

RECENSIONI

Díez Sastre (dir.), *Immingración y gobiernos locales*, Marcial Pons, 2010

Maria Rosaria Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, 2010

Harding A., Leyland P. (eds), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009

CRONACHE DAL MONDO

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – La Corte di Strasburgo si pronuncia sulla normativa irlandese in materia di aborto

SVEZIA – Il Parlamento approva la più ampia revisione costituzionale dal 1974

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – La Corte appoggia l'indirizzo del Tribunale costituzionale spagnolo in merito all'annullamento delle candidature di ANV

CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO – La Corte impone al Messico la riforma del Codice militare di giustizia ma non quella della Costituzione

SPAGNA – Per la prima volta nella storia della democrazia spagnola, il Governo dichiara lo "stato di allarme" esercitando i poteri costituzionali previsti dall'art. 116 della Costituzione

SPAGNA – Intervenendo nel procedimento di elezione dei propri membri, il *Tribunal constitucional* nega la legittimazione dei parlamenti autonomici a ricorrere in *amparo*

SVIZZERA – Approvata con referendum una revisione costituzionale in materia di immigrazione

ECOWAS – L'avvio del processo all'ex dittatore del Ciad Hissene Habré rischia di essere compromesso a seguito di una pronuncia della Corte dell'ECOWAS

NIGER – Approvata il 31 ottobre la nuova Costituzione. Il 31 gennaio si sono svolte le prime elezioni presidenziali e politiche

UCRAINA – Modificata la Costituzione con il parere favorevole della Corte costituzionale

GEORGIA – Approvata un'ampia riforma della Costituzione che incide, in particolare, sulla forma di governo

GERMANIA – Il *Bundesverfassungsgericht* interviene sul tema degli organismi geneticamente modificati, ammettendo le restrizioni previste al loro utilizzo

REGNO UNITO – Oltre gli *interna corporis*. La Corte suprema nega l'invocabilità dell'art. 9 del *Bill of Rights* e la giurisdizione esclusiva della *House of Commons*

UNGHERIA –Approvato un emendamento alla Costituzione per limitare i poteri della Corte costituzionale in materia di tassazione e fondi pubblici

UNIONE EUROPEA – Sentenza della Corte di giustizia sul riconoscimento del diritto al gratuito patrocinio anche alle persone giuridiche



Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo si pronuncia sulla normativa irlandese in materia di aborto

di *Marta Cerroni*

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza [A, B, and C v. Ireland](#) del 16 dicembre 2010, è intervenuta in materia di pratiche abortive, dichiarando l'incompatibilità della normativa irlandese con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della [Convenzione](#) europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La sentenza decide i ricorsi presentati da tre donne, le quali, per motivi diversi erano state costrette a recarsi all'estero per procedere all'interruzione volontaria della gravidanza affrontando una procedura economicamente costosa oltre che psicologicamente faticosa.

I forti limiti della normativa irlandese, oltre a determinare la "migrazione" in Gran Bretagna e il venir meno dell'assistenza sanitaria irlandese, avevano causato una interferenza sproporzionata nella loro vita privata. Per questo, tutte e tre le ricorrenti, lamentavano una violazione dell'art.8 della CEDU, anche se sulla base di motivazioni differenti. Infatti, due ricorrenti ritenevano che la lesione fosse dovuta alle restrizioni nell'accesso alle pratiche abortive, permesso solo di fronte ad un reale pericolo per la vita della gestante e non anche di pericolo per la salute fisica e psichica della donna; invece, la terza ricorrente ravvisava la lesione dell'art. 8

nell'assenza di adeguate strutture sanitarie e sociali che permettessero un pieno diritto ad accedere alle pratiche abortive, nel caso di pericolo per la vita della donna. Accanto alla violazione dell'art. 8, le prime due ricorrenti lamentavano anche la violazione degli articoli 3 (proibizione della tortura), 13 (diritto a un ricorso effettivo), 14 (divieto di discriminazione) della CEDU; la terza, oltre che la violazione dei precedenti tre articoli, lamentava anche quella dell'art. 2 (diritto alla vita).

In Irlanda, la materia riceve diretta regolamentazione in Costituzione; l'art. 40, c. 3 della [Costituzione irlandese](#) dispone che lo Stato riconosce il diritto alla vita del feto e, avendo riguardo anche al diritto alla vita della madre, si impegna ad adottare delle normative che rispettino tale diritto e per quanto possibile, lo tutelino. Da tale disposizione è possibile ricavare il principio in virtù del quale al feto è riconosciuta una tutela quasi assoluta, il cui unico limite è rappresentato da un rischio reale per la vita della donna, accertato da apposita dichiarazione medica.

La formulazione attuale della disposizione costituzionale è il risultato di alcune modifiche avvenute mediante referendum. La prima, nel 1983, ammetteva la deroga al divieto assoluto di aborto nel caso in cui la vita della madre fosse in pericolo; la seconda, nel 1992, consentiva la possibilità di recarsi all'estero per abortire e di ricevere e diffondere informazioni al riguardo. Nel 2002, invece, fu indetto un referendum, sul Twenty-fifth Amendment of the Constitution (Protection of Human Life in Pregnancy) Bill 2001. La proposta di origine governativa, la cui approvazione avrebbe riservato la disciplina della materia ad una legge costituzionale modificabile solo mediante referendum, fu invece bocciata dagli elettori. La riforma, pur lasciando invariata la possibilità di recarsi all'estero e ricevere-diffondere informazioni al riguardo, avrebbe reso molto più severa e restrittiva la disciplina.

La Corte di Strasburgo, prima di entrare nel merito della questione e accertare l'esistenza della violazione della Convenzione, ha ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale irlandese. In particolare, il Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act del 1995, regola la diffusione delle informazioni sulla possibilità di accesso alle pratiche abortive in uno Stato terzo, libertà prevista, come si è detto, dallo stesso art. 40 della Costituzione.

Inoltre, la section 59 dell'[Offences Against the Person Act](#) del 1861, vieta l'aborto e prevede la pena della detenzione fino a 12 anni per chi viola tale disposizione.

La giurisprudenza irlandese si è espressa numerose volte sia per quanto riguarda la legittimità della diffusione di informazioni sulla possibilità di recarsi all'estero per praticare l'interruzione volontaria della gravidanza (si vedano ad esempio [Attorney General v. X and Others](#) del 1992, [Ireland v. Grogan and Others](#) del 1991, [Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland](#) del 1992), ma anche su quella di interrompere volontariamente la gravidanza solo nel caso in cui vi fosse un rischio reale per la vita della gestante, superabile solamente attraverso l'aborto (in questo senso [Attorney general v. X and Others](#) del 1992, [A and B v. Eastern Health Board, Judge Mary Faky and C, and the Attorney General](#) del 1998; [MR v. TR and Others](#) del 2006). Inoltre, la Corte di Strasburgo richiama l'orientamento della giurisprudenza irlandese secondo la quale il diritto alla vita del nascituro e il divieto totale di pratiche abortive, discenderebbero direttamente dall'interpretazione dell'art. 40, c. 3 e di altre norme della Costituzione (così in [McGee v. Attorney General](#) del 1974).

La Corte riconduce il problema dell'aborto sotto la fattispecie dell'art.8 della CEDU, come già fatto nella sentenza [Tysiąc v. Poland](#), del 20 marzo 2007, ravvisando la violazione di tale norma da parte della legislazione irlandese solamente per quanto concerne la mancanza di procedure celeri che garantiscano la piena tutela del diritto di aborto. Inoltre, la Corte rileva la mancata attuazione, tramite legge ordinaria, del comma 3 dell'art. 40 della Costituzione irlandese, in quanto non è stata indicata la procedura da seguire per accertare l'esistenza dei presupposti che permettono di procedere all'interruzione volontaria della gravidanza all'interno del territorio irlandese. Si tratta quindi della mancanza di una tutela effettiva legata al fatto che i medici sono restii a dichiarare la necessità di ricorrere all'aborto, a causa del timore di essere successivamente contraddetti da un altro medico, con il rischio di incorrere in sanzioni penali.

Nonostante il tema dell'aborto sia stato oggetto di analisi della Corte di Strasburgo in numerose occasioni (tra le pronunce più importanti ricordiamo [Open Door](#) e [Dublin Well Woman v. Ireland](#) del 1992; [Woman on Waves v. Portugal](#) del 2010; [Vo c. Francia](#) del 2004; [Boso c. Italia](#) del 2002), tuttavia, la sentenza [A, B, and C v Ireland](#) affronta in modo molto specifico, rispetto ad altre, il tema del

bilanciamento di interessi. Con riferimento a tutti gli altri profili sollevati dalle ricorrenti, il giudice europeo ha sottolineato come la materia dell'aborto debba essere considerata come una di quelle nelle quali il margine di apprezzamento degli Stati è ancora piuttosto forte. Il limite è rappresentato dalla tutela della vita della donna che deve essere sempre garantita rispetto alla tutela della vita pre-natale (principio affermato nella decisione [Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland](#) del 1992); perciò la protezione della vita pre-natale può essere assicurata solo se bilanciata con gli interessi della vita della donna ([Vo v. France](#) del 2004 e [Tysiac v. Poland](#) del 2007). Inoltre, l'assenza nei paesi membri del Consiglio d'Europa di un'univoca opinione sulla definizione del momento iniziale della vita (principio affermato nelle sentenze [Vo v. France](#) ed [Evans v. the United Kingdom](#)) amplia il margine di discrezionalità dello Stato. La Corte ha inoltre sottolineato che il diritto alla vita privata e familiare include anche il diritto di scegliere se diventare o meno genitori, diritto che subisce inevitabilmente una restrizione di fronte alle norme che limitano l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza. Tuttavia, non ogni normativa che incide sulla possibilità di abortire rappresenta una violazione del diritto alla riservatezza della vita privata: compito del legislatore è quello di bilanciare tra le diverse esigenze, garantendo la prevalenza del diritto alla vita della donna su quella del feto. Perciò, da questo punto di vista, la disciplina irlandese è conforme all'art.8 della CEDU, anche se non è ammessa una deroga al divieto di aborto nel caso di rischio per la salute della donna.

Il giudice europeo ha inoltre affermato come non sia possibile ravvisare la violazione dell'art. 2, in quanto nonostante la normativa irlandese impedisca l'interruzione volontaria della gravidanza, ammettendola solo in casi specifici, la ricorrente non aveva alcun impedimento per spostarsi all'estero e non ha dato prova dell'avvenuta lesione del diritto alla vita connesso all'impossibilità di procedere all'interruzione della gravidanza in Irlanda (in relazione a quest'ultimo punto la Corte fa riferimento ai precedenti [L.C.B. v. the United Kingdom](#), 9 giugno 1998; [Osman v. the United Kingdom](#), 28 ottobre 1998). Inoltre, la Corte ha escluso che nel caso di specie ci sia stata la violazione dell'art. 3, che, secondo le ricorrenti, risultava violato dalla situazione discriminatoria e lesiva della dignità della donna costretta a subire spostamenti per abortire, ad un aggravamento della procedura, ecc. Secondo la Corte, la lesione psico-fisica della salute della gestante e della sua dignità, causata

dalla vigente normativa irlandese, non produce una lesione dell'art. 3 perché mancherebbe il superamento della soglia minima di gravità necessaria per dichiararne la violazione, per la cui quantificazione la Corte richiama alcuni casi giurisprudenziali come [Ireland v. the United Kingdom](#) del 18 gennaio 1978 e [Lotarev v. Ukraine](#) dell'8 aprile 2010.

Nell'opinione parzialmente dissenziente, sei giudici hanno ritenuto non correttezza la ricostruzione giuridica proposta dalla sentenza, in quanto la Corte ha rinvenuto la compatibilità con la CEDU della normativa nazionale sulla base degli specifici valori radicati nella comunità irlandese, senza tenere conto del fatto che la maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno accolto un orientamento diverso nella propria legislazione.

La decisione della Grande Camera va contestualizzata rispetta all'attuale fase storico-politica irlandese, con particolare riguardo alle vicende che hanno interessato la ratifica del Trattato di Lisbona. Uno studio all'University College di Dublino commissionato dal Governo irlandese per analizzare le cause che avevano condotto al risultato negativo del referendum del 2008, con il quale era stata respinta la ratifica del trattato di Lisbona, evidenziò il timore degli irlandesi di un intervento sulla questione dell'aborto. Pertanto, il Governo irlandese, prima della ratifica del Trattato avvenuta con referendum nel 2009, aveva chiesto l'adozione di una decisione da parte dei capi di Stato e di Governo dei ventisette paesi membri dell'Unione europea con cui si impegnavano a garantire ai cittadini irlandesi che non sarebbe stato necessario modificare l'art. 40 c. 3 Cost. Infatti, nella decisione si può leggere che «Nothing in the Treaty of Lisbon attributing legal status to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or in the provisions of that Treaty and the area of freedom, security and justice, affects in any way the scope and applicability of the protection of the right to life in Article 40.3.1, 40.3.4 and 40.3.3 (...) provided by the Constitution of Ireland».



Recensione. S. Díez Sastre (Dir.), *Immigración y gobiernos locales*, Marcial Pons, 2010

di *Fulvio Cortese*

Il binomio in cui si risolve il titolo di questo volume ne tradisce immediatamente l'importanza. "Immigrazione e governi locali" è espressione, infatti, che di per sé riassume efficacemente toni, suggestioni e contraddizioni di una delle questioni attualmente più indagate: come conciliare l'affermazione dell'autonomia territoriale con la necessità di fronteggiare nel modo maggiormente adeguato un fenomeno così diffuso, oltre che suscettibile di valutazioni strutturalmente complessive ed unitarie?

La risposta ad un simile interrogativo non è semplice; anzi, la sua stessa posizione non è scontata. Perché, in fondo, trattare in forma problematica, e quindi dubitativa, lo spazio delle autonomie territoriali e, in particolare, degli enti locali?

Basta adottare, sul punto, una prospettiva del tutto realistica e pragmatica per apprezzare facilmente che sono proprio questi enti, generalmente, a sperimentare con continuità quotidiana la gestione minuta dei conflitti che l'immigrazione introduce in molti e significativi aspetti della vita sociale (procurarsi un alloggio; chiedere assistenza pubblica; fruire di sostegni per l'istruzione o per determinate cure mediche; accedere a specifiche strutture scolastiche etc.).

Ipotizzare astrattamente che il carattere generale del fenomeno migratorio e la connessa responsabilità delle istituzioni nazionali e sovranazionali sia automaticamente capace di assorbire la valutazione degli interessi propri delle collettività locali che singolarmente sperimentano le difficoltà operative della convivenza è operazione che rischia non solo di incorrere in un mera presunzione. La posta in gioco è più alta, e richiama profili di ben maggiore profondità, in quanto attinenti ad una sorta di giudizio di effettiva adeguatezza e proporzionalità di soluzioni organizzative e funzionali che, anche laddove oggetto di un bilanciamento svolto sul piano del governo centrale e della normativa in quella sede prodotta, sono destinate, viceversa, a svilupparsi in contesti molto circoscritti e a stretto contatto con sensibilità e percezioni non sempre omogenee. Sono queste, d'altra parte, a condizionare la riuscita trasversale delle politiche statali in materia, e ciò anche al costo di esprimere, talvolta, forme di "resistenza" inconciliabili con il rispetto di fondamentali assunti costituzionali ed europei (quali, ad esempio, la libertà di circolazione o il principio di non discriminazione).

