



Anno V, n. 3, 2015

Data di pubblicazione: 27 ottobre 2015



Democrazia & Sicurezza **Democracy & Security Review**

www.democraziaesicurezza.it

redazione@democraziaesicurezza.it

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio



Direzione e redazione: c/o Laboratorio Multimediale e di Comparazione Giuridica
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma - Università degli Studi "Roma Tre".

Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011. ISSN 2239-804X

Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a procedura di revisione anonima.

Comitato direttivo

Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre" - Direttore scientifico)

Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I – Castellón - Condirettore)

Consiglio Scientifico

Domenico Amirante, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, Lina Panella, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman.

Comitato di redazione

Coordinamento: Gabriele Maestri.

Osservatorio sulla normativa: Valentina Fiorillo e, Massimo Rubechi.

Osservatorio sulla giurisprudenza: Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova, Pamela Martino.

Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Cristina Pauner Chulvi, Cristina Gazzetta.

Osservatorio sociale: Francesco Antonelli, Pina Sodano, Valeria Rosato.

Recensioni: Beatrice Catallo.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Indice

Editoriale

- L'Islam in Europa: centralità di una minoranza*
di Maria Luisa Maniscalco e Ouejdane Mejiri 3

Saggi

- Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria:
efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales*
di Carmen Salcedo Beltrán 27

- A Legal Approach to Civilian Use of Drones in Europe.
Privacy and Personal Data Protection Concerns*
di Cristina Pauner e Jorge Viguri 85

Note

- Il fenomeno migratorio: esercizi di definizione della grammatica giuridica internazionale*
di Giulia Aravantinou Leonidi 125

Osservatori

- Osservatorio sulla normativa
Le misure di contrasto al terrorismo internazionale: contenuti e novità
di Luca Di Majo 109

- Osservatorio europeo e internazionale
Politiche migratorie e UE: le risoluzioni del Parlamento e l'Agenda europea
di Gabriele Maestri 115

- Osservatorio sociale
La famiglia nella prospettiva sociologica tra nuovi modelli, minacce e sfide
di Michela Luzi 161

- L'Europa dopo gli attentati di Parigi: intervista a Farhad Khosrokhavar* 187



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Indice

di Francesco Antonelli

Towards a «Just and Comprehensive Peace in Palestine»: Interviewing Omar Barghouti 203

di Pina Sodano

Recensioni

M. Omizzolo, P. Sodano (cur.), *Migranti e territori. Lavoro diritti accoglienza*, Ediesse, Roma, 2015, pp. 472

di Roberta Sorrentino 219

F. Antonelli, E. Rossi (cur.), *Homo dignus. Cittadinanza, democrazia e diritti in un mondo in trasformazione*, WKI - Cedam, Roma - Padova, 2014, pp. XIII-146

di Santina Musolino 227





anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

L'islam in Europa: centralità di una minoranza

di Maria Luisa Maniscalco
e Ouejdane Mejiri *

1. Introduzione: una presenza recente dalle radici antiche

Il radicamento dei musulmani in Europa può essere annoverato tra i principali avvenimenti della seconda metà del secolo scorso e tra i più forieri di mutamenti; oggi non possiamo certo pensare ad una (necessaria) “rifondazione” del patto sociale sia a livello nazionale che dell’Unione Europea senza considerare la componente musulmana delle nostre società.

I musulmani sono la minoranza religiosa più importante in Europa e l’islam è la religione in più rapida crescita. Ma non solo: un punto significativo è rappresentato dal fatto che sempre più l’islam sta diventando espressione di soggettività portatrici di identità culturali e religiose che non si lasciano assorbire o privatizzare, ma al contrario richiedono un

* M.L. Maniscalco è direttrice di ricerca presso il Jean Monnet Centro di Eccellenza «Altiero Spinelli»; O. Mejiri è presidente dell’associazione PONTES - ricerche e interventi ed è parte del Centro di Eccellenza «Altiero Spinelli».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

riconoscimento anche nella sfera pubblica. A fronte di quello che viene definito l'“islam sociologico”, di quanti si sentono musulmani per retaggio culturale in senso ampio, non tanto per l'osservanza puntuale dei precetti e per la preghiera, quanto per un'etica e per i costumi, emerge un islam che reclama il controllo del campo sociale e degli stili di vita dei credenti e che segna una discontinuità con i valori dominanti in Europa e specificamente con la laicità.

Il lungo continuo incontro tra islam e Europa sta attraversando una nuova fase; è noto che la presenza islamica in Europa non è certo una novità¹, ma sono sicuramente nuovi i termini del problema. L'islam sta esprimendo, in Europa come nei paesi di cultura musulmana, un'effervescenza e un pluralismo che vanno ben oltre il tradizionale articolarsi – sia a livello di correnti e scuole religiose, sia in base alle diverse componenti etno-nazionali – e che compete al suo interno in maniera anche conflittuale per l'individuazione di un proprio modello di modernizzazione. Nel percorso verso una modernità musulmana (o una islamizzazione della modernità) è in atto un confronto/scontro tra idee, modelli, ideologie in ogni area del mondo in cui sono presenti comunità musulmane.

Come si diceva, l'islam è oggi un attore sociale “interno” all'Europa e in continuo mutamento: elabora strategie di resistenza, esprime creatività

¹ L'Andalusia e la Sicilia conobbero una lunga dominazione musulmana, buona parte del territorio dell'attuale Portogallo è stato dal secolo VIII al XIII sotto il controllo musulmano con il nome di *Al-Garb Al-Andalus* (ovest dell'Andalusia), mentre vaste aree dell'Europa dell'Est e dei Balcani furono governate dall'impero Ottomano. Infine in alcuni paesi baltici e in Polonia da secoli si è registrata la presenza di una minoranza tatar, musulmani sunniti molto ben integrati.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

e sperimentalismo, è impegnato a realizzare forme inedite di radicamento (Bowen 2010; Maniscalco 2014). È evidente che l'islam non è un fenomeno unitario e un terreno irrimediabilmente contrapposto ai valori delle società europee in particolare e occidentali in generale. Al contrario alcune specificità culturali, come per esempio la finanza islamica², stanno sempre più attirando l'attenzione in quanto sembrano costituire una valida alternativa all'instabilità endemica dei mercati finanziari capitalistici.

Presso molti musulmani sembra essere ben presente l'idea di una identità musulmana europea distaccata da ogni referente esterno, ma legata alla religione quale elemento primario coinvolgente ogni aspetto della vita. In Europa, dove è in corso un incontro e una "contaminazione" reciproca tra le culture, si registrano diversi interessanti tentativi di forme innovative di integrazione in dialogo con gli ideali europei di partecipazione e democrazia. La maggioranza dei musulmani è integrata nelle società europee e partecipa alla vita economica, sociale e politica nei paesi di residenza³; inoltre la loro particolare attenzione per i paesi di origine propri o delle proprie famiglie e i perduranti legami con essi, fa-

² La finanza islamica segue la *sharia*, la legge islamica, che fissa in materia di finanza alcuni principi capitali: *riba* (divieto del tasso d'interesse); *gharar* (divieto dell'incertezza); *maysir* (divieto della speculazione); *haram* (vietato) vs. *halal* (consentito); *zakāt* (la tassa islamica di solidarietà). Il divieto di chiedere interessi (*riba*), considerati una forma di usura, la condivisione dei rischi e dei profitti tra creditore e debitore e, infine, l'obbligo di appoggiare tutte le transazioni finanziarie su di un attivo reale di fatto escludono il ricorso a prodotti derivati. In argomento vds. Maniscalco (2009).

³ Non bisogna poi dimenticare la presenza di europei convertiti all'islam, fenomeno attualmente in espansione. Per un approfondimento sulla Germania, ma con indicazioni valide anche per altri paesi europei, cfr. Özyürek (2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

cilitati dalla grande connettività che contraddistingue la realtà contemporanea, costituiscono una ricchezza per l'Europa stessa.

Tuttavia, nonostante le numerose dinamiche positive e i risultati raggiunti, esistono ancora difficoltà e problemi⁴; a rendere più difficoltoso il reciproco rapportarsi tra Europa e islam è stato anche, a partire dai primi anni Duemila, il configurarsi di una complessa presenza *jihadista* autoctona. Infatti se molti musulmani e le loro associazioni chiedono una maggiore visibilità e partecipazione nello spazio europeo e una loro legittimazione quale parte dell'eredità storica, politica e culturale dell'Europa, altri se ne distaccano, talvolta imbracciando la lotta armata e la strategia del terrore. In realtà si tratta, a tutt'oggi, di numeri statisticamente insignificanti, tuttavia rilevanti per la sicurezza e la relativa percezione dell'opinione pubblica anche in considerazione delle ripercussioni che gli attentati sul suolo europeo hanno nel dibattito, già di per sé acceso, sulle questioni riguardanti le migrazioni, la presenza dei musulmani, i loro diritti e così via.

2. La nuova scena del *jihadismo* autoctono

La nuova scena del *jihadismo* autoctono inaugura una fase diversa rispetto a fenomeni già da tempo registrati sul suolo europeo, sebbene

⁴ Tra questi fondamentali appaiono le questioni di genere, tra cui lo *status* della donna; cfr. Maniscalco (2012 b) e Silvestri (2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

l'esperienza di ogni paese sia caratterizzata da specifici fattori collegati anche al passato coloniale, alla storia nazionale del processo migratorio e, da non sottovalutare, alla propria politica internazionale.

Tentando una sintesi, una prima fase di presenza *jiihadista* può essere fatta risalire alla fine degli anni Ottanta quando giunsero in Europa alcune centinaia di militanti in cerca di asilo politico; molti di loro lo ottennero e stabilirono sul suolo europeo le loro "basi". Questa militanza che potremmo definire "tradizionale" era organizzata in forma gerarchica (come, d'altronde, anche tutte le organizzazioni terroristiche dell'epoca) e i vari gruppi non raggiunsero mai una vera e propria collaborazione operativa, pur esprimendo reciproca solidarietà alle rispettive "cause". Soprattutto, salve rare eccezioni, non manifestarono intenzioni aggressive nei confronti dei paesi ospitanti⁵, indirizzando il loro operato contro i regimi dei paesi di origine. La loro eventuale pericolosità non fu mai avvertita e principalmente non da parte dei comuni cittadini.

Già in quel periodo però i servizi antiterrorismo di molti paesi documentarono l'esistenza di una vasta attività di reclutamento nelle periferie delle grandi città europee finalizzata a "istruire" giovani *mujaheddin* per inviarli nelle zone in cui infuriavano conflitti interetnici e religiosi. La presenza di questi combattenti fu registrata in Bosnia, Afghanistan, Caucaso, Nord Africa.

In particolare per la guerra in Bosnia, negli anni Novanta il Centro culturale di viale Jenner a Milano si costituì come *hub* di reclutamento e

⁵ Gli unici attacchi contro un paese europeo furono gli attentati in Francia tra il 1994-1995 ad opera di algerini, a causa del supporto francese al governo algerino durante la guerra civile di quegli anni; cfr. Kepel (2002).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

supporto logistico per i volontari di tutto il mondo intenzionati a combattere in supporto ai musulmani bosniaci⁶. Nonostante le investigazioni di polizia che portarono al sequestro di materiale compromettente e alla citazione in giudizio di diverse persone, il Centro continuò ad operare fino ai primi anni Duemila, supportando gruppi *jihaḍisti* che intendevano operare in Algeria, in Afghanistan e in Iraq. In particolare in Iraq furono portati a termine, da parte di individui reclutati a Milano, diversi attentati suicidi, tra cui quello del 2003 nel quartier generale delle Nazioni Unite a Bagdad nel quale persero la vita ventidue persone tra cui Sergio Vieira de Mello, Inviato Speciale delle Nazioni Unite.

Proprio a seguito dell'esperienza maturata nei campi di addestramento in Afghanistan, nei combattimenti in Bosnia, in Cecenia e nel Kashmir i vari gruppi della galassia *jihaḍista* che si andava strutturando appresero il valore della collaborazione operativa. La "svolta" fu sancita nel 1998 da al-Qaeda con la formazione da parte di Osama Bin Laden e Ayman al Zawahiri del "Fronte islamico mondiale contro gli ebrei e i crociati"⁷ il cui obiettivo primario era far cessare il sostegno economico e militare, in primis degli Stati Uniti, ai regimi corrotti dei paesi arabi. L'idea era l'unione di tutti i gruppi combattenti per scalzare la presenza americana dai paesi arabo-islamici e abbattere i relativi regimi. L'attentato dell'11 settembre, il cui nucleo direttivo si era radicalizzato

⁶ L'imam del Centro, Anwar Shabaan, era il leader del battaglione degli stranieri in Bosnia.

⁷ *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, New York, Norton, 2004.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

ad Amburgo, ha mostrato come l'Europa fosse una possibile ottima base per piccoli gruppi terroristici disposti ad unirsi al *jihad* globale.

Dopo l'11 settembre questo fenomeno si è incrementato⁸ e in molti paesi è registrata la presenza di cellule di musulmani, nati e/o cresciuti in Europa, intenzionati ad abbracciare il *jihad*; solo molto raramente questi nuclei hanno avuto, almeno sul nascere, contatti con al-Qaeda o con gruppi comunque strutturati operanti all'estero. Si tratta in altri termini di gruppuscoli autonomi di individui desiderosi di passare all'azione, unendosi a formazioni extraeuropee per addestrarsi e/o combattere o per organizzare attentati in Europa. Ne sono significativi esempi gli attentatori di Londra del luglio 2005 e, dieci anni dopo, i francesi autori della strage dei giornalisti del settimanale *Charlie Hebdo* a Parigi.

La situazione attuale è complessa; innanzitutto si è ampliato notevolmente il numero di coloro (i cosiddetti *foreign fighters*) che raggiungono i teatri di guerra (prevalentemente Siria, Iraq, ma non solo) per combattere, dall'altro sono sempre possibili attentati da parte di piccoli nuclei o addirittura di individui singoli (i cosiddetti *lone wolfs*) che si attivano in maniera assolutamente autonoma, nella convinzione di rispondere ad un dovere morale, ad una "chiamata", molto spesso dopo essersi auto-radicalizzati su internet⁹.

⁸ Anche a causa delle espulsioni dei nuclei di militanti che erano per lo più immigrati di prima generazione, il fenomeno cambiò volto. Un'analisi approfondita dei meandri dell'islam radicale *jihadista* in Europa e nel mondo arabo è lo studio di Khosrokhavar (2014).

⁹ I più noti sono il caso del cittadino libico Mohammed Game che nel 2009 tentò di far esplodere un ordigno davanti alla caserma Santa Barbara di Milano, della studentessa inglese Roshonara Choudhry che nel 2010 accolte un membro del Parlamento, e del



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

Gli *homegrown terrorists* manifestano un forte senso di rabbia e di rivalsa verso le società in cui vivono. Da un lato sono per lo più persone diventate a tutti gli effetti di nazionalità europea o residenti da tempo in paesi europei, ma dall'altro riversano sull'Occidente la rabbia scaturita da un sentimento di insoddisfazione e frustrazione per una condizione sociale, culturale o psicologica che non li appaga. Per loro abbracciare il fondamentalismo e diventare *mujaheddin* rappresenta un modo per provare a "riscattarsi" da un'esistenza considerata senza valore e trovare nel *jihad* una ragione profonda per vivere e morire.

Si ispirano ai diversi leader *jihadisti* come un tempo giovani rivoluzionari potevano identificarsi con altri "miti" eversivi, quali per esempio il sub comandante Marcos. La loro adesione al *jihad* globale non si fonda tanto sulla condivisione dei precetti più estremi dell'islam radicale, quanto sulla convinzione che la protezione e la "salvezza" delle vittime, degli sfruttati, che una volta passava attraverso il terzomondismo rivoluzionario alla Che Guevara, è realizzabile solo attraverso una sollevazione individuale e allo stesso tempo globale contro l'Occidente imperialista. Infatti l'identificazione con la causa delle vittime e degli oppressi e il rigetto delle ingiustizie sono i primi meccanismi del processo di coscientizzazione politica che frequentemente questi giovani iniziano. Non a caso in loro si rintracciano motivazioni socio-politiche e personali più che religiose (anche se la religione le sacralizza¹⁰) e una volontà sovver-

giovane di origini kosovare Arid Uka che nel marzo 2011 sparò ad un gruppo di militari americani in transito nell'aeroporto di Francoforte, uccidendone due.

¹⁰ In particolar modo il salafismo, che a partire dall'inizio del nuovo millennio nelle sue differenti espressioni è divenuto un pilastro della re-islamizzazione in Europa, ab-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

siva globalizzata tipica della radicalizzazione violenta anti-sistema che a partire dal nuovo millennio ha assunto una pluralità di forme e dove in alcuni casi l'azione diretta diviene una finalità in sé e la violenza prende il posto del discorso politico¹¹.

In Europa la radicalizzazione non riguarda solo le persone di cultura araba e/o di religione islamica¹²; il fenomeno però appare più appariscente nel *jihadismo*, dove in una dinamica in cui si intrecciano fattori macro e micro (politica internazionale e relative narrazioni, percorsi esistenziali, frustrazioni personali e altro ancora) il *jihad* assume la valenza di tratto identitario unificante di percorsi biografici più differenziati¹³.

braccia il "mito della decadenza" e il corrispettivo desiderio del ritorno all'età gloriosa del primo islam. In uno studio sull'attrazione che esercita sui giovani, diversi autori concordano nel ritenere significativo il fatto che veicolino un senso di appartenenza ad una *élite* di "puri"; per questo, quanti si sentivano (mentalmente) marginali giungono a percepirsi come "eletti", privilegiati in quanto ritengono di avere accesso ad una verità assoluta. Cfr. Meijer (2009).

¹¹ Il riferimento è ai vari movimenti di protesta dagli *Indignados* a *Occupy Wal Street* per giungere ai *Black Bloc* che praticano la guerriglia urbana. Cfr. Maniscalco (2012 a). In letteratura, la radicalizzazione viene spesso considerata come l'articolazione tra un'ideologia estremista e un'azione violenta più o meno organizzata. Sono possibili molte forme di azione violenta senza ideologia (criminalità, violenza privata...) mentre in alcuni l'adesione ad una ideologia estremista non necessariamente comporta il passaggio ad azioni violente. Solo quando ideologia e azione si coniugano si può parlare di radicalizzazione in senso proprio. Cfr. Bronner (2009).

¹² Si pensi ad alcune posizioni dell'estrema destra; l'esempio più significativo delle possibili derive violente di aderenti a queste ideologie è il caso di Anders Behring Breivik che uccise 77 persone e ne ferì 151 il 22 luglio del 2011, in Norvegia.

¹³ Per la letteratura accademica sulla radicalizzazione dei musulmani europei cfr. Dalgaard-Nielsen (2010).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

Non esiste infatti il *jihadista* o il *foreign fighter* “tipo” essendo la radicalizzazione violenta l’esito di variegati percorsi personali e di “ambienti” favorevoli¹⁴.

Tra i profili *jihadisti* è possibile rintracciare una molteplicità di figure provenienti da differenti categorie sociali che comprendono ex criminali¹⁵, persone altamente qualificate e ben inserite nel contesto socioeconomico, gente comune, uomini e donne, anche se la prevalenza è di giovani di sesso maschile. Molti di loro non hanno alle spalle storie di emarginazione sociale e la loro conversione all’islam *jihadista* radicale coincide allora con un processo di identificazione con una causa per la quale vale la pena combattere e sacrificare la propria vita. Se alcuni cercano di fuggire dall’emarginazione, altri, la maggioranza, sono alla ricerca di una “realizzazione” personale. E in questa ricerca di “senso”, la “bandiera nera” dello Stato islamico può affascinare come un tempo ac-

¹⁴ A voler tracciare delle linee generali ogni processo di radicalizzazione può essere suddiviso in varie fasi al cui termine estremo si pone la violenza. Una prima consiste in un contesto sociale e personale tale da causare un profondo disagio negli individui; una seconda implica una scelta ideologica (talvolta anche religiosa) attiva che “risignifica” la vita; una terza si realizza con la maturazione della convinzione di dover operare un cambiamento sociale; infine il percorso si conclude con l’assunzione di un impegno personale che può prevedere l’uso della violenza. Ne consegue che se non tutti i processi di radicalizzazione conducono alla violenza, sicuramente predispongono un terreno ad essa favorevole.

¹⁵ L’esperienza ha dimostrato che gli istituti penitenziari hanno avuto un ruolo significativo, tanto in Europa che altrove, nella diffusione di ideologie *jihadiste*; essi costituiscono un ambiente particolarmente idoneo per il reclutamento dei terroristi, sia per la loro particolare struttura che per le specifiche condizioni di vita che impongono ai detenuti un doppio stato di coazione: l’isolamento dalla società, dalla famiglia e dalle amicizie da un lato e un severo regime di regole dall’altro.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

cadeva per la “bandiera rossa”, simbolo del proletariato mondiale. L’esperienza “limite” della guerra, la trance dell’uccidere e dell’essere uccisi, dilatano e intensificano l’esperienza del presente e, paradossalmente, il senso dell’esistenza.

La ricerca delle esperienze “limite” d’altronde non è un’esclusiva di musulmani radicalizzati, ma è piuttosto diffusa nella cultura giovanile in Occidente e si esprime attraverso una serie di comportamenti “rischiosi” di carattere ludico¹⁶. Questi comportamenti testimoniano da una parte un disagio psicologico ed esistenziale che investe l’insieme della vita quotidiana dalle relazioni familiari a quelle amicali alle esperienze scolastiche, dall’altra attesta l’indebolimento dei meccanismi democratici di regolazione e di gestione dei conflitti, il depotenziamento della cultura, un gap tra cittadini e istituzioni e un deficit di integrazione sociale che non riguardano solo i musulmani, ma che, però, presso alcune loro ridottissime minoranze assumono caratteri estremi e producono reazioni violente.

Va però tenuto presente che a differenza dell’appartenenza a molti movimenti di contestazione, la radicalizzazione islamista è un processo settario: essa impone una separazione tra gli islamisti e gli altri componenti della società, persino tra gli stessi musulmani, e porta ad una auto-emarginazione sociale, ad una rottura con la famiglia, la comunità di

¹⁶ Si pensi alle forme di divertimento particolarmente rischiose come il *balconing* e il *planking* spesso messe in atto sotto l’effetto di sostanze stupefacenti o di alcool, ai fenomeni violenti legati alla *movida* notturna, al tifo calcistico, al bullismo, alla bande giovanili per giungere ai rapporti sessuali non protetti, all’uso di sostanze psicotrope, al consumo eccessivo di alcool in età giovanissima e così via.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

origine, gli amici, la scuola, il luogo di culto e, in definitiva, con la società nel suo insieme.

L'adozione di ideologie o di orientamenti radicali, è in primis un processo di carattere psicologico interno, che assume la forma di un cambiamento di mentalità e non comporta necessariamente cambiamenti visibili nell'aspetto della persona o nei suoi comportamenti: in alcuni casi quindi, i processi di radicalizzazione sono davvero difficili da individuare. In seguito però i segnali diventano più evidenti e dovrebbe essere relativamente più facile individuare il processo in atto. È questo il momento in cui le famiglie, le comunità e le associazioni possono svolgere un'azione importante.

3. Il ruolo della famiglia e della società civile

Da anni in Europa ci si interroga sulle cause e sui motivi per i quali giovani, nati o cresciuti nei paesi europei, decidono di rompere il patto di cittadinanza non solo nei riguardi delle istituzioni, ma anche nei confronti dei loro concittadini, che vengono trasformati in "nemici" da abbattere senza alcuna pietà.

Se la scelta del percorso verso lo *jihadismo* è assolutamente personale, le condizioni e l'ambiente rimandano alla politica, alla società, ai luoghi della quotidianità e agli incontri. Che si auto-radicalizzino su internet, che vengano indottrinati o altro ancora, una domanda fondamentale resta: che cosa rende queste persone, nate e/o scolarizzate in Europa, così permeabili alle narrazioni *jihadiste*? La ormai vastissima letteratura in proposito ha indagato in una molteplicità di direzioni, ma non ha appro-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

fondito a sufficienza il ruolo della famiglia e della narrazione più o meno esplicita della storia familiare, dei gruppi di appartenenza e della collettività nazionale di riferimento.

La famiglia ancora oggi rimane il luogo primario di socializzazione delle nuove generazioni, di perpetuazione di modelli di comportamento, di trasmissione intergenerazionale della cultura e della memoria, nonché di negoziazione e “resistenza” nei confronti delle pressioni dell’habitat circostante. Ma la famiglia è un sistema dinamico che muta e si adatta all’ambiente, in grado di rigenerarsi autonomamente, di mettere in atto processi di morfogenesi e di reinventare in modo creativo relazioni e ruoli: immessa in contesti diversi non può restare immutata, ma al contrario si trasforma, talvolta anche suo malgrado. La famiglia migrata subisce pressioni esterne e produce istanze interne di risposta/adattamento al cambiamento del contesto, trovandosi a sviluppare processi educativi spesso intrisi di ambivalenza tra attaccamento a codici culturali tradizionali e desiderio di integrazione e di ascesa sociale nel contesto della società ospitante, tra volontà di controllo delle scelte e dei comportamenti dei figli e confronto con una cultura che enfatizza i valori dell’autonomia personale, dell’emancipazione e, non ultimo, dell’uguaglianza tra uomini e donne.

A prescindere dai casi in cui si formano enclavi etniche particolarmente coese, la mancanza o la frammentarietà dei reticoli di parentela e vicinato possono rappresentare un fattore di debolezza che mina le capacità educative della famiglia. La perdita di autorevolezza e di capacità educative produce una tensione nei confronti del trasferimento di modelli culturali ispirati alle società di origine sia da parte dei genitori, già a loro volta combattuti tra i desideri contrastanti di sostegno alla pro-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

mozione sociale dei figli secondo standard correnti da un lato e di ossequio alla tradizione dall'altro, sia da parte dei figli che hanno assunto criteri di valutazione e aspettative molto vicini a quelle dei coetanei autoctoni e che rifiutano le diverse forme di integrazione subalterna, cioè basata sull'inserimento nelle posizioni inferiori delle gerarchie occupazionali, accettata da molte famiglie migranti¹⁷.

Può però esplodere anche un conflitto di segno contrario, quando invece i giovani si ribellano contro le aspettative di mobilità ascendente da parte dei genitori, che desiderano per loro posizioni sociali più elevate, giudicate dai figli irrealistiche per azione delle pressioni livellatrici e oppositive del contesto quotidiano e in particolare del gruppo dei pari nei quartieri più poveri in cui molte minoranze restano intrappolate. In ogni caso la crisi delle figure genitoriali si trasforma in ulteriore problematicità che i giovani di seconda generazione si possono trovare a fronteggiare.

Non bisogna però enfatizzare le sole problematiche emergenti in seno alle famiglie migranti; per lo più si registrano storie "di successo" in cui la conservazione di tratti culturali riferibili alle proprie origini, per altro in genere rielaborati e adattati al nuovo contesto, diventa una risorsa per i processi di inclusione e in modo particolare per la riuscita scolastica e

¹⁷ In alcuni studi sui giovani nati dall'immigrazione già da molti anni è emersa chiara la tensione tra l'immagine sociale modesta e collegata ad occupazioni umili dei genitori e l'acculturazione agli stili di vita e alle rappresentazioni delle gerarchie occupazionali acquisite nel processo di socializzazione. Secondo una grande inchiesta condotta in Francia da Michèle Tribalat, i giovani maschi algerini sono risultati più sensibili delle ragazze all'immagine svalorizzata dei padri e impegnati con ogni mezzo a sfuggire al "destino" di riprodurla. Cfr. Tribalat (1995).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

professionale dei giovani, evitando la cosiddetta *downward* assimilazione, cioè l'assimilazione nell'ambito di gruppi marginali in cui è facile maturare la convinzione di una discriminazione insormontabile e dell'inutilità di ogni sforzo per migliorare la propria condizione.

In un caso o nell'altro frequentemente sono sfuggiti all'analisi gli aspetti della socializzazione politica in seno alla famiglia; infatti, tranne che in alcuni rare eccezioni, la dimensione politica della migrazione è sempre stata taciuta e neutralizzata nei paesi di accoglienza, in cui i discorsi sull'immigrazione in generale e sull'integrazione in particolare concepiscono gli immigrati come esseri essenzialmente apolitici (Sayad 2002) e spesso, come nel caso dei richiedenti asilo quali "vittime sofferenti" e, in quanto tali, "accolti" e assistiti da istituzioni e organismi *ad hoc* (Zaretti 2014).

Al contrario i migranti per lo più hanno storie intessute di importanti vissuti politici che le narrazioni familiari trasmettono¹⁸. La psicologa Françoise Sironi suggerisce che gli avvenimenti traumatici che attraversano le collettività (guerre, genocidi, regimi dittatoriali e liberticidi, persecuzioni, violenze generalizzate ...) non si limitano a modellarne la storia, ma influenzano i particolari universi psichici di intere popolazioni (Sironi 2010). L'articolazione tra storia collettiva e storia individuale è profonda e proprio nei contesti familiari storia orale e memoria strutturano immagini del mondo e del proprio gruppo, formando mappe mentali, spesso in dissonanza con la realtà esterna, che possono facilitare il passaggio da un disagio personale all'identificazione con una sofferenza

¹⁸ Sul ruolo delle narrazioni politiche nell'interno delle famiglie cfr. Sodano (2013).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

collettiva che conduce alla politicizzazione dell'azione. Questa azione a sua volta può essere ricompresa in varie forme di impegno, sia in Europa sia nei paesi di origine, a favore della democrazia e della libertà¹⁹, ma può anche rappresentare un terreno sensibile per un rapido assorbimento di istanze radicali. In questo caso la dissonanza cognitiva e il relativo stato di tensione²⁰ che ne deriva vengono risolti con l'assunzione di un universo di valori estremamente coerente e rigido e con il coinvolgimento in dinamiche settarie.

Proprio tenendo conto dell'importanza dell'aspetto politico, oltre alle famiglie – che non possono comunque essere lasciate sole – giocano un ruolo importante le diverse forme di associazionismo espresse dai gruppi provenienti dalle migrazioni; queste forme più o meno embrionali, più o meno strutturate di società civile, chiedono, tra l'altro, una maggiore visibilità e partecipazione nello spazio europeo. L'associazionismo musulmano europeo si è espresso negli anni attraverso numerose pubbliche prese di posizione a favore della libertà, della democrazia e della pacifica convivenza e sulla piena conciliabilità dell'islam con la cultura politica e con le istituzioni europee. Non c'è dubbio che in Europa è presente un islam che rigetta il terrorismo e chiede integrazione sociale e culturale nei paesi dove risiede. Ma a causa della frammentazione dei

¹⁹ Per il caso della società civile tunisina all'estero cfr. Mejiri (2015).

²⁰ Secondo Festinger (1957), quando un soggetto si confronta con una realtà esterna che è in netto contrasto con il suo universo mentale vive una dissonanza che tende a risolvere attraverso l'affermazione rafforzata dell'uno o dell'altro aspetto del contrasto.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

musulmani in ciascuno paese europeo, è difficile udire una loro voce comune, anche all'interno di uno stesso Stato.

L'emergente società civile musulmana è una nebulosa ricca di iniziative, gruppi, organizzazioni, talvolta in concorrenza talaltra in collaborazione. Queste organizzazioni – spesso poco note e poco visibili per il grande pubblico non tanto per desiderio di occultamento, ma per scarsa copertura mediatica e per oggettive difficoltà a partecipare in maniera significativa al dibattito pubblico, apportando un loro contributo alle tematiche emergenti – hanno dato luogo ad una fitta rete di connessioni a livello europeo, tentando di intensificare contatti e coordinamento, facilitate in questo dalle risorse della rete. Nonostante il perdurante radicamento nazionale stanno sviluppando una natura trans-europea che richiederà un maggior coinvolgimento a livello europeo oltre che nazionale. Purtroppo queste associazioni soffrono ancora di una scarsa legittimazione in Europa, principalmente perché gli stessi musulmani non le riconoscono e non le sostengono. Per legittimarsi in Europa, e in ogni paese europeo, dovrebbero cominciare a divenire molto più visibili, mostrando pubblicamente il rifiuto del terrorismo, riflettendo le idee e gli atteggiamenti dei musulmani “dal basso”.

Nel contrasto alla radicalizzazione violenta dei giovani, un ruolo particolarmente rilevante possono svolgere anche i leader religiosi²¹: episodi come gli *émeutes* del 2000 a Lille-Sud, illustrati da Dounia Bouzar in una

²¹ Sull'importanza di queste figure è stata da tempo richiamata l'attenzione a livello internazionale; tra le più recenti iniziative si può segnalare il “Forum on the Role of Religious Leaders in Preventing Incitement that could Lead to Atrocity Crimes” organizzato dalle Nazioni Unite in Marocco nell'aprile 2015 e la relativa Dichiarazione di Fez.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

ricerca che potremmo considerare già un “classico” in argomento, *L’islam des banlieues* (Bouzar 2001), bene illustrano come, a fronte del fallimento dei tradizionali meccanismi pubblici di regolazione, figure religiose carismatiche, quale il Rettore della locale moschea, appaiono in grado di svolgere una funzione mediatrice. Molti giovani nati dall’immigrazione giocano la loro integrazione proprio per mezzo della religione islamica e con il supporto di queste particolari figure. La “formula vincente” di questi predicatori è far conoscere ai giovani la religione islamica e stabilire un ponte tra islam e mondo occidentale, mostrando i legami tra le due culture e sostenendo che i musulmani legati al Corano rispettano le leggi del paese in cui vivono.

