *Environmental Impact Assessment Review*, 2017, pp. 216-224. Infine, si concentra sul dibattito in materia di genere e sessualità nell'ambito delle politiche in materia di popoli indigeni il volume di J. Barker, *Critically Sovereign: Indigenous Gender, Sexuality, and Feminist Studies*, NC, Duke University Press, 2017.

## La dottrina spagnola in tema di diritti nel biennio 2017-2018

di Dario Elia Tosi

**Keywords:** Spain; Fundamental Rights; Scholarly debate.

1. – Rendere un quadro fedele del dibattito interno alla dottrina spagnola in tema di diritti fondamentali è compito di una certa difficoltà per l'ampiezza degli interessi di indagine desumibile da una rassegna delle più recenti pubblicazioni scientifiche sul tale area. Analogamente a quanto osservato nei precedenti commenti, gli argomenti di investigazione e confronto sono molteplici e manifestano una costante attenzione degli studiosi spagnoli per i temi di maggiore attualità politica interna ed internazionale.

Dovendo, all'interno di tale panorama, individuare alcune linee direttrici di maggiore evidenza, si può osservare come nel corso degli ultimi due anni, complice anche la ricorrenza del quarantesimo anniversario della Carta costituzionale del 1978 e le proposte di una sua riforma, molta parte della dottrina sia tornata a ragionare su temi generali o su alcuni cardini del costituzionalismo dei diritti. In secondo luogo, analogamente a quanto descritto nel precedente contributo, gli studiosi hanno manifestato un vivo interesse verso le questioni, anche di profilo etico-giuridico, collegate allo sviluppo delle nuove tecnologie. Da ultimo, ancorché con minore evidenza rispetto al passato, il problema dei flussi migratori e dell'integrazione multiculturale continuano ad avere un autonomo rilievo.

Come accennato, nel corso degli ultimi due anni, numerose sono state le pubblicazioni che, a motivo del quarantesimo anniversario della Costituzione, hanno proposto un'analisi organica dell'ordinamento costituzionale spagnolo alla luce della sua concreta implementazione ed evoluzione storica. In tale contesto, diverse sono state le proposte di, maggiore o minore, riforma del dettato costituzionale, ivi compresi gli aspetti riguardanti i diritti fondamentali. In merito, tra i molteplici volumi di commento della Carta, si possono ricordare il numero monografico della *Revista de derecho político*, n. 100, 2017 e i lavori collettanei AA.VV., *La Constitución ante la crisis de los cuarenta. Cuentos (re)constituyentes*, Madrid, CEPC, 2018, pp. 268; T. Freixes Sanjuan - J.C. Gavara de Cara (cur.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Madrid, CEPC, 2 voll., 2018 (in quest'ultima opera, all'interno di un esame complessivo della Carta costituzionale e delle proposte di riforma, il tema dei diritti fondamentali è analizzato soprattutto nei contributi contenuti nel primo volume); R. Beneyto Berenguer (cur.), *Derecho y libertades fundamentales: análisis transversal*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 338; J. de Lucas - J.M. Rodríguez Uribe (cur.), *Derechos humanos y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 813.

Relativamente a possibili proposte di riforma della Carta costituzionale, interessanti appaiono anche i contributi sul tema dei diritti contenuti nel volume collettaneo a cura di E. Álvarez Conde, *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017, pp. 537. Degno di nota, da ultimo, appare

il recente contributo di G. Escobar Roca, *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 230. L'autore, invero, insiste sull'opportunità di procedere ad un aggiornamento del catalogo dei diritti contenuto nella carta fondamentale del 1978 con particolare riferimento ai settori su cui il dibattito dottrinario si è rivelato più ampio e approfondito. Più in particolare, partendo dalla constatazione di un consenso sociale e politico diffuso in tal senso, si propone un ripensamento profondo della carta per disciplinare in modo adeguato i temi della bioetica, così come gli aspetti più delicati della vita familiare e dei gruppi in situazione di vulnerabilità, l'informazione e gli strumenti di partecipazione, i diritti ambientali e, in generale, quelli sociali.