"Immigrazione e governi locali", in definitiva, è certamente un binomio espressivo di contraddizioni, ma evoca, altrettanto verosimilmente, un'endiadi difficilmente solubile e costringe gli interpreti, ed anche il legislatore, a toccare con mano quanto sia naturalmente necessario calibrare le opzioni del governo amministrativo di taluni settori proprio a partire da un'analisi dettagliata e circostanziata della loro normale dimensione e delle implicazioni concrete delle relative azioni pubbliche e dei diritti, specialmente sociali, su cui queste incidono.

La consapevolezza di tale approccio, con tutto ciò che la sua assunzione comporta in ordine alla potenziale trasformazione di tradizionali nozioni e categorie, emerge con particolare evidenza proprio nel testo spagnolo qui suggerito anche al pubblico italiano.

Si tratta di un'opera edita per i tipi dell'*Instituto de Derecho Local* di Madrid; è diretta da Silvia Díez Sastre ed è comprensiva dei contributi di altri otto Autori (Zaida López Cárcamo; Francisco Velasco Caballero; Tomás de la Quadra-Salcedo Janini; Alexandra Tryjanowski; Ignacio Villaverde Menéndez; Juli Ponce i Solé; Susan Smith Pillitz; Susana Sánchez Ferro).

Pur avendo quale principale termine di riferimento l'ordinamento iberico, il testo fornisce interessanti indicazioni metodologiche di carattere generale, svolgendo anche alcuni spunti comparatistici.

La trattazione è aperta da due ampi e approfonditi saggi di portata correttamente sistematica.

Il primo (López Cárcamo) è dedicato all'imprescindibile illustrazione dettagliata della cornice europea di riferimento e della sua evoluzione progressiva, fino al Trattato di Lisbona (con finali riflessioni critiche sulla perdurante assenza formale, in questa materia, di un criterio facilmente individuabile di corrispondenza e di dialogo tra le politiche sovranazionali e l'attività amministrativa svolta dai governi locali). Il secondo (Velasco Caballero) passa subito ad analizzare l'assetto delle competenze locali, rivelando immediatamente l'intenzione di affrontare l'argomento sulla base di una lettura attenta ai numerosi profili sociologici, economici e politici che l'integrazione degli immigrati usualmente coinvolge in rapporto alle esperienze delle singole comunità cittadine.

A tale riguardo si manifesta chiaramente l'assunzione di una prospettiva generale volta a comprendere quale ruolo determinante possano effettivamente rivestire le politiche responsabilmente assunte al livello locale, nell'intreccio con gli altri livelli di governo. Proprio in questa direzione, l'impostazione scientifica dichiaratamente assunta dall'opera nel suo complesso manifesta la piena acquisizione delle osservazioni sopra anticipate: poiché il fenomeno migratorio interseca strutturalmente e costantemente le competenze locali, non è possibile ipotizzare una reale e credibile politica di integrazione, nazionale o regionale, che sia aliena dalla valutazione di questi aspetti e che non li valorizzi adeguatamente e consapevolmente come risorse da riconoscere e da coordinare.

Il "messaggio" implicito in tali ammonimenti è particolarmente apprezzabile proprio per il lettore italiano: non si può non rammentare, sul punto, che l'omessa valorizzazione sistemica delle comunità locali e della loro autonomia ha, di fatto, agevolato, nel nostro ordinamento, il fenomeno "reattivo" dell'attivismo dei Sindaci-Ufficiali del Governo e delle ordinanze volte a tutelare (illegittimamente) la "sicurezza urbana" rispetto ad ogni possibile forma di *stress* culturale (cfr. l'ampio numero monografico dedicato al tema da *Le Regioni*, n.1-2/2010). Le conseguenze

generali, inoltre, sono state ancor più gravi e paradossali: il legislatore ha preso atto di questa degenerazione e, lungi dal fornire risposte organizzative maggiormente adeguate, ha “utilizzato” la stessa esperienza degenerativa per farne lo strumento capillare di buona parte delle politiche nazionali sull’immigrazione. Di ciò, tuttavia, non ci si dovrebbe sorprendere più di tanto: le sensibilità e le capacità locali esistono comunque, vogliono affermarsi e possono, quindi, se si vuole, essere canalizzate anche verso risultati virtuosi; questo è, in estrema sintesi, l’insegnamento che il testo qui indicato vorrebbe fornire; del tutto diversa, invece, è l’esperienza italiana, che *a contrario*, però, contribuisce a dimostrare che cosa può accadere, per l’intero ordinamento, laddove si sottovaluti l’utilità e l’importanza dell’autonomia locale.

Ai primi contributi introduttivi seguono, poi, nel volume, alcune esplorazioni specifiche.

Innanzitutto queste si concentrano sulle regole che stabiliscono i presupposti su cui fondare il riconoscimento “eguale” dei diritti sociali del migrante.

In particolare, vengono affrontati: il ruolo della residenza come criterio allocativo di prestazioni (anche se è interessante lo spunto sulla funzione che i nuovi *Estatutos de Autonomía* hanno avuto circa la garanzia da assicurarsi anche alle persone che non hanno una residenza ma che comunque si trovano in determinate condizioni: v. de la Quadra-Salcedo Janini); l’articolazione territoriale e competenziale della politica di integrazione e il modo con cui essa può esprimersi (sembra prevalere ancora un approccio di tipo formale e basato quasi esclusivamente sul valore decisivo della previa definizione dello *status* del singolo immigrato, indipendentemente dall’attuazione, da parte del migrante, di pratiche volte al proprio effettivo inserimento sociale; il tema è svolto in relazione all’esperienza dell’ordinamento tedesco: v. Tryjanowski); l’istituto del *padrón municipal* (i.e. il registro anagrafico custodito presso ogni Comune), come strumento per favorire la promozione di forme innovative e differenziate di cittadinanza sociale di natura soprattutto locale (v. Villaverde Menéndez).

Anche tutti questi profili, come si può certamente rilevare, sono assai significativi proprio per il contesto italiano, nel quale non mancano, anche di recente, ipotesi ricostruttive tese a ri-valorizzare, in chiave di “cittadinanza amministrativa”, la funzione identificante e qualificante della residenza in uno

specifico territorio (cfr., per tutti, F. Dinelli, *La stagione della residenza: analisi di un istituto giuridico in espansione*, in *Dir. amm.*, 2010, 638 ss.).

Ma si tratta di temi particolarmente utili anche in funzione di una riflessione sulla relativa, ma indubitabile, “priorità” dei diritti sociali e sul fatto che proprio l’esperienza dei migranti e la considerazione delle loro basilari aspirazioni di vita dimostrerebbero ancora una volta: 1) che senza alcune condizioni materiali e senza alcune connesse prestazioni non vi può essere anche il pur minimo o verosimile approccio all’esercizio diffuso di diritti civili o politici, o tanto meno di libertà fondamentali; 2) che, in ogni caso, può essere davvero essenziale muovere innanzitutto dal riconoscimento di basilari esigenze di partecipazione o di semplice identificazione, anche solo locale, per dare effettivo svolgimento al riconoscimento “politico” effettivo, per ora anche e pur sempre solo locale, di bisogni tanto diffusi quanto primari.

Nel testo vengono svolte anche alcune riflessioni sulle politiche che si ritengono indispensabili ai fini dell’integrazione: la politica dell’istruzione (v. Ponce i Solé, che peraltro arricchisce la propria analisi con interessanti spunti di confronto con il diritto d’Oltreoceano e con la giurisprudenza della Corte Suprema, oltre che con alcuni recenti orientamenti del legislatore francese) e la politica degli alloggi (v. Díez Sastre, che, tra le altre cose, affronta con chiarezza la relazione tra questa politica e i problemi della sicurezza e dell’ordine pubblico, soffermandosi conclusivamente sulla definizione dello spazio di discrezionalità riconoscibile in capo ai Comuni).

In proposito si può segnalare che il dibattito spagnolo è del tutto parallelo al dibattito italiano, dal momento che in entrambi i contesti è da tempo noto che le scelte sinergiche del legislatore, nazionale o regionale, e dell’amministrazione locale possono condurre a significativi risultati, sia in senso positivo, sia in senso negativo.

È interessante osservare, inoltre, che anche nei saggi in questione si trova traccia dell’idea secondo la quale il rapporto tra il fenomeno dell’immigrazione e le politiche in esame costituisce un’occasione per modernizzare *tout court* quelle stesse politiche e per trarre da una tale esperienza evolutiva uno stimolo per un’azione riformatrice più ampia, per la condivisione nazionale di sperimentazioni e di obiettivi fruibili da tutti i cittadini, siano essi stranieri o meno. Il mondo della scuola è, da tempo, al centro di queste dinamiche, se non altro per il fatto che, in Italia, le

chances di aggiornare i curricoli in armonia con l'obiettivo di trasmettere una vera e propria cultura della cittadinanza e dell'integrazione sono poste esattamente nell'intersezione virtuosa dell'autonomia progettuale di ogni istituto e delle "sponde" che questa può effettivamente trovare nell'azione degli enti locali.

Il volume è chiuso, infine, da due interventi finalizzati a considerare ulteriormente il tema del governo locale dell'immigrazione attraverso lo studio dei casi offerti da due metropoli, Barcellona (v. Smith Pillitz) e Londra (v. Sánchez Ferro).

Il raffronto tra le due esperienze sorge automaticamente ed è bene illustrato nelle conclusioni cui giungono entrambi i saggi. Nel primo caso, l'approccio locale alla tutela, oltre che al riconoscimento, delle diversità introdotte dal fenomeno migratorio è parallelo alle politiche regionali sulla difesa dell'identità catalana (come se, in altri termini, la politica locale dell'immigrazione svolgesse, di fatto, una funzione rafforzativa dell'autonomia regionale e dei valori che di essa sarebbero rappresentativi); nel secondo caso, invece, il forte ruolo dell'amministrazione cittadina è riconosciuto in funzione del migliore svolgimento dell'intera politica statale sull'immigrazione, che viene sostanzialmente "allocata" al Comune in ragione della forte e singolare concentrazione di migranti e della possibilità che solo in tal modo la risoluzione dei numerosi problemi amministrativi che a tale fenomeno sono correlati possa sortire effetti positivi per tutta la comunità nazionale.



Svezia. Il Parlamento approva la più ampia revisione costituzionale dal 1974

di *Cristina Fasone*

Il 24 novembre 2010, con l'appoggio di tutti i gruppi parlamentari ad eccezione di venti deputati democratici, il Parlamento monocamerale svedese ha approvato in via definitiva tre disegni di legge di revisione costituzionale, che modificano, rispettivamente, la legge fondamentale sulla forma di Stato e di governo, la legge fondamentale sulla libertà di espressione e quella sulla libertà di stampa. Come è noto, infatti, quella svedese non è una Costituzione unidocumentale, ma consta di più leggi fondamentali: oltre alle leggi già segnalate – sull'architettura istituzionale, sulla manifestazione del pensiero e sulla stampa – vi è anche l'Atto di successione, che però non è stato riformato in questa occasione (la legge sul funzionamento del Parlamento, contenente anche le norme di procedura e la cui modifica è prevista nel corso del 2011, occupa, invece, una posizione intermedia nella gerarchia delle fonti, tra legge ordinaria e legge fondamentale).

La procedura di revisione delle leggi fondamentali, che non ha subito variazioni dopo il voto di novembre 2010, prevede due successive deliberazioni parlamentari sul medesimo testo, ma da parte di due collegi diversi: la prima, da parte del Parlamento convocato all'atto della presentazione del disegno di legge, la seconda, a seguito di elezioni, da parte del nuovo Parlamento. Non sono previsti *quorum*

aggravati, ma una minoranza parlamentare può richiedere che sia indetto un referendum confermativo sul disegno di legge, circostanza non verificatasi per l'ultima revisione in ragione del consenso trasversale alle forze politiche. Le modifiche alle leggi fondamentali, entrate in vigore il 1 gennaio 2011, ad ogni modo, sono state precedute da una lunga fase istruttoria, che è stata avviata nel 2004 e che ha avuto il suo baricentro nella Commissione parlamentare permanente sulla Costituzione.

Tra le numerose novità introdotte attraverso la revisione costituzionale appare come particolarmente significativa la costituzionalizzazione dell'appartenenza della Svezia all'Unione europea e la sua partecipazione ad un sistema di cooperazione internazionale nel quadro dell'ONU e del Consiglio d'Europa. In particolare, in ragione dell'introduzione di tale clausola europea e del riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dello stesso valore giuridico dei Trattati, numerose disposizioni delle leggi fondamentali sui diritti sono state emendate. Sono state introdotte nuove forme di protezione contro i casi più seri di violazione del diritto alla *privacy*; nei casi di espropriazione viene garantita una compensazione equivalente al valore del bene sottratto; la tutela contro le discriminazioni è espressamente estesa anche ai casi che originano dal diverso orientamento sessuale del soggetto leso; si assicura la protezione della libertà di ricerca e si introduce il principio del giusto processo, che deve anche concludersi entro un ragionevole lasso di tempo; la minoranza sami viene costituzionalmente riconosciuta e, in generale, si garantisce la promozione del diritto delle minoranze nazionali a conservare e sviluppare i propri costumi e tradizioni; si rafforza la protezione delle autonomie locali stabilendo che ogni restrizione all'autogoverno locale deve essere proporzionata al fine perseguito e deve essere ragionevole; è rimosso il requisito della cittadinanza per la nomina ad alcune alte cariche pubbliche, come quella di procuratore generale.

Per quanto concerne la forma di governo, si prevede che dopo ogni elezione il Primo ministro dovrà essere confermato attraverso una votazione fiduciaria, mentre sinora, sulla base del modello Westminster, la fiducia era presunta e il Governo rimaneva in carica, a meno che non fosse presentata e approvata una mozione di sfiducia. Inoltre, la data delle elezioni generali, a settembre, è leggermente anticipata

in modo da garantire al nuovo Governo un lasso di tempo maggiore per lo svolgimento delle procedure per l'approvazione del bilancio annuale. Viene anche facilitata l'elezione di candidati indipendenti, dato che la soglia di sbarramento è stata ridotta dall'8 al 5 per cento per i candidati non collegati ad alcuna lista.

Anche il sistema giudiziario è stato significativamente interessato dalla riforma al fine di accrescerne l'indipendenza dall'esecutivo. Se sinora tutte le nomine alla carica di giudice, anche quella delle Corti supreme, ordinaria e amministrativa, erano stabilite unicamente dal Governo, con la revisione costituzionale, questo potrà delegare alla Commissione giudiziaria – la cui composizione è stata rivista in modo da rendere l'organo più autonomo dal Governo – la decisione. Inoltre sarà possibile presentare candidature individuali anche per ricoprire la carica di giudice di una delle Supreme magistrature (candidature sinora ammesse solo per giudici delle corti inferiori). Infine, la denominazione della Suprema magistratura amministrativa è stata modificata da Corte del Governo (letteralmente) a Corte suprema amministrativa.