In sintesi, famiglia, associazioni e leader religiosi rappresentano importanti risorse per fronteggiare il rischio della radicalizzazione violenta dei giovani musulmani; a queste risorse però finora è stata dedicata scarsa attenzione.

4. Conclusioni: centralità di una minoranza

L’attuale spostamento di masse per lo più islamiche verso l’Europa aumenterà ulteriormente nel lungo periodo la percentuale dei cittadini e/o residenti di cultura (se non di religione) musulmana; il che rende urgente una matura consapevolezza dei rischi, ma anche delle opportunità che si prospettano. La presenza dei musulmani in Europa possiede già caratteri di complessità e di differenziazione che probabilmente nel tempo aumenteranno, sconfessando quel razzismo culturale che considera



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

immutabili culture e civiltà per poter affermare ideologicamente la reciproca inconciliabilità e l'inevitabilità dello scontro.

È auspicabile una crescita politica democratica autonoma delle popolazioni provenienti dalla migrazione da paesi musulmani; questo dovrebbe rendere più agevole la costruzione di uno *spazio comune* in cui sia possibile per tutti esprimere le proprie richieste in modo che la cittadinanza acquisisca pienamente il suo senso di espressione di partecipazione, di diritti e di responsabilità in direzione del superamento della "doppia assenza", rappresentata da una marginalità socio-economica e dalla mancanza di adeguati canali politici per esprimere la protesta e veicolare le proprie rivendicazioni. Infatti una reale integrazione comporta una partecipazione volontaria, intenzionale, del soggetto che si pone obiettivi di innovazione e cambiamento, in modo da mutare lo *status quo* pre-esistente al fine di creare nuove condizioni più adatte alle proprie (individuali e di gruppo) esigenze in un quadro che tenda a privilegiare la ricerca di soluzioni condivisibili e la convergenza su interessi comuni. Sviluppare un clima adeguato a questo non è solo compito delle politiche pubbliche e delle istituzioni, ma chiama in causa tutta la società nelle sue diverse componenti e articolazioni per scongiurare il rischio di attivazione di un circolo vizioso tra radicalismo e islamofobia.

Di certo non possiamo sottovalutare il fatto che il secolarismo europeo e lo strisciante sospetto verso l'islam così come la crisi delle società musulmane rendono problematica la legittimazione della voce dei musulmani europei; d'altra parte però proprio valorizzando anche gli aspetti politici di una piena cittadinanza possiamo sostenere una loro migliore integrazione. Forti della consapevolezza che i nuovi flussi migranti sono attratti dallo spazio di diritto e di sicurezza che assicura



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

L'Europa, non possiamo che continuare a difendere e a sostenere i valori della nostra comune cultura europea – specialmente quelli che trovano espressione in sistemi di tutele dei diritti fondamentali, della democrazia e delle libertà – e i metodi che l'Unione offre per realizzarli. Non abdicando ad essi, ma chiedendo per essi adesione e rispetto al fine di collaborare ad una crescita collettiva, è possibile inventare nuove forme di solidarietà, distaccate da una cultura particolare e basate sulla condivisione dei diritti e dei doveri di una cittadinanza comune (Hagi, Khadraoui e Mejiri 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

Bibliografia

Bouzar, D. (2001), *L'islam des banlieues. Les prédicateurs musulmans: nouveaux travailleurs sociaux?*, Paris: La Découverte et Syros.

Bowen, J.R. (2010), *Can Islam Be French? Pluralism and Pragmatism in a Secular State*, Princeton: Princeton University Press.

Bronner, G. (2009), *La pensée extrême: comment des hommes ordinaires deviennent des fanatiques*, Paris: Denoël.

Dalgaard-Nielsen, A. (2010). *Violent Radicalization in Europe: What We Know and What We Do Not Know*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, 33 (9), 2010.

Festinger, L. (1957), *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford (CA): Stanford University Press.

Hagi A, A. Khadraoui e O. Mejri (2014), *Uscire dalla "comunità" per costruire il comune*, in *Fenomenologi a Società*, XXXVII (2).

Kepel, G. (2002), *Jihad: The Trial of Political Islam*, Cambridge: Harvard University Press, 2002.

Khosrokhavar, F. (2014), *Radicalisation*, France: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme.

Maniscalco, M.L. (2009), *La sfida della finanza shariah compliant in Europa: il contributo della sociologia del denaro*, in *La cittadinanza europea*, VI (1-2).

Maniscalco, M.L. (2012 a), *Dal terrorismo "solido-moderno" alla violenza "liquida"*, in *Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security*, 1.

Maniscalco, M.L. (2012 b), *L'islam europeo. Sociologia di un incontro*, Milano: Franco Angeli, 2012.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Editoriale

Maniscalco, M.L. (2014), *Voies et voix de l'islam européen*, Bruxelles: Peter Lang.

Meijer, R. (2009), *Global Salsfism: Islam's New Religious Movement*, New York: Columbia University Press.

Mejiri, O. (2015), *La società civile tunisina all'estero. Dinamiche di partecipazione cittadina nelle crisi politiche*, in A.M. Medici (cur.), *Elezioni tunisine in Italia. Cittadinanza cross-border e partecipazione politica nel Mediterraneo*, Milano: Monduzzi.

Özyürek, E. (2014), *Being German, Becoming Muslim: Race, Religion and Conversion in the New Europe*, Princeton: Princeton University Press.

Sayad, A. (2002), *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, tr. it., Milano: Raffaello Cortina.

Silvestri, S. (2014), *Europe's Muslim Women. Beyond the Burqa Controversy*, New York: Columbia University Press, 2014.

Sironi, F. (2010), *Violenze collettive*, tr. it., Milano: Feltrinelli.

Sodano, P. (2013), *La diaspora palestinese in Europa. Studio comparato tra la comunità palestinese in Italia e in Svezia*, tesi di dottorato, Università Roma Tre.

Tribalat, M. (1995), *Faire France. Une enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris: La Decouverte.

Zaretti, A. (2014), *Politiche di asilo e trauma in una prospettiva europea*, in *La Cittadinanza Europea*, XI (2).





anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales *

di Carmen Salcedo Beltrán **

1. Introducción

Si por algo se caracteriza un período de crisis económica en un país es por la modificación o adopción de normas de tipo fiscal, laboral o mercantil, normalmente de marcado perfil restrictivo¹.

* El estudio se enmarca en el Grupo de Investigación sobre «Derechos Humanos y Carta Social Europea» de la Universitat de València (referencia: GIUV2013-148).

** Doctora en Derecho. Profesora Titular de Universidad del Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Valencia. Membre du Réseau Académique sur La Charte Sociale Européenne (Conseil de l'Europe). Artículo sometido a un proceso de revision por pares mediante el sistema de doble ciego.

¹ En los inicios de la crisis se planteó la cuestión de si, para hacerle frente, se debía aplicar una política de estímulo o una de austeridad, y, aunque en un principio, se optó por la primera, finalmente se prefirió la segunda, puesto que aquella se asocia «[...] a la *incentiva-*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

España no ha sido ajena a esa realidad, viéndose, además, forzada a ello tras la recepción de ayuda financiera por parte de las instituciones de la Unión Europea, que, lógicamente, se supeditó al cumplimiento de unos compromisos dirigidos a controlar el déficit público. Concretamente, el 25 de junio de 2012 la solicitó oficialmente, en el contexto del proceso de reestructuración y recapitalización del sector bancario.

En la Decisión del Consejo 2012/443/UE, de 23 de julio de 2012, *sobre medidas concretas para reforzar la estabilidad financiera*, se fijaron fundamentalmente medidas de recapitalización y reestructuración del sistema bancario, pero con carácter previo, en la Recomendación de 10 de julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 y por la que se emitió un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015, se señaló la necesidad de adoptar reformas para «asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente, mejorar las condiciones laborales y fomentar la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado de trabajo»².

ción de la demanda y el empleo [...] [pero ataca] a la base del modelo [...] al incrementar el déficit y deuda y encarecer la financiación al generar desconfianza en el mercado [...]», concluyéndose que «[...] si el recorte corrige un déficit muy elevado, esto puede favorecer la actividad económica al ganar confianza y reducir la prima de riesgo» (Gómez Urquijo 2012, 524).

² Con posterioridad las supervisiones y comprobaciones han continuado, particularmente en las Recomendaciones del Consejo de 29 de mayo de 2013 (COM 359 final), 2 de junio de 2014 (COM 410 final) y 13 de mayo de 2015 (COM 259 final).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Por tanto, ese año 2012 se caracterizó por la aprobación de diversas normas, algunas de ellas con gran repercusión pública por los sustanciales cambios que realizaron en el marco jurídico hasta entonces en vigor. Para hacerse una idea, se emitieron aproximadamente una treintena de Reales Decretos-leyes con el mecanismo de «extraordinaria y urgencia necesidad» (art. 86 de la Constitución española – en adelante, CE), sorteando la tramitación parlamentaria ordinaria, ejerciendo esa potestad el ejecutivo (Aguado i Cudolà y Prado Pérez 2014, 91)³.

Una de estas fue la realizada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de *medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* (en adelante, RDL 16/2012)⁴. Realiza toda una serie de modificaciones, entre otras, la sustitución de la cartera común de servicios por el catálogo de prestaciones, el establecimiento del copago farmacéutico según la renta o el control de la prescripción de medicamentos, centrándome en este estudio en la efectuada

³ A modo de ejemplo, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, convalidado posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, fue otra de esas normas que adoptaron medidas, con carácter general, muy restrictivas de derechos de los trabajadores. El Tribunal Constitucional ha avalado esta utilización y considera que el Gobierno ha cumplido con los requisitos que le exige la Constitución para legislar por decreto-ley, afirmando que «*las dudas de constitucionalidad expuestas resultan notoriamente infundadas*»; que «*responde a una opción de política legislativa que, desde la estricta perspectiva constitucional (...) no genera quiebra o lesión en los derechos constitucionales invocados*»; y recuerda que «*no es suficiente la mera discrepancia política*» para tachar una norma de arbitraria (Auto 8/2014, de 14 de enero, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad 5122-2013). La expresión constitucional es un concepto indeterminado, para un estudio de la misma véase Carmona Contreras (2013, 1-20).

⁴ Convalidado por Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, el derecho a la asistencia sanitaria gratuita con cargo a fondos públicos.

El Gobierno procedió a modificar los requisitos para obtenerla, exigiendo como elemento imprescindible, a partir de su entrada en vigor, la residencia legal. Por consiguiente, se excluye de su ámbito de aplicación a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, excepto en algunos supuestos a los que me referiré en las páginas siguientes⁵.

Se trata de una situación que tiene muchas similitudes con la que se planteó en Italia hace tres años, con el denominado «*pacchetto sicurezza*» (Vrenna 2012, 224-226), presentando los mismos problemas en cuanto a la reacción de algunas regiones adoptando normas para cubrir esa desprotección – conflicto competencial – así como el recurso al Tribunal Constitucional para dirimirlo. Si bien en Italia, la *Corte Costituzionale* las respaldó, en España están pendientes de resolución los recursos planteados, no teniendo mucha esperanza de que se sentencie como su homólogo italiano puesto que, hasta ahora, con referencia a otros que se le han planteado en cuanto a la dudosa constitucionalidad de normas que limitan considerablemente derechos laborales y de los ciudadanos,

⁵ Un estudio comparado de esta materia puede encontrarse en «L'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière dans 10 États membres de l'Union Européenne». FRA-Agence des droit fondamentaux de l'Union européenne. Luxembourg, 2012, pp. 1-74, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2011-fundamental-rights-for-irregular-migrants-healthcare_fr_0.pdf (consultado el 10 junio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

las ha amparado argumentando y justificándolas, entre otros aspectos, en la crítica situación del país o su carácter coyuntural⁶.

La respuesta negativa a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento en que los mayores de dieciocho años pasaban a estar fuera de la asistencia sanitaria pública mientras que, con anterioridad, sí que se tenía, al ser suficiente la inscripción en el padrón municipal.

A falta de datos oficiales sobre los efectos de esta modificación legislativa, ya que el Ejecutivo se ha negado a realizar cualquier tipo de evaluación, varias organizaciones no gubernamentales, han denunciado que un año después de su entrada en vigor, más de 873.000 tarjetas sanitarias habían sido retiradas, es decir, cada día la reforma sanitaria estaba dejando a 2.392 personas sin acceso a la asistencia sanitaria pública⁷.

⁶ En este sentido, en las sentencias 119/2014, de 16 de julio (Rec. 5603/2012) y 8/2015, de 22 de enero (Rec. 5610/2012) se ha considerado constitucional, entre otros aspectos, la fijación de un período de prueba de un año en un nuevo tipo de contratos laborales (contrato de apoyo a emprendedores), las modificaciones realizadas en materia de negociación colectiva, facilitando a nivel empresarial la inaplicación de los convenios colectivos o el establecimiento de arbitrajes obligatorios. En la 95/2015, de 14 de mayo (Rec. 7434/2013) también se ha avalado la desvinculación de la subida de las pensiones con el índice de precios al consumo, de efectos retroactivos. Destacan de estos pronunciamientos los votos particulares emitidos por tres magistrados en los que señalan que con esas medidas se vulnera la Carta Social Europea de 1961 y que deberían ser anuladas.

⁷ Proposición de Ley sobre universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, 19 de junio de 2015 (www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-232-1.PDF) (consultado el 10 julio 2015). La fuente de esos datos se encuentra en Royo-Bordonada, Díez-Cornell Llorente (2013), *Acceso de los inmigrantes a la asistencia sanitaria en España en tiempos de crisis*, in www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.conts/mem.detalle_cr/reلمenu.111/id.3232 (consultado el 12 julio 2015), que concretan que el origen de esa cifra se debe a que perdieron



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

A ello se añade las firmes manifestaciones, a través de la emisión de rigurosos informes, de Médicos del Mundo⁸, criticando duramente la norma en el sentido de que «[...] *se apoya en premisas falsas* [supuesto abuso de la asistencia sanitaria, confusión entre inmigración irregular y turismo sanitario así como en relación a la financiación del Sistema Nacional de Salud] *y ha dado vuelo a mensajes de claro contenido xenófobo; y que desatiende las advertencias de los mecanismos internacionales de derechos humanos* [...]», entendiendo que no se justifica:

- Ni desde el punto de vista de derechos humanos (la salud no es un lujo, es un derecho reconocido mediante acuerdos internacionales que el gobierno está incumpliendo en el momento actual al aplicar una medida regresiva y discriminatoria);
- Ni económico (reducir la atención sanitaria que recibirán cientos de miles de personas únicamente a urgencias será más costosa que

la tarjeta de residencia porque todavía no habían accedido a ella o porque no habían podido renovarla a consecuencia, a modo de ejemplo, de la pérdida de su puesto de trabajo.

⁸ Emitido en septiembre de 2013. Puede consultarse en www.medicosdelmundo.es/derechoacurar/wp-content/uploads/2012/11/Resumen-del-impacto-de-la-reforma-sanitaria-en-el-derecho-a-la-salud-de-la-poblaci%C3%B3n-inmigrante-Casos-documentados-sin-anexos-sin-casos.pdf (consultado el 13 mayo 2015). Véase también el publicado en abril de 2014 *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, en www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Impacto-Reforma-Sanitaria-Medicos-del-Mundo_3ec0bdf9%232E%23pdf (consultado el 18 junio 2015) y el de febrero de 2015 *Derribando el muro de la exclusión sanitaria*, en http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Derribando_la_exclusion_sanitaria_okv2_a58192e3%232E%23pdf (consultado el 1 julio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

una amplia cobertura de atención primaria y reforzar las medidas de prevención);

- Ni de salud pública (dejar sin cobertura a poblaciones vulnerables puede suponer un grave riesgo para la población en general);
- Ni desde la ética médica (negar la asistencia sanitaria a personas por su situación administrativa es contrario al código deontológico y al juramento hipocrático).

Esos argumentos los confirma acreditando «[...] la existencia de 1192 casos de personas hasta la fecha que han sufrido algún tipo de vulneración del derecho a la salud motivada por la aplicación del Real Decreto-ley, [no representando esa cifra] la totalidad de las personas que han requerido durante el último año algún tipo de asesoría o acompañamiento para hacer cumplir su derecho a la salud [...]», de los que escoge 14 para relatarlos en el documento que «[...] son representativos y especialmente significativos de las situaciones más graves que se están produciendo desde la aprobación del RDL 16/2012: personas que afrontan cuadros clínicos de gravedad a quienes el sistema dejará morir, a pesar de existir medios técnicos y médicos para evitarlo o para aplicar tratamientos paliativos; familias integradas durante años en nuestra sociedad, a quienes se les expulsa del sistema público de salud que han contribuido a financiar; personas sin recursos y en situación de especial vulnerabilidad, expuestas a la interpretación discrecional de la norma por parte de un personal administrativo y sanitario insuficientemente formado e informado».

Algunos gobiernos a nivel autonómico, preferentemente los que son dirigidos por partidos políticos diferentes del estatal, decidieron articular mecanismos para hacer frente a esa medida. Por un lado exigieron, a través de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad, su supresión, que han sido admitidos a trámite pero están a la espera de ser resueltos en estos



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

momentos. Y, por otro lado, neutralizaron la reforma acordando normas que proporcionaban cobertura a este colectivo, siendo impugnadas por el Gobierno central al estimar que no tienen competencia para ello.

Asimismo, las organizaciones no gubernamentales aludidas, partidos políticos y entidades colegiadas de profesionales del sector sanitario requirieron a determinadas instituciones públicas, en concreto al defensor del pueblo, para que presentara una demanda ante el Tribunal Constitucional, en términos similares a los de los recursos interpuestos por las comunidades autónomas, solicitud que, sorprendentemente, no fue atendida, limitándose a emitir recomendaciones⁹.

Con la situación relatada, han sido los organismos internacionales los que se han dirigido directamente a nuestro país, exigiéndole la supresión o modificación de la exclusión. En concreto, el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) es el que ha otorgado y reconocido la protección solicitada de forma más contundente pues en enero de 2014 emitió las Conclusiones XX-2 (2013) en las que comunicó a España que debía retirarla pues estaba vulnerando el derecho a la protección de la salud, recogido en el art. 11.1 de la Carta Social Europea (en adelante, CSE), Tratado internacional que le vincula. En términos similares, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también se lo ha

⁹ Véase en este sentido el Documento elaborado por el Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, titulado *Análisis ético ante la retirada de asistencia sanitaria a inmigrantes sin permiso de residencia*, en el que se explican los argumentos para oponerse a la norma con la finalidad de reducir el impacto del cumplimiento de la ley: www.aebioetica.org/docrecien/semfyc%20atencion%20inmigrantes.pdf (consultado el 10 abril 2015), pp. 1-8.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

comunicado en reiteradas ocasiones al estar incumpliendo el art. 12.2 d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC)

Las manifestaciones realizadas por los responsables gubernamentales con posterioridad no evidenciaron ningún signo de introducir los cambios en la legislación nacional que no es conforme con la normativa internacional. Ahora bien, se ha de apuntar que a finales de marzo de 2015 se anunció por el titular del Ministerio de Sanidad que este colectivo volvería a tener asistencia sanitaria¹⁰.

Por el momento es sólo una manifestación teórica que no se ha plasmado a nivel legislativo, estando a la espera de que se apruebe y ver las condiciones en que se restituya ese derecho que, lamentablemente, en algunos supuestos la solución será irreparable puesto que la realidad ha puesto de manifiesto las crueles consecuencias que se han producido, citando, a modo de ejemplo, el fallecimiento de un inmigrante que presentaba una patología grave que requería un tratamiento durante un período de tiempo al que se le denegó la asistencia sanitaria¹¹. Tras las nuevas declaraciones emitidas recientemente, no parece que se pretenda observar

¹⁰ www.elmundo.es/salud/2015/03/31/551a50f522601d677c8b4574.html (consultado el 12 julio 2015)

¹¹ La repercusión pública de este supuesto conllevó la apertura de expedientes disciplinarios e incluso la destitución del gerente del hospital, al estimar que al tratarse de una enfermedad contagiosa el hospital tenía obligación de hacerse cargo del tratamiento y seguimiento del paciente (Díaz Pérez 2015, 96-97).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

puesto que han ido dirigidas a «advertir» a las comunidades autónomas con multas millonarias de la UE por estar proporcionándola¹².

El presente estudio se dedica a analizar esta materia con la finalidad de evidenciar la relevancia que tiene en estos momentos la normativa supranacional, fundamentalmente la CSE y el PIDESC, a través de sus organismos de control, como instrumentos de garantía efectiva de los derechos humanos en tiempos de crisis económica, al poder ser invocados directamente en los tribunales exigiendo su reconocimiento, en aplicación del control de convencionalidad del art. 96 de la CE, desarrollado por la reciente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, frente a las normas que se aprueban vulnerándolos y la pasividad e inobservancia de los compromisos y condenas internacionales por parte de las instituciones gubernamentales.

2. El derecho a la asistencia sanitaria pública de los inmigrantes en situación irregular en España

Como se ha apuntado brevemente, el RDL 16/2012 es una norma que, según señala su Exposición de motivos, se aprobó con la finalidad de hacer frente a la situación de grave dificultad económica que presentaba el sistema nacional de salud, aspecto en el que se incide reiteradamente a lo largo del mismo con referencias como el «[...] *insostenible déficit en*

¹² Comparecencia del Secretario General de Sanidad en la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Congreso de los Diputados, 20 de agosto de 2015.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

las cuentas públicas sanitarias [...]», la necesidad de adoptar por parte de los países de la Unión Europea de medidas «[...] que permitan optimizar sus modelos asistenciales [...] en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica», «[...] la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que [...] ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan [...]», la necesidad de hacer reformas «[...] que permitan mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala [...]», declarando expresamente que tiene «[...] como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del sistema nacional de salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible [...]».

Atendiendo a esta circunstancia, se realizan una serie de modificaciones en la normativa hasta ese momento en vigor, limitándose a la efectuada por el art. 1 y la disposición adicional tercera del RDL 16/2012 en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del sistema nacional de salud*, y en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Consciente el Gobierno español de lo controvertido que resultaba ese aspecto, a los argumentos anteriores, añadió que el cambio estaba fun-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

damentado en los informes emitidos previamente por el Tribunal de Cuentas¹³, que revelaban algunas situaciones en las que prestaba indebidamente asistencia sanitaria debilitando «[...] *de forma alarmante la sostenibilidad*», imponiéndose la necesidad de «[...] *una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país*».

Una lectura de las indicaciones incluidas en esos documentos, en concreto el de 29 de marzo de 2012 (Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social¹⁴), pone de manifiesto la tergiversación que se realiza del mismo. El documento expone que el acceso de nacionales de terceros Estados a las prestaciones sanitarias en España, mediante la figura de «persona sin recursos económicos suficientes», condición que conlleva la gratuidad de las prestaciones sanitarias, origina el riesgo de que, en ocasiones, se utilice por quienes «[...] *no reúnen los requisitos exigidos legalmente, bien por tener cubiertas sus prestaciones sanitarias por la seguridad social de sus respectivos estados de origen, o bien por disponer dentro o fuera de España de re-*

¹³ Regulado en el art. 136 de la CE, en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y en la Ley 7/1988, de 5 de abril, es el «*supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público*».

¹⁴ Aprobado por la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, Resolución de 18 de diciembre de 2012 www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-3242 (consultado el 12 enero 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

cursores económicos suficientes», recomendando «[...] gestionar de la manera más eficiente las capacidades del sistema, para [...] garantizar el mantenimiento del modelo español [...], que garantiza la protección de la salud y se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios».

Por lo tanto, considera que es necesario que el Gobierno impulse las medidas oportunas «[...] para que el coste de la asistencia sanitaria prestada a dicho colectivo pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen» y que los organismos gestores de esta prestación realicen «[...] las actuaciones oportunas para validar periódicamente la vigencia de los requisitos exigidos por la normativa aplicable para que los integrantes de este colectivo puedan acceder a la condición de «persona sin recursos económicos suficientes».

Con todos esos argumentos, el Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado. Anteriormente se adquiría encontrándose en algunos de los siguientes supuestos (art. 3)¹⁵:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la seguridad social y en situación de alta o asimilada a la de alta.*
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la seguridad social.*
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la seguridad social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.*
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.*

¹⁵ Desarrollado por el art. 2 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

El RDL 16/2012, varió la letra d) dándole una nueva redacción en los siguientes términos:

d) *Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.*

Con ello, la residencia legal en el territorio se convierte en un elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del sistema nacional de salud, excluyendo, consiguientemente de su ámbito de aplicación, a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, pudiendo obtenerla «[...] mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial [...]» (art. 3.5).

Excepcionalmente, se admiten situaciones en las que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes tienen derecho a esa prestación, añadiendo un art. 3 *ter*, en el que las fija en los siguientes términos:

a) *Urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.*

b) *Asistencia al embarazo, parto y postparto.*

c) *Los extranjeros menores de dieciocho años.*

Por lo que se refiere a la modificación que se realizó en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el precepto tenía cuatro apartados que determinaban que «los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles», siendo nuevamente redactado con el RDL 16/2012, pasando su conteni-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

do a señalar que «*los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*».

No creo que deje lugar a dudas que las actuaciones a adoptar, por indicación del Tribunal de cuentas, iban referidas a la mejora de la gestión de la prestación, pero, en ningún momento, se expresó que se excluyera de la asistencia sanitaria a ese colectivo, siendo criticables las referencias que, en ocasiones, el Gobierno ha utilizado, y aún continúa, en cuanto al turismo sanitario para justificar la reforma realizada, cuando la situación de ese colectivo en nada puede ser equiparable (Aguado i Cudolà y Prado Pérez 2014, 91).

Unida a esa exclusión, se aprobó el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio¹⁶, en el que se regulan los requisitos básicos para suscribir un convenio especial que permite a las personas que lo suscriban acceder, mediante el pago de cuota, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales con las mismas garantías de extensión, continuidad asistencial y cobertura de la que disfrutaban las personas que ostentan la condición de aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Para situarse en cuanto al coste, con carácter general, si el suscriptor tiene menos de 65 años, la cuota es de 60 €/mes, y si tiene 65 o más años, es de 157 €/mes.

¹⁶ Desarrollado por la Orden SSI/1475/2014 de 29 de julio por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria y la Resolución de 30 de septiembre de 2014, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por la que se aprueba el modelo para suscribir el convenio especial.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

La oposición a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento en que los extranjeros en situación irregular mayores de dieciocho años pasaban a estar excluidos de la asistencia sanitaria pública gratuita (Aprell Lasabagaster 2013, 5), al ser requisito imprescindible poseer una autorización de residencia legal, mientras que, con anterioridad, era suficiente la inscripción en el padrón municipal, que en España no constituye prueba de su residencia legal ni atribuye ningún derecho de acuerdo con el art. art. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (Sobrino Guijarro 2013, 133)¹⁷. Como se ha señalado, deja de ser automática la titularidad del derecho, siendo preciso «[...] *que un ente administrativo –en este caso el INSS- reconozca la condición de asegurado, esto es, que se cumplen los requisitos fijados para permitir el acceso a las prestaciones del sistema*» (Palomar Olmeda y Vázquez Garranzo 2013, 35).

¹⁷ Así lo han confirmado los tribunales, puede verse en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de febrero de 2013 (Rec. 252/2012), 19 de diciembre de 2013 (Rec. 365/2013) y 6 de marzo de 2014 (Rec. 415/2013): «[...] *la circunstancia de encontrarse empadronada [...], para nada es muestra de arraigo, pues es sabido que el artículo 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del régimen local establece que la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de los derechos y libertades de los extranjeros en España; como tampoco lo es la titularidad de tarjeta sanitaria, pues esta última, según dispuso la DT 1ª del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, tan sólo es consecuencia del derecho que a los ciudadanos extranjeros otorgaba el artículo 12 Ley Orgánica de Extranjería, antes de ser modificado por la DF 3ª del Real Decreto Ley antes citado [...]*».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

3. La articulación de instrumentos jurídicos de garantía de los derechos humanos

3.1. Mecanismos a nivel nacional

La oposición social apuntada se articuló recurriendo a los instrumentos jurisdiccionales que el ordenamiento jurídico establece, de los que se ha servido también el propio Gobierno para intentar paralizar los efectos de las normas aprobadas por las comunidades autónomas que han proporcionado la protección sanitaria eliminada. Brevemente señalo que éstas tienen en estos momentos una especial relevancia puesto que, tras las recientes elecciones regionales del 24 de mayo de 2015, se han incrementado considerablemente los gobiernos de partidos políticos diferentes del central, adoptando, escasamente semanas después de su toma de posesión, medidas de signo contrario a la normativa central.

Es el caso de la Comunidad Valenciana, que ha aprobado el Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria Valenciana, de Aragón, que el 7 de agosto de 2015 ha publicado una Instrucción por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del Sistema nacional de salud o de Cantabria que ha adoptado la Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública, que extienden el acceso al sistema sanitario de los extranjeros en situación irregular en las mismas condiciones que el resto de usuarios de la red pública valenciana, a los que



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

exige únicamente estar empadronado en algún municipio de esa región un mínimo de tres meses¹⁸, a las que parece que se unirá en breve Castilla-La Mancha y Madrid.

3.1.1. Interposición de recursos de inconstitucionalidad

Las dudas en cuanto a su conformidad con la Constitución Española llevaron a que se presentaran varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos de Canarias, Cataluña y Navarra (nº 4123-2012, 414-2013 y 433-2013), estando, tras ser admitidos a trámite, pendientes de resolución.

Asimismo, algunas Comunidades autónomas han reaccionado reconociendo ese derecho, en el marco de sus competencias (art. 148.1.21 de la CE), citando a modo de ejemplo, el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en el ámbito de la Comunidad autónoma de Euskadi, en el que se declara que el objeto del mismo es el de «[...] regular [...], el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del sistema vasco de salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del sistema nacional de salud por no

¹⁸ La normativa se puede consultar en los siguientes enlaces: *Diario Oficial de la Comunidad Valenciana* de 29 de julio de 2015, www.docv.gva.es/datos/2015/07/29/pdf/2015_6818.pdf; [www.saludinforma.es/portalsi/documents/10179/360426/Instruccion Asistencia Sanitaria.pdf/d7a6dd5b-5dd6-4794-b7c9-648fab01b58a](http://www.saludinforma.es/portalsi/documents/10179/360426/Instruccion+Asistencia+Sanitaria.pdf/d7a6dd5b-5dd6-4794-b7c9-648fab01b58a); Boletín Oficial de Cantabria de 17 de agosto de 2015, <https://boc.cantabria.es/boces/verAnuncioAction.do?idAnuBlob=290584> (consultado el 25 agosto 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo [...]» (art. 1)¹⁹ o la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario, en la que determina que «todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la comunidad foral de Navarra, con cargo a los presupuestos generales de navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa», especificando que se entiende por residencia «[...] el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno» (artículo único, apartados 1 y 2).

El Gobierno, en lugar de dejar que presten los servicios a los colectivos que deseen, ha interpuesto contra esa normativa autonómica recursos de inconstitucionalidad considerando que se están invadiendo com-

¹⁹ Concreta este aspecto el art. 2 en el sentido de que tienen acceso a las «[...] prestaciones públicas sanitarias en esa Comunidad Autónoma las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo, las personas que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como las personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria.

b) Ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora.

c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

petencias del Estado (nº 4540-2012 y 7089-2013 respectivamente), con fundamento en el art. 161.2 de la CE, admitidos por el Pleno, suspendiendo su vigencia y aplicación. No obstante, los Autos de 13 de diciembre de 2012 (Rec. 4540/2012) y 8 de abril del 2014 del Tribunal Constitucional han levantado la suspensión de varios preceptos del Decreto del País Vasco y de la Ley Foral de Navarra, entre los que están incluidos los señalados aplicando la doctrina que estima que su mantenimiento puede provocar perjuicios irreparables a las personas a las que va destinada, ya que la de los inmigrantes sin permiso de residencia y sin recursos económicos «[...] *puede ver notablemente afectada si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutirá en su estado de salud y también en el de otras personas. El derecho a la salud y el derecho a la integridad física [...], así como la conveniencia de evitar riesgos para el conjunto de la sociedad deben primar sobre cualquier otra consideración, y más aún sobre las de tipo económico respecto a las cuales se debe tener en cuenta la importante caída que ha sufrido la inmigración en España*».

3.1.2. La «cuestionada» intervención del defensor del pueblo

El otro mecanismo que se articuló a nivel nacional frente a la modificación objeto de estudio fue acudir al defensor del pueblo estatal²⁰ pue-

²⁰ En España existe esta figura a nivel nacional y autonómico (no todas pues algunas comunidades como Asturias (Ley 2/2013, de 21 de junio), Castilla-La Mancha (Ley 12/2011, de 3 de noviembre de 2011) y Murcia (Ley 14/2012, de 27 de diciembre) decidieron suprimirlo para reducir el gasto público, siguiendo las recomendaciones del Gobierno),



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

sto que está legitimado para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra las normas en virtud de los arts. 162.1 a) de la CE y 32.1 a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, habiendo recibido 80 solicitudes para que procediera a ello al entender que se producía una vulneración de los siguientes preceptos de la Carta Magna:

1. Por un lado, el art. 9.3 por infracción de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (*“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*).

2. Y, por otro lado, el art. 43 que reconoce el derecho a la protección de la salud, en relación con el principio de igualdad de los arts. 14 y 139, al excluir a ciertos sectores de la población de la prestación de asistencia sanitaria, que debería ser universal.