Prescindendo dall'attuale momento costituzionale, il tema dei diritti fondamentali è stato oggetto di numerose analisi di natura generale. Al riguardo, oltre ad alcuni volumi di natura più manualistica, quali ad esempio A. Villanueva Turnes (cur.), *Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2017, pp. 605, si possono menzionare i lavori di A. Villacorta Caño-Vega, *El doble carácter de los derechos fundamentales. Una perspectiva desde la teoría estructurante del derecho*, Leon, Eolas, 2018, pp. 155; AA.VV., *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis*, Madrid, UNED, 2018, pp. 572; F. Simón Yarza, *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, Madrid, CEPC, 2017, pp. 239.

Sulla base di una lettura aggregata delle pubblicazioni più recenti, peraltro, due aspetti hanno maggiormente attratto l'attenzione della dottrina. Un primo settore di interesse sostanziale investe i problemi legati agli strumenti concreti di tutela dei diritti. In tal senso, il ruolo del giudice costituzionale assume un rilievo centrale. Così, sebbene l'analisi prenda spunto dal tema dei matrimoni tra coppie dello stesso sesso, il recente saggio di A. Barrero Ortega, *¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 26, 2016, insiste sulla problematica definizione e riparto di competenze tra legislatore e giudice delle leggi nella definizione e, soprattutto, nella tutela concreta dei diritti fondamentali.

Il giudice costituzionale, peraltro, assume rilievo anche in relazione a problemi e potenzialità dell'applicazione dell'istituto dell'*amparo*. Al riguardo si deve sicuramente menzionare lo studio di J.L. Martín Moreno, *Desamparo constitucional y judicial en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 641, nel quale l'autore propone una ricostruzione organica della disciplina dell'*amparo* costituzionale all'interno del sistema di garanzie giurisdizionali dei diritti e libertà fondamentali. In particolare, partendo da un'analisi dei problemi concreti legati all'implementazione della più recente riforma legislativa del 2007, si presentano alcuni spunti di riflessione per una riconfigurazione organica del sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Sul profilo degli strumenti di tutela giudiziale dei diritti fondamentali sembra doveroso anche menzionare il volume degli atti del XXII convegno dell'Associazione dei de Letrados del Tribunal Constitucional AA.VV., *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2018, pp. 665 e, sotto punti di vista differenti, il lavoro di M. Vírveda Fernández, *Estudios sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, San Sebastian, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2017, pp. 120. Sul più specifico rapporto tra processo penale e tutela dei diritti con riferimento alla prova del DNA, si può da ultimo richiamare il saggio di V. Álvarez Buján, *El artículo 24 de la Constitución Española y la prueba de ADN en el proceso penal*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 114, 2018.

Un secondo settore di approfondimento insiste sui diversi profili legati al principio di uguaglianza ed ai problemi connessi con la tutela dei molteplici fattori di identità culturale. In tal senso, si può in primo luogo ricordare il lavoro di M. Rodrigues Canotilho, *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 404; l'autrice presenta una ricostruzione organica del principio di uguaglianza sotto la lente della prospettiva economica. Per una lettura del principio costituzionale

secondo un nuovo approccio redistributivo, si può richiamare il volume di B. Barragué, *Desigualdad e igualitarismo predistributivo*, Madrid, CEPC, 2017, pp. 431.

Sempre sul principio di uguaglianza, ma nella prospettiva del pluralismo culturale ed identitario proprio dell'attuale contesto storico politico e sociale, si devono menzionare i contributi contenuti nel volume degli atti del XXI convegno dell'Associazione dei de Letrados del Tribunal Constitucional, AA.VV., *Democracia constitucional y diversidad cultural*, Madrid, CEPC, 2017, pp. 424. Sul punto, si può altresì richiamare lo studio di C. Coello Garcés, *Repensar la ciudadanía. Derechos políticos de las minorías y grupos vulnerables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 375. L'analisi dell'autore affronta il tema delle sfide che la più recente evoluzione sociale pone riguardo ai diritti politici legati alla cittadinanza. In particolare, il lavoro affronta in modo separato il problema del riconoscimento dei diritti politici agli immigrati, così come a membri di minoranze nazionali, a soggetti affetti da disabilità o ancora ai detenuti. A conclusione del suo esame, l'autore suggerisce la necessità di ripensare concetti quali, sovranità e cittadinanza, ereditati dal costituzionalismo di epoca liberale per poterli adattare alla società postmoderna che si è venuta consolidando negli ultimi tempi.