Quanto al controllo di costituzionalità, poi, viene estesa la possibilità per le corti di dichiarare l'incostituzionalità di una norma anche all'ipotesi in cui il contrasto con la Costituzione non sia manifesto, ma risulti da una particolare interpretazione della norma parametro o di quelle oggetto del controllo.

Infine, per quanto concerne il governo locale, con la revisione si assicura alle assemblee locali di poter indire elezioni straordinarie qualora si crei una situazione di *impasse* politico tale da non consentire il prosieguo dell'ordinaria attività di governo, mentre sinora occorreva in ogni caso osservare il termine della "legislatura". Anche la possibilità di indire referendum a livello locale è agevolata: se vi è una proposta sottoscritta da almeno un decimo degli elettori residenti nel municipio, questa non deve più essere sostenuta dalla maggioranza dei componenti dell'assemblea locale, ma da un terzo di essi.



Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte appoggia l'indirizzo del Tribunale costituzionale spagnolo in merito all'annullamento delle candidature di ANV

di Renato Ibrido

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato legittima, alla luce della [Convenzione](#), la decisione degli organi giurisdizionali spagnoli di annullare centotrentatre liste presentate da *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca* (EAE-ANV) in occasione delle elezioni locali e autonome del 27 maggio 2007.

Le candidature di *Acción Nacionalista Vasca* furono annullate il 3 maggio 2007 da una camera speciale del Tribunale supremo sulla base dei poteri previsti dall'art. 61 della [legge organica sul potere giudiziario](#) nonché ai sensi della [legge organica sui partiti politici](#). Le liste di *Acción Nacionalista Vasca* sono state infatti considerate come il proseguimento dell'attività di *Batasuna* e *Herri Batasuna*, formazioni politiche già precedentemente dichiarate illegali dal Tribunale supremo nel 2003, in quanto considerate parte integrante della struttura del gruppo terroristico ETA. Il Tribunale costituzionale nel 2004 aveva poi confermato lo scioglimento giudiziario delle due formazioni.

Il 9 maggio 2007, *Acción Nacionalista Vasca* ha presentato ricorsi di *amparo* (ordinario ed elettorale) dinnanzi al Tribunale costituzionale, lamentando in particolare la violazione al diritto ad un processo equo nonché la violazione al diritto

di partecipare agli affari pubblici nell'esercizio della propria libertà di associazione. I ricorrenti invocarono poi la lesione di alcuni articoli della CEDU, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il 10 maggio 2007, il Tribunale costituzionale ha rigettato con due sentenze i ricorsi. In particolare, per quanto riguarda la violazione della CEDU e degli altri trattati internazionali, l'alto Tribunale affermò che il giudizio di *amparo* non costituiva la sede per verificare il compimento di siffatte violazioni, in quanto solamente la lesione delle disposizioni costituzionali che proteggono i diritti sanciti dalla Costituzione legittimano il ricorso di *amparo*.

Con il successivo ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Acción Nacionalista Vasca* ha lamentato la violazione degli art. 10, 11 e 13 della CEDU, concernenti la tutela della libertà d'espressione, d'associazione ed il diritto ad un ricorso effettivo. È stata inoltre lamentata la violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 sulle elezioni libere.

Con la [sentenza](#) in esame, la Corte ha accolto gli argomenti proposti dal Governo spagnolo, ritenendo che le autorità giudiziarie nazionali avessero fornito prove inequivoche circa il legame e la continuità fra le liste di EAE-ANV ed i partiti dichiarati illegali. Ad avviso della tredicesima sezione della Corte, dunque, le restrizioni operate attraverso l'annullamento delle candidature possono essere considerate come misure proporzionate rispetto allo scopo legittimo perseguito ed in nessun modo tali restrizioni intendono proibire l'espressione di idee independentiste, come invece sostenuto dai ricorrenti. Inoltre – si legge nella sentenza – lo scioglimento giudiziario di *Batasuna* e *Herri Batasuna* si sarebbe rivelato del tutto inutile qualora le autorità giudiziarie avessero riconosciuto ai componenti dei partiti dichiarati illegali la possibilità di continuare *de facto* la propria attività per mezzo delle liste elettorali di ANV.

La sentenza della Corte europea è stata approvata a maggioranza, ed è accompagnata dal voto dissenziente dei giudici Gyulumyan e Power. Gyulumyan ha evidenziato nel proprio voto particolare che l'annullamento delle liste ha attentato ad «uno dei fondamenti di una società democratica», vale a dire la garanzia di un libero ed equo sviluppo del processo elettorale e che sarebbe stato necessario considerare separatamente le diverse candidature. In un'opinione parzialmente

dissenziente, il giudice Power ha invece sostenuto che il livello di protezione garantito dalla Corte europea in materia di tutela della libertà d'espressione «si sta deteriorando in forma preoccupante».



Corte interamericana dei diritti dell'uomo. La Corte impone al Messico la riforma del Codice militare di giustizia ma non quella della Costituzione

di Renato Ibrido

Con una sentenza pubblicata lo scorso 1 ottobre, il Messico è stato condannato dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo in relazione al [caso Inés Fernández Ortega e Valentina Rosendo Cantú](#). Il procedimento era stato aperto in seguito al ricorso di due donne che avevano sostenuto di essere rimaste vittima nel 2002 di abusi sessuali perpetrati da componenti delle forze armate presso il municipio di Ayutla (stato del Guerrero).

La Corte, oltre a censurare le inadempienze delle autorità messicane, le quali non avevano riconosciuto la violenza subita dalle due donne, ha predisposto altresì diverse misure obbligatorie allo scopo di riaprire il procedimento giudiziario e assicurare alle vittime un adeguamento risarcimento.

In particolare, la Corte ha stabilito che il Messico dovrà entro un termine ragionevole procedere alla modifica dell'art. 57, c. 2 del codice militare di giustizia (C.J.M.), in maniera tale da rendere compatibile il sistema giudiziario militare messicano agli *standard* internazionali in materia e alla [Convenzione interamericana dei diritti umani](#).

Ad avviso della Corte, l'art. 57, c. 2 del codice, estendendo la giurisdizione speciale anche ai delitti comuni commessi da membri delle forze armate in servizio, trasforma il giudice militare nel giudice dei militari. Da qui l'incompatibilità con i principi del "giusto processo" sanciti dagli art. 8 e 25 della Convenzione.

L'art. 8, rubricato con il titolo «garanzie giudiziarie», stabilisce infatti che «tutte le persone hanno diritto ad essere ascoltate, con le dovute garanzie ed entro un termine ragionevole, da un giudice o un tribunale competente, indipendente e imparziale, individuato preventivamente dalla legge». L'art. 25 («protezione giudiziaria») afferma poi il diritto ad un ricorso effettivo e rapido.

I ricorrenti avevano altresì lamentato la contrarietà alla Convenzione dell'art. 13 della [Costituzione messicana](#), chiedendo alla Corte di riconoscere il dovere dello Stato messicano di procedere ad una revisione costituzionale nella quale si stabilisse in maniera chiara, precisa e senza ambiguità, che la giustizia militare deve astenersi, in qualsiasi caso, dal conoscere di violazioni a diritti umani attribuite a membri delle Forze armate, a prescindere dalla circostanza che questi si trovino in stato di servizio attivo.

Ai sensi dell'art. 13, nessuno può essere giudicato «da tribunali speciali (...) Sussiste la giurisdizione di guerra per i delitti e le violazioni della disciplina militare. Tuttavia i tribunali militare in nessun caso e per nessun motivo potranno estendere la propria giurisdizione su persone che non appartengano all'esercito. Allorché in un delitto o in una violazione dell'ordinamento militare fosse implicato un cittadino, del caso sarà investita l'autorità civile competente».

La sentenza in questione non ha peraltro accolto questa parte delle censure dei ricorrenti. Ad avviso della Corte, infatti, la riforma del codice militare appare misura sufficiente per adeguare il diritto interno ai doveri sanciti dalla Convenzione. Inoltre, appare possibile una interpretazione dell'art. 13 della Costituzione conforme ai principi convenzionali sul giusto processo così come declinati dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

La decisione è accompagnata da una sola opinione concorrente, redatta dal giudice Alejandro Carlos Espinosa, il quale si è comunque dichiarato d'accordo con «la logica della motivazione e dell'argomentazione» della sentenza, e dunque con i suoi contenuti fondamentali.



Spagna. Per la prima volta nella storia della democrazia spagnola, il Governo dichiara lo “stato di allarme” esercitando i poteri costituzionali previsti dall’art. 116 della Costituzione

di *Renato Ibrido*

Lo scorso 4 dicembre, il Consiglio dei ministri riunito in seduta straordinaria, ha dichiarato lo “stato di allarme” allo scopo di ristabilire su tutto il territorio nazionale il diritto di circolazione sancito dall’art. 19 della [Costituzione](#).

La misura, senza precedenti nella storia della democrazia spagnola, è stata adottata a seguito di una vertenza sindacale che aveva portato i controllori civili di volo a paralizzare l’intero traffico aereo negli scali spagnoli. Con la dichiarazione dello stato di allarme, le autorità militari hanno preso il controllo di tutti gli aeroporti e gli impiegati dell’amministrazione pubblica nel settore aereo, compresi i controllori di voli, hanno assunto lo *status* di componenti delle forze armate con conseguente estensione nei loro confronti delle disposizioni previste dal codice penale militare.

A seguito dell’emanazione del decreto governativo, i controllori di volo hanno immediatamente revocato la protesta sindacale, onde evitare di essere incriminati di fronte alla Corte marziale per il reato di disobbedienza previsto dall’art. 102 c.p.m.

L’art. 116 della Costituzione prevede tre diversi istituti di emergenza costituzionale: lo stato d’allarme, lo stato d’eccezione e lo stato d’assedio. Ai sensi del secondo comma dell’art. 116, l’allarme è «dichiarato dal Governo mediante

decreto deliberato dal Consiglio dei ministri, per un termine massimo di quindici giorni, riferendo al Congresso dei deputati riunito immediatamente a tale scopo, senza la cui autorizzazione detto periodo non potrà essere prorogato. Il decreto determinerà l'ambito territoriale cui si riferiscono gli effetti della dichiarazione». L'art. 116 CE prevede poi una riserva di legge organica per la regolamentazione dello stato d'allarme, d'eccezione e d'assedio.

Il legislatore organico, in attuazione delle suddette norme costituzionali, ha stabilito con [L.O. 4/1981](#) che lo stato di allarme può essere dichiarato nell'ipotesi di carenza di prodotti di prima necessità, crisi sanitarie, catastrofi naturali, ma anche, come nel caso di specie, per fronteggiare l'evenienza di una paralisi dei servizi pubblici (art. 4). I presupposti per la dichiarazione dello stato d'eccezione e d'assedio sono invece stabiliti, rispettivamente, dagli art. 13 e 32 della medesima legge organica.

È da osservare che mai, prima dello scorso 4 dicembre, un governo democratico aveva fatto uso dei poteri straordinari previsti dall'art. 116 CE, neppure in seguito al tentato colpo di Stato del 23 febbraio 1981 e agli attentati di Madrid dell'11 marzo 2004.

Il [real decreto 1717/2010](#) fissava in quindici giorni la durata dello stato di allarme. Con una [risoluzione](#) del 18 dicembre 2010, il Congresso dei deputati ha tuttavia autorizzato il Governo a prorogare le misure eccezionali fino al 15 gennaio 2011. Come si legge nel provvedimento di proroga, «ancora oggi non si può affermare che il funzionamento del sistema aeroportuale sia equivalente alla situazione di normalità precedente. La complessità dell'organizzazione dello spazio aereo, tanto in ambito nazionale come in ambito europeo, è stato così radicalmente alterato dai fatti accaduti la settimana passata che questa esige e esigerà ancora uno sforzo considerevole per le settimane successive» considerando in definitiva che non si può ritenere «già superata la crisi apertasi nei giorni precedenti».

Tanto il primo decreto che la successiva proroga sono state oggetto di un vivace dibattito nella dottrina spagnola. Alcuni commentatori hanno infatti evidenziato diversi profili controversi dei due provvedimenti, quali ad esempio la possibilità di ricollegare una protesta sindacale alle fattispecie contemplate dall'art. 4 della legge organica 4/1981. Perplessità sono state poi manifestate in merito

all'applicazione del codice penale militare in luogo del codice penale e processuale di navigazione aerea, nonché sulla proporzionalità della misura della militarizzare del personale civile.



Spagna. Intervenedo nel procedimento di elezione dei propri membri, il *Tribunal Constitucional* nega la legittimazione dei parlamenti autonomici a ricorrere in *amparo*

di Renato Ibrido

Con due ordinanze del 1 dicembre 2010 (*Auto* [7115/2010](#) e [7335/2010](#)), il Tribunale costituzionale ha giudicato inammissibili per carenza di legittimazione i ricorsi in *amparo* promossi dai parlamenti delle Comunità autonome de La Rioja e di Madrid contro l'accordo dell'ufficio di presidenza del Senato (*Mesa*) che respingeva le candidature proposte dai parlamenti delle due Comunità per la carica di giudice costituzionale.

Ai sensi dell'art. 16 della [Ley Orgánica del Tribunal Constitucional](#), come di recente modificata dalla riforma del 2007, «i giudici proposti dal Senato sono eletti tra i candidati presentati dalle assemblee legislative delle Comunità autonome nei termini previsti dal regolamento parlamentare».

L'ufficio di presidenza del Senato, con una decisione contestata nel merito dalle due assemblee, ha ritenuto tuttavia non sussistenti i requisiti professionali richiesti per la nomina a giudice costituzionale del candidato designato a livello autonomico. Da qui il ricorso in *amparo* costituzionale, nel quale si è evidenziato in particolare una lesione del diritto all'accesso in condizioni di eguaglianza agli incarichi pubblici, secondo i requisiti previsti dalla legge (art. 23, c. 2 della [Costituzione](#)).

Con queste due ordinanze di inammissibilità, il *Tribunal Constitucional* ha tuttavia affermato che le assemblee legislative, «foro di confluenza delle distinte opzioni politiche rappresentative della diversità di interessi», non sono titolari degli interessi legittimi spettanti ai propri componenti, sia che si considerino i deputati nella loro globalità, sia che si circoscriva tale titolarità ai soli deputati che hanno votato a favore della proposta respinta dal Senato.

In nessun modo – si legge nelle due ordinanze – è possibile equiparare le assemblee legislative, organi «titolari di potestà pubbliche», con i gruppi parlamentari, i quali non sono altro che raggruppamenti temporanei di deputati con lo scopo di assicurare una più ordinata organizzazione e svolgimento delle attività parlamentari. In definitiva, per l'esercizio della funzione dei quali sono titolari i propri componenti». Ai gruppi parlamentari è quindi riconosciuta una legittimazione in sede di ricorso in *amparo* costituzionale che invece non spetta all'assemblea legislativa.