La Defensora del pueblo comunicó sorprendentemente la negativa a acceder a la solicitud en la Resolución emitida el 20 de julio de 2012²¹, señalando que, a su juicio, no se producía esa inconstitucionalidad de la norma por lo siguiente:

mientras que en Italia sólo existe a nivel regional (*Coordinamento Nazionale dei Difensori Civici delle Regioni e delle Province autonome*).

²¹ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/el-defensor-del-pueblo-realiza-5-recomendaciones-a-sanidad-2/> (consultado el 10 marzo 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

a) La prestación de asistencia sanitaria a dispensar por el Sistema Nacional de Salud se configura como un derecho universal de todos los ciudadanos residentes en territorio nacional, no siendo esto equivalente a que sea plenamente gratuita para sus beneficiarios, siendo el objetivo cubrir a todos los españoles residentes en territorio nacional.

b) Al entrar a valorar la cuestión de los extranjeros en situación irregular, simplemente se remite a la existencia de tres excepciones, procediendo, a continuación, a analizar el supuesto de los que cumplen 26 años que eran beneficiarios por convivir con un titular, y se centra en la condición de asegurado, es decir, utiliza argumentos que no tienen nada que ver con la alegación que se realiza, recordando, eso sí, la libertad que tiene el legislador, en virtud del art. 13.1 de la CE, para regular el ejercicio de los derechos y libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros.

c) En cuanto al derecho a la salud recogido en la CE, no concreta el contenido de las medidas que debe integrar la acción protectora, remitiendo al legislador la articulación del derecho mediante la fijación de las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios. En consecuencia, el modelo que finalmente adopte no viene determinado en origen por el texto constitucional, sino que el legislador dispone de una amplia libertad para modular la acción protectora del sistema sanitario.

d) Finalmente, el derecho a la acción protectora no está reconocido como derecho a la salud (art. 43) sino dentro de los llamados principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52). Por ello, no otorga derechos subjetivos en sentido estricto, y por tanto, no hay un reconocido un derecho a la asistencia sanitaria.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Una lectura de las justificaciones apuntadas permite deducir que eludió la materia concreta sobre la que tenía que pronunciarse, abordando otros temas que no tienen nada que ver con la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares.

A continuación, el documento incluye en sus últimas páginas cinco Recomendaciones al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y en ellas sí que realiza referencias expresas a esa cuestión, como puede observarse de su lectura, requiriéndole los dos aspectos que a continuación se mencionan:

1º.- Que se adopten las medidas complementarias necesarias que aseguren la coherencia global del Sistema Nacional de Salud, de modo que se produzca el acceso efectivo a la protección de la salud para colectivos en situación vulnerable, que han quedado excluidos del concepto de asegurado o beneficiario, al objeto de garantizar el cumplimiento por parte de las administraciones públicas de la obligación que les compete en materia de protección de la salud pública.

2º.- Que se dicten instrucciones acordadas en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a fin de habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Claramente se deduce que la Defensora del Pueblo es consciente de que, con la exclusión de los extranjeros en situación irregular de la asistencia sanitaria, se están vulnerando convenios internacionales que España tiene suscritos y que debe observar dado su carácter vinculante, dejando patente que está incumpliendo la finalidad para la que es constituido este organismo, que es la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la CE (art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril) y su independencia, sobre todo de los poderes del Estado, dada la implicación en su elección (Rovira Viñas 2007, 215).

Estas recomendaciones no han sido atendidas por el Ministerio de Sanidad, y así lo ha puesto de manifiesto la Defensora del Pueblo en los Informes anuales que presenta esta institución²², señalando simplemente que es una materia que le “preocupa” y que las comunidades autónomas han articulado sus propios procedimientos para alcanzar la atención necesaria. Resulta criticable que, ante una materia tan importante, se limite a realizar simples enunciados teóricos, y no haya utilizado los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance, unido a que debería haber enfatizado que las comu-

²² Defensor del Pueblo Informe Anual a las Cortes Generales 2013 www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2013.pdf (13/9/2014). Véase también el reciente estudio, realizado junto a los defensores del pueblo autónomos, sobre «Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes» (enero 2015) en el que se determina que la asistencia sanitaria «debe prolongarse más allá de la actuación de urgencias, hasta la resolución del problema de salud que dio lugar a la urgencia», en www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/historico/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/SUH_Estudio.pdf (consultado el 14 junio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

nidades autónomas están encontrando muchos problemas para cubrir esa asistencia pues el propio Gobierno está obstaculizando esa tarea.

De hecho, con carácter general, la escasa utilización de este procedimiento, así como del recurso de amparo, lleva a que, efectuado un análisis coste/beneficio de la figura del defensor del pueblo, se concluya que se podría suprimir esta concreta legitimación procesal, dedicándose a la que ha sido y es su función tradicional, es decir, la de solventar los supuestos de incorrecto funcionamiento de la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos (Torres Muro 2010, 214). Así lo ponen de manifiesto las estadísticas, pues en el año 2012, de 246.743 solicitudes de interposición de un recurso al Tribunal Constitucional, no se admitieron 244.430, dejando en estudio 2.313, por lo que se refiere al 2013, de 10.128 solicitudes, se denegaron 10.124, y 4 están en estudio, y en 2014, de las 289 peticiones sólo una se presentó²³.

Ahora bien, si la actuación del Defensor del pueblo nacional es absolutamente criticable, no se puede decir lo mismo de sus equivalentes a nivel autonómico, que han realizado actuaciones dirigidas a hacer frente a la problemática situación de la carencia de asistencia sanitaria gratuita por parte de los extranjeros irregulares, estimando que el derecho a la atención sanitaria debe prevalecer por encima de cualquier otra consideración (Terrádez Salom 2015, 343-351). Así, el Defensor del Pueblo de Andalucía, ante los problemas de identificación de los inmigrantes irregulares, resuelve en la Queja 13/2791 (mayo 2014) que será suficiente la

²³

Datos extraídos de www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html (consultado el 15 julio 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

que pueda realizar una organización no gubernamental, bien a través de la comparecencia directa de su personal con este cometido, bien mediante la expedición de un documento a estos solos efectos²⁴.

Por lo que se refiere al Defensor del Pueblo del País Vasco-Ararteko, dado que en esta comunidad se ha decidido prestar asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares sin papeles, exigiendo que estén un año empadronados, éste ha solicitado en septiembre de 2013 que se retire ese condicionante puesto que es una barrera que impide el acceso a todos²⁵.

3.2. Mecanismos a nivel internacional

Como se ha apuntado, la reforma legislativa analizada vulnera la normativa internacional y el Gobierno era y es consciente de ello desde el momento en que ha recibido las correspondientes comunicaciones por parte de los órganos que se encargan de supervisar el cumplimiento de los tratados, que no tardaron en llegar. Así, de forma contundente la recibió en enero de

²⁴ Puede consultarse en www.defensordelpuebloandaluz.es/content/valdr%C3%A1-que-las-ong-acrediten-la-identidad-de-los-inmigrantes-para-su-atenci%C3%B3n-sanitaria (consultado el 14 septiembre 2014).

²⁵ Recomendación General del Ararteko 8/2013, de 24 de septiembre. Limitación derivada del empadronamiento previo, en el acceso a la asistencia sanitaria a las personas que no tienen la condición de aseguradas en el Sistema Nacional de Salud (www.ararteko.net/contenedor.jsp?layout=contenedor.jsp&codResi=1&language=es&codMenu=494&codMenuPN=1&codMenuSN=14&contenido=9217&tipo=5&nivel=1400&seccion=s_fdoc_d4_v8.jsp&title=Limitaci%C3%B3n+derivada+del+empadronamiento+previo%2C+en+el+acceso+a+la+asistencia+sanitaria+a+las+personas+que+no+tienen+la+condici%C3%B3n+de+aseguradas+en+el+Sistema+Nacional+de+Salud) (consultado el 14 septiembre 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

2014 por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales, con la emisión de las Conclusiones correspondientes, y con carácter previo, a través por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las Observaciones finales redactadas tras el examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC.

En este apartado son objeto de análisis esas resoluciones puesto que son las que fundamentan y amparan las oposiciones y objeciones a la normativa que se han explicado en las páginas anteriores, en aplicación, como se examinará, del control de convencionalidad reconocido en el art. 96 de la CE y del principio de jerarquía normativa. Esa normativa supranacional, desde el momento que es ratificada por España, forma parte del ordenamiento interno y debe ser respetada y observada.

3.2.1. Comité Europeo de Derechos Sociales

a) Carta Social Europea de 1961 y Protocolo Adicional de 1988

Para comprender la condena que recibió España por parte del Consejo de Europa, considero necesario exponer, aunque sea de forma breve, qué es la Carta Social Europea así como la situación de aplicación en nuestro país.

Se debe considerar como el Tratado más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales, como así ha puesto de manifiesto la doctrina al definirla como el «[...] *instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales* [...]» (Belorgey 2007, 349) o el «[...] *instrumento más emblemático del Derecho europeo de los*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

sociales o, si se prefiere, Derecho social de los Derechos humanos» (Jimena Quesada 2004, 137).

No obstante, la realidad no refleja esa relevancia ya que la omnipresencia del derecho de la Unión Europea provoca que, con frecuencia, sea ignorada, confundida e incluso encuadrada en el mismo. En la actualidad, su estudio es imprescindible ante la relevancia que tiene la jurisprudencia que está dictando el CEDS valorando las numerosas modificaciones legislativas que están adoptando los países comunitarios, que tienen su origen en los condicionantes que les imponen o en el cumplimiento de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fue adoptada originariamente en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965, como complemento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, acordado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Esa aprobación separada, así como el establecimiento de un procedimiento de vigilancia de su cumplimiento diferente, al que luego haré referencia, se justifica en la dificultad de conseguir un consenso por parte de los Estados «[...] *sobre qué derechos se debían garantizar, su alcance y el mecanismo de control*» (Prieto Suárez 2008, 356), puesto que, si bien su adopción evidencia un progreso social, concretado, en el reconocimiento y mejora de los derechos sociales, la CSE se observa como una «[...] *fuerza de gastos adicionales que [...] han de soportar el Estado o los empresarios, [traduciéndose] esa carga financiera [...] irremediabilmente en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que pretende llevar a cabo ese avance social [...], [exponiéndose] [...] al riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar, lo que en definitiva acarrea una concertación interna-*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

cional en un mundo cada vez más globalizado [...]» (Jimena Quesada 2007, 31).

En cualquier caso, los dos textos son complementarios, no siendo posible establecer, como se ha señalado (Jimena Quesada y Tomás Mallén 2007, 304), una separación absoluta entre, por un parte, los derechos del primer texto, y, por otra parte, los del segundo, ya que están relacionados. Una lectura del CEDH evidencia que no es ajeno al reconocimiento de derechos sociales pues el art. 4 contiene la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y el art. 11 la libertad de reunión y de asociación, precisando de un texto adicional que ampliara, integrara y regulara de forma completa este tipo de derechos que no estaban referenciados (Akandji-Kombé 2006, 387 y 388)²⁶.

En la actualidad ese temor se ha de tener por superado dado que un total de 43 países han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, entre los que se incluyen los 28 de la Unión Europea, debiendo garantizar un mínimo de preceptos, como luego se explicará, no existiendo, al menos teóricamente, diferencias muy notables. Se pueden caracterizar, a mi modo de ver, como los más importantes del organismo en el que hay que situar su origen, el Consejo de Europa, creado el 5 de mayo de 1949 por diez Estados fundadores, teniendo el honor de ser la agrupación

²⁶ Apunta que la estrecha relación del CEDH y de la CSE es patente si se estudian los trabajos preparatorios de la última, puesto que el dictamen emitido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de septiembre de 1953 resaltaba, en relación con la CSE, que «[...] debería constituir en el ámbito social un homólogo del CEDH [...]» y el Comité de Ministros, en el mensaje especial que publicó en mayo de 1954, la caracterizó como «[...] el pariente del CEDH en el ámbito social».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

más numerosa y antigua a nivel europeo integrada en total por 47 países.

Su finalidad principal es la de «[...] *realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social*» (art. 1 a) del Estatuto), materializándola a través de los órganos que lo componen que son, por un lado, el Comité de Ministros – órgano decisorio – y, por otro lado, la Asamblea Parlamentaria – órgano de deliberación – «[...] *mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales*» (art. 1 b) del Estatuto).

Entrando en el contenido de la CSE, declara el Preámbulo, que la aprobación se realiza con el objetivo de garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social en los países que forman parte del Consejo de Europa.

Establece, como compromisos de las Partes contratantes, a considerarse vinculadas por una serie de derechos y obligaciones (Parte II), entre ellos, garantizar el efectivo derecho al trabajo (art. 1), unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), una remuneración equitativa (art. 4), promover la libertad sindical de los trabajadores y empleadores (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), la protección de niños y adolescentes (art. 7) y de las trabajadoras (art. 8), la orientación y formación profesional (arts. 9 y 10), la seguridad social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), los beneficios



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

de los servicios sociales (art. 14), la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15), la protección social, jurídica y económica de la familia, las madres y niños (arts. 16 y 17), el ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio (art. 18) y, finalmente, la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19).

La Parte III hace referencia a las obligaciones de los Estados en relación con la CSE, explicando el peculiar sistema de ratificación.

En cuanto a la Parte IV, contiene la regulación del sistema de control de su aplicación con la presentación de Informes, atribuido al anteriormente denominado Comité de Expertos, que actualmente se denomina CEDS, formado por quince expertos independientes e imparciales, elegidos por el Comité de Ministros para un mandato de duración de seis años, pudiendo ser renovado una vez.

La Parte V, arts. 30 a 38, incluye, entre otros aspectos, la suspensión de las obligaciones de los Estados en caso de guerra o peligro público, restricciones o limitaciones de su aplicación necesarias en una sociedad democrática «[...] *para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres*» (art. 31), sus relaciones con el derecho interno, su aplicación de por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial y la presentación de enmiendas (art. 36) o su denuncia (art. 37).

Finalmente, el Anexo realiza aclaraciones en cuanto a dudas interpretativas que puedan surgir en la puesta en práctica.

España la ratificó en su totalidad por Instrumento de 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio), estando, en consecuencia, vinculada por las



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el CEDS, que han de calificarse como jurisprudencia.

Posteriormente fue modificada con la aprobación de tres Protocolos, siendo el primero de 5 de mayo de 1988 (Protocolo Adicional), que añade cuatro derechos, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo (art. 1), el derecho a la información y consulta dentro de la empresa (art. 2), el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral (art. 3) y, por último, el derecho a la protección social de las personas ancianas (art. 4).

Fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y ratificado en su totalidad el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril). Previamente el 25 de febrero de 1999 (Expediente 348/1999), el Consejo de Estado, órgano supremo de consulta, había dictaminado que esta norma «[...] *no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente*».

El segundo es de 21 de octubre de 1991 (Protocolo de Enmienda), que modifica algunos artículos con la finalidad de mejorar la aplicación y su mecanismo de control. Al igual que el anterior, fue ratificado el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril).

Finalmente, el tercer Protocolo de 9 de noviembre de 1995, adiciona a la un importante procedimiento de reclamaciones colectivas con el objetivo de «[...] *mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta*», reforzando «[...] *la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales*». España no ha firmado ni ratificado este Protocolo.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

La necesidad de ordenar este panorama hizo que se aprobara el 3 de mayo de 1996 la CSE revisada. Su estructura es similar a la anterior, teniendo ahora la Parte I treinta y un puntos de carácter programático, la Parte II consta de los correspondientes treinta y un artículos vinculantes, que son los diecinueve de la CSE anterior, habiéndose mejorado la redacción de algunos de ellos, los cuatro nuevos derechos del Protocolo de 1988 (arts. 20 a 23) y añade como nuevos, el derecho a la protección en caso de despido (art. 24), el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (art. 25), el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26), el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades (art. 27), el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28), el derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29), el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y el derecho a la vivienda (art. 31).

España la firmó el 23 de octubre de 2000 aunque está pendiente su ratificación, siendo un aspecto muy criticable pues actualmente 33 países la han suscrito, reflejando, con ello, que estamos entre los menos avanzados situándose a la cola de los que sí lo han hecho, entre otros, países como Albania, Armenia, Azerbaiyán, Turquía, Macedonia, Montenegro, Rusia..., en algunos casos, con una trayectoria democrática mucho menos consolidada que la nuestra.

A esa carencia de justificación se une que el Consejo de Estado dictaminó el 11 de mayo de 2000 (expediente n.º 1740/2000), en relación con la misma, que, «[...] *en principio no plantea problemas de aplicación en nuestro país, ya que concuerda con nuestro derecho interno, por lo que su ratificación no*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

implicaría la necesidad de modificar nuestra legislación», estando «[...] ante un tratado internacional que incide sobre derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por Ley en el ordenamiento español [...], [estimándose] comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión».

b) El sistema de control de Informes: Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales XX-2 (2013)

Una vez se ha desarrollado la normativa que vincula a España, con sus principales características, el mecanismo supranacional de vigilancia de su cumplimiento aplicable es el sistema de informes, regulado en la CSE y en el Reglamento del CEDS de 29 de marzo de 2004.

El procedimiento de control se instauró conjuntamente con la aprobación del Tratado, caracterizado por ser obligatorio para todos los Estados que la han ratificado. Regulado en la Parte IV del Tratado (arts. 25 a 29), en su desarrollo, intervienen tres organismos, el CEDS, el Comité Gubernamental y el Comité de Ministros.

El primero es el máximo órgano encargado de la interpretación, defensa y control en cuanto a la normativa y práctica de los Estados, que, sin tener formalmente carácter jurisdiccional, emite Conclusiones y Decisiones de fondo de carácter vinculante. Está compuesto por 15 expertos independientes, de máxima integridad y competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales, elegidos por el Comité de Ministros, para un mandato de seis años, renovable una vez (art. 25 CSE).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Las Partes contratantes le remiten cada año un Informe en el que explican cómo están observando la CSE en su país al aprobar la normativa o ejecutar una práctica. El contenido no versa sobre la totalidad de los preceptos sino sobre el grupo temático correspondiente a ese año, habiendo organizado cuatro, el Grupo 1 sobre empleo, formación e igualdad de oportunidades (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25), el Grupo 2 sobre salud, seguridad social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30), el Grupo 3 sobre derechos relacionados con el trabajo (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29) y el Grupo 4 sobre niños, familia y migrantes (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31), con lo que cada parte es analizada cada cuatro años.

Los Estados están obligados a enviar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito nacional copia de estos informes, pudiendo éstas, a su vez, presentar observaciones a los mismos (art. 23), calificándose de muy importantes pues suministran información adicional al organismo que puede haber omitido el país, de forma interesada, al presentar el Informe.

Toda la documentación aportada pasa a ser examinada, durante el año siguiente, por el CEDS, que finalmente dicta una Conclusión en la que decide la conformidad o no del país a la CSE originaria y al Protocolo de 1988 o a la CSE revisada, imponiendo, en el segundo caso, a los Estados Parte la adopción de medidas de mejora o corrección.

Una vez se han hecho públicas las Conclusiones, se transmiten al Comité Gubernamental, órgano compuesto por un representante de los gobiernos de cada una de las Partes Contratantes, que supervisará el cumplimiento de las Conclusiones. Este trámite se desarrolla invitando, como máximo, «[...] a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de trabajadores, para que envíen observado-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

res a título consultivo a sus reuniones [...]» y convoca «[...] para consulta a representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que tengan especial competencia en las materias reguladas [...]» (art. 27.2).

A continuación, «[...] preparará las decisiones del Comité de Ministros», seleccionando de manera motivada «[...] sobre la base de consideraciones de política social, económica y de otra índole, aquellas situaciones que, a su juicio, deberían ser objeto de recomendaciones dirigidas a las Partes Contratantes interesadas [...]» (Brillat 2004, 21), presentando finalmente un informe (art. 27.3).

Por último, interviene el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa, compuesto por los ministros de Exteriores de todos los Estados miembros o sus representantes permanentes en Estrasburgo. Su función principal es la de vigilar, junto con la Asamblea Parlamentaria, que se apliquen los valores para los que se fundó el Consejo de Europa, supervisando el cumplimiento de los compromisos aceptados por los Estados miembros.

Con base en el informe elaborado por el Comité Gubernamental, el Comité de Ministros puede emitir, por una mayoría de dos tercios de los miembros, una Recomendación solicitando que modifique y adapte su normativa a los dictados del Convenio (art. 29). Debe quedar clara, y así ha precisado en alguna ocasión el CEDS, que «[...] la apreciación jurídica de la conformidad o no de la situación con la Carta corresponde únicamente al Comité Europeo de Derechos Sociales [...]; el Comité de Ministros no ostenta la facultad de poner en entredicho la apreciación jurídica del Comité [...], sino so-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

lamente la de emitir o no una Recomendación al respecto dirigida al Estado afectado»²⁷.

A finales de 2013 el CEDS elaboró las Conclusiones correspondientes al Informe nº 25 presentado por España, con referencia a las normas aprobadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011, en el que se analiza la conformidad de la normativa y práctica nacionales respecto al Grupo temático 2 relativo a la salud, seguridad social y protección social.

Con la compleja realidad descrita al inicio de este estudio, el CEDS al emitir las conclusiones correspondientes al año 2013, se ha pronunciado sobre la conformidad a la CSE de la normativa estatal que excluye a los inmigrantes irregulares de la asistencia sanitaria. La relevancia se constata en la trascendencia pública que ha tenido ésta en concreto.

El primer aspecto que se ha de aclarar es que, atendiendo a lo relatado, la normativa que ha sido objeto de examen es la que va desde el año 2008 al 2011, pero se ha valorado también el RDL 16/2012 porque fue el propio Gobierno español el que lo incluyó en el informe, con la finalidad de completarlo y mostrar que es una de las normas adoptadas que pretenden eliminar las causas que dan lugar a una prestación sanitaria deficiente, haciendo efectiva la igualdad de tratamiento entre los ciudadanos

²⁷ Reclamación nº 16/2003 (*Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia*, decisión de fondo de 12 de octubre de 2004). Se añade que «[...] el Comité de Ministros, cuando decida hacer uso de esta facultad, puede ciertamente tener en cuenta consideraciones de orden económico y social en la motivación de la eventual recomendación, pero no puede poner en tela de juicio la apreciación jurídica».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

comunitarios y los nacionales, con referencia a las prestaciones que se derivan de la acción de protectora de la seguridad social.

Esa peculiaridad de carácter temporal ha supuesto que sea valorada, tal y como a continuación se explicará, pero no lleve aparejada la emisión de una conclusión, aplazándose hasta el siguiente pronunciamiento que verse sobre esos preceptos en el arco temporal que incluya el año en que se aprobó.

Teniendo en cuenta este aspecto, el CEDS, una vez estudiada la norma, es tajante al señalar que la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros que no residan legalmente es contraria al apartado primero del art. 11.1 de la CSE, pues la suscripción de este precepto compromete al estado «[...] *a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines, eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente*».

Fundamenta esta valoración en jurisprudencia que ya había pronunciado con anterioridad, en la que interpreta «[...] *que los estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población*», debido a que «*la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del derecho europeo positivo en materia de derechos humanos –ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos*» [decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 (Reclamación nº 14/2003), decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación nº 69/2011)] o, en términos similares, que «*los Estados partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con re-*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

specto a los migrantes, se encuentren o no en situación irregular» [decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012 (Reclamación nº 67/2011)].

Todas ellas materializan el criterio recogido en la observación interpretativa a las Conclusiones del año 2004, en la que estipula que «[...] los Estados partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos – en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos – ya sea por la adopción de normas de derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros [...]».

Por lo tanto, el pronunciamiento no debe de sorprender (Lema Tomé 2013, 103-104), pues no deja lugar a dudas que la aplicación de la normativa europea impide la exclusión de la atención sanitaria a cualquier persona, al ir indisolublemente unida a un derecho humano básico como la dignidad de la persona.

A los argumentos anteriores, se reafirma en la inadmisibilidad de los argumentos utilizados por los países en cuanto a la crisis económica que están sufriendo como justificación de las medidas que adopten, pues se ha dictado jurisprudencia que señala su inadmisibilidad. Estos, al ratificar la CSE, «han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales».

Por ello, la crisis no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta, debiendo los gobiernos «[...] adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efec-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

tivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más» [Conclusiones XIX-2 (2009)] y realizar «estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad [...]» [decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamaciones nº 65 y 66 de 2011) y 7 de diciembre de 2012 (Reclamaciones nº 76 a 80 de 2012)].

Aplicando la normativa y la interpretación vinculante apuntada, concluye el CEDS, en relación con el RDL 16/2012, que «la crisis económica no puede ser el pretexto para una restricción o privación del derecho de acceso a la atención sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho», vulnerando el art. 11.1 de la CSE la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular.

La ejecución de esas conclusiones ha sido tramitada por el Comité de Ministros con la Resolución adoptada el 18 de febrero de 2015 en la reunión 1220e (CM/ResChS (2015)2)²⁸, recomendando a los Estados que las tengan en cuenta.

Para finalizar este apartado, quiero realizar una breve referencia al Informe emitido por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa tras la visita realizada a nuestro país del 3 al 7 de junio de 2013, en el que critica la reforma legislativa realizada. En el análisis publicado el 7 de agosto de 2014, *Maintenir l'accès universel aux soins de santé*²⁹ con referencia a todos los países del Consejo de Europa, denuncia

²⁸ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2292173&Site=CM> (consultado el 1 julio 2015).

²⁹ Pueden consultarse en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlob->



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

expresamente los efectos de las medidas de austeridad en los servicios de salud en España y en el principio de acceso universal y gratuito, remitiéndose a las Conclusiones, y señalando la obligación de todos los Gobiernos de mantener unos niveles mínimos de protección sanitaria y social de los que toda persona pueda beneficiarse en cualquier circunstancia.

3.2.2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y Observaciones finales a los Estados (2012)

Además de la notificación anterior del Consejo de Europa, España recibió también la correspondiente por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, derivada del control que realiza del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1996, firmado el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 16 del PIDESC, se presentó el correspondiente informe periódico al organismo que, una vez tuvo conocimiento de la exclusión de la asistencia sanitaria del colectivo de

[Get&IntranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2222107&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE) y <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2222107&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE>. Véase también la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1946 (2013), 24e séance, 26 de junio de 2013, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19991&lang=fr> (consultado el 19 mayo 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

inmigrantes en situación irregular, al emitir las Observaciones finales el 6 de junio de 2012³⁰, manifestó su preocupación por las modificaciones introducidas que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud, recomendando que «[...] *las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal* [...]», de conformidad con la Observación general N.º 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias.

Esta referencia se ha ido complementando, posteriormente y en reiteradas ocasiones, por los informes emitidos por representantes de la ONU. Así, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, en una carta enviada, junto con otros expertos en derechos humanos del mismo organismo, a las autoridades españolas, le advierten que «[...] *los cambios adoptados [...] en 2012, que reducen el acceso al sistema de salud pública, no cumplen con las obligaciones de derechos humanos del país* [...]».

En términos similares, el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, sobre su visita a España (6 de junio de 2013³¹) lamentó «[...] *profundamente las enmiendas introducidas por el Real Decreto-ley*

³⁰ 48º período de sesiones. 30 de abril a 18 de mayo de 2012. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto (E/C.12/ESP/CO/5).

³¹ La visita se realizó del 21 al 28 de enero de 2013. Consejo de Derechos Humanos, 23º período de sesiones. Tema 9 de la agenda.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

nº 16/2012, que restringe el derecho de los inmigrantes indocumentados a acceder a los servicios públicos de salud, derecho estipulado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por España, como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Recomendamos que se revisen las reformas sanitarias adoptadas en el marco de la crisis económica actual para garantizar que los inmigrantes tengan acceso a los servicios de atención médica sea cual sea su situación migratoria. Recuerda la Recomendación general Nº 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la discriminación contra los no ciudadanos (2004), que exhorta a los Estados partes a que respeten el derecho de los no ciudadanos a un grado adecuado de salud física y mental, entre otras cosas absteniéndose de negar o limitar su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa; y examinen y revisen la legislación, según proceda, a fin de garantizar que cumpla plenamente la Convención».

Recientemente, remitiéndose a las conclusiones del CEDS, estos representantes han añadido que «[...] el parecer de los órganos de expertos internacionales ha sido unánime y el Gobierno español no debe ignorarlo [...]»³².

En respuesta a estas comunicaciones, los responsables gubernamentales han argumentado, entre otros aspectos, la necesidad de reducir costes, las presiones fiscales recibidas así como la no existencia de discriminación, puesto que la medida establecida trata de la legalidad de residencia en el país y no el origen racial.

³²

Ginebra, 29 de abril de 2014.

www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14545&LangID=S
(consultado el 14 julio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

La inconsistencia de los esos motivos han llevado a advertir, de nuevo por esos mismos altos representantes, que reformas como la adoptada suponen en realidad mayor costo al sobrecargar los servicios de urgencia (Díaz Pérez 2015, 97), el riesgo que se pone a la salud pública, la carencia de efectividad de la medida y su enorme coste humano, indicándole la necesidad de que «[...] *cambie de rumbo* [...]», requiriéndole para que garantice el acceso universal a la salud y recalcándole que «[...] *tiene obligaciones positivas en materia de acceso a la atención sanitaria, incluidas obligaciones para con los migrantes, independientemente de su situación jurídica*».

Por último, se debe recordar que España, fue el primer país europeo que ratificó el Protocolo Facultativo del PIDESC 10 de diciembre de 2008³³, que entró en vigor el 5 de mayo de 2013, transcurridos tres meses desde que se produjo la décima ratificación (art. 18.2). Aprobado con el objetivo de mejorar el sistema de aplicación y control del cumplimiento por los Estados parte del PIDESC, ha atribuido también la competencia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para conocer comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que «*aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto*».

Si ese compromiso es cierto, debería haber suprimido la exclusión de los inmigrantes de la asistencia sanitaria gratuita desde el momento que se le informó, teniendo las personas que se han visto obligadas a suscribir el convenio o que no tienen ninguna cobertura por falta de ingresos,

³³ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008 (BOE de 25 de febrero de 2013).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

la posibilidad de recurrir directamente al Comité, tras el agotamiento de las vías internas, el reconocimiento de su derecho a través de ese procedimiento.

4. Efectividad del reconocimiento internacional de los derechos: aplicación del control de convencionalidad en sede judicial

Una vez que el Gobierno es consciente, tras las comunicaciones recibidas, de que está violando la CSE y el PIDESC, entre otros tratados internacionales, las actuaciones a realizar deberían haber ido dirigidas a inaplicar, modificar o derogar la normativa y a retirar los recursos contra las comunidades autónomas que han adoptado normas para cubrir la situación de desprotección del colectivo de los inmigrantes en situación irregular. La ratificación de esos tratados conlleva la necesidad de observar los compromisos que se han adquirido, como estándar común mínimo entre los Estados, que no afecta «[...] *a las disposiciones de Derecho interno ni a las de los Tratados, Convenios o Acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas*» (art. 32 de la CSE), pero que sí lo hace de las que estén vigentes o se aprueben y otorguen una protección inferior.

En esta obligación de respeto se incluye la interpretación que realicen los órganos encargados de velar por su cumplimiento, que puede denominarse jurisprudencia. A estas alturas, el debate en cuanto a esta caracterización debería estar superado, ya que limitar ese concepto exclusivamente a la que emana de órganos y resoluciones que tienen la de-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

nominación de “tribunal” y de “sentencias” supone desconocer la realidad de lo que es ese término, de manera que, como acertadamente ha señalado la doctrina, el término *juris-dictio* se concibe como «*decir el Derecho*», es decir «[...] *la interpretación última o final realizada por los órganos que están habilitados para ejercer esa función* [...]», siendo la denominación como Tribunal un aspecto relevante a efectos de «[...] *ponderar la ejecución* [...] *pero carente de relevancia si se pone el punto de mira propiamente en la jurisprudencia elaborada* [...]» por instancias que no la tienen (Jimena Quesada 2009, 502-506; Akandji-Kombé, 2012, 12).

Los fundamentos legales se encuentran en esa regulación supranacional, concretada por las referencias de la normativa interna. Así, España ratificó el 2 de mayo de 1972 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en la que se determina, entre otros aspectos, que «[...] *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*» (Parte III.27). Este compromiso se encuentra materializado en la propia Constitución Española, al ser los arts. 10.2 y 96 claros en este sentido, reconociéndose expresamente que forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente, los Tratados internacionales válidamente celebrados, así como la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Carta Magna reconoce «[...] *de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

Estos preceptos han sido recientemente desarrollados en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros acuerdos internacionales*, que, los concreta y desarrolla con referencias en las que la aplicabilidad



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

directa de la normativa internacional está fuera de toda duda, como el art. 30 relativo a la observancia (*«Todos los poderes, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte. El Gobierno velará por el adecuado cumplimiento de dichos tratados»*) y el art. 31, sobre prevalencia de los Tratados (*«Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional»*).