Il tema dell'uguaglianza e dell'identità culturale, da ultimo, viene declinato anche sotto il profilo della questione di genere nei diversi contributi contenuti nel numero monografico della *Revista europea de derechos fundamentales*, n. 29, 2017. Sempre sulla discriminazione per ragioni di sesso, si può ulteriormente richiamare il saggio di L. Nuño Gómez, *El tratamiento de la diferencia sexual en las democracias formalmente igualitarias*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 174, 2016, pp. 113-141.

A cavallo tra i due settori si pone il contributo di A.M. Gutiérrez Beltrán, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, CEPC, 2018, pp. 425, nel quale si insiste sulla tutela dei diritti delle categorie più vulnerabili come frutto dell'attivismo giudiziale di alcuni tribunali costituzionali.

2. – La stessa duplicità di prospettive di indagine si ritrova nei lavori che prendono ad esame l'apporto del diritto internazionale e sovranazionale. Anche in questo caso, peraltro, si deve segnalare come il dibattito sia stato animato dall'anniversario di alcuni documenti internazionali sulla tutela dei diritti fondamentali. Tra questi, si può ricordare il volume collettaneo curato da di A.M. Vega Gutiérrez, *Derechos humanos del siglo XXI. 50° aniversario de los pactos internacionales de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 389.

Sui temi degli strumenti giudiziali di tutela dei diritti fondamentali e delle nuove sfide al principio di uguaglianza e non discriminazione, si possono invece ricordare, in primo luogo, i saggi inseriti nel libro di F. Pérez de los Cobos Orihuel, *El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 167.

Più in generale sul livello di protezione dei diritti offerto dalle istituzioni europee in virtù dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si può menzionare il lavoro di A.M. Carmona Contreras, *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 315, nel quale si offre un'analisi della dottrina del Tribunale di Lussemburgo sui temi di maggiore attualità. Sulla problematica adesione dell'Unione europea alla CEDU, invece, si può richiamare l'analisi approfondita di E. Uría Gavilán, *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Barcellona, Bosch, 2018, pp. 448. Il tema dell'impatto del processo di integrazione europea nella tutela dei diritti fondamentali è oggetto anche di alcuni recentissimi articoli. Tra gli altri si possono segnalare i lavori di M. Rodríguez-Izquierdo Serrano, *Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros*, e A. Aguilar Calahorra, *La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple*

*herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas*, entrambi pubblicati nella *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 61, 2018.

Un focus più generalmente dedicato al tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali, si ritrova nei volumi di Y. Gómez Sánchez, *Derechos fundamentales*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 452 e AA.VV., *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 537.

In chiave comparata tra sistema europeo e sistema interamericano, si possono ricordare il volume collettaneo curato da E. Carmona Cuenca - J. García Roca, *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 536 e il contributo, più strettamente centrato sul rapporto tra tutela dell'istituto della famiglia ed il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, di J. Cruz Angeles, *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeos e interamericanos de protección de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 316.

Sulla libertà religiosa e principio di uguaglianza in chiave multilivello, invece, si può menzionare il contributo di P. Betrián Cerdán, *El principio de igualdad y no discriminación por razón de religión. Perspectiva global de su regulación jurídica*, Alcalá de Henares, Universidad Alcalá de Henares, 2018, pp. 162.

Sempre nella prospettiva dell'influenza degli strumenti internazionali nella tutela dei diritti, ma con particolare riguardo ad altre categorie tradizionalmente considerate vulnerabili, si devono da ultimo menzionare i lavori di F. de Asis Peña Díaz, *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 79; I. Otaegui Aizpurua Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de derechos del menor*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 377 e S. Sanz Caballero (cur.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional comparada y española*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 447.