La legittimazione dei gruppi parlamentari a ricorrere in *amparo costituzionale* era già stata affermata da alcune precedenti, seppur controverse, decisioni dell'alto Tribunale spagnolo. In particolare, a seguito all'approvazione del bilancio del Parlamento basco il 28 dicembre 2004, il gruppo socialista lamentò dinnanzi agli organi parlamentari competenti, e specialmente la presidenza d'assemblea, un malfunzionamento del sistema di voto elettronico che aveva impedito ad una deputata del gruppo di esprimersi sulla proposta di legge. Tale errore si era rivelato decisivo ai fini dell'approvazione del bilancio. Rigettata la richiesta dell'opposizione di ripetere la votazione, il portavoce del gruppo socialista presentò ricorso in *amparo* costituzionale, denunciando la violazione dell'art. 23 CE (diritto a svolgere in condizioni di uguaglianza l'incarico rappresentativo del parlamentare). In quell'occasione, il Tribunale costituzionale, malgrado il forte dissenso del giudice Conde Martin de Hijas, affermò che «non può opporsi alcun dubbio» alla legittimazione del portavoce per lamentare la violazione del diritto fondamentale di uno dei membri del gruppo e del gruppo stesso ([STC 361/2006](#)). Secondo l'opinione di maggioranza, infatti, la lesione del diritto di voto del deputato si riflette su quella del gruppo parlamentare. Questa giurisprudenza del Tribunale costituzionale è stata oggetto di critiche sia in sede dottrina che in alcune opinioni

dissenziati. Tali critiche evidenziano in particolare la necessità di inquadrare il diritto di voto all'interno del nucleo intangibile dello statuto di diritti del parlamentare. Trattandosi di un diritto individuale, non sarebbe chiara, secondo questi commentatori, la ragione che avrebbe condotto l'alto Tribunale a riconoscere al gruppo politico la legittimazione a far valere la lesione nel giudizio costituzionale, tanto più alla luce delle recenti ordinanze 7115/2010 e 7335/2010 che invece negano alle assemblee una medesima tutela *in amparo*.



Svizzera. Approvata con referendum una revisione costituzionale in materia di immigrazione

di *Renato Ibrido*

Lo scorso 28 novembre gli elettori elvetici hanno approvato con il 52,9% dei voti validi l'iniziativa popolare "Per l'espulsione degli stranieri che commettono reati" presentata dal partito Unione democratica di centro (UDC/SVP). L'iniziativa introduce nella [Costituzione federale](#) una apposita disposizione che stabilisce la revoca automatica del diritto di soggiorno a tutti gli stranieri condannati, con sentenza passata in giudicato, per reati di omicidio, rapina, traffico di essere umani, stupro, effrazioni ed altri reati violenti. Il provvedimento di espulsione è poi previsto anche per gli stranieri che hanno percepito abusivamente prestazioni di assistenza sociale. Alla revoca del permesso di soggiorno viene accompagnato altresì il divieto di ingresso in Svizzera per un periodo che può variare dai cinque ai quindici anni (e fino a venti per i recidivi).

La revisione costituzionale sull'espulsione degli stranieri che commettono reati ha seguito l'*iter* previsto dall'art. 139 della Costituzione del 18 aprile 1999. Quest'ultima disposizione riconosce a centomila cittadini la possibilità di richiedere la revisione parziale della Costituzione. L'iniziativa può essere formulata come «proposta generica» ovvero come «progetto elaborato». In quest'ultimo caso, l'iniziativa è sottoposta al pronunciamento del corpo elettorale e dei Cantoni.

L'Assemblea federale deve tuttavia raccomandarne l'accettazione o il rifiuto e può eventualmente contrapporre un proprio controprogetto. Per la revisione totale della Costituzione si fa invece applicazione della diversa disciplina contenuta nell'art. 138.

Occorre ricordare che nell'ordinamento elvetico ogni riforma costituzionale necessita dell'approvazione del corpo elettorale. Si tratta infatti di un referendum obbligatorio nel quale la proposta di revisione deve conseguire la c.d. "doppia maggioranza", vale a dire il consenso della maggioranza dei Cantoni (il voto di ogni Cantone equivale in questo caso all'esito della votazione popolare nel Cantone) e di quella del corpo elettorale federale nel suo complesso. Oltre ai referendum obbligatori con "doppia maggioranza", il diritto costituzionale svizzero conosce altre due tipologie di referendum: il referendum obbligatorio senza "doppia maggioranza" ed il referendum facoltativo. Gli istituti di democrazia diretta sono poi ampiamente valorizzati dalle Costituzioni cantonali.

Nel caso di specie, l'iniziativa popolare è stata approvata, oltre che dalla maggioranza degli elettori federali, anche dalla maggioranza dei Cantoni. Il Parlamento elvetico dovrà in ogni caso approvare una legge di attuazione della nuova disciplina introdotta nel testo costituzionale.

Per tentare di contrastare l'iniziativa dell'UDC/SVP, le forze di governo avevano presentato un controprogetto più moderato, il quale prevedeva di legare la revoca del permesso di soggiorno all'entità della pena riconoscendo in ogni caso una certa discrezionalità al giudice nel valutare caso per caso la necessità dell'espulsione. La proposta è stata tuttavia rigettata dal 54,2% degli elettori e da tutti i Cantoni.

È da segnalare che l'UDC/SVP di Blocher è stata la principale forza politica a promuovere il referendum con il quale lo scorso anno gli svizzeri vietarono la costruzione di nuovi minareti sul loro territorio (v. [DPCE online 1-2009](#))

Sempre il 28 novembre, è stata respinta l'iniziativa del Partito socialista in materia di equità fiscale, che proponeva l'introduzione di una aliquota minima nazionale per redditi e patrimoni elevati e di conseguenza una maggiore tassazione per questi ultimi. Il progetto referendario si proponeva inoltre di ridurre la concorrenza fiscale tra Cantoni, principio che continua a costituire un caposaldo del sistema fiscale della Confederazione.



ECOWAS. L'avvio del processo all'*ex* dittatore del Ciad Hissene Habré rischia di essere compromesso a seguito di una pronuncia della Corte dell'ECOWAS

di *Anna Maria Lecis*

La Corte dell'*Economic Community of West African States* (ECOWAS), accogliendo il ricorso dell'*ex* dittatore del Ciad Hissene Habré che denunciava il difetto di giurisdizione delle autorità senegalesi nei suoi confronti, ha affermato che, conformemente alle norme di diritto internazionale che in casi di crimini contro l'umanità prevedono la costituzione di tribunali *ad hoc*, Habré dovrà essere processato da una corte africana appositamente costituita. La Corte avalla, così, anche la posizione dell'avvocato del Governo senegalese, il quale aveva affermato che il carattere di "africanità" dei crimini richiede una giurisdizione "africana".

L'odissea cui ha dato luogo la vicenda giudiziaria dell'*ex* dittatore, anche a seguito delle pressanti sollecitazioni della comunità internazionale, non sembra essere destinata ad un epilogo in tempi brevi.

Habré, in esilio in Senegal dal 1990, fu incriminato per la prima volta per crimini contro l'umanità da un tribunale senegalese nel 2000 e posto agli arresti domiciliari, ma nello stesso anno fu poi prosciolto per la mancata previsione dei crimini contro l'umanità da parte della legge penale senegalese.

Nel 2005, davanti a un mandato d'arresto internazionale emanato dal Belgio, il Presidente del Senegal Wade si rivolse all'Unione africana che, nel 2006, adottò una risoluzione con cui conferiva al Senegal un mandato a processare Habré «in nome dell'Africa» davanti ad un tribunale senegalese competente che assicurasse un giusto processo, e invitava Wade a promuovere le riforme legislative necessarie al perseguimento dell'obiettivo.

Malgrado le ampie rassicurazioni del Presidente senegalese, e nonostante la Costituzione del Senegal sia stata effettivamente modificata con la previsione della competenza delle giurisdizioni nazionali a giudicare i crimini contro l'umanità anche in deroga al principio dell'irretroattività della legge penale ([art. 9](#)), il processo, a novembre del 2010, non aveva ancora avuto inizio per carenza di fondi.

Nel frattempo, però, la difesa di Habré aveva presentato ricorso alla Corte di giustizia della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale, lamentando la carenza di giurisdizione delle autorità senegalesi e denunciando la violazione del diritto fondamentale al giusto processo e del principio di legalità. In particolare, veniva contestata l'introduzione di alcune nuove fattispecie penali, create appositamente per il processo nei confronti di Habré, in violazione del principio dell'irretroattività della legge penale che, nell'opinione della Corte di giustizia dell'ECOWAS, può essere derogato da giurisdizioni internazionali ma non da quelle nazionali. La deroga al principio di legalità inserita nella Costituzione senegalese, secondo i giudici della Comunità, potrebbe legittimare l'istituzione di un tribunale *ad hoc*, ma non il processo da parte della giurisdizione ordinaria per crimini non precedentemente previsti dalla legge senegalese. La Corte di giustizia dell'ECOWAS si è pronunciata in questo senso sulla base di una non meglio individuata norma di diritto internazionale, che non sembra riscontrabile in nessun testo né nel diritto consuetudinario, ma sembra anzi essere smentita dalla prassi in materia di giurisdizione universale per crimini contro l'umanità.

La pronuncia della Corte della Comunità economica dell'Africa occidentale potrebbe provocare una battuta d'arresto delle attività propedeutiche all'avvio del processo nei confronti dell'ex dittatore. È questo il rischio contro il quale si è pronunciata l'Unione africana, mediante un [comunicato ufficiale](#) rilasciato il 24 novembre in occasione della tavola rotonda internazionale per la raccolta dei fondi

per il processo, nel quale ha invitato il Senegal a portare avanti l'azione giudiziaria, a prescindere dall'autorità giurisdizionale alla quale sarà poi effettivamente riconosciuta la competenza. Dello stesso parere è sembrato il Ministro della giustizia senegalese, il quale ha ribadito l'impossibilità di ignorare l'obbligo per la giustizia senegalese di processare Habré e ha fatto sapere che il governo senegalese avrebbe lavorato, di concerto con l'Unione Africana, per trovare una soluzione giurisdizionale che permetta al Senegal di adempiere alla propria obbligazione nel rispetto della sentenza dell'ECOWAS. Tuttavia, lo scorso dicembre il Presidente Wade ha affermato di volersi liberare del caso Habré, rimettendolo all'Unione africana, per non rischiare sanzioni da parte dell'ECOWAS. Il 12 gennaio una delegazione dell'Unione africana ha però proposto al governo senegalese una soluzione che gli consentirebbe di adempiere al proprio obbligo di processare Habré, nel rispetto della decisione della Corte della Comunità economica. Oggetto della proposta è l'istituzione di un tribunale speciale senegalese, integrato da due giudici nominati dall'Unione africana. Questa soluzione toglierebbe al tribunale incaricato di processare Habré quel carattere di giurisdizione nazionale ordinaria oggetto di censura da parte dell'ECOWAS.



ECOWAS. L'avvio del processo all'*ex* dittatore del Ciad Hissene Habré rischia di essere compromesso a seguito di una pronuncia della Corte dell'ECOWAS

di *Anna Maria Lecis*

La Corte dell'*Economic Community of West African States* (ECOWAS), accogliendo il ricorso dell'*ex* dittatore del Ciad Hissene Habré che denunciava il difetto di giurisdizione delle autorità senegalesi nei suoi confronti, ha affermato che, conformemente alle norme di diritto internazionale che in casi di crimini contro l'umanità prevedono la costituzione di tribunali *ad hoc*, Habré dovrà essere processato da una corte africana appositamente costituita. La Corte avalla, così, anche la posizione dell'avvocato del Governo senegalese, il quale aveva affermato che il carattere di "africanità" dei crimini richiede una giurisdizione "africana".

L'odissea cui ha dato luogo la vicenda giudiziaria dell'*ex* dittatore, anche a seguito delle pressanti sollecitazioni della comunità internazionale, non sembra essere destinata ad un epilogo in tempi brevi.

Habré, in esilio in Senegal dal 1990, fu incriminato per la prima volta per crimini contro l'umanità da un tribunale senegalese nel 2000 e posto agli arresti domiciliari, ma nello stesso anno fu poi prosciolto per la mancata previsione dei crimini contro l'umanità da parte della legge penale senegalese.

Nel 2005, davanti a un mandato d'arresto internazionale emanato dal Belgio, il Presidente del Senegal Wade si rivolse all'Unione africana che, nel 2006, adottò una risoluzione con cui conferiva al Senegal un mandato a processare Habré «in nome dell'Africa» davanti ad un tribunale senegalese competente che assicurasse un giusto processo, e invitava Wade a promuovere le riforme legislative necessarie al perseguimento dell'obiettivo.

Malgrado le ampie rassicurazioni del Presidente senegalese, e nonostante la Costituzione del Senegal sia stata effettivamente modificata con la previsione della competenza delle giurisdizioni nazionali a giudicare i crimini contro l'umanità anche in deroga al principio dell'irretroattività della legge penale ([art. 9](#)), il processo, a novembre del 2010, non aveva ancora avuto inizio per carenza di fondi.

Nel frattempo, però, la difesa di Habré aveva presentato ricorso alla Corte di giustizia della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale, lamentando la carenza di giurisdizione delle autorità senegalesi e denunciando la violazione del diritto fondamentale al giusto processo e del principio di legalità. In particolare, veniva contestata l'introduzione di alcune nuove fattispecie penali, create appositamente per il processo nei confronti di Habré, in violazione del principio dell'irretroattività della legge penale che, nell'opinione della Corte di giustizia dell'ECOWAS, può essere derogato da giurisdizioni internazionali ma non da quelle nazionali. La deroga al principio di legalità inserita nella Costituzione senegalese, secondo i giudici della Comunità, potrebbe legittimare l'istituzione di un tribunale *ad hoc*, ma non il processo da parte della giurisdizione ordinaria per crimini non precedentemente previsti dalla legge senegalese. La Corte di giustizia dell'ECOWAS si è pronunciata in questo senso sulla base di una non meglio individuata norma di diritto internazionale, che non sembra riscontrabile in nessun testo né nel diritto consuetudinario, ma sembra anzi essere smentita dalla prassi in materia di giurisdizione universale per crimini contro l'umanità.

La pronuncia della Corte della Comunità economica dell'Africa occidentale potrebbe provocare una battuta d'arresto delle attività propedeutiche all'avvio del processo nei confronti dell'ex dittatore. È questo il rischio contro il quale si è pronunciata l'Unione africana, mediante un [comunicato ufficiale](#) rilasciato il 24 novembre in occasione della tavola rotonda internazionale per la raccolta dei fondi

per il processo, nel quale ha invitato il Senegal a portare avanti l'azione giudiziaria, a prescindere dall'autorità giurisdizionale alla quale sarà poi effettivamente riconosciuta la competenza. Dello stesso parere è sembrato il Ministro della giustizia senegalese, il quale ha ribadito l'impossibilità di ignorare l'obbligo per la giustizia senegalese di processare Habré e ha fatto sapere che il governo senegalese avrebbe lavorato, di concerto con l'Unione Africana, per trovare una soluzione giurisdizionale che permetta al Senegal di adempiere alla propria obbligazione nel rispetto della sentenza dell'ECOWAS. Tuttavia, lo scorso dicembre il Presidente Wade ha affermato di volersi liberare del caso Habré, rimettendolo all'Unione africana, per non rischiare sanzioni da parte dell'ECOWAS. Il 12 gennaio una delegazione dell'Unione africana ha però proposto al governo senegalese una soluzione che gli consentirebbe di adempiere al proprio obbligo di processare Habré, nel rispetto della decisione della Corte della Comunità economica. Oggetto della proposta è l'istituzione di un tribunale speciale senegalese, integrato da due giudici nominati dall'Unione africana. Questa soluzione toglierebbe al tribunale incaricato di processare Habré quel carattere di giurisdizione nazionale ordinaria oggetto di censura da parte dell'ECOWAS.