Con carácter general, los pronunciamientos de los órganos judiciales son reticentes a aplicar esta básica regla, sobre todo con referencia a derecho internacional procedente de organizaciones internacionales distintas de la Unión Europea como consecuencia del desconocimiento fundamentalmente de la jurisprudencia de los órganos que controlan el cumplimiento. Ahora bien, desde el inicio de la crisis económica afortunadamente se ha evolucionado en este sentido, y cada vez son más los que han aplicado ese control de convencionalidad y claramente han considerado que están vinculados por el Tratado y por las resoluciones de instancias de garantía. En este sentido puede verse, a modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 8 de marzo de 2011, Rec. 2256/2008, y de 12 de noviembre de 2012, Rec. 494/2009, en el que la primera de ellas señala expresamente en el fundamento jurídico cuarto que:

[...] resulta pertinente traer a colación la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales [que] (...) en la importante decisión de fondo de 30 de marzo de



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

2009, de resolución de la Reclamación n.º 45/2007 (Interights contra Croacia) declaró por unanimidad que había habido violación del artículo 11 de la Carta Social (derecho a la educación en materia de salud sexual y reproductiva), tanto de manera autónoma como en combinación con la cláusula de no discriminación, especialmente por cuanto algunos elementos incluidos en los libros de texto escolares recogían manifestaciones homófobas [...]

y la segunda en el fundamento jurídico tercero que:

[...] la Sala considera que no se ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la organización recurrente, en su concreto contenido del derecho a la negociación colectiva, en el sentido exigido por la jurisprudencia constitucional [...] o por la jurisprudencia europea (entre otras, decisión de 12 de septiembre de 2012 del Comité Europeo de Derechos Sociales, de resolución de la Reclamación n.º 73/2011, Sindicato de Defensa de Funcionarios contra Francia).

Recientemente, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015 (procedimiento 463/2013) es categórica en el fundamento jurídico tercero afirmando que las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales son «[...] auténtica jurisprudencia [...] y las mismas son vinculantes para los estados partes».

En los tribunales españoles todavía no se ha planteado el supuesto de un inmigrante en situación irregular que haya reclamado su derecho a la asistencia sanitaria con base en la normativa internacional. Ahora bien, sorprendentemente los supuestos que han llegado a los tribunales se han centrado fundamentalmente en dos supuestos.

Por un lado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha estado realizando una interpretación extensiva de la exclusión analizada, dene-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

gando ese derecho a los inmigrantes que tienen la residencia por su condición de familiar reagrupado, interpretación que ha sido anulada al considerar que mientras tenga validez la tarjeta residencia familiar se tiene derecho a la correspondiente cobertura sanitaria [sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2014, Rec. 1981/2013, Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2014, Rec. 231/2014 y de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2014, Rec. 5407/2014].

Y, por otro lado, se ha pretendido denegar el derecho a la asistencia sanitaria que le fue otorgada por el mismo organismo con fundamento en que la residencia legal que se obtuvo en su momento se concedió incumpliendo alguno de los requisitos legales. Los tribunales han resuelto que no se pueden «[...] *dejar de inaplicar las consecuencias legales del reconocimiento [del derecho a la residencia] de forma unilateral por entender que la concesión de la residencia en su día [...] por la autoridad competente para ello se incumplía uno de los requisitos para su concesión [...]*» [sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2014, Rec. 231/2014 y 8 de mayo de 2014, Rec. 258/2014].

Como se ha señalado, por el momento, no se han realizado cambios de esa normativa ni retirado los recursos que presentó el Gobierno, aunque se ha de apuntar que teóricamente sí se vislumbran tras las manifestaciones realizadas por el Ministro de Sanidad a finales de marzo de 2015 en las que declaró que volverán a tener asistencia sanitaria. Ahora bien, han transcurrido varios meses y la modificación sigue sin producirse.

Mientras se mantenga esta situación, las posibilidades de actuación deben ir encaminadas, a que las medidas sean desatendidas por las co-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

munidades autónomas, como así están algunas realizando, en el ámbito de sus competencias, inaplicadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, ejerciendo el control de convencionalidad, y anuladas por el Tribunal Constitucional, mostrando con ello los poderes públicos nacionales *«no un acto de rebeldía sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España»* (Jimena Quesada 2013, 456).

Con ello, además de argumentar las resoluciones judiciales que se produzcan en torno a la materia, se ampara a los 2338 profesionales del sector de la medicina que se han declarado objetores de conciencia³⁴ ante posibles sanciones.

5. Reflexiones finales

Concluyo este estudio realizando unas reflexiones que pretenden dejar patente la necesidad de valorar el derecho internacional como un instrumento fundamental que garantiza derechos básicos y condiciones de trabajo adecuadas, que no se pueden obviar en un Estado social y democrático de Derecho, debiendo ser tutelados en cualquier momento y mantenerse ajenos a las cíclicas situaciones de crisis económica.

³⁴ Dato extraído de <http://objecion.semfyc.es/>. Esta actuación se encuadra dentro de la campaña «Derecho a curar» que la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (SEMFYC) inició en julio de 2013 el pasado 10 de julio de 2013 (<http://www.medicosdelmundo.es/derechoacurar/>), enlaces consultados el 12 julio 2015.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Han de permanecer en el tiempo unos niveles de protección mínimos, que pueden ser diferentes entre las distintas organizaciones nacionales y supranacionales, pero, en todo caso, complementarios, es decir, los conflictos entre normas internas e internacionales, o, entre estas últimas y el derecho comunitario, deben ser analizados no como una amenaza sino como un enriquecimiento mutuo o sinergia, compatible con su vigencia simultánea, solventándolos aplicando la interpretación que sea más favorable.

Así lo determinan las cláusulas de estándar mínimo (Jimena Quesada 2011, 309) establecidas en los arts. 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte*»), 32 de la CSE – H de la versión revisada («*Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas*») y en el art. 53 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («*Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros*»).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Resulta inadmisible que en estos momentos España sea un país que viola derechos humanos con la exclusión de los extranjeros irregulares de la atención sanitaria, siendo fundamental la labor de los órganos judiciales nacionales, aplicando directamente el derecho internacional que expresamente ha condenado la medida, los que los garanticen y evidencien, con ello, su efectividad.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Bibliografía

Aguado i Cudolà, V. y Prado Pérez, R. (2014), *Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar*, in *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 99-100, pp. 87-110.

Akandji-Kombé, J.F. (2006), *Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década*, in *Revista de Derecho Político*, 67, pp. 387-407.

Akandji-Kombé, J.F. (2012), *De l'invocabilité des sources européennes et internationales devant le juge interne*, in *Droit Social*, 11-12, pp. 1-20.

Aprell Lasagabaster, C. (2013), *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 32, pp. 1-6.

Belorgey, J.M (2007), *La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales*, in *Revista de Derecho Político*, 70, 347-377.

Brillat, R. (2004), *La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales*, in AA.VV. (Coord. Jimena Quesada, L.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 17-33.

-Carmona Contreras, A.M. (2013), *El Decreto-ley en tiempos de crisis*, in *Revista catalana de Dret públic*, 47, pp. 1 a 20



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

(<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.9>, consultado el 20 abril 2015).

Díaz Pérez, C. (2015), *Desigualdades en el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria*, in *Derecho y Salud*, 1 (25), pp. 61 a 106.

Gómez Urquijo, L. (2012), *El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, pp. 521-541.

Jimena Quesada, L. (2004), *La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España*, in AA.VV. (Coord. Jimena Quesada, L.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 137-190.

Jimena Quesada, L. (2007), *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Jimena Quesada, L. (2009), *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, in AA.VV. (coord. Revenga Sánchez, M.), *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Jimena Quesada, L. (2011), "La jurisprudencia europea sobre derechos sociales", in AA.VV. (coord. Von Bogdandy, A. et altri), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, serie doctrina jurídica, 615, pp. 281-311, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/13.pdf> (consultado el 20 abril 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Jimena Quesada, L. (2013), *Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2013*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 22, pp. 449-480.

Jimena Quesada, L. y Tomás Mallén, B. (2007), *Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales*, in *Revista de Derecho Político*, 68, pp. 337-362.

Lema Tomé, M (2013), *La reforma sanitaria en España: especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular*, in *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, pp. 95-115.

Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J. (2013), *El derecho a la asistencia sanitaria: un camino de ida y vuelta*, in *Actualidad del Derecho sanitario*, 200, pp. 29-40.

Prieto Suárez, R. (2008), *La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, pp. 355-365.

Rovira Viñas, A. (2007), *Los defensores del pueblo y la Convención de Prüm*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7, pp. 207-233.

Royo-Bordonada, M.A, Díez-Cornell, M. y Llorente, J.M (2013), *Acceso de los inmigrantes a la asistencia sanitaria en España en tiempos de crisis*, in http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.conts/mem.detalle_cn/reلمenu.111/id.3232 (consultado el 12 julio 2015), pp. 1-5.

Sobrino Guijarro, I. (2013), *Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España*, in *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, 2. Pág. 127-158.

Terrádez Salom, D. (2015), *Las defensorías del pueblo españolas frente a la Carta Social Europea*, in *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2 (5), pp. 329-354.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Torres Muro, I. (2010), *Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional: Una revisión*, in *Teoría y realidad constitucional*, 26, pp. 95-125.

Vrenna, M. (2012), *El derecho a la protección de la salud de los extranjeros en situación irregular: notas sobre la reciente jurisprudencia italiana*, in *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 30, pp. 223 a 229.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Abstract

Irregular Migrants and the Right to Receive Health Care Services: Effectiveness of International Guarantees in Judicial Organs

One of the reforms of the Spanish Government that has received more criticism since the economic crisis began has been the one enforced by Royal Decree-Law 16/2012, dated 20 April, on urgent measures to ensure the sustainability of the National Health System and improve the quality and safety of its services. He proceeded to modify the requirements for compulsory insurance coverage, requiring as a condition sine qua non to enjoy 'insured status' to have legal residency.

Responses were immediate, among others, appeals on the unconstitutionality of such measure, the right of conscientious objection of many health professionals as well as the approval of the autonomous communities of legislation providing such protection, which, in turn, has also been contested by the Government. While the resolution of this conflict is still pending at the constitutional level, international organizations have already acted in this sense, being categorical in the issued resolutions condemning Spain for breach of its international obligations.

The central government announced, months prior to the elections, that it would modify this regulation, but, for now, no amend has been materialized. While this situation continues, the law allows courts, under the control of compliance with international law reflected in the arts. 10 and 96 of the Spanish Constitution, developed by Law 25/2014, of 27 November, Treaties and Other International Agreements, to protect pos-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

sible claims and/or interpretations of the treaties contrary to its original aims and to protect the medical staff against possible sanctions. Thus, the importance of knowledge of international law and its direct invocation as an instrument of effectiveness and enforceability of the rights recognized is rightly evidenced by this situation.

Keywords: Health care, irregular immigrants, international conventions, case law, conventionality control.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

A Legal Approach to Civilian Use of Drones in Europe. Privacy and Personal Data Protection Concerns *

di Cristina Pauner e Jorge Viguri **

1. The new era of drones

Drones¹ are a burgeoning industry whose exponential growth over the next years is unanimously accepted. Their amazing and countless

* This article was elaborated within the framework of CRISP Project (Evaluation and Certification Schemes for Security Products) funded by the European Commission (Grant number 607941) and the support of the Mobility Program of the Ministry of Education, Culture and Sports (PRX14/00107). Professors Artemi Rallo and Rosario García Mahamut have reviewed this study.

** Universitat Jaume I (Spain). Paper subjected to a double blind peer review.

¹ Drones are also known as RPAS (Remotely Piloted Aircraft System), UAV (Unmanned Aerial Vehicle) and UAS (Unmanned Aerial System). These terms are being used interchangeably although technical differences among them must be outlined. Drone has been often used to military use, UAV is a relatively new word that has been adopted by the International Civil Aviation Organisation to encompass an unmanned aerial vehicle and everything involved in their operation including software, aircraft, and operation procedures, UAS includes software and the aircraft vehicle. Ultimately,



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

usages are a key element to be considered as a revolutionary product as well as their positive economic impact. As highly versatile and productive assets, drones will be able to play any type of commercial, personal or even public role in the future. Drones' applications appear to be limitless and they are gradually being used far beyond the realm of the military: future commercial applications², law enforcement activities³ or communication infrastructures⁴, among many others.

In consequence, the use of drones for civil purposes has become the focus of increased attention and concern in Europe. The first challenges to overcome were those related to flight safety, particularly if the drone operates outside the field of vision and in populated areas⁵. Both in Europe and in the United States, aviation regulators have been concerned about this issue regularly. Some geographical and time limits have been

RPAS is the generic word often used for civilian use. For our purposes, the expressions RPAS and drones will be used indiscriminately in this paper.

² *Amazon details drone delivery planes*, BBC news, 8 June 2015, <http://www.bbc.com/news/technology-32653269> (last visit for all the pages: 27/10/2015). *Delivery by drones in 30 minutes? Amazon says it's coming*, Fox news, 17 June 2015, <http://www.foxnews.com/politics/2015/06/17/delivery-by-drone-in-30-minutes-amazon-says-it-coming/>.

³ *The police force using drones to fight crime*, The Guardian, 1 October 2014, <http://www.theguardian.com/world/2014/oct/01/drones-police-force-crime-uavs-north-dakota>.

⁴ *Facebook builds drone for internet access*, BBC News, 30 July 2015, <http://www.bbc.com/news/technology-33728704>.

⁵ A categorisation of drones and their associate regulatory safety regime have been recently proposed by the European Aviation Safety Agency (2015)



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

established and drones are not permitted to fly in larger urban zones (U.S., Spain, Australia, Canada, etc.).

However, the increasing use of civilian drones requires paying attention to other issues affecting fundamental rights and civil liberties and, in particular, privacy and data protection breaches. Drones can be equipped with a large and heterogeneous variety of pieces, technologies and capabilities – from simple devices such as on-board cameras and sensors to extreme complex technologies such as high-power zoom lenses, night vision, infrared, ultraviolet, thermal imaging, radar technologies, video analytics technology, distributed video or facial and other soft biometric recognition⁶. Given the versatility of these devices and the ability to collect a wide variety of information for long periods of time and over large areas, their impact on privacy and civil liberties are all easy to foresee.

Taking this into account, methods of law enforcement and many initiatives address the issues of privacy and data protection from ethical, social and juridical perspectives. The aim is «finding a balance between the advantages inherent in the civilian use of drones and possible harm to the right to privacy and data protection (as well as other fundamental rights such as freedom of expression)» (Volovelsky 2014).

This paper analyses the potential privacy and data protection risks related to civilian drones use and looks at the most significant doctrinal, institutional and legislative attempts to mitigate them.

⁶ A study on current and future capabilities and applications of drones in Finn and Wright (2012)



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

2. The EU strategy on the use of drones

A drone, which many refer to as a unmanned aerial vehicle (UAV), unmanned aerial system (UAS), autonomous underwater vehicle (AUV), and many other names, is often simply described as an unmanned aerial vehicle. These aircrafts have been often controlled remotely by pilots from the ground and have been used solely by the military. Increasingly, they are being controlled autonomously following a pre-programmed objective. The development of drones' technology holds out the possibility that manufacturers design and build different types of drones according to the specific needs and requirements of each customer.

Drones using high tech cameras are able to record, store and even upload images and video to the Internet and they may easily violate citizens' rights. Nevertheless, they are increasingly being challenged in the context of an open and global market particularly relating to security, privacy and personal data issues for EU citizens (European Commission 2015).

They are revolutionary products and their potential future applications are still unknown but their use is posing a threat to security, privacy and personal data protection. Legislation no longer reflects technological development and other public and private mechanism should be implemented to ensure a common framework throughout the EU. Gaps exist in relation to EU security, privacy and data protection guarantees on drone activities by private and public stakeholders. In order to overcome such gaps, a series of solutions have been analysed in this paper.

Since it was crucial that European rules be laid down for this sector, the European Commission (EC) began discussions on drones in 2012



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

and adopted the first Working Document *Towards a European Strategy for the development of Civil Applications of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS)* (Commission Staff Working Document 2012), and establishing a European RPAS Steering Group. In addition, in April 2014 and building on the *Roadmap for the Integration of Civil Remotely Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System*⁷ the EC adopted the *Communication A new era for aviation: Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner* (European Commission 2014), presenting its strategy on the future regulation of drones in the EU in order to respond to the call of the European manufacturing and service industry to remove barriers of the development of drones for civil use while safeguarding public interest. Besides, the European aviation community adopted the Riga Declaration on Remotely Piloted Aircraft (drones) “Framing the Future of Aviation” in March 2015⁸ to exchange views on how and under which conditions, drones can help create promising new opportunities in Europe and to ensure that all the conditions are met for the safe and sustainable emergence of innovative drone services.

⁷ European RPAS Steering Group, *op.cit.*

⁸ The following principles must be noted: «Drones need to be treated as new types of aircraft with proportionate rules based on the risk of each operation, EU rules for the safe provision of drone services need to be developed now, Technologies and standards need to be developed for the full integration of drones in the European airspace, Public acceptance is key to the growth of drone services and the operator of a drone is responsible for its use» (Riga Declaration on Remotely Piloted Aircraft (drones), *Framing the Future of Aviation*, Riga, 6 March 2015. https://eu2015.lv/images/news/2016_03_06_RPAS_Riga_Declaration.pdf).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

Ultimately, *Opinion 01/2015 on Privacy and Data Protection Issues relating to the Utilisation of drones* must be noted. In this regard, the Article 29 Working Party (Article 29WP) notes, the lack of an adequate regulatory framework in most member States. In this context, it states the harmonisation and the modernisation of Member States aviation policies in relation to drones should be encouraged. The document evidences the challenges of large-scale deployment of these aircrafts equipped with sensor equipment, while providing guidelines for interpreting the data protection standards in the context of drones and it sets some guidelines and recommendations to assess the measures necessary to ensure the respect for all other fundamental rights at stake such as human dignity, right to liberty and security, freedom of thought, conscience and religion, the freedom of expression and information, the freedom of assembly and of association, and the right to non-discrimination (Article 29 Data Protection Working Party 2015, 5)⁹.

As a result, an exhaustive approach for each type of drone and an analysis of potential threats arising from their use will be required as the progress of industry continues. In the event that a RPAS seriously endangers a fundamental right, corrective and effective measures will be implemented in order to promote absolute respect for the rights and freedoms of the EU citizens.

⁹ See an extensive comment on this document on Section 4 of this study.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

3. Potential infringements upon privacy and data protection

In this section, attention is drawn to the risks that drones, as a new technology introducing surveillance, present to privacy and data protection rights in the light of the evidence that the regulation of civilian uses of drones is under construction and current regulatory mechanisms do not adequately address privacy and data protection concerns. As it has been highlighted above, there is a gap regulation on privacy issues because «current regulations governing drone operations have more to do with ensuring their safe flight and do little to address the privacy implications» (Privacy Commission of Canada 2013, 1).

A. Concerns about privacy

Drones have been defined as «complex, multimodal surveillance systems that integrate a range of technologies and capabilities» (Finn, Wright, Donovan, Jacques and De Hert 2014, 18) and are able to carry out any type of surveillance: “mass surveillance” and “targeted surveillance”¹⁰.

¹⁰ Two broad types of surveillance can be distinguished: Mass surveillance is also called passive or undirected surveillance which is not targeted on any particular but gathers images and information for possible future use. CCTV and databases are examples of mass surveillance. Targeted surveillance is directed at particular individuals, can involve the use of specific powers by authorised public agencies and can be carried out overtly or covertly. Interception of communications, visual surveillance devices, sensors of movement, “traffic” data are examples of targeting methods (House of Lords, Constitution Committee 2009).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

Many authors have pointed out that the real challenge is the convergence of technologies developments and the combined functions they are able to reach: «While regulation of separate functions e.g. in telecommunications or the use of DNA in identifying an individual has been possible, the real challenge will be in regulating combined functions» (European Group on Ethics in Science and New Technologies 2014, 33). In fact, new threats encompass one of the most relevant features of privacy concerns. The different capabilities of drones support a new and superior level of surveillance: an invisible, noiseless, continuous and highly intrusive surveillance over people and places.

Previously, the European Union was presented with two basic questions. First of all, defining the specific scope of drones although this assumption may be extremely complex and secondly, delimiting clearly what privacy encompasses.

Although there is not a universal definition for privacy as it is an evolving concept that depends on society conceptions and technological factors, there is a broad consensus on the consideration of privacy as a fundamental right intricately connected with dignity and a cultural universal as «an essential part of human flourishing and well-being» (Moore 1995, 56). In the words of the European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), «Human beings need their own space, both literally as well as figuratively speaking, in order to realise their capabilities and flourish as human beings. Dignity means to respect the need to have one's own space, one's secrets. Robbing a person of his or her privacy is robbing him or her of their dignity» (European Group on Ethics in Science and New Technologies 2014, 72). Privacy has evolved from a simple evocation of the "right to be left alone" to a much



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

more complex right that enables the free development of one's personality and the construction of personal identity.

The right to privacy – as well as the right to data protection – has been described by law, judicial decisions and doctrine. Regarding the European legal framework, Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) states as follows: «Everyone has the right to respect for his privacy and family life, his home and correspondence». Besides, Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) states that a person has a right to respect for their private and family life, home and communications. Future rules for operating drones in the civilian market will be influenced and shaped by this legal framework.

Authors have distinguished among different types of privacy¹¹, being the physical privacy and the informational privacy the most threatened by drones. These risks may arise from an extended use of RPAS not only by law enforcement agencies but, basically, by individuals due to the widespread use of drones in a civilian context (for commercial or leisure purposes) and they have a common aspect: RPAS surveillance may provoke a “chilling effect” that affects to behavioural privacy. The chilling effect may prevent people from exercising their legitimate civil liberties and rights if they have the feeling of being targeted and under surveillance¹².

¹¹ Physical or phiscological privacy (related to physical protection and to personal autonomy), informational privacy (related to communications), economical privacy (which affects to property) and decisional privacy (related to decisional-making power).

¹² As Clarke (2014, 287) stresses: «Overt surveillance stifles behaviours, including (and desirably) illegal behaviours, but also behaviours that are discouraged by



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

B. EU legal framework for data protection

As some authors underline the issues that RPAS technology present to data protection are not new compared to other available technologies «because, although RPAS technology in itself is new, the payloads that can be fitted for the purpose of processing personal data are not new technologies. Further, whether data are processed within a surveillance context is irrelevant to determining the relevant data protection issues» (Finn, Wright, Donovan, Jacques and De Hert 2014, 43)¹³. Even so, the existence of data protection laws does not mean that the legal requirements are fulfilled.

There is a wide range of possible risks to the right to data protection that could vary in function on the capabilities of the device. However, once the drone is airborne and captures images, any operation that involves the processing of personal data shall comply with data protection rules. It is well known that even the collection of data, without further processing – recording or storage –, it is nevertheless a processing operation that entails the application of the data protection legislation (Article 29 Data Protection Working Party 2004, 15).

organisations with institutional or market power. Covert surveillance, on the other hand, gives rise to the 'panoptic' effect: individuals fear that they may be subject to observation at any time, and that many behaviours might be construed by the powerful to be undesirable. This results in a form of 'self-discipline' – a 'chilling effect' on a wide range of behaviours, and the stultification of freedoms of expression and of innovation...».

¹³ See also in this regard, House of Lords, European Union Committee (2015, 46-47).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

In the early 1970s, some European countries began adopting privacy laws¹⁴. In 1995 the European Union approved the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data¹⁵. The Data Protection Directive was created in order to increase legal certainty due to the differences of data protection laws across the EU or even the lack of a data protection legal framework in some Member States. This Directive establishes detailed rules for maintaining the privacy of the subject of the data (in particular, Articles 6, 7, 10, 15 and 17). In 2002, the Directive on Privacy and Electronic Communications¹⁶ was enacted, expanding the doctrine of data protection to internet and cellular service providers.

¹⁴ Sweden and Germany were the first member states in which a Privacy Act was passed. While Sweden passed the first national law in 1973, the federal state of Hesse passed the first national data protection law in 1970. See Hessisches Datenschutzgesetz (The Hesse Data Protection Act), Gesetz und Verordnungsblatt I (1970), 625 although the first federal data protection act came into force in 1977. See Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) of 27 January, 1977, BUNDESGESETZBLATT [BGBl] 1 201 (W. Ger.) [Law on Protection Against the Misuse of Personal Data in Data Processing (Federal Data Protection Act - BDSG)].

¹⁵ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>.

¹⁶ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic Communications). Available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=EN>.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

Moreover, Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) stipulates that everybody has the right to the protection of personal data concerning them. The constitutional recognition of the right to data protection is enshrined in Article 8 CFREU that states that an individual has the right to the protection of their personal data.

In January 2012, the European Commission proposed a General Data Protection Regulation (GDPR)¹⁷ a comprehensive reform of data protection rules in the EU for the purpose of updating the data protection and privacy framework, specially the provisions contained in the Data Protection Directive. This legislation foreseeably would not come into force in Member States before 2017. The GDPR is expected to be the adequate legal instrument to address the challenges of increased civilian and commercial use of drones.

Articles 2(a) and 2(b) of the Data Protection Directive set out the definition of “personal data” and “data processing”. Personal data¹⁸ is defined as any information relating to an identified or identifiable natural person and the processing of personal data shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording,

¹⁷ European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), COM (2012) 11 final, Brussels, 25 January 2012. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011&from=en>

¹⁸ For an extensive guidance on the interpretation of the notion of personal data, see Article 29 Data Protection Working Party (2007).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

organization, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction. Many capabilities of drones are based on data collection and processing: photographs (image), video (voice), biometric data (finger veins, finger prints, iris scans or facial patterns) are collected and processed by drones to carry out surveillance activities and these monitoring activities are subjected to the provisions of the abovementioned regulations. Thus, the legal framework in relation to data protection implications resulting from the use of drones in the Member States is the Data Protection Directive, in connection with the Directive on Privacy and Electronic Communications. There are also aspects applicable to closed circuit television systems (CCTV) that also apply to the use of drones, particularly if they are used for purposes of national legislation video surveillance.

However, some comments on the scope of the Directive must be made. It provides exemptions from the principles on the processing of personal data and enables national legislations to reduce the scope of duties and obligations set out in the Directive for reasons of national security and defence or the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or for certain enumerated purposes such as journalism or artistic and literary expression.

As far as we are concerned, Article 3(2) of the Data Protection Directive does not impose the duties of a data controller on an individual who processes personal data «in the course of a purely personal or household activity», also known as the household or domestic exemption. Hobbyist or leisure users would be sheltered from the application of the Directive considering that, in any case, this would



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

not include situations affecting constant monitoring, even partially, to public spaces or if this data is finally published online. On the other hand, commercial drones are fully subjected to the Directive.

C. Concerns about data protection

In an attempt to summarise, we consider several main risks that arise in relation to the processing of personal data carried out by a drone.

Most of such risks derive from a lack of *adequacy, fairness and transparency* in the collection, storage, and even further transmission and data processing due to the difficulty of perceiving their presence¹⁹. The covert process of compilation and transmission of data is, generally speaking, an unfair data processing and a breach of the principles relating to data quality.

Article 6 (a) of the Data Protection Directive states that personal data must be processed fairly and lawfully implying that data subjects must be aware of the collection and processing of their personal data and they should be informed in accordance to Article 10 of the above mentioned Directive. These conditions must be met by drone operators when processing personal data.

¹⁹ Some authors refer to a “double invisibility” due to the ability of drones to film and take photographs from a distance that the subject concerned is not aware of the capture of images and the invisible way in which the transfer of data between the RPAS and the collector ordinarily takes place is done (Finn, Wright, Donovan, Jacques and De Hert, 43-44).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

As to the GDPR, it declares in paragraph (a) Article 5 that personal data shall be: a) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject. In this regard, the information provided to data subjects shall include the identity of the RPAS controller and of his representative, the purposes of the processing for which the data are intended, any further information, such as the categories of data, recipients or categories of recipients of the data, the existence of the right of access to and the right to specify and correct the data concerning them.

More specifically, lack of transparency is also the source of other threats to data protection, mainly, the absence of the data subject's *consent*. As stipulated in Article 7 (a) of the Data Protection Directive, personal data may be processed only if «the data subject has unambiguously given his content». Articles 4 and 7 GDPR specify that consent must be «explicit» for the following reasons: to avoid confusing parallelism with “unambiguous” consent; to have one single and consistent definition of consent, to ensure the awareness of the data subject and to get the same data protection level in the EU.

In other words, consent must be freely, clearly and explicitly given by data subjects. Given these considerations, we can already foresee that drones surveillance in private areas will be forbidden as monitoring in real time or near real time without their explicit consent may be considered an attack on their privacy. Besides, surveillance in public areas shall, at least, provide people with all the information needed about the processing. In relation to free consent, it has frequently been underlined that consent provided by an individual is not valid when the subject has no real choice and he/she cannot deny consent without prejudice such as the case of the pre-ticketed boxes or, regarding RPAS, when a person is



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

not free to enter or leave a surveyed area without being under surveillance (Article 29 Data Protection Working Party 2015, 12).

Lack of adequacy, fairness and transparency in data processing along with anonymity of those who carry out surveillance raise the question of how to enforce the rights of individuals, how to detect those responsible for surveillance and how to require compliance with their duties to RPAS operators or controllers. Specially, taking into account that uses for RPAS range widely across the public and private sectors as so many are interested in using this technology: from law enforcement agencies to individuals passing through groups and organizations around the world seem keen on launching drones for a variety of purposes. In addition, any error or abuse that may occur with drones is frequently ignored because data subjects' are not even aware of the infringements to their rights to privacy and data protection.

It should be emphasised that Article 22 GDPR takes account of the debate on that principle of accountability. It requires a clear attribution of responsibilities and it describes in detail the responsibility of the controller «to adopt policies and implement appropriate measures to ensure and be able to demonstrate that the processing of personal data is performed in compliance with this Regulation».

Other data quality principles at stake are purpose limitation and data minimisation. Article 5 GDPR sets out these principles, which correspond to Article 6 of Directive 95/46/EC. Regarding to purpose limitation, Article 5 paragraph (b) GDPR states that personal data shall be collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Article 29 WP has clarified this principle. It says that «further processing for a different



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

purpose does not necessarily mean that it is incompatible: compatibility needs to be assessed on a case-by-case basis. A substantive compatibility assessment requires an assessment of all relevant circumstances»²⁰.

Concerning to data minimisation, paragraph (c) stipulates that personal data shall be adequate, relevant, and limited to the minimum necessary in relation to the purposes for which they are processed; they shall only be processed if, and as long as, the purposes could not be fulfilled by processing information that does not involve personal data.

RPAS may facilitate the capacity to capture, process and store vast amounts of data in an indiscriminate manner which is contrary not only to the purpose limitation but also to the data minimisation principle. Therefore, a detailed programming of their data collected, stored and even shared shall be implemented for any drone operation in accordance with the above mentioned legal provisions. So, for instance, “it should not be possible to further use images of agricultural lands, captured when ensuring that pesticides are rightly disseminated, in order to record data on neighbouring lands and techniques or to film an area to secure it and use the images/videos to fine people who did not pay for the entrance» (Article 29 Data Protection Working Party 2015, 13). Neither should be possible to use willfully any data collected beyond its primary objective.

²⁰ In particular, account should be taken of the following key factors: (a) the relationship between the purposes for which the personal data have been collected and the purposes of further processing; (b) the context in which the personal data have been collected and the reasonable expectations of the data subjects as to their further use; (c) the nature of the personal data and the impact of the further processing on the data subjects; (d) the safeguards adopted by the controller to ensure fair processing and to prevent any undue impact on the data subjects. See Article 29 Data Protection Working Party (2013 a, 3).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

In this regard, and linked to the previously mentioned principle, paragraph (e) of Article 6 of the Directive – and its equivalent Article 5(e) GDPR - regulate the limited retention principle. It means that the storage period should be limited and data that exceeds the period should be deleted or archived (if allowed). These provisions must be read in connection with the principle of data security. In this regard, implementing the required security measures, removing or anonymising those personal data, which are not strictly needed, is required.

Integrity and confidentiality of the data stored by a RPAS must be assured as well as checked for any potential transfer of data to third countries. Two main risks regarding security and illegal disclosure of data captured by RPAS have been reported (Finn, Wright, Donovan, Jacques and De Hert, 45-46). First, the transmission of data collected is done through wireless communication, which is not a reliable technology in terms of security and may put the confidentiality and integrity of data at risk. And secondly, the enthusiastic reception given to RPAS by private citizens raises the potential harm to unlawful disclosures of personal data as private use is still unregulated in terms of data protection.

In the face of these threats, Article 17 of the Directive determines that data controllers and processors, where applicable, must implement appropriate technical and organisational measures to protect personal data processing from accidental or unlawful destruction or accidental loss, alteration, unauthorised disclosure or access. In fact, data storage and data communications are vulnerable in a number of ways and the content of the data may be changed in transit, intercepted, copied, stolen,



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

etc. So, data stored in any device such as drones have to be removed as soon as purposes for the processing have been achieved²¹ and retained in a safety manner by the data controller or anonymised (Article 29 Data Protection Working Party 2014) to avoid unnecessary danger of loss, theft and unauthorised use or removal.

The indiscriminate storage of data may also lead to the risk of function creep because drones may, for example, be purchased for precisely orientated uses, but may serve for other contested purposes. They can be used, for example, to detect illegal immigration on borders or at sea but, at the same time, there is a risk to misuse such technology to keep watch on minor or irrelevant events. As noted above, using RPAS for more than their stated purpose is contrary to Article 6 (b) of the Directive and will foreseeably be contrary to Article 5 GDPR.