Le sfide che l'attuale momento politico pone in relazione al principio di uguaglianza, peraltro, sono diffusamente analizzate nel volume AA.VV., *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, CEPC, 2018, pp. 422, dai cui contributi emerge la sempre più stringente necessità di restaurare ed implementare la solidarietà come principio fondante dell'intero processo di integrazione europea.

In una sorta di chiusura della rassegna dei lavori che affrontano il tema dei diritti fondamentali da una prospettiva generale, si può rinviare al recente saggio di P. Requejo Rodríguez, *La internazionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 126 sull'impatto dell'ordinamento internazionale sul quadro costituzionale spagnolo. Lo studio insiste in un primo momento sulla portata della clausola contenuta nell'art. 10.2 CE, individuando in essa sia la base per l'attribuzione ai trattati internazionali della funzione di parametro di costituzionalità delle norme interne sia l'apertura all'ordinamento internazionale come strumento di integrazione e attuazione delle previsioni astratte contenute nella carta fondamentale. Nella seconda parte, il saggio esamina l'importanza degli artt. 93 e 94 CE come strumento di apertura ad una tutela multilivello dei diritti fondamentali attraverso la recezione dei sistemi di protezione garantiti dagli organi giurisdizionali internazionali o sovranazionali.

3. – Un'ulteriore area di studio e confronto per la dottrina spagnola più recente è rappresentata dal tema dei diritti sociali. Al riguardounprimolavoro degno di nota è lo studio di M.F. Orbegoso Silva, *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, CEPC, 2018, pp. 252. L'analisi condotta nel volume affronta il delicato tema del ruolo dell'amministrazione pubblica nell'implementazione concreta dei diritti sociali. La discrezionalità riconosciuta all'attore pubblico nella configurazione del quadro

prestazionale, infatti, rischia di mettere in dubbio la piena vigenza delle libertà della sfera più intima dell'individuo. In questo contesto, richiamando il dibattito dottrinario tedesco, il lavoro propone il ricorso ai concetti di organizzazione e procedimento come sede di un rinnovato equilibrio tra amministrazione e singolo consociato. Sui limiti stessi che la giurisprudenza, soprattutto internazionale, ha posto alla libertà di azione della pubblica amministrazione, si può altresì richiamare il saggio di J.I. Cobero Marcos, *La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 105-140.

Sotto diverso profilo, per un'analisi generale sul tema dei diritti sociali e sull'impatto della crisi economica e dei nuovi vincoli di bilancio sulla loro attuazione, si possono menzionare i contributi contenuti nel lavoro curato da A. Barrera Ortega, *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 182.

Un richiamo al rapporto tra diritti sociali e principio di uguaglianza in senso sostanziale è rinvenibile nello studio di D. Bilchitz, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 366, dove si punta l'attenzione sulla necessità di garantire la concreta implementazione dei primi attraverso l'espansione del raggio di azione del controllo di costituzionalità delle leggi. Una prospettiva diversa si può ritrovare in J. Ruipérez Alamillo, *La necesidad de constitucionalizar como "fundamentales" algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2017, pp. 356. Prendendo come spunto il diritto ad una abitazione degna ed adeguata delineato dalla Carta costituzionale spagnola, il contributo insiste sul tema della costituzionalizzazione dei diritti sociali come veri e propri diritti fondamentali. In particolare, partendo dal problema generale dell'opportunità di una riforma della Costituzione del 1978, l'analisi giunge all'idea del ricorso ermeneutico alla "volontà costituzionale" come strumento di risoluzione di tutti i possibili limiti di ordine teorico-pratico.

Sulla opportunità di una costituzionalizzazione dei diritti sociali e sulle problematiche ad essa connesse, anche con riferimento al diritto all'abitazione, si può poi richiamare ulteriormente il recente saggio di J. Ponce Solé, *Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español*, n. 111, 2017, pp. 67-98.

Sempre sul tema specifico del diritto all'abitazione, si può altresì ricordare il lavoro di A. Balaguer Pérez, *El derecho a la vivienda en el derecho constitucional europeo*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 249, nel quale si presenta una ricostruzione della disciplina a livello nazionale, sovranazionale e in chiave comparata.