Niger. Approvata il 31 ottobre la nuova Costituzione. Il 31 gennaio si sono svolte le prime elezioni presidenziali e politiche.

di *Anna Maria Lecis*

Il 31 ottobre 2010 è stata approvata mediante *referendum* la nuova Costituzione del Niger. La carta costituzionale – la settima da quando il Paese ha ottenuto l'indipendenza nel 1960 – mette fine al periodo di vacanza costituzionale venutosi a creare a seguito della sospensione della precedente Costituzione, ordinata dal *Conseil supreme pour la restauration de la démocratie* (CSRD) all'indomani del colpo di Stato del 18 febbraio 2010 con cui i militari, sotto la guida di Salou Djibo, avevano destituito il Presidente Tandja ([v. DPCE on line 2010-2](#)).

In quella circostanza, infatti, la giunta militare costituitasi nel CSRD aveva disposto la sospensione della Costituzione e lo scioglimento di tutte le istituzioni da essa previste, instaurando un governo di transizione presieduto dal generale Djibo, con l'incarico di guidare il Paese nel delicato passaggio alla democrazia, fino all'adozione di una nuova Costituzione e alle successive elezioni.

Nel frattempo, però, la vita istituzionale del Paese sarebbe stata nuovamente turbata, stando ad un comunicato ufficiale del CSRD, da un tentativo di colpo di Stato, sventato due settimane prima della consultazione referendaria, che avrebbe portato all'arresto di quattro ufficiali della giunta, tra cui il più alto in grado dopo lo stesso Djibo.

Tale avvenimento non sembra, tuttavia, aver compromesso la fiducia dei cittadini nella transizione democratica, testimoniata dall'ampia affluenza al *referendum* costituzionale e dal largo consenso accordato alla nuova Costituzione.

La Carta costituzionale del 31 ottobre, composta da 187 articoli, è stata, infatti, approvata con oltre il novanta per cento dei consensi, secondo i dati resi noti dalla commissione elettorale. Essa prevede, tra le altre cose, il limite di due mandati per la carica di Presidente – limite che aveva costituito la causa del conflitto istituzionale che aveva portato alla destituzione del Presidente Tandja – nonché una limitazione d'età per l'eleggibilità dei futuri Presidenti, i quali dovranno avere un'età compresa tra i 35 e i 70 anni. Il documento, inoltre, accorda l'immunità ai militari che hanno preso parte al colpo di Stato di febbraio.

Il generale Djibo, in qualità di Presidente del CSRD e pertanto Capo di Stato e di Governo *pro tempore*, ha auspicato che la Costituzione appena approvata possa essere il primo passo verso la restaurazione della democrazia, destinata a trovare piena realizzazione a seguito delle elezioni.

Lo scorso 31 gennaio, infatti, i cittadini del Niger sono stati chiamati alle urne per il primo turno delle elezioni presidenziali e, contestualmente, per le elezioni parlamentari a turno unico. Alle elezioni non hanno potuto partecipare i membri della giunta militare e di tutte le forze dell'ordine, per effetto di un'ordinanza di ineleggibilità emanata dal CSRD l'11 marzo 2010 ([ordonnance 2010/003](#)).

Non sono ancora disponibili risultati, ma gli osservatori sono concordi nel sottolineare la regolarità delle consultazioni elettorali.

Il CSRD dovrebbe rimanere al potere fino al 6 aprile, data in cui le funzioni di governo dovrebbero essere definitivamente trasferite dalla giunta militare al Presidente democraticamente eletto.



Ucraina. Modificata la Costituzione con il parere favorevole della Corte costituzionale

di *Luca Marfoli*

Il primo febbraio 2011 il Parlamento ucraino (*Verkhovna Rada*) ha apportato, con il provvedimento legislativo n. 7265, alcune modifiche al testo costituzionale e, per l'esattezza, ai titoli IV (Parlamento), V (Presidente dell'Ucraina), X (Repubblica autonoma di Crimea), XI (autonomie locali) e XV (disposizioni transitorie). Il disegno di legge presentato in Parlamento concerneva «l'introduzione di emendamenti alla Costituzione dell'Ucraina inerenti lo svolgimento di elezioni regolari» dei parlamentari e del Presidente ucraino, dei componenti dell'assemblea legislativa della Repubblica autonoma di Crimea e di consigli locali e sindaci e, da un lato modifica alcune disposizioni costituzionali (art. 76, par. 1, 77, par. 1, 103 par. 5, 136 par. 1, 141 par. 1-2), dall'altro ne introduce di nuove ai titoli X, XI e XV (un nuovo paragrafo agli artt. 141 e 136, e due nuove disposizioni transitorie). Uno dei principali obiettivi della riforma è stato quello di modificare la durata del mandato parlamentare (anche con riferimento alla Repubblica autonoma di Crimea) e dei componenti delle assemblee delle autonomie locali portandolo da quattro a cinque anni sì da uniformarla a quella del Presidente – nonostante l'elezione avvenga comunque in momenti differenti.

L'intervento di riforma si è reso necessario in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale [decisione n. 20-rp/2010](#) che ha dichiarato l'illegittimità della riforma costituzionale del 2004 ripristinando il regime vigente con la Costituzione del 1996. La riforma approvata nel 2004 e poi dichiarata illegittima dal Giudice costituzionale ucraino, aveva infatti già provveduto ad elevare la durata del mandato del Parlamento e delle assemblee legislative locali da quattro a cinque anni. La riforma del 2011 ha inoltre rimodulato il calendario elettorale fissando il termine per la elezione del Presidente ucraino alla fine di marzo 2015 e per la elezione del Parlamento nell'ultima domenica di ottobre del 2012. Nel caso in cui il mandato presidenziale dovesse terminare prima della sua naturale scadenza, le elezioni si dovranno tenere entro 90 giorni. Il provvedimento di riforma della Costituzione prima di essere sottoposto alla approvazione del Parlamento è stato trasmesso alla Corte costituzionale nel rispetto dell'[art. 159 della Costituzione](#), in base al quale il giudice costituzionale deve esprimersi sulla conformità del disegno di legge rispetto ai requisiti previsti dagli art. 157 e 158 della Costituzione. L'art. 157 in particolare stabilisce che la Costituzione non possa essere modificata se gli emendamenti comportano una abolizione o una restrizione dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino o possano intaccare l'indipendenza o l'indivisibilità territoriale del paese. Nella stessa disposizione inoltre è affermato che la Costituzione non possa essere modificata durante la vigenza della legge marziale o dello stato di emergenza. Anche l'art. 158 prevede limiti alla revisione costituzionale. Un primo limite ha carattere temporale e prevede che uno stesso disegno di legge di modifica della Costituzione non possa essere ripresentato prima che sia trascorso un anno dal giorno in cui il Parlamento non ha respinto il primo tentativo di riforma. Un secondo limite, sempre di carattere temporale, vieta al Parlamento di modificare nella stessa legislatura per più di una volta le singole disposizioni costituzionali. La Corte costituzionale, con l'opinione [3-v/2010](#) del 18 novembre 2010, ha ritenuto che i limiti previsti in Costituzione fossero stati rispettati. Nella sessione ordinaria del febbraio 2011 il *Verkhovna Rada* ha approvato il disegno di legge costituzionale con 310 voti favorevoli su 450 componenti, superando quindi il quorum dei due terzi dei componenti richiesto dall'art. 155 Cost. Va rilevato che, anche grazie ad una recente modifica di alcune disposizioni del regolamento parlamentare (art. 37, 47 e 149)

intervenute il 18 novembre 2010, il *Verkhovna Rada* ha potuto approvare la legge con il voto elettronico.



Recensione. Harding A., Leyland P. (eds), Constitutional Courts. A Comparative Study, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London, 2009

di *Angelo Rinella*

Il volume che si recensisce presenta una selezione di immagini accuratamente definite di diverse corti costituzionali presenti negli ordinamenti di paesi europei, africani, asiatici e sudamericani. Si tratta di immagini che, seppure con diversa angolatura, vengono composte lungo la trattazione in modo armonico e scientificamente remunerativo grazie alle misure metodologiche impostate dai curatori e calate nelle diverse realtà istituzionali dagli autori.

Il punto di partenza è la constatazione della proliferazione negli ordinamenti democratici di corti investite della funzione di giurisdizione costituzionale. Questa proliferazione non si limita alle recenti democrazie dell'Europa centro orientale, ma include anche quei paesi che in Africa, Asia e Sudamerica si sono dati costituzioni di matrice liberal-democratica.

Il primo dato che accomuna i vari contributi è quello di lasciare sullo sfondo le impostazioni di teoria generale del diritto costituzionale, per addentrarsi in una analisi delle reali condizioni e delle implicazioni pratiche che, nei diversi ordinamenti esaminati, caratterizza l'azione delle corti costituzionali ed il loro ruolo di guardiani della costituzione.

Vengono presi in esame gli ordinamenti europei di Austria, Francia, Germania, Italia, Russia, Spagna e di alcuni paesi dell'Europa centro orientale; gli ordinamenti africani di Egitto, Sudafrica e i paesi dell'Africa francofona; gli ordinamenti asiatici di Indonesia, Thailandia e di alcuni paesi dell'Asia orientale; gli ordinamenti dell'America Latina.

Deliberatamente i curatori hanno escluso gli Stati Uniti, sebbene siano numerosi i riferimenti all'esperienza della Corte Suprema statunitense rinvenibili nei vari contributi. La ragione di tale esclusione è esposta dagli stessi curatori in premessa: in quanto alta corte con finalità generali, essa manca di una esclusiva potestà di intervenire direttamente sulle questioni costituzionali. Le corti costituzionali esaminate nel volume sono invece riconducibili alle due espressioni del modello di giustizia costituzionale di tipo accentrato: il modello kelseniano ed il modello francese.

L'indagine condotta si presenta, nel suo insieme, come genuinamente comparativa. In primo luogo ogni contributo si sofferma ad esaminare le caratteristiche qualificanti ed essenziali delle corti costituzionali considerate. In secondo luogo, ogni autore svolge la sua disamina con taglio comparativo, avendo cioè presenti le coordinate di riferimento di realtà ordinamentali diverse da quelle propriamente indagate e richiamandole dove opportuno. Naturalmente la prospettiva comparatistica appare più marcata dove gli autori trattano congiuntamente più casi; i contributi di questo tipo offrono infatti un inquadramento di sistema e una lettura tassonomica che ben si inserisce nella migliore letteratura comparatistica.

Sono ben presenti agli autori i rischi che derivano da una comparazione tra sistemi che si basi su modelli così astratti dalla realtà da apparire banali semplificazioni; ovvero, al contrario, i rischi derivanti da una comparazione fondata su modelli descrittivi delle singole realtà privi di ogni utilità sul piano della classificazione. Deve pertanto ritenersi corretta la chiave di lettura offerta dagli stessi curatori che individuano cinque questioni fondamentali capaci di tagliare trasversalmente i casi esaminati; si tratta, in altre parole, di questioni intorno alle quali la comparazione risulta efficacemente praticabile e scientificamente fertile.

La prima questione è quella della definizione: cos'è una corte costituzionale? In relazione ai casi esaminati, la definizione indica quelle corti di carattere speciale che all'interno dei rispettivi ordinamenti costituzionali hanno in via esclusiva la giurisdizione costituzionale. Si tratta di corti generalmente separate dal sistema giudiziario ordinario, fatti salvi quei casi in cui si individua un sistema ibrido nel quale la funzione di giurisdizione costituzionale vede la partecipazione, ancorché limitata, dei giudici comuni.

La seconda questione riguarda le funzioni delle corti costituzionali. Sono individuate quattro macro-aree che contengono le diverse e molteplici funzioni che le corti costituzionali assolvono: la giurisdizione sulla produzione di regole costituzionali (sia in fase costituente che di revisione costituzionale); il controllo di legittimità costituzionale sulle leggi (preventivo o successivo); la giurisdizione sulle alte cariche dello Stato e sulle agenzie del sistema di governo; la giurisdizione sui partiti politici e sulle elezioni. È bene rilevare che nessuna corte costituzionale esercita funzioni in tutte queste aree.

La terza questione attiene alle ragioni su cui è fondata la previsione di una giurisdizione costituzionale, posto che la necessità di garantire il primato gerarchico della carta costituzionale non sempre e necessariamente implica la presenza di una corte costituzionale speciale.

Correlata al tema complesso e di perdurante attualità della difficile relazione tra politica e giurisdizione, è la quarta questione: le modalità di costituzione delle corti costituzionali con particolare riferimento ai criteri di selezione dei giudici.

Infine, con quello stile pragmatico che è tipico del mondo anglosassone, si guarda alle performance delle corti costituzionali sotto il profilo dell'interpretazione del testo costituzionale, dell'efficacia delle decisioni delle corti, della legittimazione della loro azione rispetto alle dinamiche politiche correnti.

In definitiva, il volume offre un significativo contributo alla comprensione dei problemi che attengono alla istituzione e alla funzionalità delle corti costituzionali; nonché delle ragioni che sono a fondamento di una diffusione pressoché globale di questi organi in rapporto ai più recenti processi di democratizzazione; mette a fuoco una terminologia utile a inquadrare differenti prototipi di corti costituzionali e, in particolare, i molteplici sistemi di nomina dei giudici costituzionali e le articolate

relazioni tra questi e i giudici ordinari; offre infine numerosi spunti di politica legislativa. Il tutto alla luce di quegli obiettivi e di quegli ideali che ispirano la "new comparative law" del gruppo di studiosi che ha dato vita al JCL.



Georgia. Approvata un'ampia riforma della Costituzione che incide, in particolare, sulla forma di governo

di *Francesco Saitto*

A grande maggioranza, il 15 ottobre 2010, il Parlamento georgiano ha approvato, in via definitiva, una serie di importanti emendamenti al [testo costituzionale](#), destinati ad entrare in vigore a partire dal 2013. La riforma, su cui si è espressa con un [parere](#) anche la Commissione di Venezia, prevede una serie di interventi particolarmente significativi volti a trasferire maggiori responsabilità dal Presidente al Primo ministro.