Finally, the issue of function creep is enabled, among others, by data linking, central databases and profiling which is another major challenge for data protection rights. «Profiling» means any form of automated processing of personal data, intended to analyse or predict the personality or certain personal aspects relating to a natural person, in particular the analysis and prediction of the person's health, economic situation, performance at work, personal preferences or interests, reliability or behaviour, location or movements (Article 29 Data Protection Working Party 2013 b). The analysis can be used strategically with different pur-

²¹ «For example, the images/videos captured by drones with the purpose to secure the open-air area of a festival shall only be retained for the time necessary to investigate possible complaints or security related issues» (Article 29 Data Protection Working Party 2015, 17).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

poses by actors in the private sector (such as commercial, online advertising or direct marketing purposes) or in the public sector (such as anti-terrorism purposes). This technique is not allowed from a general approach by Article 15 of the Data Protection Directive that applies to computerised decision making about individuals²² and it will be strictly forbidden under Article 20 GDPR.²³

4. Solutions addressing a consistency EU data protection framework

After an initial phase in which attention has been placed on safety and security issues associated to the flying of drones, a very perceptible movement is focussing attention on the privacy aspects of this new technology. This movement can be perceived in Europe as well as in the U.S. In this country, on 4 March 4 2015, the U.S. Commerce Department's National Telecommunications and Information Administration

²² Article 15 of the Directive on "automated individual decisions" says individuals have a general right «not to be subject to a decision which produces legal effects concerning him or significantly affects him and which is based solely on automated processing of data intended to evaluate certain personal aspects relating to him».

²³ Article 20 GDPR: «1. Every natural person shall have the right not to be subject to a measure which produces legal effects concerning this natural person or significantly affects this natural person, and which is based solely on automated processing intended to evaluate certain personal aspects relating to this natural person or to analyse or predict in particular the natural person's performance at work, economic situation, location, health, personal preferences, reliability or behaviour». A study on profiling in the GDPR in Vermeulen (2013).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

(NTIA) announced that it is seeking comments on «privacy, transparency and accountability issues regarding commercial and private use of unmanned aircraft systems». NTIA's announcement is in response to a Presidential Memorandum (The White House 2015) issued on 15 February which directed NTIA to initiate a multi-stakeholder engagement process to develop a framework which addressed the issues above. While recognizing the benefits of increased usage of drones, the Presidential Memorandum notes the privacy, accountability and transparency concerns raised by drones. Alongside these initiatives, the United States Congress has adopted several bills for the purpose of protecting the right to privacy against intrusions by federal and state law enforcement and executive agencies (Thomson 2013).

In Europe and over the last years, many positive initiatives have come forth warning about the risks that the use of drones poses to privacy and other fundamental rights and picking the obligations to be met. These efforts have come from organisations with different scopes (at national or European level), from different perspectives (legal, economic or ethical alternatives) formulating a wide range of different solutions (technological proposals, voluntary or self-regulatory rules or legal framework).

On the lines below, we offer an overview of these initiatives and we identify some common remedies proposed in Europe taking as a reference the most recent and influential institutional documents on this issue – namely, the abovementioned Opinion on Ethics of Security and Surveillance Technologies issued by the EGE on 20 May 2014, the Opinion of the European Data Protection Supervisor (EDPS) published on 26



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

November 2014 and the Opinion 1/2015 adopted last 16 June by European Data Protection Authorities – as well as academic contributions.

A. Legal and statutory solutions

EU is looking for a common approach, encouraging and promoting cooperation between Member States to develop common rules (standards) and a regulatory framework for civil and commercial use of drones. In order to achieve this objective, reviewing the current European framework on data protection is essential.

At European level, the Data Protection Directive confers a number of important tasks to GDPR to face the challenges of the civil and commercial use of drones and it is expected that the new regulation will build an adequate framework to protect privacy rights of citizens. On the other hand, the review of EU legislation directly linked to the use of drones is suggested. E-Privacy Directive that applies to electronic communications to adapt and extend it to new technologies such as digital interfaces is a clear example and VoIP – Voice over Internet Protocol, indeed IP communications, broadband communications – products and also corporate private networks would be included in the remit of any revised Directive.

Some authors (Volovelsky 2014, 319) and institutions (Article 29 Data Protection Working Party 2015, 19) have also suggested adopting specific legislation intended to regulate the civilian use of drones. In this regard, they point out that the following aspects should be studied and detailed for its later implementation: the obligations and requirements that



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

will be imposed on operators of drones for civilian use (with strict limitations on the type of technology e.g. cameras installed in these devices), types of data that a drone may be authorized to collect; procedures for erasing data no longer necessary or relevant to the purpose for which they were collected or processed, period of time within which data can be stored, among others.

However, it may create legal uncertainty over the reliability of the rules in force. Legislation can't be adapted at the same time to technological changes and they tend to be more general without regulating specific situations. The following solutions intend to complement legislation to provide a more focused response to the current and future challenges posed by drones.

B. Technological solutions

There is a general agreement on the use of technology to support the respect of the legislation. These proposals fall under the concept of "technology governance" which is based on the idea of technology as a neutral and general tool to solve the problems of information in the age of global communications. The need of a global solution regarding security and surveillance and the absence of common privacy and data protection voluntary standards is a starting point. For this reason, it has been proposed that the solution will come from the technology as long as national regulations are so different and global information is pro-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

cessed by different actors located all around the world under different jurisdictions. Privacy by Design (PbD)²⁴, Privacy by Default (PbDefault)²⁵ or Privacy Impact Assessment (PIA),²⁶ among others, are well-known technological governance instruments. The so-called Privacy Enhancing Technologies (PETs) would facilitate ensuring that breaches of the data protection rules and violations of individual's rights are not only something forbidden and subject to sanctions, but technically more difficult²⁷. As the EDPS underlines PbD and PbDefault principles and the performance of a PIA in specific cases will be clearly stipulated in the proposed GDPR (Articles 23 and 33, respectively) (European Data Protection Supervisor 2014, 10).

In this regard, the EGE states that the development of security and surveillance technologies by public and private organisations in Europe

²⁴ «This principle means that privacy and data protection are embedded throughout the entire life cycle of technologies, from the early design stage to their deployment, use and ultimate disposal» (European Commission 2010). On this topic, Verdure (2012) and Cavoukian (2011, 3).

²⁵ Privacy by Default is a software design concept that aims to include a requirement that privacy settings that limit the sharing of personal data be turned on by default. It may prohibit the collection, display, or sharing of any personal data without explicit consent from the data subject. It has not been approved yet. It is being considered by a number of data protection authorities, including the European Commission.

²⁶ Privacy impact assessment (PIAs) is a proactive technique that aims to identify and reduce the privacy risks through the misuse of personal information. It is a voluntary process which assists organisations in assessing (identifying and minimising) the privacy risks of new projects or policies.

²⁷ European Commission (2007). In support of the technological solutions, see Huxting (2010).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

must adopt privacy design principles because the «European values of dignity, freedom and justice must be taken into account before, during and after the process of design, development and delivery of such technologies. PETs should be integrated from the outset and not bolted on following implementation» (European Group on Ethics in Science and New Technologies 2014, 91). No less important, the advantage of taking preventive measures such as PbD is that they ensure efficacy and justice much better than any reactive measures such as economic compensation for breaches of privacy. The incorporation of storage and deletion schedules would be an example of PbD approach. It would imply that the devices embodied in drones should be design in a manner to allow secure storage of data over a defined period of time and automatic deletion once this period is exceeded. The design of drones may also be flexible and different categories of sensors can be proposed depending on private sector buyers' business objective. This would allow buyers to choose the model of drone that would interfere with privacy the least. Privacy interferences can be as well avoided by providing tools with "data protection friendly functionalities" such as the possibility to switch on/off sensors in flight, automatic masking of private areas or face-blurring effects for images that are unintentionally recorded (European Data Protection Supervisor 2014, 15).

If we refer to PIAs, some pioneering contributions such as the Guide on Regulatory Impact Assessment by the Spanish Data Protection Agency (AEPD 2014) or the Code of Practice for Privacy Impact Assessment by the Information Commissioner's Office (ICO 2014, 4-10) must be emphasised. In this sense, Data Protection Agencies have played a key role in adapting the existing regulations on data protection to the unique



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

characteristics of drones and it must be ensured that Data Authorities have sufficient legal powers, technical expertise and resources to ensure effective levels of enforcement across the European Union.

Ultimately, certification schemes, seals and marks have become very popular and have received much public and private coverage, especially regarding security products, services and systems²⁸.

All these technological solutions are highly recommended as a proactive tool to security or privacy breaches, among others. Although these have always been considered as a voluntary mechanisms, they will become increasingly important in the future since the GDPR might foresee high penalties especially in cases of intentional or negligent in compliance²⁹.

²⁸ Among other initiatives, we highlight the CRISP Project (Evaluation and Certification Schemes for Security Products) that aims to facilitate a harmonised playing field for the European security industry by developing a robust methodology for security product certification including drones. CRISP will enhance existing security evaluation and certification schemes by offering an innovative evaluation methodology that integrates security, trust, efficiency and freedom infringement assessment dimensions, inter alia and notably, the rights to privacy and personal data protection. More info at <http://crispproject.eu/>

²⁹ Article 70 GDPR states in paragraph 2a the following: «To anyone who does not comply with the obligations laid down in this Regulation, the supervisory authority shall impose at least one of the following sanctions: a) a warning in writing in cases of first and non-intentional non-compliance; b) regular periodic data protection audits; c) *a fine up to 100 000 000 EUR or up to 5% of the annual worldwide turnover in case of an enterprise, whichever is higher*". However, paragraph 2b states that "if the controller or the processor is in possession of a valid 'European Data Protection Seal' pursuant to Article 39, a fine pursuant to point (c) of paragraph 2a shall only be imposed *in cases of intentional or negligent in compliance*».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

C. Solutions from a social and voluntary perspective

The domestic use of drones is a constant concern for public authorities and regulators as many privacy violations may occur as a result of an inappropriate use of drones' by particular users. As described above, while commercial drones must comply with the Data Protection Directive, hobbyist and leisure users are exempt. In this regard, some remedies have been proposed.

To begin with, the EGE has supported that domestic use of drones should be subject to an authorisation and proper oversight to ensure safety and prevent misuse. Further, the EGE also suggests that those seeking authorisation for the use of surveillance drones must show that the proposed use is justified, necessary and proportionate and it recommends that policies and procedures governing the domestic use of drones for the purpose of surveillance should be publically available in the interests of transparency. More specifically, the EDPS clarifies the criteria to determine if the processing carried out via RPAS falls out of the scope of the household exception³⁰

³⁰ The combination of the following factors shall be used to determine whether or not any particular processing falls within the scope of personal or household processing: if the personal data is disseminated to an indefinite number of persons, rather than to a limited community of friends, family members or acquaintances, if the personal data is about individuals who have no personal or household relationship with the person posting it, if the scale and frequency of the processing of personal data suggest professional or full-time activity, if there is evidence of a number of individuals acting together in a collective and organised manner, if there is a potential adverse impact on individuals, including intrusion into their privacy (European Data Protection Supervisor 2014, 9).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

Regarding users, the Article 29 WP seeks to raise awareness of the intrusive potential of small drones by facilitating as much information as possible and, when feasible, maps that clearly identify where its use is permitted. For operators it is advisable to avoid the flight over private areas and buildings, even where it is permitted.

An initiative related to information for users, public and pilots is the creation of an on-line registration system. This database would be used by commercial drones' pilots to inform about their flights plans, data protection policies increasing transparency and it would enable citizens to identify the operator and some helpful information to exercise their rights. Some concerns have also been raised on the lack of awareness that exists among commercial drones pilots on their legal responsibilities regarding privacy and data protection. Therefore, among other options, the publication of guides for pilots on the impact of data protection legislation is suggested³¹ This has been the case in the following countries: in UK, the Information Commissioner's Office (ICO 2015) has recently revised the CCTV Code of Practice, the *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) in France has issued several guidances and documents focused on drones and videosurveillance techniques³² and

³¹ This proposal has been supported by the European Union Committee of the House of Lords which echoes the suggestions made by the Centre for Democracy and Technology, Professor De Hert and Ms Jaques or Trilateral Research and Consultancy Ltd in their written evidences for the Committee (House of Lords, European Union Committee, 2015, p. 65).

³² The following documents and guidances must be outlined: Commission nationale de l'informatique et des libertés (2012, 2013, 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

the Commission for the Protection of Privacy (CPP) in Belgium has also been actively involved in the use of drones³³.

Finally, for both, users and pilots, education has been suggested as a powerful instrument to clarify benefits and risks of the use of drones. People must know the implications of the use of security and surveillance technologies (how, why and for what purpose their personal data is affected) and civilian operators have to be warned about the consequences (and responsibilities) that their actions may have for the right to privacy.

5. Conclusions

Drones are one of the most advanced equipment in the field of robotics, aeronautics and electronics and in the near future they will fulfill a wide variety of important roles in society.

Nowadays, the real scope of drones is not well known since they can generate infinite combinations and can be equipped with a wide range of technological products, services or systems.

GDPR and other EU legislation might not accomodate to the whole unpredictable high-tech revolutions in a nearest future. Furthermore, different national legislation is applied by EU member states which may increase legal uncertainty.

³³ Commission for the Protection of Privacy, *Privacy Commission responds about drones*. FAQ section, <http://www.privacycommission.be/en/node/16643>



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

To avoid this, other technological and social solutions shall be implemented for their effective control. Technological governance instruments (PbD, PbDefault or PIAs) and effective certification schemes (standards, seals and marks) that protect the rights of citizens such as their security, data protection and privacy would also encourage a coherent European framework.

Finally, a public debate to raise awareness of the security, privacy and personal data protection implications of the use of drones should be carried out.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

Bibliography

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (2014), *Guía para una evaluación de impacto en la protección de datos personales*, 29 Octubre, http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_EIPD.pdf

Article 29 Data Protection Working Party (2004), *Opinion 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance*, WP89, 11 February, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_en.pdf

Article 29 Data Protection Working Party (2007), *Opinion 04/2007 on the concept of personal data*, WP136, 20 June, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf

Article 29 Data Protection Working Party (2013 a), *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, WP203, 2 April, http://idpc.gov.mt/dbfile.aspx/Opinion3_2013.pdf

Article 29 Data Protection Working Party (2013 b), *Advice paper on essential elements of a definition and a provision on profiling within the EU General Data Protection Regulation*, 13 May, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130513_advice-paper-on-profiling_en.pdf

Article 29 Data Protection Working Party (2014), *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, WP216, 10 April, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf

Article 29 Data Protection Working Party (2015), *Opinion 01/2015 on Privacy and Data Protection Issues relating to the Utilisation of Drones*, WP



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

231, 16 June, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp231_en.pdf

Cavoukian, A. (2011), *Privacy by Design in Law, Policy and Practice A White Paper for Regulators, Decision-makers and Policy-makers*, in Information and Privacy Commissioner, Canada, August, <http://www.ipc.on.ca/images/Resources/pbd-law-policy.pdf>.

Clarke, R. (2014), *The regulation of civilian drones' impacts on behavioural privacy*, in *Computer Law and Security Review*, n. 30.

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (2012), *Use of personal data protection and drones*, 30 Octobre, <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/usages-des-drones-et-protection-des-donnees-personnelles/>.

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (2013), *Drones: What prospective vision, which issues for freedoms?*, 6 Décembre, <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/drones-quelle-vision-prospective-quels-enjeux-pour-les-libertes/>.

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (2014), *CNIL vs. Apple Retail France, Video surveillance at work: Closing of the formal notice from the company*, 14 Octobre, http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/deliberations/Bureau/D2014-051_MED_APPLE_RETAIL.pdf

Commission Staff Working Document (2012), *Towards a European strategy for the development of civil applications of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS)*, SWD (2012) 259 final, 4 September, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2013438%202012%20INIT>



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

European Aviation Safety Agency (2015), *Concept of Operations for Drones: A risk based approach to regulation of unmanned aircraft*, March, http://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/204696_EASA_concept_dro ne_brochure_web.pdf

European Commission (2007), Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on *Promoting Data Protection by Privacy Enhancing Technologies (PETs)*, COM(2007) 228 final, Brussels, 2 May, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0228&from=EN>.

European Commission (2010), Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A digital Agenda for Europe*, 26 August, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245R%2801%29&from=EN>

European Commission (2014), Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A new era for aviation - Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner*, COM (2014) 207 final, 8 April, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014DC0207>.

European Commission (2015), *Data protection Eurobarometer out today*, 24 June, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/240615_en.htm.

European Data Protection Supervisor (2014), *Opinion on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on "A new era for aviation - Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner"*, 26 November,



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-11-26_Opinion_RPAS_EN.pdf.

European Group on Ethics in Science and New Technologies (2014), *Opinion on Ethics of Security and Surveillance Technologies* (n. 28), Brussels, 20 May, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11493>.

European RPAS Steering Group (2013), *Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System*, Final Report, June, http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/aerospace/files/rpas-roadmap_en.pdf

Finn, R.L. and D. Wright (2012), *Unmanned aircraft systems: Surveillance, ethics and privacy in civil applications*, in *Computer Law & Security Review*, n. 28.

Finn, R. L, D. Wright, A. Donovan, L. Jacques and P. De Hert (2014), *Privacy, data protection and ethical risks in civil RPAS operations. D3.3: Final report for the European Commission*, 7 November, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/8550>.

House of Lords, Constitution Committee (2009), *Surveillance: Citizens and the State*, Second Report, 21 January 2009, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldconst/18/1804.htm>.

House of Lords, European Union Committee (2015), *Civilian use of drones in UE*, 5 March, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldeucom/122/122.pdf>.

Huxting, P. (2010), *The Strategic Context and the Role of Data Protection Authorities in the Debate on the Future of Privacy*, in *European Privacy and Data Protection Commissioners' Conference Prague*, Czech Republic, 29 April,



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2010/10-04-29_Speech_Future_Pricacy_EN.pdf.

Information Commissioner's Office (ICO) (2014), *Privacy Impact Assessments: Code of Practice*, February 2014. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1595/pia-code-of-practice.pdf>.

Information Commissioner's Office (ICO) (2015), *In the picture: A data protection code of practice for surveillance cameras and personal information*, Version 1.1, 21 May 2015.

Moore, A. D. (1995), *Privacy Rights: Moral and Legal Foundations*, Pennsylvania State University Press.

Privacy Commission of Canada (2013), *Drones in Canada. Will the proliferation of domestic drone use in Canada raise new concerns for privacy?*, March.

UK Government (2013), *Home Office Surveillance Camera Code of Practice*, presented to Parliament Pursuant to Section 30 (1) (a) of the Protection of Freedoms Act 2012, June, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/204775/Surveillance_Camera_Code_of_Practice_WEB.pdf.

The White House (2015), *Presidential Memorandum: Promoting Economic Competitiveness While Safeguarding Privacy, Civil Rights and Civil Liberties in Domestic Use of Unmanned Aircrafts Systems*, February, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/02/15/presidential-memorandum-promoting-economic-competitiveness-while-safegua>.

Thomson, R.M. (2013), *UAV in domestic surveillance operations: Fourth Amendment implications and legislative reponses*, Congressional Research Service, 3 April, <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R42701.pdf>.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

Verdure, J. (2012), *Le concept de Privacy by Design: Un Remède à L'insuffisance des Moyens Actuels de Protection de la vie Privée*, 22 Février, <http://www.e-juristes.org/le-concept-de-privacy-by-design-un-remede-a-linsuffisance-des-moyens-actuels-de-protection-de-la-vie-privee/>.

Vermeulen, M. (2013), *Regulating profiling in the European Data Protection Regulation. An interim insight into the drafting of Article 20*, Centre for Law, Science and Technology Studies (LSTS), Vrije Universiteit Brussel, 1 September, <http://emsoc.be/wp-content/uploads/2013/11/D3.2.2-Vermeulen-Emsoc-deliverable-profiling-Formatted1.pdf>.

Volovelsky, U. (2014), *Civilian uses of unmanned aerial vehicles and the threat to the right to privacy. An Israeli case study*, in *Computer Law & Security Review*, n. 30.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 27 ottobre 2015

Saggi

Abstract

A Legal Approach to Civilian Use of Drones in Europe. Privacy and Personal Data Protection Concerns

Drones are a growth industry evolving quickly from military to civilian uses however, they have the potential to pose a serious risk to security, privacy and data protection. After a first stage focused on safety issues, Europe is facing the challenge to develop a regulatory framework for drones integration into the airspace system while safeguarding the guarantees of fundamental rights and civil liberties.

This paper analyses the potential privacy and data protection risks related to civil drones' applications and looks at the major doctrinal, institutional and legislative attempts but also proposes technological and social solutions to mitigate them.

Keywords: drones, RPAS, privacy, personal data protection, Directive 95/46/EC, General Data Protection Regulation.





anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Costituzionalismo e crisi economica. I diritti sociali in Grecia

di Giulia Aravantinou Leonidi *

1. La disciplina costituzionale dei diritti sociali

In Europa, quasi tutti gli Stati sono “stati sociali” in quanto nelle Costituzioni è previsto o un esplicito riferimento allo Stato sociale o l’enumerazione dei diritti sociali¹.

Negli ordinamenti dell’Europa meridionale il paradigma dello Stato sociale ha assunto delle connotazioni diverse rispetto agli altri ordinamenti europei, nonostante la notevole influenza del *Rechtsstaat* tedesco. Le condizioni nelle quali, nel sud dell’Europa, i diritti sociali si sono affermati sono state quelle di società segnate da un’economia prettamente rurale, marcata dalla presenza interventista dello Stato, società schiaccia-

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate - Università di Roma “Sapienza”. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).

¹ Per una disamina sull’affermazione dello Stato sociale e dei diritti sociali in Europa si rinvia per la dottrina greca a Kassimatis (1999).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

te da esperienze autoritarie (si pensi alla Spagna, al Portogallo, all'Italia e alla Grecia).

Considerati a lungo come “diritti dei poveri”, oggi i diritti sociali si sono affermati in diversi ordinamenti quali principi costituzionali fondamentali cui spetta la tutela e il miglioramento del benessere dei membri della comunità, nonché la garanzia di condizioni di vita dignitose².

L'affermazione dei diritti individuali è comune a tutte le Costituzioni della Grecia sin dal periodo rivoluzionario. La tutela costituzionale dei diritti è stata prevista già nel progetto di Costituzione di Riga Fereou (1797) e nelle Costituzioni della rivoluzione: la Costituzione di Epidauro (1822), Astros (1823) e Trizina (1827).

È dovuto trascorrere oltre un secolo prima che facessero il proprio ingresso, con la Costituzione del 1925, per la prima volta nella storia costituzionale greca, disposizioni istitutive dei diritti sociali. Lo spirito che animava gli estensori di quelle previsioni si rinviene in forma pressoché identica nelle Costituzioni del 1927, del 1935 e del 1952, per poi essere accolte definitivamente nel testo della Costituzione repubblicana del 1975, che incorpora in via definitiva i diritti sociali nell'ordinamento greco.

Il costituente greco ha dimostrato in ben due distinte occasioni di saper intercettare e recepire le problematiche sociali del suo tempo: nel 1927, quando la tragedia dell'Asia minore riversò in territorio greco masse di profughi determinando un terremoto sul mercato del lavoro e poi nel 1975, all'indomani della caduta del regime dei colonnelli, quando

² Così Imbert (1989) e Romain (2010). Si veda anche Katrougalos (1998, 578).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

la riconquista dell'uguaglianza sociale e della libertà politica richiesero un novellato inquadramento giuridico³.

La Costituzione del 1975, entrata in vigore il 9 giugno, opera un superamento della Costituzione del 1927 laddove, interpretando le istanze popolari per un maggior coinvolgimento nella realizzazione dei presupposti sociali ed economici della riconquistata libertà, non solo riconosce esplicitamente i diritti sociali ma ne prevede anche misure che ne garantiscano la tutela. Ciononostante, il dibattito dottrinario relativo alla giustiziabilità dei diritti sociali si caratterizza ancora oggi per la sua vivacità.

Il catalogo dei diritti sociali accolti nel testo costituzionale è piuttosto ampio, a dimostrazione del carattere estremamente progressista del nuovo testo costituzionale anche rispetto alle carte fondamentali di altri ordinamenti democratici⁴. In virtù dell'art. 21 la famiglia è riconosciuta quale

³ Per un approfondimento sulla storia costituzionale greca si veda A. ΜΑΝΕΣΗΣ, Πολιτική ιστορία & σύγχρονοι πολιτικοί θεσμοί; Ν. ΑΛΙΒΙΖΑΤΟΣ, Το σύνταγμα και οι εχθροί του στη νεοελληνική ιστορία, 1800-2010, ΠΟΛΙΣ ΕΠΕ, 2011. Γ ΔΡΟΣΟΣ, Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας, Antonis Sakkoulas 1996.

⁴ Un esame delle Costituzioni democratiche di altri paesi europei mostra che al pari della Costituzione greca del 1975 anche la Costituzione italiana contiene una specifica enunciazione dei singoli diritti sociali. Al contrario, la legge fondamentale di Bonn del 1949 attribuisce alla Repubblica la qualità di Stato sociale senza prevedere uno specifico catalogo dei diritti sociali, la Costituzione spagnola del 1978 opera una distinzione tra i diritti e libertà pubbliche, la Costituzione francese del 1958 prevede l'enunciazione di principi di natura economica e sociale nel Preambolo il cui valore costituzionale, con conseguente riconoscimento dei diritti sociali, è stato stigmatizzato dal Consiglio Costituzionale con l'arret n.44 del 1971. La Costituzione greca del 1975 è, invece, ricca di disposizioni che toccano i diritti sociali. Si vedano fra gli altri: Pergolesi (1953), Crisafulli (1954), Mazziotti (1964), Rossano (1966), Corso (1981), Caravita (1984), Cheli (1995), Luciani (1995), Lombardi (1999). V. poi i contributi raccolti in Chieffi (cur.) (1999), nonché



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

pietra miliare per la preservazione e il progresso della nazione. Pertanto, il matrimonio, la maternità e l'infanzia devono essere garantiti dallo Stato. L'art. 21 sancisce, altresì, il diritto alla salute e alle cure per i giovani, gli anziani, le persone disabili fisicamente o mentalmente. Infine, riconosce il diritto alla casa. L'art. 22 riconosce il diritto al lavoro e alla sicurezza sociale e dispone al § 3 che le questioni concernenti la conclusione di contratti di lavoro collettivi spettano all'esclusiva determinazione della legge.

La libertà sindacale e il libero esercizio dei diritti ad essa collegati trovano riconoscimento all'art. 23, così come il diritto di sciopero. L'art. 24 prevede in capo allo Stato l'obbligo di tutelare l'ambiente naturale e culturale.

Infine, la revisione costituzionale del 2001 consacra all'art.25 il principio dello Stato sociale⁵ disponendo che:

§ 1 I diritti dell'uomo in quanto individuo e in quanto membro della società sono posti sotto la garanzia dello Stato, i cui organi sono tutti obbligati ad assicurarne il libero esercizio.

§ 2 Il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali e imprescrittibili dell'uomo da parte dello Stato mirano alla realizzazione del progresso sociale nella libertà e nella giustizia.

§ 3 L'esercizio abusivo d'un diritto non è permesso.

Giorgis (1999), Moscarini (2001), Cerri (1994), Caretti (2005), Bifulco (2003), Rimoli (2004), Colapietro e Ruotolo (2008), Nania e Ridola (cur.) (2006), Razzano (2013). Sia consentito rinviare pure a Aravantinou Leonidi (2012).

⁵ Nell'ordinamento greco il riconoscimento costituzionale di un catalogo di diritti sociali è strettamente legato all'accoglimento del principio sociale o principio dello stato sociale.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

§ 4 Lo Stato ha il diritto di esigere da tutti i cittadini l'adempimento del loro obbligo di solidarietà sociale e nazionale.

Dal 1975, anno di entrata in vigore della Costituzione greca, la giurisprudenza ha basato le proprie pronunce a tutela dei diritti sociali sui principi di eguaglianza sostanziale, sussistenza e dignità. Pur non operando un pieno riconoscimento della giustiziabilità dei diritti sociali, le Corti hanno costruito attorno ad essi una rete normativa di protezione che oggi la crisi economica minaccia di voler spazzare via.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1 ° dicembre 2009, ha dato nuovo impulso al dibattito sui diritti sociali, attribuendo alla Carta dei diritti fondamentali il valore del diritto primario. Conferendo efficacia giuridica alla Carta si è voluto, sin dal preambolo, sottolineare come l'Unione europea sia caratterizzata oltre che per le sue connotazioni economiche anche da elementi antropocentrici.

È possibile, perciò, affermare che a poco a poco, si è assistito ad una espansione della regolamentazione internazionale dei diritti sociali, definiti diritti di "solidarietà" o di "terza generazione" a livello di Unione europea ma anche a livello del Consiglio d'Europa⁶.

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale relativo ai diritti sociali si è arricchito negli ultimi anni di numerosi contributi e riferimenti in ragione della mancata risoluzione della crisi economica che attanaglia

⁶ Nell'ampia bibliografia si vedano: Häberle (1971), Zagrebelsky (2005), Cartabia (cur.) (2007 e 2011), Onida (2011), Groppi (2011), Balaguer Callejon (2010), Salazar (2011), Gambino (2009, 2012, 2013 e 2014), Tega (2012), Manitakis (2011), Katrougalos (2011), Katrougalos e Achtsioglou (2012).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

l'Europa, ed in particolare la Grecia, minando le basi del progetto d'integrazione europea. Il terreno di scontro politico è costituito oggi dai diritti sociali, minacciati dalle misure di austerità introdotte allo scopo di contenere i disavanzi degli Stati.

2. I diritti alla prova della crisi economica: la giurisprudenza greca in materia di diritti sociali

Le misure di contenimento della spesa pubblica, attuate dalla Grecia in ottemperanza agli accordi di prestito, hanno inciso sui diritti e sulle legittime aspettative sociali del popolo greco, determinando una regressione dei livelli di tutela nazionale previgenti. La valutazione delle vicende che hanno caratterizzato lo sviluppo dello Stato sociale, a partire dall'enunciazione costituzionale dei diritti sociali fino alla sua più recente "involuzione" a causa del subentrare della crisi, non può scindersi da un esame degli strumenti posti a garanzia della loro effettività. Tali strumenti assicurano l'esigibilità dei diritti sociali, cui viene assegnato dalla Carta del 1975 rango costituzionale e dunque prevista la tutela costituzionale in sede di sindacato di legittimità costituzionale⁷.

⁷ È opportuno ricordare che il modello di sindacato di legittimità accolto dai costituenti greci è riconducibile ai modelli diffusi sebbene vi siano degli elementi tipici del controllo di tipo accentrato. Il Consiglio di Stato ha tradizionalmente svolto il ruolo di una corte quasi-costituzionale, intendendo con tale espressione sottolineare l'esercizio virtualmente accentrato del sindacato di costituzionalità. Sul punto si vedano tra gli altri Dagtoglou (1986), Spiliotopoulos (1983), Skouris (1989), Kaidatzis (2014). Il Consiglio di Stato ha tradizionalmente svolto il ruolo di una corte quasi-costituzionale, intendendo



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

L'esigenza di tutelare le situazioni giuridiche coinvolte dalle "misure di austerità", adottate dallo Stato greco in seguito al dirompere della crisi nel 2010, è risultata in alcune pronunce dei giudici nazionali che hanno evidenziato l'esigenza di individuare criteri di raccordo tra le fonti europee e quelle di diritto interno al fine di assicurare l'effettività della tutela⁸.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato a partire dal 1983 ha sempre interpretato le disposizioni costituzionali a favore dell'intervento dello

con tale espressione sottolineare l'esercizio virtualmente accentrato del sindacato di costituzionalità. La sezione V della Parte terza della Costituzione del 1975 contiene le disposizioni relative al potere giudiziario (artt. 87-92) e dunque all'organizzazione e competenze dei tribunali (artt. 93-100A). Sull'organizzazione della giustizia in Grecia si vedano: K. ΜΑΥΡΙΑΣ, *Συνταγματικό δίκαιο*, Σάκκουλας Αντ. Ν., 2014 (V edizione); Ν. ΜΠΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, *Περί των Αναθεωρητών Διαταξεών Του Συνταγματος Αναφορικώς προς το Συμβούλιον της Επικρατείας και την Οργάνωσιν της Διοικητικής Δικαιοσύνης*. Library of AUEB; Veglietis (1967); Φ. ΒΕΓΛΕΡΗΣ, *Χαρακτηριστικά του ελληνικού Συμβουλίου της Επικρατείας*, Τόμος τιμητικός του ΣτΕ, Ι, Αντ. Σάκκουλας, 1979, p.13-43 (17). Γ. ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ, *Το Σύνταγμα και ο δικαστής: Μια αέναη διαλεκτική σχέση. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3242/2004 και 343/2004 του ΣτΕ για τον «βασικό μέτοχο»*, in *Νομικό Βήμα* 4, 2005 pp.443e ss. Γ. ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ, *Ισορροπία εξουσιών και δικαστικός παρεμβατισμός: Συγκριτικές σκέψεις στη λειτουργία του Ελληνικού Συμβουλίου Επικρατείας και του Ανωτάτου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου των ΗΠ*, in *Τιμητικός Τόμος για τα 75 χρόνια του Συμβουλίου Επικρατείας*, Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004. Γ. ΚΑΣΙΜΑΤΗΣ, *Μελέτες. IV, Ειδικά θέματα δικαστικής εξουσίας 1973-1999*, Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή, 2000 τόμος IV/7. https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-EL-it.do.

⁸ Sugli effetti della crisi economica sulla garanzia dei diritti sociali per la dottrina greca si vedano: Σ. Ν. ΚΡΙΣΤΑΚΗ, *Η Επίδραση Της Οικονομικής Κρίσης Στα Κοινωνικά Δικαιώματα*, in *Ε.Δ.Κ.Α. τόμος ΝΔ'* (2012) p.481 e ss. Γ. Ζ. ΔΡΟΣΟΣ, *Η κρίση της οικονομίας και η κρίση του δικαστή*, «Εφημερίδα Δημοσίου Δικαίου» aprile 2015.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Stato riconoscendo a questo l'onere della promozione dei servizi pubblici e sociali. Le Corti nazionali hanno finora assunto un atteggiamento ambivalente nei confronti dei tagli del welfare e delle riforme strutturali più ampie, varate nel tentativo di realizzare un aggiustamento del debito sovrano.