Sotto diverso profilo, insistono sul tema dell'inquadramento costituzionale dei diritti di proprietà, in quanto tale strettamente correlato al problema dell'abitazione, i recenti lavori di A.M. López y López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 157 e J. Ponce Solé - J.M. Moltó Darner (cur.), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 241.

Prescindendo dagli studi sul diritto all'abitazione, tra i numerosi contributi della dottrina spagnola su singoli diritti sociali pubblicati nell'ultimo periodo, bisogna sicuramente ricordare il corposo lavoro di C.H. Preciado Doménech, *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 1019, il quale, attraverso un'analisi organica, evidenzia la necessità di porre nuovamente al centro del dibattito il tema della dignità umana nel lavoro: da qui l'idea che nessun elemento del rapporto lavorativo possa considerarsi completamente alieno al problema della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Analogamente a quanto osservato in merito ai lavori sul principio di uguaglianza, anche nei contributi che investono il tema dei diritti sociali si può osservare un'attenzione particolare al profilo delle categorie più vulnerabili. Al riguardo, tra i numerosi saggi, si può ricordare il lavoro di N. Reche Tello, *La constitucionalización del*

*derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, Granada, Comares, 2018, pp. 370, sulla parità di genere in ambito lavorativo. Sempre sulle problematiche legate alla disuguaglianza di genere si può menzionare altresì il volume di AA.VV., *Cambio de paradigma en la prevención y erradicación de la violencia de género*, Granada, Comares, 2018, pp. 264. Di interesse anche il contributo di M.L. Serra, *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 517, il quale pur insistendo sullo specifico caso delle donne affette da disabilità vuole presentarsi come spunto di riflessione anche per un cambio di paradigma nella tutela degli altri gruppi sociali emarginati.

Per un'analisi generale del tema della disabilità, peraltro, si possono richiamare gli atti del III congresso sulla protezione giuridica della persona affetta da disabilità curato da I. Serrano García - A. Candau Pérez, *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 376; L. Heredia Sánchez, *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad. Hacia un derecho inclusivo*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 572.

Sempre sul tema dei diritti sociali si può ricordare da ultimo il numero monografico di *Derechos y libertades*, n. 35, 2016, con saggi di carattere generale accanto a contributi su argomenti più settoriali, quali ad esempio il diritto all'educazione.

4. – All'interno della più recente produzione scientifica spagnola sul tema dei diritti fondamentali, come accennato all'inizio, un'area di forte interesse continua ad essere rappresentata dalla problematiche etico-giuridiche legate all'innovazione tecnologica, con la creazione di nuove pretese e diritti, così come l'affacciarsi di nuove potenziali lesioni per garanzie tradizionalmente assicurate dallo Stato.

Al riguardo, un primo filone di indagine riguarda le sfide poste dall'innovazione tecnologica nel campo della salute e dell'integrità fisica. In particolare, l'attenzione della dottrina ha investito il tema della maternità e della riproduzione assistita. Sul tema, un lavoro di riferimento è, per la sua organicità, il contributo di P. Crevillén Verdet, *La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*, Madrid, CEPC, 2017, pp. 607. Il lavoro parte dall'analisi dei più recenti interventi legislativi interni di regolamentazione delle tecniche di riproduzione assistita e dell'interruzione di gravidanza (L. 14/2006 e L.O. 2/2010) osservando come queste si discostino dal principio del legame biologico per aprire alla tutela degli interessi dei singoli individui. L'autore osserva come nell'opinione comune sia diffusa la convinzione che tale disciplina si conformi alle conoscenze scientifiche e agli standard etici e giuridici internazionali. Prendendo spunto da tale constatazione, il lavoro offre uno studio comparato di diversi ordinamenti costituzionali, mettendo in luce come l'asserita omogeneità delle diverse discipline sia confutata dalla realtà dei fatti. Puntando sull'idea che la disciplina nazionale risponda a precise scelte ideologiche, l'analisi cerca quindi di individuare le basi costituzionali delle opzioni compiute dal legislatore spagnolo.