Le modifiche costituzionali, ad ogni modo, non incidono solo sulla forma di governo. In primo luogo, infatti, viene modificato l'art. 21 Cost. che regola la proprietà, stabilendo il diritto, in caso di espropriazione, ad un «pieno ed equo indennizzo». Tale formula sostituisce quella attuale che fa riferimento solamente ad un «appropriato indennizzo». In questo modo, la Georgia sembra volersi adeguare alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui, in applicazione dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale, l'indennizzo dovrebbe tener conto, come punto di riferimento, del valore di mercato. Ove ciò non fosse possibile, comunque, l'indennizzo deve essere calcolato ragionevolmente in applicazione del principio di proporzionalità, in seguito ad una giusta ponderazione tra le esigenze di pubblica utilità e i diritti individuali del privato. Solo in casi

particolari, infatti, per esempio per motivi di giustizia sociale o quando vengano perseguite riforme economiche, politico-sociali e costituzionali, si può derogare in modo significativo alla regola generale del rimborso totale del valore di mercato del bene (sul punto, *ex multis*, v. Scordino v. Italia e De Sciscio v. Italia).

All'art. 29 Cost., poi, viene aggiunto il paragrafo 1.1, il quale pone un generale divieto per chi detiene una doppia cittadinanza di diventare Presidente della Repubblica, Primo ministro o Presidente della Camera. Al momento, comunque, l'unico caso ammesso di doppia cittadinanza è previsto all'art. 12 Cost., disposizione che assegna al Presidente la possibilità di conferire la cittadinanza georgiana per fini di interesse nazionale o a personalità che vantano particolari meriti nei confronti del Paese.

Per quanto riguarda la forma di governo e i poteri del Parlamento, le innovazioni sono particolarmente significative e incidono notevolmente sulle funzioni del Presidente, ridimensionandole. L'art. 56, par. 2 Cost. prevede, al momento, la possibilità per un quarto dei deputati di chiedere l'istituzione di una commissione di inchiesta; questa percentuale scenderà ad un quinto a seguito dell'entrata in vigore della riforma. Il nuovo art. 60, par. 3 Cost. prevede, poi, accorpendo gli attuali parr. 3 e 4, che le deroghe al principio generale di pubblicità delle sedute del Parlamento possano essere previste solo con legge o dalla stessa Costituzione, mentre il nuovo art. 61, par. 2 Cost., nell'eliminare il Presidente tra gli organi che hanno il potere di convocare una sessione straordinaria del Parlamento, aggiunge il Gabinetto.

Molto importanti appaiono ad una prima lettura anche le modifiche degli articoli in materia di *impeachment*, procedimento legislativo (poteri di iniziativa e di veto) e quelle concernenti il ruolo e i poteri del Presidente della Repubblica. Per quanto riguarda le ipotesi di rimozione del Presidente tramite *impeachment*, infatti, i nuovi art. 63 e 75 Cost. dovrebbero semplificare le procedure: sarà possibile agire per eventuali incriminazioni penali e per violazione della Costituzione, senza più l'obbligo di coinvolgere la Corte suprema. Il Presidente, inoltre, ai sensi del nuovo art. 67 Cost., viene privato del potere di iniziativa legislativa e l'art. 68 Cost., par. 4 Cost. ridimensiona le conseguenze dell'esercizio del suo potere di veto sulle leggi organiche: un eventuale veto sospensivo su una legge organica, infatti, necessiterà –

perché il Parlamento possa non tener conto dei rilievi presidenziali – di un voto favorevole della maggioranza assoluta dei parlamentari, a differenza di quanto oggi previsto dall'attuale art. 68 Cost. che richiede i tre quinti.

Inoltre, il Presidente vede ridotti anche un'altra serie di poteri e di prerogative: per esempio, il nuovo art. 69 Cost. prevede che non dirigerà più la politica estera statale; il nuovo art. 72 Cost. ribadisce un'incompatibilità totale con qualsiasi altro incarico o funzione per chi ricopre la carica di Presidente, compresa la *leadership* di un partito politico; il nuovo art. 73 Cost., infine, stabilisce in concreto i nuovi poteri del Presidente che perde quello di autorizzare il Primo ministro a nominare i Ministri, quello revocare il mandato al Governo o chiedere le dimissioni dei Ministri della difesa e dell'interno e, ancora, quello di autorizzare il Governo a presentare la legge di bilancio al Parlamento. All'art. 73, lett. a) Cost., tuttavia, gli lascia – non senza qualche incertezza nei rapporti con il Governo, che ai sensi dell'art. 78 Cost., come detto, guiderà la politica estera – il potere di concludere trattati internazionali. La riforma elimina anche l'art. 73, par. 3 Cost. che autorizzava il Presidente, in alcune circostanze, a sospendere leggi o altri atti dell'esecutivo ed anche l'art. 72, par. 6 Cost. che permetteva al Parlamento con legge di conferire al Presidente ulteriori poteri oltre quelli già previsti in Costituzione. Infine, il Presidente perde il potere, attualmente previsto dall'art. 74 Cost., di indire referendum di propria autonoma iniziativa e inoltre, come si darà conto in seguito, l'abrogazione dell'art. 81, par. 1 Cost. gli sottrae il potere di valutare in seguito alla mozione di sfiducia se procedere alla revoca del Governo o meno.

Particolarmente significativa appare poi l'introduzione dell'art. 73, par. 1 Cost. che prevede l'obbligo di controfirma, che comunque non sarà necessaria in caso di stato di guerra o per alcuni tipi di atti prettamente presidenziali. Il Primo ministro, in ogni caso, sarà l'unico membro del Governo che potrà controfirmare gli atti presidenziali.

Se dal quadro tratteggiato appare evidente come il Presidente della Repubblica sembri uscire fortemente ridimensionato, le nuove norme concernenti il Governo, evidenziano come ad avvantaggiarsi di ciò sia, in particolar modo, l'asse Parlamento-Governo. Ciò emerge con chiarezza già dal nuovo art. 78 Cost. che prevede che il Governo sia il principale organo del potere esecutivo. Il Presidente non ha più il

potere di presiedere i Consigli dei ministri, ma può chiedere che vengano analizzate determinate questioni ed eventualmente di partecipare ad alcune discussioni. L'attuale art. 79, par. 2 Cost. prevede, poi, che il Governo sia responsabile davanti al Presidente e al Parlamento. Con il nuovo regime, però, questo articolo viene modificato con l'eliminazione di quella parte che prevede la responsabilità davanti al Presidente. Resta, invece, la responsabilità davanti al Parlamento a cui il Governo è legato da un rapporto fiduciario.

Il nuovo art. 80 Cost. regola, poi, la procedura per la formazione del Governo: il Presidente deve indicare come candidato Primo ministro il vincitore delle elezioni politiche. Il candidato designato, individuati entro sette giorni i Ministri, deve presentarsi in Parlamento per ottenere un voto di fiducia; conseguita la fiducia il Presidente nomina il Primo ministro il quale poi, a sua volta, nomina i Ministri. La riforma interviene anche a regolare l'istituto delle mozioni di sfiducia prevedendo, al nuovo art. 81 Cost., che queste debbano essere richieste da almeno due quinti dei parlamentari e discusse non prima di 30 giorni e non oltre 35. Inoltre, la riforma razionalizza l'istituto introducendo una sorta di sfiducia costruttiva: se il voto viene accolto, infatti, ha inizio una complessa procedura che impone ai parlamentari di presentare al Presidente un nuovo candidato affinché ricopra la carica di Primo ministro. Il Presidente può o meno accettare la proposta: in caso positivo, si segue la normale procedura prevista all'art. 80 Cost., altrimenti il Parlamento può decidere di riproporgli la medesima candidatura, ma solo con una maggioranza di tre quinti. Solo nel caso in cui, infine, il Parlamento non riesca a raggiungere un accordo su una candidatura, il Presidente ha il potere di sciogliere le Camere. Il Primo ministro, ai sensi del nuovo art. 81, par. 1, poi, ha il potere di porre una questione di fiducia su un progetto o un disegno di legge. Il Governo, infine, appare ulteriormente rafforzato dal fatto che il Parlamento non potrà, senza il suo consenso, modificare la legge di bilancio (art. 93, par. 5 Cost.) e dall'abrogazione dei parr. 2 e 6 dell'art. 93, che davano al Presidente il potere di imporre le dimissioni al Governo e sciogliere il Parlamento nel caso in cui non si fosse riusciti ad approvare la legge di bilancio nei termini e con le procedure previste.

La riforma investe, inoltre, anche il potere giudiziario, andando a modificare l'art. 86 Cost. e prevedendo la nomina a vita dei giudici, eccetto per quelli della

Corte suprema che, per il dettato dell'art. 90 Cost., continuano ad essere nominati «per non meno di dieci anni».

Da ultimo, la riforma prevede all'art. 102 Cost. anche un nuovo procedimento per modificare la Costituzione per il quale saranno necessarie due approvazioni a distanza di tre mesi con una maggioranza di due terzi degli aventi diritto.

Come più volte accennato, questa riforma appare segnare un punto di svolta nella forma di governo georgiana e, nel nuovo equilibrio costituzionale, sarà il Governo l'organo che più di ogni altro vedrà aumentati poteri e responsabilità. Nonostante ciò, il Presidente, che assumerà le vesti di «garante dell'indipendenza nazionale dell'unità del paese», svolgendo così una funzione che appare sempre più neutrale, resterà titolare di una serie di importanti prerogative. Inoltre, il mantenimento dell'elezione a suffragio universale diretto continuerà senz'altro a garantirgli, in virtù di una forte legittimazione popolare, una certa autorevolezza.



Germania. Il *Bundesverfassungsgericht* interviene sul tema degli organismi geneticamente modificati, ammettendo le restrizioni previste al loro utilizzo

di *Francesco Saitto*

Nel 2008, il legislatore federale è intervenuto, fondando la propria competenza sull'art. 74, n. 26 GG, a modificare la legge che regola l'ingegneria genetica (*Gentechnikgesetz*), al fine di disciplinare in modo uniforme nel territorio federale la materia di organismi geneticamente modificati.

In Germania, tuttavia, ai sensi dell'art. 70 GG sono competenti a legiferare, nelle materie non espressamente attribuite al *Bund*, i singoli *Länder*. Oltre che con le sue competenze esclusive (art. 73), il *Bund* può, però, intervenire utilizzando anche il titolo abilitativo della competenza concorrente (artt. 72 e 74 GG), che, dopo la modifiche apportate con la *Föderalismusnovelle* I del 2006, con la quale è stata anche abrogata la legislazione cornice (art. 75 GG), risulta articolata in tre diverse fattispecie. In linea di principio, nelle materie di competenza concorrente, elencate all'art. 74, hanno potere di intervenire in via legislativa, in primo luogo, i *Länder* a meno che non sia intervenuto a regolare la materia in modo unitario lo Stato federale. Per alcuni titoli competenziali, oggi, il *Bund* per intervenire non deve però dimostrare più nessuna particolare esigenza. Per altri, invece, la legislazione del *Bund* non entra in vigore prima di sei mesi ed è derogabile da parte dei *Länder*. Per una

terza categoria di materie, infine, regolate all'art. 72, c. 2, invece, il *Bund* può intervenire in alcune delle materie elencate e i *Länder* non possono derogarvi, solo se e nella misura in cui lo esigano la creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o la tutela, nell'interesse complessivo dello Stato, dell'unità giuridica o economica. A tutela del rispetto dei requisiti richiesti per l'esercizio di questo specifico titolo competenziale, l'art. 93, c. 2, prevede un apposito motivo di ricorso al *Bundesverfassungsgericht*.

Per intervenire a modificare la materia oggetto della legge, il *Bund* ha dovuto utilizzare come titolo competenziale proprio l'art. 72, c. 2 *GG*, dato che la competenza concorrente, su cui ha fondato il proprio potere, è la numero 26 dell'elenco di cui all'art. 74 *GG*. Il legislatore, tuttavia, ha fatto perno su un'interpretazione piuttosto estensiva del titolo competenziale richiamato che, *prima facie*, non legittima espressamente un intervento federale in materia di organismi geneticamente modificati, ammettendo, invece, l'intervento del *Bund* in materia di procreazione geneticamente assistita, ma solo di vita umana, di studio e di modifica di informazioni genetiche e di norme concernenti trapianti di organi, tessuti e cellule.

Proprio facendo leva, in primo luogo, su una presunta incompetenza del legislatore federale ad intervenire, il *Land* Sassonia-Anhalt, che rivendicava la propria competenza legislativa in materia, ha impugnato la legge perché ne venisse dichiarata l'incostituzionalità.

Con [sentenza](#) del 24 novembre, però, il Tribunale costituzionale federale ha giudicato non illegittimi i limiti posti dalla legge all'utilizzo di colture geneticamente introdotte con le modifiche alla legge sull'ingegneria genetica nel 2008 e corretto l'utilizzo da parte del *Bund* della competenza concorrente di cui al n. 26 dell'art. 74 *GG*.

La legge prevede che siano necessarie delle zone non coltivate di 150 metri tra le coltivazioni normali e quelle geneticamente modificate e di 300 tra le seconde e le coltivazioni organiche e impone anche un obbligo di risarcimento in capo a quei coltivatori i cui vicini si trovino il campo contaminato da una coltivazione geneticamente modificata. Inoltre, per garantire che queste norme siano rispettate, la legge ha anche previsto un onere di registrazione per questo tipo di coltivazioni,

anch'esso considerato legittimamente compatibile con il fine di perseguire il benessere pubblico.

Il Tribunale, nel motivare la decisione, ha affermato che il legislatore federale abbia agito a tutela del pubblico interesse e nel rispetto del «principio di necessità» (*Erforderlichkeit*) e ha anche, contrariamente a quanto prospettato dal *Land* ricorrente, riconosciuto una «competenza totale» (*umfassende Zuständigkeit*) del *Bund* a regolare la disciplina dell'ingegneria genetica ai sensi dell'art. 74, c. 1, n. 26 *GG*, in combinato con l'art. 72, c. 2 *GG*. Nell'affermare la competenza federale, il Tribunale ha espressamente stabilito, così, che la lettera della Costituzione deve essere interpretata in senso estensivo in questo caso (*Der Kompetenztitel ist weit zu verstehen*).

I giudici, poi – ancora a sostegno della legittimità della norma – hanno anche rilevato l'esistenza sul legislatore, in un momento storico in cui sono ancora scarse le conoscenze scientifiche sui possibili effetti collaterali di organismi geneticamente modificati, di un particolare onere di diligenza (*Sorgfaltspflicht*), una responsabilità che lo impegna in particolare verso le generazioni future, così come prevede l'art. 20a *GG*.

Da ultimo, nella decisione, si legge come l'onere di risarcire i vicini venga considerato dai giudici di *Karlsruhe* una «ragionevole ed equilibrata compensazione» (*angemessenen und ausgewogenen Ausgleich*).



Regno Unito. Oltre gli *interna corporis*. La Corte suprema nega l'invocabilità dell'art. 9 del *Bill of Rights* e la giurisdizione esclusiva della *House of Commons*

di *Francesco Saitto*

Con la sentenza [R. v. Chaytor and others](#) la Corte suprema ha avuto la possibilità di confrontarsi con un tema fondamentale nella storia del costituzionalismo, aggiungendo un ulteriore capitolo al superamento della dottrina degli *interna corporis*. I giudici sono stati, infatti, chiamati a valutare la possibilità per un tribunale ordinario di giudicare dei parlamentari per atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni e la sussistenza o meno della giurisdizione esclusiva della *House of Commons*.