In occasione delle decisioni relative ai primi casi aventi ad oggetto le misure introdotte in osservanza delle disposizioni contenute negli accordi di prestito, il Consiglio di Stato greco ha confermato la costituzionalità dei provvedimenti e la loro compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Più di recente, la Corte dei conti ha messo in dubbio la compatibilità del disegno di legge approvato in relazione al secondo accordo di prestito sottoscritto dalla Grecia con la garanzia dei diritti fondamentali.

La più rilevante di tali sentenze è senz'altro la sentenza 668/2012⁹ che rileva, in particolare, in materia di riduzione dei salari pubblici, di pensioni. La legittimità delle misure impugnate non è stata fondata sullo stato di emergenza, pur rispondendo l'introduzione di tali misure alla necessità di contrastare gli effetti della crisi economica che ha colpito il Paese. L'approccio del Consiglio di Stato ha seguito un ragionamento più complesso che fa dipendere l'interpretazione del testo costituzionale dal disavanzo dell'economia nazionale e dalla necessità di assicurare la garanzia di uno Stato sociale sostenibile nel contesto dell'ordinamento

⁹ Gli estensori della sentenza si occupano anche della controversa natura giuridica degli accordi di prestito. Sull'argomento si veda K. GIANNAKOPOULOS, «Μεταξύ εθνικής και ενωσιακής έννομης τάξης: το «Μνημόνιο» ως αναπαράγωγή της κρίσης του κράτους δικαίου», www.constitutionalism.gr.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

giuridico europeo e dell'eurozona. Nell'estendere la sentenza i giudici del Consiglio di Stato hanno esaminato, tra l'altro, la conformità dell'abolizione delle indennità per i pensionati sotto i 60 anni e la loro riduzione per i pensionati di età superiore ai 60 anni operata dalla legge 3845/2010, con l'articolo 1 del Protocollo n.1 della CEDU sul diritto di proprietà e l'articolo 17 della Costituzione greca. Basandosi sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), il Consiglio di Stato ha dichiarato che, sebbene i diritti pecuniari e gli interessi di proprietà, compresi i diritti alle prestazioni pensionistiche, ricadano nell'ambito di applicazione del diritto di proprietà¹⁰, l'articolo 1 del protocollo 1 della CEDU non garantisce il diritto ad una pensione corrispondente ad un determinato ammontare. Pertanto, le autorità nazionali potrebbero decidere l'importo delle indennità pensionistiche assegnate, corrispondenti alle condizioni economiche.

Tuttavia, qualsiasi ingerenza nel diritto di tutela della proprietà deve essere adeguatamente giustificata, oltre ad essere prevista dalla legge. Più specificamente, l'ingerenza deve perseguire uno scopo legittimo di interesse generale, che, a parere della Corte, potrebbe coinvolgere considerazioni di politica economica o sociale (ad esempio, in relazione agli aggiustamenti di bilancio o alla sostenibilità del sistema di sicurezza sociale), e dovrebbe anche essere necessaria e proporzionata all'obiettivo

¹⁰ Mi riferisco in particolare ai casi ECHR, *Hasani v. Croatia* (appl. no. 20844/09), 30 September 2010; *Andrejeva v. Latvia* (appl. no. 55707/00), 18 February 2009; *Stec and Others v. the United Kingdom* (appl. no. 65731/01 and 65900/01), 12 April 2006; *Jankovic v. Croatia* (appl. no. 43440/98), 12 October 2000; *Kjartan Asmundsson v. Iceland* (appl. no. 60669/00), 12 October 2004; *Domalewski v. Poland* (appl. no. 34610/97), 15 June 1999.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

perseguito. Fondamentalmente, il Consiglio di Stato ha osservato, che la Corte ha permesso alle autorità nazionali un ampio margine di apprezzamento; e che il ruolo della CEDU è limitato a verificare che la scelta del legislatore non sia manifestamente infondata. Nel valutare che i tagli alle pensioni oggetto del ricorso erano da ricondursi nell'ambito di un programma più ampio, finalizzato a contrastare l'aumento del debito pubblico e a rafforzare la stabilità finanziaria a lungo termine dello Stato, la Corte ha dichiarato che le misure sono state giustificate da una finalità legittima di interesse generale, quale lo stato di necessità di fronte al quale si trova l'economia greca e la necessità di migliorare la situazione economica e finanziaria futura dello Stato. Inoltre, le misure riflettono l'interesse "comune" degli Stati membri della zona euro al fine di garantire, in linea con i requisiti UE, una più rigorosa disciplina di bilancio e la stabilità della zona euro.

Il giudice ha respinto l'argomentazione addotta dai ricorrenti secondo la quale il legislatore avrebbe dovuto prendere in considerazione misure meno onerose per far fronte alle sfide fiscali ed economiche del paese. Allo stesso modo, il Consiglio di Stato non ha accolto la tesi per cui le misure di austerità erano sproporzionate perché non aventi natura puramente provvisoria. I giudici supremi hanno ritenuto che l'obiettivo perseguito non era esclusivamente quello di ovviare alle difficoltà di bilancio, immediatamente rilevabili nel paese, ma anche di operare un consolidamento dell'assetto finanziario dello Stato nel lungo periodo. Inoltre, un opportuno bilanciamento era stato operato tra le esigenze di interesse generale e l'obbligo di tutelare i diritti fondamentali dei pensionati, poiché secondo il Consiglio di Stato i tagli alle pensioni non hanno comportato una privazione totale dei diritti dei pensionati, né la



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

conseguente compromissione dell'essenza dei loro diritti, e che tali tagli sono stati concepiti tenendo dovutamente conto delle esigenze dei gruppi sociali più deboli.

In questo contesto, il Consiglio di Stato ha concluso che nessuna violazione dell'art.1 del protocollo 1 della CEDU, né tantomeno dell'articolo 17 della Costituzione greca si è verificato. Nell'osservare che i tagli alle indennità pensionistiche non avevano compromesso gli *standard* minimi di vita dei pensionati, il Consiglio di Stato non ha riscontrato alcuna violazione dell'articolo 2 della Costituzione, relativo alla tutela della dignità umana.

In un'altra serie di casi che trattano lo stesso tipo di tagli previdenziali, il Consiglio di Stato ha confermato la compatibilità delle misure adottate anche con gli articoli 4 § 1, 4 § 5, e 22 § 5 della Costituzione relativi all'eguaglianza, all'obbligo per tutti i cittadini greci di contribuzione senza distinzione alle spese pubbliche in proporzione ai loro mezzi e all'obbligo dello Stato di fornire un sistema di previdenza sociale.

Un esame approfondito della giurisprudenza rivela la dissociazione operata dai giudici greci tra i due concetti di interesse di bilancio e interesse finanziario dello Stato¹¹. Dall'interesse finanziario dello Stato deriva non solo l'interesse del Paese di aumentare le sue risorse, ma anche altri obiettivi, come ad esempio la disciplina di bilancio, l'equilibrio di bilancio e la stabilità delle finanze pubbliche.

In seguito alla grave crisi economica che a partire dal 2009 ha interessato l'Europa, colpendo soprattutto i Paesi dell'arco meridionale e tra

¹¹ Kalara (2014); Pavlopoulos (2013).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

questi con particolare durezza la Grecia, il legislatore greco è dovuto ricorrere ad un richiamo alla dottrina dell'interesse finanziario dello Stato e indirettamente dell'interesse di cassa per poter implementare le politiche di austerità richieste dalle istituzioni europee e dai creditori dello Stato greco¹². Difatti, nella ormai celebre sentenza 668/2012 concernente la legittimità costituzionale del primo accordo di prestito, il Consiglio di Stato, così come è accaduto in occasione di altre decisioni simili, come nel caso della sentenza 1285/2012, cerca di disgiungere la nozione di interesse finanziario dello Stato dal semplice interesse di cassa.

Tuttavia, la dottrina ha rinvenuto in questo atteggiamento gli indizi di un mutamento giurisprudenziale. In proposito, si è osservato che l'interesse finanziario evocato dal legislatore e sanzionato dal Consiglio di Stato denota un orientamento puramente economico, che mira al raggiungimento dell'obiettivo di ridurre la spesa pubblica. Un orientamento che si discosta nettamente dalla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di interesse pubblico. Sul punto, la dottrina insiste che le ragioni per cui l'interesse finanziario veniva considerato interesse economico erano essenzialmente due: le misure adottate dal legislatore, comportando espressamente una diretta riduzione degli stipendi e delle pensioni, miravano ad una riduzione della spesa pubblica. Tuttavia, questa riduzione della spesa pubblica rifletteva la volontà del legislatore e del governo di raggiungere obiettivi economici specifici quali la riduzione del *deficit* e del debito pubblico.

¹² Politiche fortemente limitative dei diritti sociali.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Ma questi obiettivi sono stati impropriamente classificati come obiettivi di interesse finanziario dello Stato. Le misure adottate non sono state accompagnate, né da uno studio completo sulle finanze pubbliche né tantomeno da un programma coerente formulato per la ripresa dell'economia nel contesto della crisi economica globale, anche se la maggior parte dei giudici nel caso n. 668/2012 ha sostenuto una tesi opposta. La dottrina ha osservato che le misure adottate sulla base dell'accordo di prestito rispondevano alle necessità dei creditori e non erano iscritte nel contesto più ampio di una politica generale di risanamento dei conti pubblici. Il solo scopo della politica di austerità è stato quello di intervenire per correggere l'andamento economico attuale e passato, senza alcuna progettualità relativa ad una politica finanziaria orientata al futuro.

Inoltre, l'interesse finanziario dello Stato, pur rappresentando dal punto di vista del diritto costituzionale un interesse legittimo, tuttavia, non può essere considerato come un obiettivo supremo di interesse pubblico e non si può in ragione di questo legittimare i tagli incondizionati allo stato sociale, né la violazione del principio di proporzionalità¹³.

La Corte non ha mai avuto la pretesa di celare la limitatezza del proprio sindacato sull'azione del legislatore, orientamento che ha conservato nonostante la pesante crisi economica abbia diverse volte richiesto l'intervento dei giudici nel ruolo di custodi dell'ordine costituzionale. Come si è già avuto modo di sottolineare, nella sentenza del 2012 il Consiglio di Stato precisa che «la considerazione da parte del Parlamento

¹³ A proposito del ricorso al principio di proporzionalità da parte del giudice europeo v. Gerapetrites (1995), nonché lo studio comparatistico di Contiades e Fotiadu (2013).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

delle misure adottate per affrontare la crisi finanziaria può essere oggetto di un sindacato di legittimità costituzionale limitato». Allo stesso tempo, i limiti fissati in precedenza vengono rimessi in discussione e la Corte rivede diverse volte la propria giurisprudenza per confermare la costituzionalità delle misure anti-crisi, o per non assumersi la responsabilità di dichiararle illegittime.

Ai fini della presente trattazione, rileva da ultimo la decisione del Consiglio di Stato n. 2307/2014.

Il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi sulla conformità alle norme costituzionali e internazionali delle misure di austerità imposte dal secondo Memorandum per i dipendenti nel settore privato¹⁴. Il Consiglio di Stato greco in sessione plenaria ha dichiarato tutte le misure inerenti al diritto del lavoro per l'attuazione del secondo protocollo d'intesa conformi alla Costituzione greca, al TFUE (artt. 125 e 136), alla CEDU (art. 11 e art. 1 del 1° Protocollo aggiuntivo), alla Carta sociale europea e alle convenzioni OIL n. 87, 98 e 154, ad eccezione delle misure aventi ad oggetto modifiche alle modalità di ricorso all'arbitrato del lavoro, che sono state giudicate dalla Corte in contrasto con il principio di autonomia collettiva, sancito dalla Costituzione (art 22 § 2). Rispetto a quest'ultimo punto, la Corte ha sottolineato che la Costituzione «esige che il legislatore adotti il sistema di arbitrato in caso di fallimento della contrattazione collettiva», e anche che «il processo di attivazione non ri-

¹⁴ S. YANNAKOUREOU, Συνταγμα & Εργασιακες Ρυθμισεις Του Μνημονιου ΙΙ: Η Αποφαση Ολ ΣτΕ 2307/2014, "Επίκαιρα Νομικά Θέματα και Αναλύσεις" (ΕΝΘΑ) Νο 2/2014, pp. 4-14. V. pure Yannakourou M. (2014) e Tsiboukis (2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

chiede il consenso di entrambe le parti della controversia collettiva, ma è sufficiente la volontà anche di una sola delle parti»¹⁵.

La decisione è giunta in risposta ai ricorsi depositati tra marzo e aprile 2012 da nove sindacati, tra cui la Confederazione generale dei lavoratori di Grecia (GSEE). Le associazioni di categoria contestavano, in particolare, la validità dell'atto del Consiglio dei ministri ΠΥΣ 6/2012¹⁶ adottato conformemente alla legge 4046/2012 in attuazione delle misure di austerità previste dal secondo Memorandum.

La principale questione giuridica sottoposta all'attenzione della Corte riguardava la compatibilità dell'accordo esclusivo delle condizioni di lavoro da parte del legislatore, come sancito dagli artt. 2-5 del ΠΥΣ 6/2012, con il principio di autonomia collettiva, previsto dall'articolo 22 § 2 della Costituzione¹⁷.

Le argomentazioni proposte dai giudici nella decisione 2307/2014 sono state le seguenti: Il Consiglio ha ammesso che le disposizioni del

¹⁵ «επιβάλλει στον νομοθέτη να θεσπίσει σύστημα διαιτησίας σε περίπτωση αποτυχίας συλλογικών διαπραγματεύσεων» και μάλιστα ότι «η ενεργοποίηση της διαδικασίας δεν προϋποθέτει τη συναίνεση των δύο μερών της συλλογικής διαφοράς αλλά αρκεί η θέληση έστω και του ενός μέρους.»

¹⁶ Πράξη Υπουργικού Συμβουλίου αρ. 6 της 28.2.2012(ΦΕΚ Α' 38/28-02-2012) Ρύθμιση θεμάτων για την εφαρμογή της παρ. 6 του άρθρου 1 του ν. 4046/2012.http://www.phed.uoa.gr/fileadmin/law.uoa.gr/uploads/b_idiwtikoy/proptyxia_ko/syllogico_pys_6.pdf (ultimo accesso 23 ottobre 2015).

¹⁷ In particolare, per il testo completo della sentenza (in lingua greca) si rinvia a <http://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW237/APOFASI%202307-2014%20STE.pdf> (ultimo accesso 13 ottobre 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

provvedimento contestato conferivano al legislatore la potestà di intervenire in via esclusiva, di fatto rimuovendo dal campo di applicazione della contrattazione collettiva e dei contratti collettivi una serie di questioni relative al riallineamento del livello del salario minimo, precedentemente determinate dal contratto collettivo nazionale intersettoriale, e, più in particolare, la riduzione dei salari del 22% in generale e del 32% per i giovani in età inferiore ai 25 anni. Poiché al momento in cui il Consiglio di Stato esaminava la questione è stata approvata la legge 4093/2012 che ha provveduto a stabilire il salario minimo, la Corte ha stralciato la parte relativa a questa specifica questione dal testo della decisione.

Il provvedimento impugnato introduceva, inoltre, il termine massimo di durata dei contratti collettivi e la scadenza *ex lege* di quelli già in vigore per 24 mesi o più al momento in cui il provvedimento è stato adottato, nonché l'eliminazione del ricorso unilaterale all'arbitrato del lavoro e la limitazione del suo ambito di applicazione al salario di base al netto di qualsiasi tipo di indennità. Il Consiglio di Stato, a sorpresa, ha dichiarato incostituzionali le disposizioni in oggetto poiché in contrasto con la Costituzione greca laddove escludevano per i sindacati la possibilità di ricorrere unilateralmente all'arbitrato a seguito del fallimento di negoziati per la conclusione di un contratto collettivo di lavoro. L'atto ministeriale 6 /2012 prevedeva, inoltre, la sospensione di tutti gli automatismi negli incrementi salariali basati su clausole di scadenza stabiliti da contratti collettivi e lodi arbitrali e la rimozione delle "tenure clauses", ossia delle clausole che vietano il licenziamento fino a quando un dipendente non raggiunga una certa età, la cui presenza si registrava nei regolamenti del personale imposti mediante contratti collettivi aziendali.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto che le disposizioni dell'atto del Consiglio dei Ministri 6/2012 limitavano il potere delle parti sociali di regolamentare le condizioni di lavoro, determinando un *downgrading* dei diritti dei lavoratori che si traduceva in una de-fondamentalizzazione dei diritti sociali¹⁸. Tuttavia, secondo il ragionamento del Consiglio di Stato, le disposizioni in oggetto costituivano parte di un intervento normativo più ampio volto a servire l'interesse pubblico generale e caratterizzato dall'eccezionalità delle condizioni sottostanti la sua adozione. Il Consiglio di Stato ha sottolineato che il provvedimento contestato perseguiva un obiettivo legittimo e rispondeva ai criteri di proporzionalità poiché appropriato per il conseguimento dello scopo prefisso e da ritenersi dunque necessario. Inoltre, la Corte ha sottolineato che le disposizioni impugnate non hanno influenzato il nucleo del principio dell'autonomia collettiva, vale a dire il diritto alla libertà di associazione e il diritto di sciopero consacrati agli artt. 22 e 23 della Costituzione greca, dal momento che ai dipendenti è riconosciuto il diritto a perseguire il miglioramento della propria posizione lavorativa e la mitigazione degli effetti negativi della crisi sulle loro condizioni di lavoro, sia attraverso lo strumento della contrattazione collettiva che per mezzo dell'esercizio del diritto di sciopero.

È interessante notare come il Consiglio di Stato greco, in linea con la decisione 668 adottata nel 2012, abbia fatto ricorso ancora una volta alla "teoria delle circostanze eccezionali o dello stato di emergenza". Nella sua decisione 2307/2014 il Consiglio ha abbandonato la tesi dell'interesse

¹⁸ Per un approfondimento sulla defondamentalizzazione dei diritti dei lavoratori in Europa si rinvia a Lo Faro (2011).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

pubblico finanziario, invocato per la prima volta nella decisione 668/2012, in nome della cui protezione era possibile giustificare ampie violazioni dei diritti fondamentali. La Corte ha, infatti, invocato «motivi di superiore interesse sociale», per ancorare la propria decisione di costituzionalità delle misure di austerità introdotte. L'interesse sociale equivale all'interesse pubblico e giustifica restrizioni al diritto di autonomia collettiva solo laddove sussistano determinati prerequisiti. Il Consiglio di Stato in occasione della decisione 2307/2014 ha esaminato la sussistenza di tali prerequisiti, giungendo, infine, a dichiarare che l'intervento dello Stato nel settore della autonomia collettiva era eccezionale e che le misure restrittive erano da ritenersi proporzionali. Nel compiere questa operazione i giudici hanno fatto salva l'autonomia collettiva consacrata nel testo costituzionale. Tuttavia, la Corte si è astenuta dall'intervenire sulla natura provvisoria o meno delle misure di austerità introdotte dal provvedimento del Consiglio dei ministri 6/2012.

La sentenza 2307/2014 conferma l'orientamento inaugurato in occasione della decisione 668/2012 che vede il Consiglio di Stato greco impegnato nel delicato tentativo di ricercare e garantire un equilibrio tra la legittimazione delle scelte operate dalla politica e la tutela dei diritti fondamentali, orientamento che, come si dirà in seguito, rivela una tendenza riscontrabile nella maggior parte delle corti europee.

3. Alcuni rilievi di comparazione

L'esame della giurisprudenza recente rivela la tendenza della maggior parte delle corti europee, chiamate a valutare la legittimità costitu-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

zionale delle disposizioni anti-crisi, al mantenimento di un atteggiamento generale di cautela, volto alla non ingerenza in questioni che vengono ad essere classificate come politiche¹⁹.

Dall'analisi comparata della giurisprudenza delle Corti costituzionali dei Paesi del sud Europa²⁰, maggiormente colpiti dalla crisi, emerge la tendenza a quello che è stato a ragione definito "financial crisis bricolage"²¹. Tale fenomeno enfatizza i tratti comuni nella giurisprudenza delle

¹⁹ Per uno studio comparatistico in relazione ai diritti sociali ed alla loro tutela giurisdizionale, cfr. Katrougalos (2009).

²⁰ Il riferimento è alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese. In occasione della sentenza n.187/2013 il Tribunale si è pronunciato nel merito di quattro ricorsi relativi alla legge di bilancio 2013 (*Lei do Orçamento do Estado* n° 66-B/2012, d'ora in poi LOE), sollevati rispettivamente dal Presidente della Repubblica, Anibal Cavaco Silva (ricorso n. 2/2013), da alcuni deputati dell'opposizione (ricorsi nn. 5 e 8/2013) e dal Provedor de Justiça (ricorso n. 11/2013). Il Tribunale ha provveduto con tale pronuncia a dichiarare l'illegittimità costituzionale della normativa interna relativa alla decurtazione dei trattamenti economici retributivi e pensionistici per contrasto con varie disposizioni costituzionali ed, in particolare, ricorrendo al canone della ragionevolezza. In occasione della precedente pronuncia, il 5 luglio 2012, nell'*Acórdão* n.353/2012, il Tribunale si era espresso sulla legittimità della sospensione delle tredicesime e delle quattordicesime per i dipendenti pubblici e i pensionati, giudicandole in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 13 della Costituzione. In particolare, i giudici hanno ritenuto che tale sospensione creava una ingiustificata disparità tra i lavoratori del settore pubblico e quelli del settore privato. Per un approfondimento sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese in relazione al rapporto tra diritti sociali e contingentamento della spesa pubblica, si rinvia al seguente Quaderno della Corte costituzionale: *Diritti sociali e vincoli di bilancio. Profili comparatistici*, nonché in dottrina ai commenti di Abbiate (2013 a e b) e Monteiro Fernandes (2013).

²¹ Tushnet (1999). Questi, uno dei più insigni teorici contemporanei del costituzionalismo, sostiene un terzo approccio chiamato *bricolage* che consiste fondamentalmente nel prendere in prestito parti di dottrina giurisprudenziale all'occorrenza. Rosenfeld e Sajò



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

corti europee chiamate a pronunciarsi su una casistica pressoché identica, che coinvolge questioni di carattere costituzionale, accordi di rilievo internazionale e la protezione dei diritti fondamentali. Si tratta di una contaminazione giurisprudenziale dalla quale è possibile evincere la condizione di grande difficoltà in cui le corti si trovano ad adottare le proprie decisioni all'interno di un quadro politico ed economico in continua evoluzione.

Il messaggio che si sta inviando è chiaro. Tuttavia, non si può non considerare che la gravità di una crisi economica non dovrebbe comportare l'abolizione della tutela dei diritti sociali e la rinuncia dei diritti tutelati deve pertanto essere circoscritta. I diritti sociali non dovrebbero essere concessi in tempi non sospetti e repressi in tempi di crisi.

L'esame della giurisprudenza greca in materia di diritti sociali apre ad una riflessione più ampia che riguarda la valutazione del grado di cambiamento indotto dalla crisi economica alla tutela dei diritti sociali da parte delle corti degli Stati membri dell'Unione e la successiva individuazione dei fattori che stanno consentendo lo scardinamento della tutela dei diritti sociali. La crisi economica e l'introduzione delle misure di austerità hanno evidenziato l'esigenza di un rafforzamento dei livelli di tutela dei diritti sociali che si trovano oggi ad essere sacrificati negli ordinamenti maggiormente sottoposti alle pressioni per il rispetto degli obblighi contratti.

(2012). Negli ultimi anni il dibattito dottrinario concernente l'uso della giurisprudenza straniera nell'interpretazione costituzionale si è arricchito di diversi contributi. Tra gli altri cfr. Groppi e Ponthoreau (cur.) (2013). V. pure Choudhry (1999 e 2006), Häberle (1992); Jackson (2009); Markesinis e Fedtke (2005 e 2006); Ponthoreau (2005); Slaughter (2004).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Il ruolo delle corti nazionali assume in questo contesto una fondamentale importanza essendo queste chiamate ad operare un delicato bilanciamento tra la garanzia delle tutele dei diritti costituzionalmente protetti e l'esigenza di mantenere il sistema coerente. Il cammino della giurisprudenza della crisi è ancora incerto e ad oggi risulta ancora impossibile prevedere se e come le corti intendono ricorrere a meccanismi adeguati a tutela dei diritti sociali che trovano riconoscimento nelle Costituzioni nazionali. Al momento, anche la giurisprudenza greca, conferma la tendenza ad indentificare quale cardine di tali diritti il principio di eguaglianza.

4. Conclusioni

L'epoca nella quale ci troviamo a vivere è particolarmente infelice per lo Stato sociale, sottoposto a sollecitazioni tali da renderne incerto l'avvenire e la sopravvivenza. Il contesto attuale impone, dunque, una attenta riflessione sulla possibilità di continuare a tutelare efficacemente i diritti sociali minacciati dall'avanzare di un'economia globale in cui conquistano terreno Stati caratterizzati per la parziale, e in alcuni casi totale, assenza dei livelli minimi di tutela dei diritti sociali (e anche civili).

Quella che si dispiega dinanzi all'Europa è una sfida duplice: da un lato quella posta dall'aggressività del capitalismo globale, dall'altro quella interna giocata sui tavoli di negoziazione degli accordi di prestito a livello intergovernativo. Vi è poi un ulteriore livello su cui si svolge negli ultimi anni quella che può essere definita una "guerra di posizio-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

ne”²² alla crisi, mi riferisco all’azione delle corti europee, di cui si è cercato di rendere conto nella presente trattazione.

La convinzione che non ci fosse spazio per politiche economiche differenti, attente al pluralismo democratico e allo stato sociale, all’indomani delle rivelazioni del Primo ministro greco Iorgos Papandreu sullo stato dei conti pubblici, ha progressivamente condotto a quella che è stata efficacemente definita dal premio Nobel per l’economia, Paul Krugman, “l’ellenizzazione” della crisi europea²³: una spirale perversa fra crisi del debito, provvedimenti di austerità e recessione economica dalla quale è divenuto sempre più difficile prospettare possibilità di uscita indolori. La miopia delle istituzioni europee nell’affrontare il dramma conosciuto dalla Grecia in questi anni e l’assenza di alternative per il risanamento dell’economia greca in crisi, che fossero anche solo formalmente democratiche, hanno portato ad una sistematica forzatura dei meccanismi giuridici e costituzionali, sfociata in una grave crisi di legittimazione delle istituzioni greche e della rappresentanza²⁴, risoltasi nell’affermazione di una «egemonia del populismo»²⁵.

²² Prendo in prestito la terminologia della storia contemporanea, riferita alle tattiche belliche della prima guerra mondiale, per indicare il lento avanzamento della giurisprudenza delle corti europee ancora evidentemente alla ricerca di una definizione di meccanismi efficacemente difensivi dei diritti sociali.

²³ http://krugman.blogs.nytimes.com/2013/06/14/the-hellenization-of-economic-policy/?_r=0 (Ultima consultazione: 17 ottobre 2015).

²⁴ Per un’analisi degli effetti della crisi sul sistema politico greco sia consentito il rinvio ad Aravantinou Leonidi (2015 a) nonché, per un commento alle recenti elezioni legislative in Grecia, a Id. (2015 b).

²⁵ L’espressione è del politologo Pappas (2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Il futuro della Grecia in Europa oltre la crisi non è esclusivamente subordinato al rispetto dei piani di rientro del debito negoziati con Bruxelles, esso dipende in larga parte dalla scelta di campo che gli Stati membri dovranno operare in materia di tutela dei diritti sociali²⁶. Emerge, dunque, sempre più chiaramente l'esigenza di definire il rapporto tra gestione e controllo della finanza pubblica/superamento dell'emergenza economica e garanzia della tutela dei diritti.

La ripresa del cammino dell'integrazione europea non sarà possibile fino a quando l'Unione continuerà ad essere governata, scollegando la propria azione dal circuito democratico²⁷. La necessità di una regolamentazione a livello politico europeo dei diritti sociali diviene, dunque, sempre più urgente poiché non è possibile delegare simili scelte di indirizzo agli organi giurisdizionali.

²⁶ Sul punto cfr. per la dottrina italiana: Pitruzzella (2012, 224); Bilancia (2014, 11), il quale suggerisce l'evoluzione dell'Unione Europea verso un modello federale, affinché possano essere perseguiti gli obiettivi caratterizzanti una comunità politica, tra cui la tutela dei diritti. Nell'ottica dell'Autore, i diritti assurgerebbero così al rango di strumento di riequilibrio macroeconomico. V. anche Morrone (2014) e Fontana (2013), come pure Costanzo (2008), secondo cui «ogni passo verso una maggiore integrazione dell'Europa non può ormai che essere accompagnato da un progresso sulla strada delle tutele dei diritti sociali». Per la dottrina straniera, scettico riguardo alla possibilità di una regolamentazione europea dei diritti sociali si dichiara Hayward (2014, 101).

²⁷ Così Katrougalos (2013).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Bibliografia (per le fonti scritte in alfabeto greco, i riferimenti sono in nota)

Abbate, T. (2013 a), *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quaderni costituzionali*, p. 146 ss.

Abbate, T. (2013 b), *Il Tribunale costituzionale portoghese al tempo della crisi: una nuova disciplina in materia di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, p. 438 e ss.

Aravantinou Leonidi, G. (2012), *A fragile democracy: questioning social rights under the Italian Constitution. The crisis and the collapse of the Welfare State*, paper presentato a IACL Round Table "Sovereign Debt Crisis and Social Rights"; Athens, 28-29/06.

Aravantinou Leonidi, G. (2015 a), *L'impatto della crisi economica sul sistema costituzionale della Repubblica di Grecia*, in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte, E. Guillén López e J.F. Sánchez Barrilao (cur.), *El Impacto De La Crisis Económica en Las Instituciones de La Ue y Los Estados Miembros*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Aravantinou Leonidi, G. (2015 b), *Le elezioni legislative del 20 settembre in Grecia: la seconda volta di Tsipras*, in *Federalismi.it*, 18, 30 settembre.

Balaguer Callejon, F. (2010), *Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea*, in AA. VV., *Annuario AIC 2006 - La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli: Jovene, pp. 257-308.

Bifulco, D. (2003), *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli: Jovene.

Bilancia, F. (2014), *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista Aic*, 2.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Caravita, B. (1984), *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova: CEDAM.

Caretti, P. (2005), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino: Giappichelli.

Cartabia, M. (cur.) (2007), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna: Il Mulino.

Cartabia, M. (cur.), (2011), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna: Il Mulino.

Cerri, A. (1994), *Uguaglianza (principio costituzionale di)* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, p. 1 ss.

Cheli, E. (1995), *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano: Giuffrè.

Chieffi, L. (a cura di) (1999), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova: CEDAM.

Choudhry, S. (1999), *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 Ind. L.J. 819.

Choudhry, S. (cur.) (2006), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press.

Colapietro, C. e M. Ruotolo (2008), *Diritti e libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino: Giappichelli.

Contiades, X. e A. Fotiadou (2013), *How Constitutions reacted to the Financial Crisis*, in *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, London: Ashgate, pp. 9-59.

Corso, G. (1981), *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, p. 761 ss.

Costanzo, P. (2008), *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, Relazione alle Primeras Jornadas Internacionales de Justi-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

cia Constitucional (Brasil-Espana-Italia), Belém do Pará (Brasil), 25-26 agosto 2008, disponibile su <http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBelem.htm> (ultima consultazione: 16 ottobre 2015).

Crisafulli, V. (1954), *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Diritto del lavoro*, I, p. 76 ss.

Dagtoglou, P. (1986), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Griechenland*, in C. Starck e A. Weber (cur.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I, Berichte, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 363 ss.

Fontana, G. (2013), *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 novembre, disponibile su www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0439_fontana.pdf (ultima consultazione: 16 ottobre 2015).

Gambino, S. (2009), *Diritti fondamentali e Unione europea. una prospettiva comparatistica*, Milano: Giuffré.

Gambino, S. (2012), *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi.it*, 24, 19 dicembre.

Gambino, S. (2013), *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *La cittadinanza europea*, 2.

Gambino, S. (2014), *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti*, in *Federalismi.it*, 13, 25 giugno.

Gerapetrites, G. (1995), *Proportionality in administrative law: Judicial review in France, Greece, England and in the European Community*, Athens: Sakkoula.

Giorgis, A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli: Jovene.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Groppi, T. (2011), *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza "multilivello"*, in E. Paciotti (cur.), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma: Viella, pp. 23-39.

Groppi, T. e M.C. Ponthoreau (cur.) (2013), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford: Hart Publ.

Häberle, P. (1971) *Grundrechte im Leistungsstaat*, Berlin - New York: De Gruyter (1971), ora in Id. (1980), *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts: Athenaeum.

Häberle, P. (1992), *Rechtsvergleichnung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin: Dunker & Humblot.

Hayward, J. (2014), *Reglementations européennes et politiques sociales nationales: le grand écart*, in *Pouvoirs*, 2, pp. 101-120.

Imbert, P. (1989), *Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels*, in *Revue du Droit Public*, p. 739 ss.

Jackson, V. (2009), *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York: Oxford University Press.

Kaidatzis, A. (2014), *Greece's third way in Prof. Tushnet's distinction between strong-form and weak-form judicial review, and what we may learn from it*, in *Juspoliticum*, 13, disponibile su <http://juspoliticum.com/Greece-s-third-way-in-Prof-Tushnet-957.html> (ultima consultazione: 16 ottobre 2015).