Sempre sul tema delle tecniche di riproduzione assistita, sotto il profilo della concezione della maternità nella società attuale, si possono altresì richiamare i lavori di L. Flores Anarte, *Las Técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 140; O. Salazar Benítez, *La gestación para otros. Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 288; M.O. Sánchez Martínez, *La gestación por sustitución: una consecuencia lógica libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas*, in *Derechos y libertades*, n. 36, 2017.

Sui problemi che, prescindendo da questioni religiose o di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale (oggetto dei contributi richiamati in precedenza), le nuove tecniche pongono in tema di tutela dei diritti della sfera familiare, si può richiamare il recentissimo contributo di analisi della giurisprudenza della CEDU svolto da D. García San José, *La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento*

*jurídico español de activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 113, 2018.

Con uno sguardo più specificamente rivolto al profilo del diritto alla salute, in relazione alla più recente giurisprudenza costituzionale spagnola, si può richiamare la nota di M.J. Corchete Martín, *La objeción de conciencia y el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer. A propósito de la STC 145/2015, de 15 de julio, sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos: ¿juicio de razonabilidad o juicio político?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 112, 2018.

Il tema della salute rileva più in generale sotto il profilo della tutela del diritto all'integrità fisica. Sul punto, si può menzionare il recentissimo contributo di A. Pascual Medrano, *La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 114, 2018.

Sotto una diversa prospettiva muovono diversi saggi recentemente pubblicato sul tema specifico del ricorso alle innovazioni tecnologiche per fare uso degli elementi del corpo umano. Sul tema, si può in primo luogo richiamare R. García Manrique (cur.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 283. I contributi contenuti nel volume affrontano sotto prospettive angolazioni il tema del sempre maggiore ricorso a elementi biomateriali di origine umana, quali esemplificativamente tessuti, organi, sangue ed embrioni, evidenziando come tale argomento si ponga come un tema di frontiera tra il diritto privato (con particolare riferimento al diritto di proprietà) e il diritto costituzionale (con riferimento alla dignità umana e agli interessi della comunità politica). Sotto diverso profilo, dai contributi emerge in modo diffuso il problema della lacunosità e frammentarietà della disciplina normativa vigente.

Sullo stesso macrotema, in chiave comparata, si può menzionare il lavoro di N. Acevedo Rodríguez, *Titularidad y disposición de los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano. Estudio comparado entre España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 294.

Un'ipotesi particolare, in questo contesto, è rappresentata dal possibile ricorso alla clonazione o alla riproduzione umana per finalità terapeutiche. Su tale argomento insiste il contributo di F. Pinto Palacios, *Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del "bebé medicamento"*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 366. Nel volume, l'autore analizza sotto il profilo etico e giuridico i problemi legati alla procreazione assistita con particolare attenzione alle potenzialità ed ai rischi legati all'utilizzazione dei più moderni strumenti di diagnosi genetica reimpianto. Partendo dal caso di Adam Nash, nato nel 2000 in seguito a fecondazione assistita di un embrione selezionato geneticamente per creare un 'donatore' alla sorella di sei anni affetta da anemia di Fanconi, il lavoro affronta i diversi quesiti che ruotano intorno all'idea della possibilità concreta di 'manipolazione' degli embrioni e di nascita di esseri umani 'creati' con il fine di curare le malattie di esseri già viventi.

Sulle delicate questioni etiche in merito al tema della tutela della vita e della dignità umana che accompagnano tali nuove possibilità, si possono menzionare i lavori di J.E. Azpiroz Villar, *La protección jurídica de la vida humana*, Madrid, Universidad Complutense, 2016, pp. 506; G. González R. Arnaiz, *Bioética: un nuevo paradigma*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 244; M. Casado (cur.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Barcellona, Universidad de Barcelona, 2017, pp. 291.

In termini generali, sulle sfide poste dal biodiritto, si può ricordare il lavoro curato da M.I. Torres Cazorla - J.M. Sánchez Patrón, *Bioderecho internacional. Derechos humanos, salud pública y medioambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 214, con contributi focalizzati sui rapporti tra biotecnologie, ambiente e tutela dei diritti umani. Di particolare interesse, in questo contesto, appaiono le riflessioni sul tema della tutela della salute di fronte ad episodi di bioterrorismo, così come in generale in occasione di conflitti bellici o di pandemie.