Nella sentenza in commento, tre ex-parlamentari avevano adito la Corte suprema lamentando il difetto di giurisdizione della *Crown court* a giudicarli per un reato commesso (*false accounting* contrario alla sezione 17(1)(b) del *Theft Act 1968*) al tempo in cui erano membri del Parlamento. Richiamando l'art. 9 del *Bill of Rights* del 1689, per il quale «the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parlyament», e il principio della «exclusive cognisance of Parliament», anche noto come «exclusive jurisdiction», «che ha la sua origine – afferma la Corte – in un momento precedente al 1689 e che è più ampio, e comprende, l'art. 9», infatti, gli

appellanti sostenevano che fosse la *House of Commons* l'unico organo competente a giudicare il loro comportamento.

La Corte, però, ha deciso, con la sentenza in commento, di non accogliere questa ricostruzione, negando l'appello contro la decisione impugnata. Ha sviluppato le proprie argomentazioni in due fasi: dapprima negando l'invocabilità nel caso di specie dei privilegi parlamentari e, poi, riconoscendo la giurisdizione del tribunale penale.

In primo luogo, in merito all'interpretazione dell'art. 9 del *Bill of Rights*, la sentenza ha ricostruito il contrasto tra la *House of Commons* e il potere giudiziario, che ebbe luogo nel XVII e nel XVIII secolo, e ha ricordato la sentenza *Stockdale v Hansard*, nella quale, nel 1839, la *House of Lords* affermò, chiudendo così la diatriba, che la *House of Commons* avesse una giurisdizione separata e fosse l'unico organo competente a decidere sull'estensione dei propri privilegi. Le corti, tuttavia, – si legge nella sentenza – non sono vincolate da quel che viene affermato dalle Commissioni parlamentari, dallo *Speaker* o dalla stessa *House of Commons*, perché, come è anche stato recentemente riconosciuto dalla Camera dei comuni, il potere di giudicare su ciò che possa essere considerato un «proceeding in Parliament» spetta, in ultima istanza, alle corti stesse. Di questo potere, però, le corti non devono abusare e, infatti, la Corte suprema ha tenuto a precisare che, pur avendo giurisdizione in materia, essa si senta vincolata a tenere in particolare considerazione («careful regard») le ragioni del Parlamento, quando viene chiamata a sindacare questioni concernenti l'applicazione dell'art. 9 del *Bill of Rights*.

Dopo aver ricostruito i primi due gradi di giudizio, la sua precedente giurisprudenza in materia e aver richiamato anche delle sentenze delle Corti supreme dello stato dell'Ontario, degli Stati Uniti e dell'Unione Indiana, la Corte ha affermato, però, che questo caso differiva da quei precedenti in cui il privilegio istituito dall'art. 9 aveva trovato applicazione. Dalla giurisprudenza richiamata, infatti, emergeva che «il fine principale, a cui è diretto l'articolo 9, è la tutela della libertà di parola e di dibattito in Parlamento e nelle Commissioni parlamentari», elementi in cui – secondo la Corte – risiede il «cuore» dell'attività del Parlamento. Nel valutare le azioni commesse da parlamentari al di fuori di queste sedi, invece, la Corte ha sostenuto chiaramente che, affinché siano protette dal privilegio di cui

all'art. 9, è necessario che ricorrano due requisiti: in primo luogo, occorre rilevare la natura della connessione con l'attività svolta in Parlamento; in secondo luogo, in una sorta di bilanciamento, è necessario verificare se la mancata riconduzione dell'attività del parlamentare al privilegio potrebbe comportare un danno notevole per il «core business» del Parlamento.

Sulla base di queste argomentazioni, la Corte ha negato che i fatti addebitati ai tre appellanti possano essere considerati meritevoli di protezione ai sensi dell'art. 9 del *Bill of Rights*. In nessun modo, la questione prospettata poteva incidere, infatti, sulla libertà di parola dei parlamentari e su nessun'altra delle loro funzioni. La Corte inoltre ha sottolineato, tra l'ironico e il morale, che le uniche cose che potrebbe inibire il riconoscere la giurisdizione del potere giudiziario nel caso di specie sono «dishonest claims». Interpretando, poi, anche alla luce di molteplici atti parlamentari, la garanzia del privilegio di cui all'9 del *Bill of Rights*, la Corte ha trovato conferma che nel caso di specie mancasse qualsiasi «closer nexus» capace di giustificare un collegamento con «proceedings in Parliament». A sostegno della sua decisione, in conclusione, la Corte ha anche affermato che esistono «buone ragioni per dare dell'art. 9 un'interpretazione restrittiva» con il fine di limitarne l'applicazione per i soli fini per cui fu effettivamente emanato, ma che, quando questi ricorrano, la protezione dell'art. 9 debba essere assoluta.

Sul secondo motivo di ricorso, poi, ovvero la invocata violazione della giurisdizione esclusiva della *House of Commons*, la Corte suprema ha ricordato, richiamando di nuovo il precedente *Stockdale v Hansard*, che da tempo le due Camere hanno rinunciato ad una giurisdizione esclusiva in materia amministrativa. In questo ambito, se la Camera si avvede che un suo membro, in circostanze che non ricadano nel privilegio di cui all'art. 9 del *Bill of Rights*, possa aver commesso un reato, può iniziare una procedura di collaborazione con l'autorità di polizia e con quella giudiziaria. Nel caso di specie, secondo la Corte, la *House of Commons* ha seguito questa procedura e i fatti addebitati ricadono senza dubbio nel c.d. «administrative business». Inoltre, la Camera, pur avendo invocato una giurisdizione disciplinare, non ha invocato la sussistenza di una giurisdizione esclusiva.

Su queste basi, la Corte suprema ha valutato che nel caso di specie non sussistessero limiti alla possibilità per le corti ordinarie di processare i tre ex-

parlamentari, intervenendo così a delineare con maggiore chiarezza i limiti in cui l'azione dei parlamentari può davvero considerarsi insindacabile, ma sottolineando anche che, per quanto i margini di applicabilità delle prerogative parlamentari debbano essere interpretate in senso restrittivo, queste debbano essere sempre lette in senso forte se poste in relazione al «core business» delle attività del Parlamento.



Recensione. Maria Rosaria Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.

di *Teresa Serra*

La Governance tra politica e diritto può essere considerato la naturale prosecuzione di una riflessione iniziata da Maria Rosaria Ferrarese nel 2000 con *Le istituzioni della globalizzazione*. Il diritto travalica i confini tradizionali statali e si apre a nuove estensioni sia in senso territoriale che di legami (il diritto sovranazionale e diritto transnazionale) e si tratta di un diritto che tende ad essere territorialmente *absolutus* e a presentarsi come diritto ‘universale’ che risponde a bisogni, motivazioni, aspirazioni o interessi che appartengono ad ogni essere umano. Questo l’assunto della Ferrarese ed erano, questi, anche i temi di una riflessione nella quale emergevano la deterritorializzazione e il rapporto tra diritto, misura e confini. In questo volume quei temi vengono completati dal punto di vista del rapporto tra diritto e politica, tra la fissità del primo e la mobilità della seconda e quindi vengono completati da una riflessione sulla democrazia rappresentativa e la sua crisi. Questo approccio mette in relazione il giuridico col dinamismo del mondo contemporaneo che contrasta con la logica statocentrica basata sul concetto di misura, di limite, sulla necessità della *reductio ad unum*, che, in qualche modo, riduce la differenza ed esorcizza il futuro frenando i cambiamenti. Se il diritto era stato “antidoto all’incertezza”, oggi la *governance* è l’antidoto o la reazione a quella certezza che, con

la sua fissità, impedisce appunto al diritto di seguire tempestivamente l'evoluzione dei tempi. Il diritto attuale, nel suo collegamento con la politica, reinventa sempre le sue misure con attenzione e riferimento ad esigenze che lo stato non può più accontentare. Ed è chiaro che in questo ambito fa perdere la sua legittimità al comando facendo perdere al diritto anche l'aspetto tipicamente positivistico del rapporto comando-obbedienza.

Questa vocazione globale del diritto sopranazionale e transnazionale fa interagire diverse tradizioni giuridiche, politiche e culturali, rimettendo in discussione non solo la rigida differenza tra *common law* e *civil law*, ma anche la rigida contrapposizione tra privato e pubblico. Quello che mi pare interessante in questi studi di Maria Rosaria è la precisazione che diritto e politica fuoriescono dai confini dello stato, e tendono a togliere alle istituzioni quel monopolio politico e giuridico che lo stato moderno si era attribuito. Un compito ben arduo, questo del superamento del monopolio, perché richiede anche il superamento della logica statocentrica, che invece, nella nostra cultura occidentale, stenta a farsi da parte. Si parla di crisi della legge come prodotto dell'attività legislativa e questo è indubbio, ma quella stessa legge come prodotto di un'attività legislativa tende a penetrare fin nelle maglie più strette della società. A questa capillarità di penetrazione della legge fa da contraltare la *governance*, che, da parte sua, non fa ricorso alla legge, ma a due modalità giuridiche diverse: la modalità contrattuale e quella giudiziaria, su cui l'Autrice si sofferma nei capitoli finali. L'accento sul politico e sulla *governance* le consente di chiarire come, da un lato, si modificano aspetti significativi del bagaglio teorico e pratico della democrazia e, dall'altro, come essa configuri uno scarto significativo delle forme e delle istituzioni giuridiche tipiche della democrazia rappresentativa – il primato della legislazione, la distinzione tra pubblico e privato e la divisione dei poteri – che sono irriconoscibili nei processi di *governance* che appartengono ad attori diversi da quelli istituzionalizzati. E su questo punto occorre riflettere, mettendo in evidenza il tema dei nuovi soggetti politici, che non tocca solo il problema della partecipazione e del consenso, che sono ben diversi dalla *governance*, ma fa anche sorgere la domanda quale sia la vera *ratio* e la vera 'fonte' del diritto, a chi spetta dettare le regole e, soprattutto, se nella regola prevalga il contenuto o la forma o non debbano essere entrambi correlati.

Per quanto riguarda il punto della partecipazione e del consenso trovo la risposta nell'ultimo capitolo, nel quale l'Autrice parla della *governance* come succursale della democrazia. Si tratta (p. 189) dell'idea che i processi di *governance* "operino per supplire alle esigenze, carenze e rigidità più significative che affliggono il quadro democratico tradizionale, di stampo essenzialmente rappresentativo". Lo stesso Stato, pur agendo con gli strumenti del diritto interno, senza volerlo e talvolta senza saperlo, deterritorializza determinate misure giuridiche, come, per esempio, quando ammette forme di *forum shopping* in determinate materie (p. 17). Compare, qui, il riferimento a un beninteso principio di sussidiarietà, ma si intravede anche una sorta di costituzionalismo transnazionale che è alimentato dalla difesa dei diritti umani, in cui intervengono soprattutto gli entusiasti. Un costituzionalismo senza stato e un costituzionalismo dinamico, dice l'Autrice, e lo sguardo alla contemporaneità e alle trasformazioni dello stesso stato spingono realmente verso l'esigenza di reperire nuove forme di organizzazione politica che superino il tradizionale modo di approcciarsi al popolo, al territorio, alla sovranità per avviarsi, ma non abbiamo tutti gli strumenti per fare previsioni, verso una costituzione senza stato, uno stato senza territorio, un diritto senza territorio, un popolo senza stato.

Maria Rosaria Ferrarese parla della *soft law*, indicativa di un percorso di perdita del carattere verticale del diritto, non più forma ma contenuto, ma anche di una *soft law* dalla quale sarebbe espunta la sanzione, o di una *soft law* che, più che dalla sanzione negativa, è rafforzata dalla sanzione positiva dell'appartenenza e dai benefici che ne derivano. Quindi dal consenso? Che può nascere sulla base della convenienza economica, delle convinzioni etiche o dell'utilità funzionale, ma che, nella maggior parte dei casi, si basa sulla prima e quindi sui rapporti di forza. La *soft law* si presta ad illustrare una giuridicità multifunzionale non più soltanto intesa ad ottenere comportamenti conformi alle prescrizioni legislative, ma a realizzare varie funzioni tra cui quella dell'informazione e della comunicazione (la *ratio* del comando viene erosa dalla *ratio* della comunicazione e dell'incontro del compromesso e della negoziazione) e quella della socializzazione ai valori che le regole *soft* vogliono promuovere, e di orientamento dei processi di interpretazione delle sue stesse regole. Sono d'accordo con l'Autrice quando dice che la *soft law* supera il riduttivismo del normativismo tradizionale, ma non vorrei che attraverso la *governance* si arrivasse ad un altro tipo di riduttivismo. Siamo all'interno di una visione del

diritto come *prassi sociale* sul quale si torna a discutere e che si era delineato soprattutto nel Medio Evo, “con scarso ricorso a moduli e pratiche di carattere legislativo in un contesto di incompiutezza del potere politico”. Maria Rosaria Ferrarese ricorda che Supiot parla espressamente di caratteri neofeudali e questo ci riporta alla crisi dello stato.

Mi pare, questo, un punto fondamentale, da ricollegare alla crisi della rappresentanza e alla necessità di un superamento, o, forse, sarebbe meglio parlare di un suo completamento con forme ‘altre’ di partecipazione, forse più consone anche ad un diritto che si presenti come prassi sociale e che sia collegato ad una *ratio* della comunicazione e “dell’incontro del compromesso con la negoziazione”. La sfida della *governance* è una sfida contro lo stato e contro le sue pretese monopolistiche, ma è anche un’exasperazione antiformalistica che potrebbe portare a far perdere al diritto alcune delle sue valide ragioni di esistenza. E’ il momento in cui il diritto si riappropria delle sue ragioni profonde e rifiuta la sua dipendenza totale e assoluta dalla politica istituzionalizzata, ma tuttavia, proprio perché si affranca da uno stato che si presenta ancora come stato di diritto, non si libera dalla sua dipendenza dall’economia e dalla politica non istituzionale, vale a dire dalla superpotenza economica, dalla superpotenza dell’opinione pubblica mondiale, alla fine dalla forza del più forte. Si va realizzando un processo di istituzionalizzazione sociale dei diritti che consiste nel crescente radicamento in strati sempre più numerosi della società transnazionale del rispetto dovuto a standards minimi in fatto di diritti. E anche in questa sua veste il diritto altro non fa che riappropriarsi delle sue ragioni funzionando, come sostiene Supiot, come una “nuova risorsa dogmatica per il diritto globale”, in quanto i diritti umani “sono doppiamente funzionali ad esso sia perché lo legittimano sia perché evitano la sua disumanizzazione all’ombra dell’impresa tecnico-scientifica”. Ma dobbiamo domandarci se, nel riappropriarsi giustamente delle sue ragioni profonde, non abbia bisogno anche di formule che queste ragioni rafforzino. E’ qui che Ferrarese presenta il concetto di costituzione infinita, cioè quella costituzione che non si conclude con un documento, ma è perennemente incompiuta e in attesa di nuovi apporti e combinazioni. Se gli stati sembrano aver perduto una parte del loro ruolo tradizionale è perché un ruolo sempre più incisivo pretendono nuovi soggetti incidenti su una società civile transnazionale. Se tradizionalmente l’essenziale dell’opera costituente è stata la

volontà di sottrarre i rapporti sociali e politici all'imprevedibilità dovuta al cambiamento dei fattori storici, oggi si approfondisce il solco tra il lato teorico, che si concretizza nelle forme costituzionali, e la realtà sociale. Si pone, perciò, il problema di privilegiare un dinamismo costituzionale che sia in grado di tener sempre presenti, attraendoli e, perciò stesso regolamentandoli, i soggetti sempre nuovi che intervengono nel processo sociale. Si andrà verso una trasformazione dello stato moderno, verso un suo lento declino che lasci il posto a nuove forme organizzative? Che potremmo continuare a chiamare stato ma con aggettivazione diversa da quella di moderno?