Kalara, M. (2014), *Les Droits Sociaux Face A L'interet Financier De L'etat: Le Cas De La Grece Réflexions à partir de l'évolution des jurisprudences du Conseil d'Etat grec, de la CEDH et du CEDS en matière des droits sociaux*, paper presentato in occasione del IX Congresso mondiale di diritto costituzionale (Oslo, giugno 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Kassimatis, G. (1999), *Origines et évolution de l'Etat social*, in I. Iliopoulos-Stragga (a cura di), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats Membres de l'Union Européenne*, Atene: Antonis Sakkoulas.

Katrungalos, G. (1998), *L'Etat-Providence dans l'ère post-industrielle*, Atene: Antonis Sakkoulas.

Katrungalos, G. (2009), *The justiciability of social rights: the universalization of the "European exception"*, in *Revue européenne de droit public*, 4, p. 74 ss.

Katrungalos, G. (2011), *The 'paraconstitution' of the Memorandum and the other way*, in *Nomiko Vima*, p. 231 ss.

Katrungalos, G. (2013), *The crisis of the european social state*, in *Annuaire International des droits de l'homme*, VII/2012-2013, pp.105-123.

Katrungalos, G. e E. Achtsioglou (2012), *Memorandum policies and Labour Law*, in *Epitheorissis Ergatikou Dikaiou*, p. 1333-1358.

Lo Faro, A. (2011), *Toward a de-fundamentalisation of collective labour law rights in European social law?*, in M.-A. Moreau (cur.), *Before and After the Economic Crisis. What Implications for the European Social Model?*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 203 ss.

Lombardi, G. (1999), *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1, pp. 7-16.

Luciani, M. (1995), *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso*, II, Padova: Cedam, p. 97 ss.

Manitakis, A. (2011), *The constitutional issues of the Memorandum*, in *Human Rights*, p. 689 ss.

Markesinis, B. e J. Fedtke (2005), *The Judge as Comparatist*, in *Tulane Law Review*, 11.

Markesinis, B. e J. Fedtke (2006), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London: Routledge - Cavendish Press.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Mazziotti, M. (1964), *Diritti sociali* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XII, p. 802 ss.

Monteiro Fernandes, A. (2013), *L'austerità e l'“uguaglianza proporzionale”*. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Lavoro e Diritto*, 3, pp. 339-356.

Morrone, A. (2014), *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, 3.

Moscarini, A. (2001), *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. Nania, P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, Torino: Giappichelli.

Nania, R. e P. Ridola (cur.) (2006), *I diritti costituzionali*, vol. III, Torino: Giappichelli.

Onida, V. (2011), *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in E. Paciotti (cur.), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma: Viella, pp. 11-22.

Pappas, T. (2015), *Populist Hegemony in Greece*, in *Open democracy*, 25 settembre, disponibile su <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/takis-s-pappas/populist-hegemony-in-greece> (ultimo accesso 27 settembre 2015).

Pavlopoulos, P. (2013), *The financial public interest*, Lecture at the Department of Law of the European University Cyprus (Nicosia, 5th March) (in corso di pubblicazione).

Pergolesi, F. (1953), *Alcuni lineamenti dei “diritti sociali”*, Milano: Giuffrè.

Pitruzzella, G. (2012), *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, p. 9 ss.

Ponthoreau, M.C. (2005), *Le recours à l'argument de droit compare par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in F. Melin-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Soucramanien (cur.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, p. 167 ss.

Razzano, G. (2013), *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in E. Cavasino, G. Scala e G. Verde (cur.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, atti del Convegno del Gruppo di Pisa (Trapani, 8-9 giugno 2012), Napoli: Editoriale scientifica, pp. 25-66.

Rimoli, F. (2004), *Stato sociale* (voce), in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana,

Romain, D. (a cura di) (2010), *Droits des pauvres, pauvres droits. Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, disponibile su [https://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilit C3 A9 droits sociaux rapport final.pdf](https://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilit%C3%A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf) (ultima consultazione : 16 ottobre 2015).

Rosenfeld, M. e A. Sajò (2012), *The Oxford handbook of Constitutional Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press.

Rossano, C. (1966), *Il principio d'eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano: Giuffrè.

Salazar, C. (2011), *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, Relazione al convegno «I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema», disponibile su <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/12/SALAZAR-diritti-sociali-2011.pdf> (ultima consultazione: 17 ottobre 2015).

Slaughter, A.M. (2004), *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press.

Skouris, V. (1989), *Constitutional Disputes and Judicial Review in Greece*, in C. Landfried (cur.), *Constitutional Review and Legislation*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 177 ss.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Spiliotopoulos, E. (1983), *Judicial Review of Legislative Acts in Greece*, in *Temple Law Quarterly*, 56, p. 463.

Tega, D. (2012), *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano: Giuffrè.

Tushnet, M. (1999), *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *Yale Law Journal*, 6, pp. 1225, 1261-85.

Veglieris, Ph. (1967), *La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce*, in *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, pp. 437-477.

M. Yannakourou, (2014) *Labour measures of Memorandum II before the Greek Council of State: Decision 2307/2014 (Plenum)*, disponibile su http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/04/Greek-Council-of-State-2307_2014.pdf (ultima consultazione: 17 ottobre 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Note

Abstract

Constitutionalism and Economic Crisis: Social Rights in Greece

An increasingly central dimension of the Greek crisis relates to changes affecting social rights. The aim of this paper is accordingly three-fold. It provides, firstly, an overview of the constitutional framework of social rights in Greece, drawing on the comparative approach. Secondly it looks at the content of crisis-imposed changes to work and welfare rights, explaining how these have evolved since the first bailout through case-law analysis. Finally, it discusses the urgency of finding a constitutional way out of the crisis which takes into account the protection of social rights.

Keywords: Greece, Economic crisis, Bailout, Social rights, Council of State





anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

Sicurezza, terrorismo e cittadinanza: la nuova legislazione francese anti-terrorismo e l'impegno internazionale contro i cd. *foreign fighters*

di Cristina Gazzetta *

1. Sicurezza e cittadinanza. I *foreign fighters*

Il 24 settembre 2014 il Consiglio di Sicurezza ha adottato, ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, la Risoluzione [S/RES/2178 \(2014\)](#) con cui, obbligando gli Stati ad adottare misure utili al contrasto dei *foreign fighters*, «*Décide que les États Membres doivent, dans le respect du droit International des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire, prévenir et éliminer les activités de recrutement, d'organisation, de transport ou d'équipement bénéficiant à des person-*

* Ricercatrice di Diritto pubblico comparato presso l'Università Niccolò Cusano. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

nes qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, ainsi que le financement des voyages et activités de ces personnes» (paragrafo V), seppur in assenza di una definizione di terrorismo (Panella 2015, 457)¹.

V'è da dire che la Francia il 24 novembre 2014 ha adottato una nuova legge antiterrorismo il cui progetto era già in discussione dall'estate (8 luglio 2014).

In esecuzione alla Risoluzione 2178, alcuni Stati europei hanno introdotto misure che prevedono il ritiro dei permessi di soggiorno e dei documenti di viaggio, sino alla revoca della cittadinanza. In particolare si devono citare, oltre alla Francia, i casi di Belgio, Regno Unito, Paesi Bassi, Germania, Danimarca ed Italia (Bonini 2015).

Le misure adottate per contrastare il terrorismo rispondono all'esigenza di combattere i *foreign fighters* (Cuscito 2015), cioè i combattenti stranieri, ossia quei cittadini europei di fede islamica che, ritornati nei loro Paesi d'origine dopo aver combattuto per anni in Medio oriente e nel Nord Africa, potrebbero portare la guerra di religione in Europa²,

¹ Al riguardo, Lina Panella nota come «la risoluzione privilegia un approccio preventivo al fenomeno prevedendo tre tipi di intervento: il contrasto alla radicalizzazione e all'estremismo violento, l'adozione di misure di prevenzione, soprattutto per quanto riguarda il movimento dei sospetti terroristi, richiedendo agli Stati una risposta giudiziaria al fenomeno, anche nei confronti di atti c.d. preparatori, cioè che precedono la commissione di un atto terroristico» (Panella 2015, 457-474, spec. 457, n. 3).

² Si veda in proposito il rapporto del relatore speciale sulle misure contro il terrorismo e i diritti umani del Consiglio dei diritti umani Ben Emerson, *INTERPOL, NATO*,



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

come nel caso dell'attentato a *Charlie Hebdo* o ancora degli attacchi in Tunisia, e proprio privando queste persone della cittadinanza si vorrebbe impedire il dilagarsi degli attacchi terroristici di matrice islamica (Bonini 2015).

In particolare, il Belgio si è dotato di una serie di norme penali che riguardano diverse attività terroristiche: partecipazione a gruppi od organizzazioni terroristiche, incitamento ad atti terroristici, apologia del terrorismo, reclutamento e addestramento ai fini di terrorismo, sono infatti tutte pratiche punibili a livello penale, accanto alle quali il Belgio ha incluso anche la punibilità per chi riceve addestramento a fini terroristici.

E a seguito delle operazioni antiterrorismo condotte il 15 gennaio u.s. (Pavese 2015), il governo belga ha proposto una nuova legge antiterrorismo, articolata in dodici punti (Mignon 2015) per incrementare la lotta al terrorismo: lì si prevede un aumento dei casi di ritiro della cittadinanza belga, il ritiro temporaneo della carte di identità, il ritiro o la mancata emissione del passaporto, la lotta al radicalismo religioso in carcere, il congelamento dei beni dei soggetti che finanziano attività terroristiche, la possibilità di delegare all'esercito alcune missioni di sorveglianza. I poteri locali hanno il potere di annullare la residenza e, di conseguenza, l'accesso al sistema di *welfare* per tutti quei soggetti che hanno fatto viaggi in Siria.

Il 14 gennaio u.s. in Germania il *Bundestag* ha varato una norma che prevede la possibilità di sequestro dei documenti di viaggio, carta di

and WHO share expertise with the Counter-Terrorism Committee on how to strengthen emergency responses in the aftermath of terrorist incidents, in http://www.un.org/en/sc/ctc/news/2015-06-10_CTC_EmergencyResponse.html.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

identità, passaporti e visti, per un periodo di tre anni (Franchini 2015), per tutte le persone di nazionalità tedesca e tutti i cittadini dell'Ue sospettati di partecipazione ad attività *jiihadista*, con il contestuale rilascio di un certificato che impedirà loro di lasciare il territorio dello Stato (Moussanet 2015). Per i cittadini extracomunitari è previsto il ritiro della residenza, il divieto di lasciare il Paese per motivi di sicurezza o il divieto di farvi ingresso. A livello federale, come a livello di ciascun *Land*, si operano campagne di sensibilizzazione e le autorità sono impegnate in «colloqui di rischio» (*Gefährde-ansprachen*) con le persone ritenute potenziali/aspiranti combattenti e quanti manifestino l'intenzione di partire verso teatri di guerra. Dopo gli attacchi di Parigi, il governo federale ha approvato una proposta del Ministro di giustizia che prevede la criminalizzazione dei voli verso Paesi musulmani in guerra o verso Paesi in cui si presume siano ospitati campi di addestramento.

La legislazione dei Paesi Bassi prevede la possibilità di revocare la cittadinanza, ma solo per chi abbia doppio passaporto. Le leggi del Regno non consentono infatti la negazione della cittadinanza olandese se questa comporti l'automatica determinazione dello *status* di apolide. Come nei casi danese, francese e tedesco, anche nei Paesi Bassi è prevista la possibilità di sequestro dei documenti di viaggio (carta di identità, passaporti, visti) per tutte le persone di nazionalità olandese e tutti quei cittadini dell'Ue che siano sospettati di partecipazione ad attività *jiihadista*. Per i cittadini extracomunitari è previsto il ritiro della residenza, il divieto di lasciare il Paese per motivi di sicurezza o il divieto di farvi ingresso. L'Agenzia per la protezione dei minori può sottrarre i figli alle cure dei genitori che intendano viaggiare verso zone di conflitto, affidandoli alla custodia dei servizi sociali o di sostegno all'infanzia. È prevista infi-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

ne la possibilità di ritiro dei documenti di identità agli adolescenti intenzionati a combattere all'estero.

Nel Regno Unito è stata adottata la legislazione più severa in argomento. Nel luglio 2014 il governo britannico ha emendato il [*British Nationality Act del 1981*](#), autorizzando il Ministro dell'interno al sequestro dei documenti di viaggio (carta di identità, passaporti, visti) per tutte le persone di nazionalità britannica e tutti i cittadini dell'Ue sospettati di partecipazione ad attività *ji*hadista. Per gli extracomunitari il Ministro dell'interno può procedere al ritiro della residenza, a vietare di lasciare il Paese per motivi di sicurezza o a vietarvi l'ingresso. È prevista anche la possibilità di revoca della nazionalità ai cittadini britannici naturalizzati, da parte del governo, per ragioni di difesa del «bene pubblico» o in caso di «serie minacce» alla sicurezza pubblica³. Pare di un certo rilievo che il Segretario di Stato possa revocare la cittadinanza per motivi di difesa del «bene pubblico» o in caso di «serie minacce» alla sicurezza pubblica anche se ciò comporti casi di apolidia⁴. In nome della sicurezza nazionale è

³ Il 30 gennaio 2014 Mark Harper, Ministro britannico dell'immigrazione, ha affermato che «*Citizenship is a privilege, not a right. The proposal will strengthen the home secretary's power to ensure that very dangerous individuals can be excluded if it is in the public interest to do so*», in <http://www.itv.com/news/update/2014-01-30/minister-says-citizenship-is-a-privilege-not-a-right/>.

⁴ Sembra appena il caso di ricordare il caso di Hilal al-Jedda, cittadino britannico dal 2000, che, dopo un periodo di detenzione per motivi di pubblica sicurezza, si è visto revocare la cittadinanza nel 2007. Poiché tale decisione rendeva Al-Jedda un apolide, la Corte suprema britannica nel 2013 ha annullato la revoca obbligando il governo a «restituirgli» la cittadinanza britannica; a seguito dell'approvazione dell'emendamento del luglio 2014, il Ministro dell'interno ha di nuovo privato Al-Jedda della cittadinanza britannica, facendo di lui nuovamente un apolide. In argomento v. Goodwin-Gill (2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

prevista la possibilità di arresti preventivi di persone sospette. Il governo britannico dispone inoltre di una piattaforma *on-line*, la [Counter-Terrorism Internet Referral Unit](#) (Ctiru), sulla quale la cittadinanza può segnalare casi di sospette attività terroristiche (Gowe, 2015). La Danimarca ha scelto di avviare un programma di «deradicalizzazione» e conosciuto come Modello Aarhus. Il modello danese si avvicina all'idea di un programma di recupero per individui soggetti a una dipendenza, prevedendo il successivo reintegro nella società, attraverso una consulenza psicologica e il fondamentale supporto della famiglia dell'individuo e delle persone a lui vicine, con l'obiettivo di indebolire il legame dell'individuo con i gruppi estremisti (De Kerchove, Bundsgaard *et al.* 2015).

L'Italia ha affrontato la questione dei *foreign fighters* con il decreto-legge del 18 febbraio 2015, n. 7, convertito nella [legge 17 aprile 2015 n. 43](#). Il decreto, già prima di essere convertito in legge, ha visto sollevarsi numerose critiche poiché, in alcune sue parti, è stato considerato lesivo dei diritti fondamentali individuali, prevedendo la facoltà del Questore di disporre del temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione della sua validità ai fini dell'espatrio. Scopo della legge è certamente quello di sanzionare penalmente alcune fattispecie specifiche: secondo l'art. 1, comma 1 della legge di conversione, infatti, coloro che si arruolano per il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo sono puniti con la reclusione da 5 a 8 anni. Stessa pena è prevista per coloro che organizzano, finanziano o propagandano viaggi finalizzati al compimento di condotte terroristiche (art. 1, comma 2). La legge prevede inoltre che, alla condanna per associazione terroristica, per assistenza agli associati, per arruolamento e per organizzazione di espatrio a fini di terrorismo, con-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

segue obbligatoriamente la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale «quando è coinvolto un minore».

2. Breve panoramica sulla legislazione antiterrorismo francese

La [Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme](#), è stata approvata in Francia al fine di adeguare la legislazione nazionale vigente in tema di lotta al terrorismo e in particolare per ciò che concerne la natura degli atti e la condotta dei soggetti, con l'obiettivo di «*maintenir la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'Etat de droit et de la démocratie [et] renforcer les moyens de lutte contre la propagande terroriste, tant sur le plan de la procédure pénale qu'en matière de police administrative*».

V'è da dire che a partire dagli anni Settanta e soprattutto negli anni Ottanta, a seguito dell'attentato antisemita di *rue des Rosiers* del 9 agosto 1982, che ha visto 6 morti e 22 feriti, la Francia si è trovata costretta ad affrontare azioni di stampo terroristico, di matrice nazionale e internazionale, con la conseguenza che dal 1986 essa si è dotata di un arsenale legislativo specifico volto a combattere l'emergenza terroristica.

Il legislatore francese ha inteso sin dall'inizio mantenere il difficile equilibrio tra libertà pubbliche ed efficacia delle misure volte a combattere il fenomeno terroristico attraverso un *dispositif particulier*, piuttosto che attraverso misure derogatorie permanenti al diritto comune, riconoscendo il giudice quale fulcro della lotta contro il terrorismo, scegliendo dunque di non ricorrere alla c.d. legislazione di eccezionalità, che avrebbe comportato la sospensione della garanzia delle libertà fondamentali,



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

al fine di mantenere la lotta contro il terrorismo all'interno dei principi di Stato democratico e di diritto.

E il legislatore francese ha scelto pure di mantenere tale condotta anche dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, in tendenza opposta a molti Paesi europei, senza ricorrere dunque ad una modifica radicale della legislazione statale, ma invece rafforzando (seppur limitatamente) alcune disposizioni ben precise.

Pare opportuno ricordare che l'[*Etude d'impact*](#) relativo al [*Projet de loi*](#), redatto dell'Assemblea nazionale l'8 luglio 2014, richiama tutte le quattordici leggi che compongono la legislazione antiterrorista del periodo 1986-2012:

– la [*Loi n° 86-1020*](#) del 9 settembre 1986 relativa alla lotta contro il terrorismo e alla sicurezza dello Stato, *«qui a défini la notion de terrorisme, mais uniquement pour en tirer des conséquences procédurales (compétence parisienne, garde à vue allongée...)»*;

– la [*Loi n°86-1322*](#) del 30 dicembre 1986 che completa la legge precedente, *«notamment pour prévoir une cour d'assises composée seulement de magistrats»*;

– la [*Loi n° 92-686*](#) del 22 luglio 1992 relativa alla riforma del Codice penale in materia di repressione dei crimini contro la nazione, lo Stato e la quiete pubblica, *«qui a inséré les actes de terrorisme dans le nouveau code pénal, pour en faire des infractions spécifiques et plus sévèrement sanctionnées»*;

– la [*Loi n° 92-1336*](#) del 16 dicembre 1992 relativa all'entrata in vigore del nuovo Codice penale e alla modifica di alcune disposizioni di diritto penale e di procedura penale, resa necessaria dall'entrata in vigore della



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

presente legge, *«qui a maintenu et précisé la procédure dérogatoire applicable aux actes de terrorisme»;*

– la [Loi n° 95-125](#) dell' 8 febbraio 1995, *«qui a allongé la prescription des crimes et des délits terroristes»;*

– la [Loi n° 96-647](#) del 22 luglio 1996 tendente a rafforzare la repressione del terrorismo e gli attacchi alle persone investiti di autorità pubblica o incaricati di una missione di servizio pubblico e contenente disposizioni relative alla polizia giudiziaria, *«qui a notamment créé l'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, définie comme constituant également un acte de terrorisme»;*

– la [Loi n° 96-1235](#) vdel 30 dicembre 1996 relativa alla detenzione temporanea e alle perquisizioni notturne in tema di terrorismo, *«qui a permis les perquisitions de nuit en enquête de flagrance, préliminaire ou au cours de l'instruction»;*

– la [Loi n° 97-1273](#) del 29 dicembre 1997 che ha ad oggetto facilitazioni per lo svolgimento dei processi per reati di terrorismo, *«qui a permis de délocaliser, si nécessaire, les juridictions spécialisées ailleurs qu'à Paris»;*

– la [Loi n° 2001-1062](#) del 15 novembre 2001 relativa alla sicurezza quotidiana, *«qui a notamment facilité les contrôles d'identité pour lutter contre le terrorisme, créé le délit de financement des actes de terrorisme et prévu la peine de confiscation générale de l'ensemble des biens des personnes coupables d'actes de terrorisme»;*

– la [Loi n° 2004-204](#) del 9 marzo 2004 che ha comportato un adeguamento della giustizia alle evoluzioni delle fattispecie criminali, *«qui a créé de nouvelles possibilités d'investigations applicables en matière de terrorisme et de délinquance ou de criminalité organisée, comme les écoutes téléphoniques lors de l'enquête, les infiltrations et les sonorisations»;*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

– la [Loi n° 2006-64](#) del 23 gennaio 2006 relativa alla lotta al terrorismo e che contiene varie disposizioni in materia di controlli di sicurezza e di frontiera, *«qui a permis une garde à vue de 6 jours en cas de risque d'attentats»*;

– la [Loi n° 2011-267](#) del 14 marzo 2011 di orientamento e di programmazione per l'adempimento della sicurezza interna, *«qui a permis la captation de données informatiques»*;

– la [Loi n° 2011-392](#) del 14 aprile 2011 relativa all'affidamento, *«qui a renforcé la présence de l'avocat en garde à vue, y compris pour les gardes à vue en matière de terrorisme»*;

– la [Loi n° 2012-1432](#) del 21 dicembre 2012 relativa alla sicurezza e alla lotta contro il terrorismo, *«qui a permis de rendre applicable la loi pénale française à tous crimes et délits terroristes commis à l'étranger par un Français ou une personne résident habituellement en France sans que cela ne soit conditionné par une dénonciation officielle préalable, d'incriminer l'instigateur d'acte terroriste, d'étendre la prescription et d'ouvrir la possibilité d'avoir recours à la détention provisoire pour les faits d'apologie et de provocation au terrorisme prévus par la loi du 29 juillet 1881»*.

Secondo molti osservatori (Lahorgue, 2015) il numero elevato di leggi antiterrorismo francesi certamente trova giustificazione nella continua e crescente evoluzione della minaccia terroristica che esige, o almeno dovrebbe esigere, una pari evoluzione dei dispositivi legislativi e regolamentari adottati per combattere il fenomeno del terrorismo.

Al riguardo bisogna ricordare che i due attentati terroristici del 13 gennaio 2015 hanno preceduto di un giorno la pubblicazione del primo decreto di applicazione della legge n° 2014-1353.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

Con la conseguenza che il *Conseil des ministres* già il 23 gennaio 2015 ha lasciato intendere che la legge n° 2014-1353 «*n'était plus adaptée à la nouvelle menace terroriste*».

Nel momento in cui la legge è stata adottata essa sembrava la migliore risposta a cinque grandi obiettivi: «*adapter les mesures de police à l'évolution des formes de terrorisme, y compris aux actes préparatoires, renforcer et étendre les mesures d'assignation à domicile, créer des incriminations plus dissuasives, organiser un traitement judiciaire centralisé et renforcer la lutte contre la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme sur internet*» (Lahorgue 2015).

Occorre anche aggiungere che il 19 marzo 2015 è stato presentato il [Projet de loi sur le renseignement](#), approvato in prima lettura il 5 maggio dall'*Assemblée nationale*, votato a grande maggioranza dalle due Camere e approvato il 24 giugno dal Parlamento, allo scopo di fornire «*aux services de renseignement des moyens à la hauteur de la menace à laquelle ils sont confrontés tout en garantissant la protection des libertés publiques*» e sul quale il giorno seguente, data l'enorme quantità di critiche sollevate dal mondo politico e dall'opinione pubblica è stato richiesto l'intervento del *Conseil constitutionnel* da parte del Presidente della Repubblica (per la prima volta su un progetto di legge), del Presidente del Senato e di più di sessanta deputati (*affaire* 2015-713 DC) al fine di verificarne l'effettiva rispondenza ai valori costituzionalmente garantiti (in base all'art. 61, comma 2 Cost.ne); in esso si prevede che i servizi di *intelligence* possano monitorare il telefono e la posta elettronica di ogni presunto terrorista, costringendo i *provider* di *internet* e le compagnie telefoniche a permettere ai servizi di *intelligence* di registrare i metadati, conservati per una



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

tempo non superiore ai cinque anni e analizzabili in caso di comportamenti sospetti.

Il *Projet* è stato criticato da più voci, ma il *Premier* francese ha difeso la proposta di legge poiché si tratterebbe di strumenti giuridici utili alla lotta contro il terrorismo, ma non di misure di eccezione.

In data 23 luglio u.s. il *Conseil* si è pronunciato ([decision n° 2015-713 DC](#)) sulla costituzionalità del suo contenuto, affermando che la raccolta di informazioni e dati secondo tecniche e metodi stabiliti dalla legge è di sola competenza della polizia amministrativa e per il fine di mantenere l'ordine pubblico e prevenire in generale che siano commessi fatti criminali, non ammettendo dunque che possano invece essere raccolti dati dai servizi di *intelligence* per indagini su reati, punibili ai sensi della legislazione penale, raccogliere prove o ricercare gli autori dei crimini.

Il *Premier* il 3 marzo u.s. ha pure annunciato che lo Stato raddoppierà i corsi universitari sull'Islam, al fine di impedire ai governi stranieri di finanziare ed influenzare la formazione degli *imam* francesi, i quali, se istruiti e formati all'estero, dovranno ricevere, in Francia, una ulteriore formazione, assieme ai cappellani carcerari, affinché parlino un francese fluente e comprendano al meglio il concetto di laicità (Kern 2015).

3. La legge n° 2014-1353 in breve

La legge si presenta suddivisa in cinque Capitoli.

L'art. 1, che costituisce l'intero Capitolo I, ha come obiettivo quello di permettere allo Stato di vietare la partenza dalla Francia di un cittadino di nazionalità francese quando esistano serie motivazioni di credere che



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

egli progetti azioni all'estero che gli consentano di partecipare ad attività terroristiche, a crimini di guerra o a crimini contro l'umanità, o di prendere parte ad operazioni di gruppi terroristici e in condizioni tali da portarlo a commettere attentati contro la sicurezza pubblica al suo ritorno in territorio francese. Il divieto deve potersi applicare indipendentemente dal possesso di un documento di identità o un titolo di viaggio da parte del soggetto. Qualora il soggetto lasci il territorio nazionale o tenti di lasciarlo in violazione di un divieto in tal senso egli è punito con una pena di tre anni di reclusione e una ammenda di 45mila euro.

Il campo di applicazione della disposizione è comunque circoscritto, riguardando una limitazione della libertà di circolazione (entrata e uscita dal territorio nazionale) giustificata alla luce dell'obiettivo che la Francia intende perseguire di salvaguardia dell'ordine pubblico, sia sul territorio nazionale, impedendo che il sospettato lasci la Francia per acquisire una formazione tale da mettere a rischio la sicurezza collettiva dello Stato al suo ritorno in Francia, che in ambito internazionale, poiché il divieto è pronunciato quando esistano serie ragioni di credere che le azioni del sospettato siano legate a crimini di guerra o a crimini contro l'umanità.

Tale misura, si legge nel [*Dossier législatif*](#), risulta essere proporzionata all'obiettivo perseguito, tenuto conto che la decisione in merito è presa in situazioni di gravità estrema dal Ministro dell'interno, per un tempo limitato (al massimo per sei mesi), salvo poter essere rinnovata qualora la situazione lo richieda. E, tenuto conto dell'urgenza e della necessità di garantire l'effettività della misura in oggetto, essa non necessita di un contraddittorio; tuttavia, la persona fermata, entro un tempo massimo di quindici giorni, può essere ascoltata al fine di permettere al Ministro



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

competente di revocare la decisione, qualora le prove fornite dal fermato lo consentano.

Ma se la questione sembra abbastanza agevole nella sua risoluzione nei casi in cui vengano fermati cittadini francesi che intendano lasciare il territorio nazionale e – per mezzo del passaporto – lo spazio Schengen, in realtà il dettato dell'art. 1 non permette, da solo, di limitare gli spostamenti dei cittadini francesi verso quelle destinazioni (non solo all'interno dello spazio Schengen) che non prevedano la presentazione del passaporto ma invece della sola carta di identità.

È così che trova giustificazione la previsione dello stesso articolo che mira a colmare il dispositivo previsto dal Capitolo II del titolo III, libro II del Codice della sicurezza interna, obbligando le compagnie di trasporto a fornire alle autorità amministrative i dati dei passeggeri (art. 232-5 del Codice della sicurezza interna), ai quali esse possono impedire l'imbarco qualora sia stato già vietato loro di lasciare il territorio nazionale. Quando il trattamento dei dati dei passeggeri, PNR (*Passenger Name Record*) sarà operativo (art. 232-7 del Codice della sicurezza interna), i dati di prenotazione e di registrazione con obbligo di trasmissione comprenderanno tutte le destinazioni, dentro e fuori lo spazio Schengen e in caso di notifica del divieto di lasciare il territorio i soggetti potranno essere investiti da un mandato di arresto europeo.

Il Capitolo II ha l'obiettivo di rafforzare le disposizioni applicabili agli stranieri assegnati a residenza poiché l'art. 2 propone l'inserimento, all'interno del [CESEDA](#) (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*), di disposizioni che, oltre a prevedere la sorveglianza elettronica mobile (art. 571-3 del Codice), permettono all'autorità amministrativa di vietare allo straniero assegnato a residenza, già raggiunto da



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

una misura di allontanamento motivato per un comportamento legato al terrorismo, di avere rapporti con persone già note per legami con movimenti terroristici al fine di salvaguardare la sicurezza pubblica.

Il Capitolo III rafforza la repressione degli atti di terrorismo e della propaganda mediatica delle organizzazioni terroristiche.

L'art. 3 completa l'elenco dell'articolo 421-1 del Codice penale che definisce gli atti di terrorismo e include la diffusione dei metodi per la produzione di strumenti di distruzione, il possesso di sostanze o elementi incendiari o esplosivi utilizzati nella composizione dei prodotti o dispositivi esplosivi.

L'art. 4 dà seguito alla volontà del Governo di lottare contro lo sviluppo, sempre più importante, di propaganda terroristica che provochi o glorifichi gli atti di terrorismo. Al fine di migliorare l'efficacia della repressione in questo settore e in considerazione del fatto che non si è in presenza di una semplice volontà di repressione di abusi della libertà di espressione, ma volendo sanzionare fatti che siano direttamente all'origine di atti terroristici, questi ultimi dovrebbero essere assoggettati a regole procedurali di diritto comune e a talune norme stabilite in materia di terrorismo.

A tal fine, le previsioni dell'art. 4 inseriscono i reati di istigazione e di glorificazione di atti terroristici nel Codice penale, già presenti nella [*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*](#) attraverso la previsione del nuovo art. 421-2-5. La pena, attualmente fissata dalla legge sulla libertà di stampa a cinque anni di reclusione, viene mantenuta ma è aggravata quando i fatti siano commessi su Internet (sette anni di reclusione), al fine di tenere in considerazione l'effetto moltiplicatore di questo mezzo comunicazione.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

L'art. 5, al fine di tener conto dell'attuale evoluzione della minaccia terroristica e della possibilità che una persona possa preparare un atto di terrorismo, incrimina l'organizzazione terroristica individuale. Questa disposizione risulta in linea con lo spirito del Codice penale che permette di definire, sin dalla sua adozione nel 1992, atti di terrorismo attraverso la definizione di «organizzazione individuale o collettiva avente come obiettivo di turbare gravemente l'ordine pubblico attraverso l'intimidazione o il terrore».

Infatti, la previsione di organizzazione individuale terroristica, prevista negli ordinamenti giuridici britannico e tedesco, risponde ad un bisogno reale, che ha visto il verificarsi di recenti casi di auto-indottrinamento radicale attraverso la consultazione abituale di siti Internet che incitano alla commissione di atti terroristici o forniscono informazioni utili per commettere un attentato.

La previsione del nuovo reato, ostacolerebbe la commissione del fatto pericoloso, sebbene sia essenziale dimostrare che la persona agisca da sola, disponga di strumenti necessari per la commissione del fatto, cerchi di procurarseli o fabbricarli e sia nella condizione di poterlo commettere. L'ambito di applicazione della fattispecie è comunque limitato alla preparazione dei più gravi e violenti atti terroristici, quelli di cui al punto 1 dell'art. 421-1 del Codice penale e, nei casi in cui l'atto comporti la distruzione attraverso esplosivi o materiali incendiari che possano provocare un danno all'integrità fisica della persona, il riferimento è al punto 2 del medesimo articolo.

L'art. 6 modifica e completa le disposizioni del Codice di procedura penale in modo che la provocazione di atti di terrorismo o di apologia al terrorismo siano assoggettati a determinate regole procedurali, quali la



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

competenza del tribunale di Parigi, la possibilità di effettuare sorveglianza, infiltrazioni, intercettazioni durante le indagini preliminari, registrazioni audio o acquisizioni di dati informatici, non essendo giustificabile l'applicazione di tutte le norme procedurali in materia di terrorismo a tali reati.

Il Capitolo IV contiene disposizioni intese a rafforzare i mezzi di prevenzione e di indagine.

L'art. 7 estende le norme sulla competenza concorrente dei giudici di Parigi ai reati commessi durante la detenzione, all'evasione e alla violazione degli arresti domiciliari di un detenuto, un condannato, un ricercato per atti di terrorismo e alla violazione del divieto di lasciare il Paese.