Per una panoramica generale, ancorché sotto il profilo più prettamente teorico-filosofico, si può richiamare il volume curato da M. Casado e A.M. Rubio Castro, dedicato a *Bioética y Bioderecho*, degli *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 52, 2018, con saggi anche su argomenti particolari come le frontiere della biomedicina o il trattamento dei Big Data.

5. – Un secondo campo di indagine legato al tema delle nuove tecnologie riguarda la sfera del trattamento dei dati e della tutela del diritto alla riservatezza e all'immagine. In merito, per uno sguardo generale si possono richiamare i lavori a cura di A. Elvira Perales, *El derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 310, di raccolta degli atti del IX convegno internazionale italo-spagnolo-brasiliano di diritto costituzionale e F. Valenzuela Ylizarbe - J.D. Salón Piedra, *El derecho a la intimidad. Nuevos y viejos debates*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 228

Per un'analisi più attenta ai rischi per soggetti vulnerabili quali i minori di età, si possono ricordare i lavori di Á. Moreno Bobadilla, *Intimidad y menores*, Madrid, CEPC, 2017, pp. 256 e R. Pérez Díaz, *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 294. L'autrice, in particolare, pone in evidenza i problemi che le tecnologie dell'informazione possono causare nella protezione della sfera personale dei minori, oramai sempre più utilizzatori diretti di simili strumenti. Di particolare rilievo, in tale quadro, appare il capitolo sulla ricostruzione della disciplina statale, internazionale ed autonoma sulla protezione della sfera personale del minore.

Sotto diverso profilo, il tema del diritto alla riservatezza e, più in generale, il problema del trattamento dei dati personali nell'attuale società della comunicazione ha assunto un interesse particolare per l'entrata in vigore del nuovo regolamento europeo sulla protezione dei dati. Analogamente a quanto osservabile nel dibattito italiano, tale novità normativa è stata oggetto di una molteplicità di contributi di diverso tenore. Tra i molti, si possono segnalare gli studi organici di F. Gudín Rodríguez Margariños, *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos versus big data*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 352 e L. Rebollo Delgado, *Protección de datos en Europa. Origen, evolución y regulación actual*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 220.

Con attenzione maggiore alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, si può richiamare il contributo di J.L. Piñar Mañas - M. Recio Gayo, *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Madrid, La Ley, 2018, pp. 300. Più specificamente focalizzato sul diritto all'oblio bisogna da ultimo segnalare lo studio di A.I. Berrocal Lanzarot, *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Madrid, Reus, 2017, pp. 387. Un profilo peculiare è oggetto del contributo di J.L. Fernández Rodríguez, *Los datos de tráfico de comunicaciones: en búsqueda de un adecuado régimen jurídico que limite el riesgo de control permanente*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 108, 2016, pp. 93-122, dove l'attenzione è focalizzata sul delicato bilanciamento tra diritto alla riservatezza (nel caso specifico relativa ai dati su traffico telefonico e localizzazione) e sicurezza pubblica (con particolare riguardo alla lotta al terrorismo).

Il diritto all'immagine e alla riservatezza nella società della comunicazione assume un ruolo particolare anche sotto il profilo del bilanciamento con il diritto alla informazione e la libertà di espressione. In questo contesto, nel dibattito scientifico italiano e spagnolo assume sempre più importanza il problema dei discorsi di odio. Al riguardo, tra i numerosi lavori si possono ricordare, per le diverse prospettive assunte, il saggio di A. Gascón Cuenca, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 231, nel quale l'autore illustra il quadro giuridico interno alla luce della ricostruzione della normativa adottata dalla comunità internazionale, evidenziando l'opportunità di un pieno adeguamento del sistema spagnolo agli standard internazionali, e due recenti

contributi di G. Teruel Lozano, *El discurso de odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 27, 2017 e Id., *Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 114, 2018, dove si pone in luce l'opportunità che la limitazione della libertà di espressione sia giustificata sull'effettiva lesività di alcune manifestazioni di pensiero, piuttosto che sul loro semplice contenuto.