Si tratta di un processo di riappropriazione democratica delle istituzioni e corrisponde alla richiesta di protagonismo di soggetti sociali nuovi e diversi. E fa sorgere la domanda fondamentale "Come partecipare alla decisione politica?". E' difficile tracciare confini netti tra il politico organizzato e istituzionalizzato e la società che si organizza sia in relazione ai contenuti che agli attori. E mi lascia fortemente perplessa il fatto che si possa concedere alle forze sociali di partecipare all'esercizio del potere pubblico e quindi della decisione politica senza tuttavia incorporarle nelle strutture costituzionali di responsabilità e legittimazione o sottometterle ai vincoli costituzionali vigenti per organi ormai istituzionalizzati. Senza una definizione a monte dei criteri di legittimazione mi chiedo chi decida quali siano – se non sulla base della pura forza - i soggetti politici nuovi che devono partecipare alla decisione politica e perché non si debbano incorporare queste forze sociali nella struttura costituzionale di responsabilità. Il tema della legittimazione assume un'ampiezza nuova nella quale uso del pubblico e dimensione pubblica richiedono di essere distinti e precisati.

Questa legittimazione si deve necessariamente dare solo agli stati o è possibile che essa sia riconosciuta a ogni gruppo anche non organizzato secondo il modello dello stato moderno, o non insidente su un territorio, purché in grado di avere un seguito di soggetti che lo appoggiano e quindi lo legittimano, e un complesso di strumenti che lo fanno vivere anche trasversalmente? Il concetto di sistema e quindi di soggetto collettivo che interviene nel campo delle relazioni internazionali muta nel momento in cui interlocutori, non coincidenti con i soggetti statali tradizionalmente considerati come i soggetti del diritto internazionale, mostrano di

avere la forza di condizionare le decisioni che si prendono a livello interno e internazionale.

Ma cosa intendere per rapporto di forza? Capacità di organizzarsi con strumenti che consentono di sopraffare o di colpire in maniera consistente l'altro? Quindi l'importanza della disponibilità di mezzi che, per il passato, erano risorse umane e mezzi economici e che, per il presente, vedono un'unione dei mezzi economici con la tecnologia che fa sempre meno affidamento su consistenti forze umane organizzate e talvolta anche su risorse economiche ingenti.

La *governance*, dice Maria Rosaria Ferrarese, non è anarchia, ma una specifica modalità di esercizio del potere e di produzione di regole, ma si tratta di una modalità che richiede una rifondazione del politico e del giuridico.

E allora dobbiamo parlare di sistemi legittimati o di strutture legittimate o di organizzazioni legittimate non restringendo allo stato o agli stati questa legittimazione? A cadere sono, tenendo presenti i sistemi giuridici ed economici della globalizzazione, la territorialità dell'organizzazione e il concetto di sovranità, e si ripropone il problema di ripensare il concetto di legittimità anche in relazione alle funzioni che oggi si arroga lo stato. La rapida crescita di complesse interconnessioni e interrelazioni tra stati e società, insieme con l'intersezione di forze e processi nazionali e internazionali, pongono questioni nuove.

E, occorre aggiungere, che nelle trasformazioni delle comunità politiche si inserisce anche la creazione di molte forme di aggregazioni 'virtuali' che, riunendo transnazionalmente, e, a volte anche temporaneamente, molteplici soggetti, modificano i rapporti anche con gli stati e fanno intervenire, per ora solo virtuali, nuovi soggetti che potrebbero però in futuro acquistare forza e visibilità tali da modificare anche gli assetti tradizionali, che diventerebbero non più solo internazionali, perché interstatuali o comunque legati a organizzazioni governative, ma globali, in cui organizzazioni non governative, nuovi soggetti, tra cui anche le organizzazioni virtuali, chiederanno sempre più spazio, forti del loro numero e della consistenza del consenso che riusciranno a raggiungere anche grazie ad una penetrazione capillare nell'opinione pubblica mondiale in virtù della presenza continua nella rete.

Perché mai ho inteso sottolineare questi momenti? Perché mi pare che Maria Rosaria Ferrarese faccia quel passo in più che io ritengo sia necessario fare, vale a dire invita a ripensare le coordinate del fenomeno diritto e del fenomeno ‘stato’ con riferimento alle trasformazioni socio-economiche e culturali sottostanti, che definiscono una serie di poteri non ufficialmente riconosciuti e legittimati, e con riferimento alle molteplici forme di organizzazione, non solo politico-territoriale, che si presentano oggi sulla scena dei rapporti internazionali e che, in qualche modo, modificano il panorama modificando i rapporti di potere. Ferrarese ha ben chiara che l’elasticità e il dinamismo del modello sono fondamentali per la stessa vitalità del fenomeno diritto e del fenomeno stato e non v’è dubbio che l’attuale forma stato, per la sua scarsa elasticità, tende a chiudere la realtà, e talvolta a giustificarla ideologicamente, mentre la realtà, a ben guardare, potrebbe dare indicazioni ulteriori e diverse sul come realizzare un’organizzazione politica, o potrebbe chiedere ulteriori teorizzazioni per giustificare ideologicamente eventuali nuovi emergenti poteri reali. La teoria giuridica è sempre anacronistica di fronte alla realtà statuale e questa è sempre in ritardo rispetto alla realtà sociale, la quale, a sua volta, è sempre pronta a chiedere nuove forme di legittimazione dei suoi poteri. E tutto questo discutere sulla *governance* sta a indicare proprio i messaggi che provengono da una società modificata e che richiedono un ripensamento delle strutture istituzionali ma non un loro esautoramento.

Non vi è dubbio, per tornare al primo volume della Ferrarese, che negli ultimi decenni la giuridicità ha perso quei connotati che la tradizione occidentale, specialmente quella positivista europea, le avevano riconosciuto, vale a dire un nesso esclusivo con la sovranità, la verticalità del suo assetto rispetto alla società, oltre che una grammatica di tipo normativistico. Si tratta di caratteristiche che non esauriscono e non hanno mai esaurito la giuridicità, ma che nel mondo occidentale, in una visione riduttivistica del diritto, hanno reso possibile l’equazione stretta tra diritto e stato e hanno fatto di quest’ultimo il centro decisionale unico, conseguenza e soggetto di un progetto intenzionale e deliberato, il quale si arroga il diritto di stabilire da sé i limiti della sua stessa potenza legislativa, correndo il rischio di avere pochi contatti col processo dinamico di un sociale che, dal canto suo, mostra, invece, grande complessità. In realtà oggi sembra inaccettabile proprio questo diritto illimitato, di cui parlava nell’altro suo studio Maria Rosaria Ferrarese, ossia “la mancanza di limiti alla legiferazione dello Stato”, in quanto esso costituisce uno strumento

di limitazione della libera attività dei consociati oltre che una restrizione del processo della selezione critica e della competizione, che è, poi, quel processo che in qualche modo consente la realizzazione di un diritto spontaneo. Ne sorge un conflitto, non sempre facilmente sanabile, tra volontà centralistica e statocentrica e processi centrifughi che sorgono sulla base di una realtà che si presenta sempre più onnicentrica.

Il controllo del dinamismo sfugge allo stato centralizzato e appesantito dalla burocrazia, mentre l'autorganizzazione del sociale è disturbata dall'invasione di uno stato che è terzo e parte contemporaneamente. Ma è possibile creare regole di competizione tra ordini che realizzino un dinamismo controllato? Se è possibile un'autorganizzazione della società è anche possibile un autogoverno della società che non sfoci nel predominio del più forte e del conflitto?

A me sembra che il potere che va nella logica statocentrica ritiene ancora di poter imporre alla società il proprio progetto, mentre la società detta le sue regole e contemporaneamente, e questo è un punto che mi pare fondamentale e di difficile soluzione quando si dà centralità alla *governance*, richiede regole che consentano alle sue regole di valere.

Le società si ergono in qualche modo contro il riduttivismo di chi ritiene che le sole istituzioni capaci di assicurare una vita in comune possano essere frutto di un progetto intenzionale e deliberato che fa perno su un individuo astrattamente considerato. E le società dimostrano di saper creare le loro regole, ma poi si scontrano con la necessità di rivolgersi a un *terzo* che garantisca che quelle regole possano essere rispettate fino in fondo.



Ungheria. Approvato un emendamento alla Costituzione per limitare i poteri della Corte costituzionale in materia di tassazione e fondi pubblici

di *Elena Sorda*

Il Parlamento ungherese ha approvato un emendamento di modifica alla Costituzione tramite cui sono state ridotte notevolmente le competenze della Corte costituzionale in materia di tassazione e fondi pubblici. Nello specifico gli undici membri della Corte non potranno pronunciarsi sulle leggi aventi ad oggetto il bilancio nazionale e il suo incremento, l'introduzione di imposte a livello nazionale e locale, nonché l'istituzione di nuovi fondi, a meno che esse non intacchino i diritti umani.

La modifica costituzionale è stata approvata con estrema facilità, giacché il Governo magiaro – frutto dall'alleanza fra Fidesz e Cristiano democratici – detiene più di due terzi dei seggi del Parlamento.

La decisione di ridurre i poteri della Corte va probabilmente ricondotta al desiderio delle forze politiche al potere di realizzare i propri obiettivi incontrando il minor numero di ostacoli possibili; la riforma elimina il rischio che possa ripetersi quel che era successo poche settimane prima dell'introduzione della modifica costituzionale, allorché la Corte ha dichiarato l'illegittimità di una legge che prevedeva l'introduzione di imposte con efficacia retroattiva all'inizio del 2010.

Il Governo ungherese, facilitato non solo dalla maggioranza di cui gode, ma anche dalla riduzione dei poteri del giudice costituzionale, sta combattendo contro la crisi economica che ha colpito il Paese emanando dei provvedimenti di dubbia legittimità.

A titolo esemplificativo si può ricordare la recente introduzione di nuove, ingenti tasse atte a colpire prevalentemente gli istituti bancari, nonché le compagnie che forniscono servizi nel settore delle telecomunicazioni e in quello energetico. Lo scopo di detta legge va individuato nell'obiettivo dello Stato di mantenersi nei rigorosi margini indicati dal Fondo monetario internazionale per i bilanci nazionali, va però altresì riscontrato che essa colpisce in modo particolare le società a capitale straniero che operano in Ungheria, prevedendo a loro carico un'imposta viene calcolata sul fatturato lordo senza però tenere conto dell'ammontare degli utili prodotti.

Un'ulteriore riforma approvata di recente riguarda i fondi pensionistici privati. Il funzionamento di questi ultimi è stato modificato in modo tale da indurre i lavoratori ad aderire al nuovo sistema pensionistico pubblico recentemente istituito. La sottoscrizione di quest'ultimo risulta infatti più vantaggiosa giacché, alla luce dei cambiamenti introdotti, è stato decretato che tutti i contribuenti debbano versare parte dei loro contributi nelle casse previdenziali pubbliche, ma è stato altresì disposto che detta somma sarà reinvestita solo a vantaggio di chi ha aderito al fondo pubblico, mentre verrà "persa" da chi ha scelto il sistema privato. Si osservi infine che i contribuenti magiari, tenuti per legge ad aderire a un fondo pensione, confluiranno automaticamente all'interno del sistema pubblico recentemente creato, a meno che - entro l'1 febbraio - i singoli non facciano espressa richiesta di continuare ad aderire al fondo privato.



Unione Europea. Sentenza della Corte di giustizia sul riconoscimento del diritto al gratuito patrocinio anche alle persone giuridiche

di *Elena Sorda*

La sentenza della Corte di Giustizia, del 22 dicembre 2010, [causa C-279/09](#), riguarda la pronuncia su un rinvio pregiudiziale sollevato da una corte tedesca (*Kammergericht*) e relativo alla portata del dovere di estendere il diritto al patrocinio gratuito anche alle persone giuridiche – oltre che a quelle fisiche – considerando che in Germania detta tutela è riconosciuta, ma è altresì soggetta a varie limitazioni (quali il previo pagamento di una tassa generale di procedura, nonché l'esistenza di un interesse collettivo rilevante).

Il *Kammergericht* ha pertanto chiesto alla Corte se le norme in esame violassero il principio di effettività, in particolare per quanto attiene al profilo dell'accesso alla giustizia e quindi della tutela giurisdizionale effettiva, come sancito dagli art. 6 e 13 della CEDU, nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte ha affermato che la normativa comunitaria prevede che il gratuito patrocinio vada accordato qualora sia necessario per garantire effettivo accesso alla giustizia, che in sua assenza verrebbe altrimenti vanificato (così anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 9 ottobre 1979, causa serie A n. 32,

Airey contro Irlanda). Viene altresì osservato che, sebbene l'art. 47 della Carta dei diritti non faccia riferimento alle persone giuridiche (utilizzando semplicemente il termine "persona"), la nozione estensiva del termine sia in ogni caso da accogliere giacché facendo un'interpretazione sistematica delle altre disposizioni contenute nel titolo VI – in cui è collocato anche l'articolo in esame – si evince che esse vadano applicate tanto alle persone fisiche, quanto a quelle giuridiche.

La Corte di giustizia osserva anche che il diritto di accesso alla giustizia non va concepito come «aiuto sociale» e che pertanto la sua tutela debba prescindere dalla realizzazione di un interesse concreto della collettività, facendo piuttosto perno sulle esigenze del ricorrente.

Il giudice conclude la propria inferenza affermando che – come sopra osservato – il principio di tutela giurisdizionale effettiva sancito sia dalla Carta dei diritti fondamentali che dalla Convenzione europea dei diritti umani si applica tanto alle persone fisiche, quanto a quelle giuridiche; inoltre la sua attuazione piena nello specifico include sia l'assistenza legale, che l'esonero dal pagamento anticipato delle spese giudiziali. Spetterà poi in concreto al singolo Stato l'elaborazione dei criteri per valutare se il richiedente abbia effettivamente diritto di accedere al patrocinio gratuito alla luce di parametri che vertano sulla legittimità dello scopo perseguito dall'istante e sulla proporzionalità fra i mezzi impiegati e il fine perseguito. Per quanto attiene le persone giuridiche è poi possibile tenere conto anche di elementi quali la forma (associazione, società, ecc.) e lo scopo (di lucro o meno) considerando altresì le effettive capacità finanziarie del soggetto coinvolto.