Un'analisi su tali argomenti maggiormente rivolta alla giurisprudenza della Supreme Court statunitense, individuata quale esperienza di riferimento per gli ordinamenti costituzionali occidentali, si può ritrovare nel volume di D. Martín Herrera, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 232 e nel saggio di A. Valero Heredia, *Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 110, 2017, pp. 305-333.

Sul delicato bilanciamento, tra libertà di espressione e libertà religiosa, che può venire in campo anche in tema di contrasto e prevenzione al terrorismo di impronta religiosa, si può poi ricordare il lavoro di A. González-Varas Ibáñez, *La libertad de expresión, libertad religiosa, y prevención del terrorismo. Régimen jurídico en los ordenamientos internacional y francés*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 262. Sempre sul tema della libertà religiosa, come esempio di libertà di espressione, ed il suo inquadramento in uno stato laico si possono menzionare i volumi di J.A. Rodríguez García, *Libertad religiosa y terrorismo islamista*, Madrid, Dykinson, 2017 pp. 252 e Ó. Celador Angón, *Orígenes histórico constitucionales del principio de laicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 290.

Più in generale sui limiti alla libertà di espressione del pensiero in relazione al terrorismo, si può richiamare anche la nota sul quadro della giurisprudenza CEDU di L. Martín-Retortillo Baquer, *Restricciones a la libertad de expresión en el contexto de actuaciones terroristas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 201, 2016, pp. 133-144.

Per il bilanciamento tra libertà di espressione e divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, invece, si può richiamare lo studio comparato di O. Salazar Benítez - L. Giacomelli, *Homofobia, derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 26, 2016.

6. – Da ultimo, come anticipato, sebbene in tono minore rispetto al più recente passato, un ulteriore tema autonomo di indagine continua ad essere rappresentato dalla problematiche legate ai nuovi flussi migratori. Al riguardo, per una ricostruzione del problema dell'immigrazione in Spagna nel quadro europeo, interessanti appaiono i dati statistici riportati nello studio di AA.VV., *Evolución del racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia en España*, Madrid, ministero de Trabajo y Asuntos Sociales, 2018, pp. 171. Un'attenzione più specifica alla ricostruzione del quadro normativo internazionale ed europeo sul fenomeno migratorio ed in particolare al regime giuridico dei rifugiati e dei richiedenti asilo, si può ritrovare nei lavori di F. Vacas Fernández, *Derecho migratorio, internacional y europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrcionalidad de los Estados en materia migratoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 354; J.M. Porras Ramírez, *El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 175, 2017, pp. 207-234; J.A. González Vega, *Mitos y mistificaciones: la Union Europea y la protección internacional (a propósito de la "crisis de los refugiados")*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 56, 2017, pp. 27-75; J. Abrisketa Uriarte, *La dimensión externa del derecho de la Union Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, ivi, pp. 119-158

Sempre sulla disciplina normativa adottata a livello sovranazionale, ma sul tema specifico del contrasto e della gestione dell'immigrazione irregolare, si può richiamare invece il lavoro di J.A. Martínez Rodríguez, *Derechos humanos ante la esclavitud en la*

*globalización: la inmigración irregular*, Barcellona, Bosch, 2017, pp. 225. Per un'analisi sul quadro più specificamente nazionale si possono menzionare i contributi contenuti nel lavoro collettaneo AA.VV., *Defensa del los derechos fundamentales ante la detención, internamiento y expulsión de personas extranjeras*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 308.

Sempre in merito alla posizione degli immigrati irregolari, con particolare riferimento al diritto alla salute, si può poi menzionare il recente contributo di L.E. Delgado Del Rincón, *El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 112, 2018.

In questo contesto, in una prospettiva diametralmente opposta si muove il lavoro di J.A. Fernández Aviles, *Nuevas política jurídicas para el cambio migratorio*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 657. Lungi dall'esaminare gli annosi problemi dell'integrazione interna di stranieri arrivati in Spagna, il volume affronta i problemi legati al fenomeno non trascurabile della nuova ondata emigratoria di cittadini spagnoli con particolare riguardo alla tutela giuridico sociale dei soggetti che si spostino per ragioni lavorative.