L'art. 8, modifica le disposizioni per l'attuazione del congelamento dei beni come parte della lotta contro il finanziamento del terrorismo. Rende il Ministro dell'interno responsabile, assieme al Ministro dell'economia, degli ordini delle attività di congelamento dei beni. Questa competenza appare giustificata dal raggiungimento dell'obiettivo del mantenimento della sicurezza nazionale e dalla lotta contro il terrorismo, anche al fine di consentire al Ministero dell'interno di poter essere rappresentato in caso di controversia e di poter fornire prove per la concessione della misura.

L'art. 9 completa le disposizioni della legge del 21 giugno 2004 e consente all'autorità amministrativa la possibilità di poter richiedere ai fornitori di servizi Internet di bloccare l'accesso ai siti che provocano atti di terrorismo o che glorificano il terrorismo, come quanto già previsto dal legislatore per i siti di pornografia infantile; è prevista la costituzione di un elenco dei siti oscurati sotto il controllo di un organo giudiziario.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

L'art. 10, tenuto conto dello sviluppo di archiviazione dei dati informatici e l'uso massiccio di dispositivi mobili (*smartphone, tablet ...*), disciplina per analogia i termini di perquisizione di un sistema informatico di cui all'art. 57-1 del Codice di procedura penale e prevede, in questi casi, che le regole della perquisizione si applicano se i dati vengono memorizzati e vi si accede da un sistema informatico installato nella polizia o in unità della gendarmeria.

L'art. 11 stabilisce che gli agenti di polizia giudiziaria possano avvalersi dell'ausilio di una persona qualificata per decifrare i dati raccolti.

L'art. 12 rafforza l'effetto deterrente delle previsioni normative aventi ad oggetto le fattispecie relative agli abusi dei sistemi di trattamento automatizzato dei dati, prevedendo, per questi, la circostanza aggravante di associazione criminale.

L'art. 13 ha lo scopo di estendere il campo delle indagini sotto copertura per tutti quei reati nell'ambito del crimine e della delinquenza organizzata, che siano preparati, facilitati o commessi attraverso mezzi di comunicazione elettronici.

L'art. 15 modifica l'art. 242-6 del Codice della sicurezza interna e permette la conservazione delle registrazioni di intercettazioni di sicurezza per un tempo massimo di trenta giorni.

Il Capitolo V riguarda l'applicabilità delle disposizioni in oggetto nei territori d'oltremare.

Ad oggi i decreti attuativi della legge già pubblicati sono cinque:

– [Décret n° 2015-26 du 14 janvier 2015 relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités terroristes à l'étranger;](#)



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

- [Décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique;](#)
- [Décret n° 2015-198 du 20 février 2015 relatif aux conditions d'application des mesures de gel des avoirs;](#)
- [Décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique ;](#)
- [Décret n° 2015-383 du 3 avril 2015 relatif aux mesures de sûreté applicables aux entreprises de transport aérien desservant le territoire national au départ d'aérodromes étrangers, en cas de menace pour la sécurité nationale.](#)

4. La *déchéance de nationalité*: alcune riflessioni

Nell'ottica della lotta contro il terrorismo occorre ricordare che tra gli strumenti di cui dispone lo Stato francese ai fini della salvaguardia della sua sicurezza interna è prevista la *déchéance de nationalité*.

Il *Conseil constitutionnel*, con una sentenza del 23 gennaio 2015 ([Décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015](#)), ha dichiarato la conformità alla Costituzione della *déchéance de nationalité* francese prevista dall'art. 25, 25-1 del Codice civile nei confronti di un individuo che sia in possesso di un'altra cittadinanza per motivi legati alla partecipazione ad una associazione criminale ai fini della messa in opera di un attentato terroristico.

Già nel 1996 il *Conseil* si era pronunciato sulla possibilità di privare della cittadinanza i «*Français par acquisition*» per atti di terrorismo ([Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996](#)), considerando che «*le législateur*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité ; qu'en outre, eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, cette sanction a pu être prévue sans méconnaître les exigences de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen».

Il dubbio che è stato sollevato da molti commentatori è se si possa pensare alla creazione di una nuova generazione di apolidi, considerando che la Commissione per gli affari europei del Senato, presieduta dal senatore M. Jean Bizet ha proposto il 22 gennaio 2015 *«la possibilité, au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, de faire de la déchéance de nationalité un instrument juridique réellement dissuasif».*

Pare di un certo interesse notare che la Francia non ha mai ratificato la [Convenzione di New York del 30 agosto 1961 sulla riduzione dei casi di apolidia](#), nonostante le disposizioni del Codice civile sembrano tendere verso una loro riduzione.

La domanda che pare debba porsi è fino a che punto possa spingersi il legislatore nell'utilizzo dello strumento giuridico della *déchéance de nationalité* al fine di prevenire e combattere il terrorismo.

La risposta è forse da ricercarsi nel dettato dell'art. 15 della [CEDU](#); infatti, l'art. 14 della Convenzione prevede che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche opinione o altro, origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, proprietà, nascita o altro status». Il dettato dell'art. 15 consente agli Stati contraenti di derogare ai di-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

ritti garantiti dalla stessa Convenzione «in caso di pericolo pubblico», in caso di guerra o di altre situazioni di emergenza che minaccino la vita della nazione.

Quest'ultima ipotesi potrebbe verificarsi nel caso di nuovi attentati di stampo terroristico. Una deroga dei diritti fondamentali sarebbe dunque possibile «nella misura strettamente necessaria dalla situazione e a condizione che tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi di diritto internazionale».

L'ipotesi di deroga al dettato della previsione dell'art. 15 della CEDU è stata utilizzata dal Regno Unito in occasione dell'adozione dell'[*Anti-Terrorism, Crime and Security Act \(2001\)*](#), che autorizzava, proprio in deroga all'art. 5 (1) della CEDU, la detenzione senza processo di stranieri residenti in Gran Bretagna se sospettati di essere legati ad ambienti terroristici senza la possibilità che essi potessero appellarsi alle garanzie di tutela e protezione dei diritti dell'uomo previste dalla CEDU.

Per questo motivo, il governo britannico ha dovuto dichiarare lo «stato di emergenza che minaccia la vita della nazione» (Murdoch, 2003, 140).

Nonostante la scelta del legislatore francese, l'art. 16 della Costituzione permetterebbe ugualmente l'ipotesi della dichiarazione di emergenza e la conseguente applicazione di disposizioni derogatorie alla tutela e alla garanzia dei diritti fondamentali previste dalla CEDU.

Nel frattempo, il buon senso, probabilmente, dovrebbe consigliare una sorta di equilibrio tra un riconoscimento ed un'applicazione incondizionata delle libertà fondamentali e la loro limitazione a seguito di una dichiarazione di stato di emergenza tale da mettere in pericolo la vita della nazione.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

Bibliografia

Amnesty International (2015), *France. Les mesures de «lutte contre le terrorisme» récemment annoncées mettent les droits humains en péril*, 23 gennaio, in <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2100012015FRENCH.pdf> (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Bonini, E. (2015), *Foreign fighters, ecco come in Europa si risponde alla minaccia*, 9 febbraio, in <http://www.eunews.it/2015/02/09/foreign-fighters-risponde-minaccia/29894> (ultima consultazione 15 settembre 2015).

De Kerchove, G., J. Bundsgaard, Maj. Gen. Doug Stone, USMC (ret.), and M. Levitt (2015), *Rehabilitation and Reintegration of Returning Foreign Terrorist Fighters*, 23 febbraio, in <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/rehabilitation-and-reintegration-of-returning-foreign-terrorist-fighters> (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Franchini, F. (2015), *Lotta al terrorismo: ecco la Jihadi card per i foreign fighters*, 18 gennaio, in <http://www.ilgiornale.it/news/mondo/lotta-terrorismo-ecco-jihadi-card-i-foreign-fighters-1083870.html> (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Goodwin-Gill, G. S. (2014), *Mr Al-Jedda, Deprivation of Citizenship, and International Law*, Paper presented at a Seminar at Middlesex University on 14 February 2014, in <http://www.parliament.uk/documents/joint-committees/human-rights/GSGG-DeprivationCitizenshipRevDft.pdf> (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Gower, M. (2015), *Deprivation of British citizenship and withdrawal of passport facilities*, in *Library House of Commons*, 30th january, standard note SN/HA/6820.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

Kern, S. (2015), *La Francia: guerra all'Islam radicale*, 27 marzo, in http://www.opinione.it/esteri/2015/03/27/kern_esteri-27-03.aspx (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Mignon, T. (2015), *Armée dans les rues, retrait de nationalité... Les 12 mesures du gouvernement contre le terrorisme*, 16 gennaio, in http://www.rtf.be/info/belgique/detail_federal-12-mesures-contre-le-terrorisme-toutes-applicables-d-ici-un-mois?id=8786269 (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Moussanet, M. (2015), *Terrorismo, Germania ritira il passaporto ai sospetti che vanno in Siria e Iraq*, 14 gennaio, in <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2015-01-14/terrorismo-germania-ritira-passaporto-sospetti-che-vanno-in-siria-e-iraq-143005.shtml> (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Murdoch, J. (2003), *L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme: protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Dossier sur les droits de l'Homme révisé n°12*, Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe.

Panella, L. (2015), *La revoca della cittadinanza nel quadro della lotta al terrorismo internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, pp. 457-474.

Pavese, L. (2015), *Operazione anti terrorismo in Belgio: 2 persone uccise e 13 arrestate*, 16 gennaio, in <http://www.eunews.it/2015/01/16/terrorismo-belgio/28605> (ultima consultazione 15 settembre 2015).

Pagine web visitate (ultima consultazione 31 luglio 2015)

<http://www.senat.fr/presse/cp20150122d.html>.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

<http://www.gouvernement.fr/partage/3707-loi-sur-le-renseignement-conference-de-presse-de-manuel-valls>

<http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2015-01-21/les-mesures-exceptionnelles-pour-lutter-contre-la-menace-ter>

http://www.liberation.fr/societe/2015/06/17/le-cerveau-presume-de-l-attentat-de-la-rue-des-rosiers-interpelle-en-jordanie_1331723

<http://www.itv.com/news/update/2014-01-30/minister-says-citizenship-is-a-privilege-not-a-right/>

http://www.un.org/en/sc/ctc/news/2015-06-10_CTC_EmergencyResponse.html

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-713-dc/decision-n-2015-713-dc-du-23-juillet-2015.144138.html>

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158>



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 1° ottobre 2015

Osservatorio sulla normativa

Abstract

Security, Terrorism and Citizenship: the New Rules Against Terrorism in France and the International Commitment Against the So-Called Foreign Fighters

On 24 September 2014, the Security Council adopted under Chapter VII of the UN Charter, Resolution S / RES / 2178 (2014) which requires Member States to adopt appropriate measures to contrast the foreign fighters. On 24 November 2014, the France adopted a new anti-terrorism law whose project was already under discussion since the summer. In implementation of Resolution 2178, some European States have introduced measures providing for the withdrawal of residence permits and travel documents, until the revocation of citizenship. In particular we should mention, as well as France, the cases of Belgium, United Kingdom, the Netherlands, Germany, Denmark and Italy.

The article aims to investigate the new French anti-terrorism legislation and the consequences of the *déchéance de nationalité* as a tool available to the French State for the purpose of safeguarding their internal security.

Keywords: Foreign fighters, Terrorism, Resolution S / RES / 2178 (2014), French law n. 2014-1353.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Disamina della sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, 09/12/2014, causa Geisterfer c. Paesi Bassi, tra tutela dell'art. 3 CEDU (proibizione della tortura) e garanzia dell'art. 5, par. 1 CEDU (diritto alla libertà e alla sicurezza)

di Massimo Pellingra Contino *

La sentenza che ivi si annota trae origine da un ricorso (n. 15911/08) presentato da un cittadino olandese, Richard Geisterfer ("ricorrente") in data 26 marzo 2008 innanzi alla Corte, contro il Regno dei Paesi Bassi, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il ricorrente è stato rappresentato in giudizio inizialmente da T. Spronken, a quel tempo avvocato del foro di Amsterdam, e successivamente da Mr Th.O.M. Dieben e Ms G.A. Jansen, avvocati del medesimo

* Dottore di ricerca in Diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente; avvocato e docente a contratto presso l'Università degli Studi di Palermo e presso il Polo didattico di Agrigento.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

foro. Il governo olandese è stato rappresentato da funzionari del Ministero degli Affari Esteri, R. A. A. Böcker e L. Egmond.

Il ricorrente ha eccepito la violazione dell'articolo 5 della richiamata Convenzione in quanto, a seguito della sospensione del suo arresto cautelare, era stato nuovamente arrestato sulla base di motivi ritenuti insufficienti dalla difesa di parte.

Il ricorrente, nato nel 1962 e vivente ad Amsterdam, era sospettato di appartenere a un movimento di criminalità al cui vertice era H., soggetto noto alle forze dell'ordine e all'opinione pubblica essendo stato condannato per reati gravi, tra cui complicità in estorsione e possesso illegale di arma da fuoco. Il 30 gennaio 2006 il ricorrente è stato arrestato; il 2 febbraio 2006 è stato trattenuto in custodia cautelare iniziale (*Bewaring*) per quattordici giorni su ordine di un giudice istruttore del Tribunale regionale di Haarlem (*rechtbank*). L'ordinanza di custodia cautelare comprendeva i seguenti motivi:

[...] Considerando, inoltre, che sembra che ci siano seri motivi di pubblica sicurezza che richiede la privazione immediata della libertà;

Considerando a questo proposito: che ci sia il sospetto di una condotta [penale] che, secondo la legge, comporta una pena detentiva massima pari o superiore a dodici anni e che con quella condotta criminosa ha cagionato un grave turbamento per l'ordinamento giuridico (*een feit waarop naar de wettelijke een gevangenisstraf van Twaalf jaren di Meer isgesteld en de rechtsorde ernstig dat feit is geschokt*), che esiste un serio rischio (*dat ernstig er rekening mee moet Worden gehouden*) che l'indagato commetterà un reato (*misdrif*) per cui saranno messi in pericolo la salute o la sicurezza delle persone, in quanto il quadro del sospettato si incentra su condotta aggressiva e sfrenata e pertanto si ritiene che la detenzione sia necessaria al fine del raggiungimento della verità processuale che in caso contrario non potrebbe essere raggiunta attraverso le dichiarazioni dell'indagato [...].



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

L'ordinanza di custodia cautelare si incentrava sulla sussistenza di serio pericolo di violazione della pubblica sicurezza tale da richiedere l'immediata privazione della libertà dell'indagato, secondo la legge, e tale da comportare l'applicazione di una pena detentiva massima di almeno dodici anni a seguito di accertamento di condotta dolosa e colposa contro l'ordinamento giuridico (*een feit waarop naar de wettelijke een gevangenisstraf van Twaalf jaren di Meer si gesteld en de rechtsorde ernstig porta dat feit è geschokt*), nonché sul grave rischio (*dat ernstig er rekening mee Moet Worden gehouden*) e sulla base del convincimento processuale che l'indagato commettesse un reato (*misdrif*) tale da comportare pericolo la salute o la sicurezza delle persone.

Il 14 febbraio 2006 il ricorrente è stato sottoposto a custodia cautelare (*gevangenhouding*) per 30 giorni su ordine del Tribunale di Haarlem a seguito di un'audizione a porte chiuse. L'ordinanza si radicava sui seguenti motivi:

Considerando che il Tribunale regionale ritiene, dopo aver esaminato il caso, sussistenti le indicazioni e le ragioni che hanno portato alla decisione di custodia preventiva dell'indagato,

Considerando che la sussistenza di tali motivi è confermata dal comportamento, dai fatti e dalle circostanze indicate nell'ordinanza di fermo iniziale dell'indagato in attesa di giudizio, che in data 2 febbraio 2006 il Tribunale regionale ha adottato [...]

Il Tribunale regionale ha rinnovato l'ordine di custodia cautelare per ulteriori trenta giorni sino alla data dell'11 aprile 2006. Il ricorrente ha impugnato tale decisione; il suo ricorso è stato respinto dalla Corte di Appello (*Gerechtshof*) di Amsterdam il 17 maggio 2006. Il 7 Maggio 2007 il Tribunale Regionale di Haarlem ha ordinato la sospensione (*schorsing*) della detenzione del ricorrente. I giudici, in particolare, hanno ritenuto ancora sussistenti



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

«le gravi ragioni ed i motivi» esposti nell'ordinanza di custodia cautelare (*bevel tot gevangenhouding*), senza che si potesse fare ricorso all'articolo 67-bis, comma 3 del codice di procedura penale (*Wetboek van Strafvordering*). Lo stesso Tribunale, dunque, ha ritenuto opportuno sospendere il processo sulla base dello stato di salute di un coindagato sino al raggiungimento delle prove di un reato: il co-indagato H. aveva infatti bisogno di tempo per riprendersi da un intervento chirurgico, subito durante l'arresto prima del processo. La sospensione della detenzione su richiesta del ricorrente era stata effettuata a condizione che l'indagato non cercasse di eludere l'esecuzione della detenzione (o di una qualunque pena comminata), non perpetrasse una nuova condotta criminale durante il periodo di sospensione della custodia cautelare, attendesse la conclusione del processo, obbedendo nel frattempo immediatamente a eventuali convocazioni da parte della polizia, su istanza del pubblico ministero o del tribunale; lui, in più, non doveva avere contatti diretti o indiretti con (uno qualsiasi) dei co-indagati e dei testimoni ed era tenuto a presentarsi personalmente due volte alla settimana (*zich tweemaal dient te melden*) in tempi e luoghi indicati dal pubblico ministero.

Il 20 agosto 2007 il ricorrente ha presentato richiesta di sospensione definitiva della sua detenzione preventiva (*opheffing van het bevel tot voorlopige hechtenis*). Due giorni dopo il Tribunale regionale ha deciso di mantenere l'imputato in stato di detenzione preventiva per i motivi esposti nell'ordinanza di custodia cautelare, ritenendo che sussistessero ancora le gravi ragioni e motivi, e che non fosse applicabile la prescrizione di cui all'articolo 67-bis, comma 3 [del codice di procedura penale] In altri termini, sussistevano ancora il pericolo di violazione dell'ordine pubblico e dell'ordinamento o il pericolo di sussistenza di reato ai sensi dell'articolo 67-bis, comma 2. Considerando anche la *ratio* del primo motivo di reato, per il quale è prevista una condanna a dodici anni, il Tri-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

bunale regionale non ha ritenuto che le argomentazioni apportate fossero motivo sufficiente per sospendere la carcerazione preventiva.

Il processo riprendeva il 25 settembre 2007, con il ricorrente che presentava in udienza istanza di sospensione della custodia, sostenendo che il ritorno in libertà dell'imputato non avesse provocato alcun disturbo all'ordine pubblico. Il tribunale adito non ha però accolto le domande del ricorrente: per i giudici l'interesse personale del sig. Geisterfer al riconoscimento processuale dello stato di libertà non poteva contrastare con l'interesse pubblico. Lo stato di detenzione pertanto doveva continuare, in mancanza dei presupposti per applicare l'articolo 67-bis comma 3 del codice di procedura penale.

Il 15 novembre 2007 l'avvocato del ricorrente presentava una nuova domanda di revoca dello stato di custodia in carcere o, in subordine, di sospensione della detenzione: istanze entrambe respinte. Il 21 dicembre 2007 il Tribunale ha condannato il ricorrente a diciotto mesi di prigione; il sig. Geisterfer ha proposto appello. Il 3 luglio 2009 la Corte di appello di Amsterdam, annullando la sentenza di primo grado per motivi tecnici, ha condannato il ricorrente a diciotto mesi di prigione, sei dei quali sospesi. Il ricorrente ha presentato ricorso per cassazione (*Cassatie*) innanzi alla Corte Suprema, che ha respinto il ricorso il 12 ottobre 2010.

Successivamente questi ha adito la Corte dei diritti dell'uomo, eccependo che – contrariamente a quanto previsto dall'articolo 5 comma 3 della Convenzione – dal 27 settembre al 4 dicembre 2007 era stato tenuto in stato di detenzione senza adeguata giustificazione; in subordine, ha sostenuto che la decisione assunta dal Tribunale regionale non fosse stata adeguatamente motivata. La Corte adita ha ritenuto che il caso si doveva considerare alla luce dell'art. 5, comma 1 della CEDU¹.

¹ Di seguito il testo dei commi richiamati dell'art. 5:



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Convenuto in giudizio, il Governo ha negato la paventata violazione dell'art. 5; il Ministero degli affari esteri ha chiesto alla Corte di dichiarare il ricorso non accoglibile, poiché il ricorrente non aveva esaurito tutti i ricorsi interni. È stato eccepito in primo luogo che il ricorrente non avesse proposto ricorso avverso le numerose decisioni del tribunale regionale che avevano manifestato indirizzo contrario alla revoca della pena detentiva per l'indagato o, in subordine, alla sospensione della custodia cautelare.

In subordine, si è sostenuto in giudizio che, essendo stato presentato il ricorso prima che la condanna del ricorrente diventasse definitiva, il sig. Geisterfer non avrebbe potuto invocare la «natura asseritamente illegittima» della sua detenzione preventiva, sia innanzi alla Corte d'Appello sia innanzi alla Corte Suprema, le quali avrebbero avuto lo *ius* di ridurre la sua condanna.

Parte ricorrente ha eccepito come, secondo gli indirizzi della giurisprudenza nazionale e della giurisprudenza della medesima Corte adita

1. Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona. Nessuno può essere privato della libertà, salvo che nei casi seguenti e secondo una procedura prevista dalla legge: [...]

(c) il regolare stato di arresto o di detenzione di una persona per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente sulla base di un ragionevole sospetto di aver commesso un reato o quando si ritiene ragionevolmente necessario impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;

3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle disposizioni del paragrafo 1 (c) del presente articolo deve essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato che per legge è autorizzato ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto a un processo entro un termine ragionevole o di rilasciare in attesa del processo. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie a comparire per il processo [...].

Sul punto, tra l'altro, v. Amodio (2003), Denti (1985).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

(cfr. *STS c. Paesi Bassi*, n. 277/05, CEDU 2011), la Corte d'Appello e la Corte Suprema avrebbero rifiutato di prendere in considerazione successive domande in sede processuale sulla base di un periodo di detenzione già trascorso.

È agevole riflettere sul fatto che il ricorrente abbia allegato di essere stato nuovamente arrestato a tutela dell'ordine pubblico il 27 settembre 2007, mentre la sua detenzione preventiva era stata sospesa tra l'8 maggio 2007 e il 27 settembre 2007, apparentemente senza alcun effetto sull'ordine pubblico. La decisione del Tribunale regionale di Haarlem non avrebbe evidenziato fatti o circostanze tali da giustificare in fatto e in diritto la reiterazione dello stato detentivo. Secondo parte ricorrente la giurisprudenza della Corte (cfr. *Letellier contro Francia*, 26 giugno del 1991, serie A n. 207) ha dimostrato che, se pure la necessità di prevenire disordini pubblici avrebbe potuto eccezionalmente giustificare la detenzione cautelare, tale motivo si sarebbe potuto considerare sufficiente e pertinente solo se, e in senso assoluto, si fosse incentrato su fatti e circostanze in grado di dimostrare che un'eventuale ordinanza di rilascio dell'indagato avrebbe realmente configurato una violazione dell'ordine pubblico.

A detta di parte ricorrente, l'assenza di qualsiasi violazione dell'ordine pubblico causata dal suo rilascio sottoposto alla applicazione di sospensione della pena c.d. condizionale ha dimostrato come in realtà non fossero rinvenibili motivi connessi all'ordine pubblico per riaccertare la necessità dello stato di detenzione, e le motivazioni addotte dal Tribunale regionale di Haarlem in seno alla decisione del 25 settembre 2007 sono state, pertanto, ritenute «incomprensibili».

Il governo, relativamente alle fattispecie di reato di cui il ricorrente era stato sospettato, ha insistito in sede processuale sull'appartenenza dell'indagato a un gruppo organizzato intorno ad uno dei più noti criminali olandesi, colpevole di «reiterata, orchestrata estorsione»: condotte



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

criminose che avevano chiaramente costituito una grave violazione dell'ordinamento giuridico, ancora sussistente al momento in cui la detenzione del ricorrente in attesa di giudizio era stata sospesa; il sig. Geisterfer, poi, era stato temporaneamente rilasciato per motivi connessi alla condizione medica del principale sospettato, H., e non certamente sulla base di una diversa valutazione della violazione dell'ordinamento giuridico. Geisterfer non avrebbe dovuto dunque avere dubbi sui motivi della ripresa della sua detenzione preventiva.

Sul punto, la Corte ha precisato i principi generali in materia di privazione della libertà (cfr. Medvedyev e altri contro la Francia [GC], n. 3394/03, CEDU 2010). Non vi è dubbio infatti – come rilevato dalla Corte stessa – che l'articolo 5 della Convenzione protegga il diritto alla libertà e alla sicurezza. L'esigenza di pervenire a interpretazioni conformi alla normativa europea favorisce il rispetto di comuni principi e tecniche ermeneutiche, con la conseguenza di facilitare un progressivo avvicinamento del significato da attribuire alle disposizioni normative generali di matrice comunitaria nonché di promuovere una certa omogeneizzazione dei livelli di tutela (Panebianco 2001).

Si tratta di un diritto di libertà e di sicurezza basilare in una società democratica² ai sensi della Convenzione (*ex pluribus*, De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio, 18 giugno del 1971, par. 65, serie A n. 12, e Winterwerp c. Paesi Bassi, 24 ottobre 1979 par. 37, serie A n. 33). Tutti i cittadini hanno diritto alla tutela della libertà personale e quindi di non essere privati, o di continuare ad essere privati della propria libertà (cfr. Weeks c. Regno Unito, 2 marzo 1987 par. 40, serie A n. 114), fatte salve le condizioni di cui al paragrafo 1 dell'articolo 5 della Convenzione medesima.

² V. già Nitti (2003).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Secondo il ragionamento logico-giuridico della Corte dei diritti dell'uomo, l'elenco delle eccezioni al diritto alla libertà garantiti dall'articolo 5, par. 1 è piuttosto esauriente (cfr. *Quinn c. Francia*, 22 marzo 1995, par. 42, serie A n. 311, e *Labita c. Italia [GC]*, n. 26772/95, par. 170, CEDU 2000 IV); soltanto un'interpretazione ristretta di tali eccezioni è coerente con l'obiettivo della richiamata disposizione normativa (vedi *Engel contro Paesi Bassi* 8 giugno 1976, par. 58, serie A n. 22; *Amuur c. Francia*, 25 giugno del 1996, par. 42, Raccolta delle sentenze e decisioni 1996-III).

Quid pluris sull'analisi dell'art. 5 par. 3 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo? È essenzialmente il contenuto dell'articolo 5, par. 3, che deve essere letto in una sorta di combinato disposto con il paragrafo 1 (c) della medesima Convenzione (cfr. *ex pluribus*, *Lawless c. Irlanda* (n. 3), 1 luglio 1961, par. 14, serie A n. 3; *Ciulla contro Italia*, 22 febbraio 1989, par. 38, serie A n. 148, e più recentemente, *Medvedyev* e altri, sopra citato, par. 123).

La mancata sospensione o la ripresa della custodia cautelare può essere giustificata in determinati casi solo se ci sono indicazioni specifiche della sussistenza di un requisito di ordine pubblico³ che, nonostante la

³ Per ordine pubblico si intende quell'insieme di norme fondamentali dell'ordinamento giuridico che riguardano i principi etici e politici nonché le leggi la cui osservanza ed attuazione sia ritenuta indispensabile per la sussistenza di un ordinamento giuridico. L'ordine pubblico può essere anche inteso come garanzia di pace, di tranquillità e sicurezza collettiva. Assume in tale accezione un valore di ordine sociale in quanto con esso si difende lo svolgimento dei rapporti della vita sociale. Nell'accezione maggiormente diffusa, il suo mantenimento e la tutela avvengono anche a mezzo di azioni concretamente svolte da parte delle forze di polizia. Sotto il profilo dei compiti istituzionali degli addetti alle funzioni di polizia, con la locuzione ordine pubblico s'in-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

presunzione di innocenza, prevale sul principio del rispetto della libertà individuale *ex* articolo 5 della Convenzione (vedi, tra l'altro, Kudła v. Polonia [GC], n. 30210/96, §§ 110 e segg., CEDU 2000 XI, e McKay, sopra citato, par. 42).

La Corte ha riconosciuto, in altri termini, che, in ragione della particolare gravità di determinate condotte criminose e della reazione dell'ordine pubblico, alcuni reati possano dar luogo a un "problema sociale" in grado di giustificare la detenzione cautelare, almeno per un determinato arco di tempo.

In circostanze eccezionali, le sopra richiamate asserzioni possono quindi essere prese in considerazione secondo i dettami della Convenzione, nella misura in cui il diritto interno riconosce – come è il caso dell'articolo 67-*bis* del codice olandese di procedura penale – la nozione di turbativa all'ordine pubblico cagionata da un reato. Tale motivazione processuale può essere considerata sufficiente e pertinente solo a condizione che si radichi su fatti e circostanze che possano dimostrare che la rimessa in libertà dell'imputato sarebbe in realtà un turbamento dell'ordine pubblico.

Quanto rilevato consente – con riferimento alla sentenza annotata – di riflettere sul significato dell'ordine pubblico in ambito europeo. Il concetto viene richiamato nel contesto del trattato di Roma e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'indeterminatezza dell'ordine pubblico costringe a ricercare gli interessi che la norma intende tutelare.

Ci si chiede e ci si è chiesto in cosa consiste la sicurezza pubblica. Mentre gli articoli 8, 10 e 11 della Convenzione europea dei diritti

tende invece un complesso di servizi, tecniche inerenti al mantenimento di condizioni di ordine. Cfr. Cerri (1990), Corso (1979), Paladin (1965).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

dell'uomo riportano i termini *securité nationale* e *sûreté publique*, in forza di una dicotomia vicina a quella dell'articolo L -2212/2 del *Code général des collectivités territoriales*, le clausole comunitarie invece citano soltanto la c.d. *securité publique*.

È a questa accezione che ci si rivolge allorché si fa riferimento con la espressione *public order* o *law and order*, che designa la mancanza di perturbazioni o alterazioni dell'ordine sociale. Per quanto riguarda la libera circolazione delle persone e dei servizi, la *securité publique* si raccorda con la prevenzione dei disordini e con la lotta contro i crimini, con un significato usualmente attribuito alla *sûreté*.

Il concetto di *securité publique* assume una dimensione territoriale equivalente a quello della *securité nationale*, inglobando tanto la sicurezza interna che quella esterna di uno stato; altre volte invece la *securité publique* non è facilmente distinguibile dall'ordine pubblico. Il problema di definire la sicurezza si presenta nella misura in cui oggi sicurezza è uguale a *safety*. Ma nel caso che ci occupa, l'accezione di sicurezza è colta nei termini di *security*, condizione per evitare, prevenire o impedire l'illegalità, le aggressioni, in relazione ad attività illecite o criminali.

Sul punto si ricorda che più volte gli indirizzi comunitari hanno attenzionato la questione dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Si rammenta *ex pluribus*, ad esempio, la sentenza della Corte di Giustizia, Grande sezione, (C-145/09) del 23 novembre 2010 che ha definito una eccezione di pronuncia pregiudiziale nell'ambito di una controversia tra il Land Baden-Württemberg e un cittadino greco, in seguito a una decisione di allontanamento adottata dal citato Land, che dichiarava la perdita del diritto di ingresso e di soggiorno nel territorio della Repubblica federale di Germania da parte del soggetto.

In merito all'interpretazione dell'art. 28, n. 3, lett. a), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (disposizione che *esclude l'adozione del provvedimento di allontanamento*, fatti salvi motivi imperativi di pubblica sicurezza), la Corte di Giustizia ha stabilito che, qualora il giudice del rinvio accerti che il cittadino dell'Unione goda della protezione di cui all'art. 28, n. 3, della menzionata direttiva, tale disposizione debba interpretarsi nel senso che la lotta contro la criminalità legata al traffico di stupefacenti in associazione criminale può rientrare nella nozione di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» che possono giustificare un provvedimento di allontanamento di un cittadino dell'Unione che ha soggiornato nello Stato membro ospitante durante i precedenti dieci anni.

La Corte ha inoltre stabilito che, qualora il giudice del rinvio accerti che il cittadino dell'Unione goda della protezione dell'art. 28, n. 2 della summenzionata direttiva, tale disposizione si deve interpretare nel senso che la lotta contro la criminalità legata al traffico di stupefacenti in associazione criminale rientra nella nozione di «gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza». In motivazione (punto n. 52), la Corte di Giustizia ha precisato che occorre analizzare i diritti fondamentali di cui si garantisce il rispetto, in quanto è possibile rintracciare motivi di interesse generale per giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi solo nell'ipotesi in cui la suddetta misura sia conforme a tali diritti, e in particolare il diritto al rispetto della vita privata e familiare come sancito all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Al di là del contenuto succinto della motivazione della sentenza della Corte di Giustizia sopra riportata, dalla quale emergono profonde differenze sull'ordine e sulla sicurezza pubblica in seno alle argomentazioni giuridiche, è chiaro che nel caso di Richard Geisterfer, la detenzione con-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

tinua ad essere legittima solo se l'ordine pubblico resti in realtà minacciato.

La reiterazione della misura cautelare non può essere utilizzata per anticipare una pena detentiva. Più in generale, la condotta continuativa di privazione della libertà personale non può essere valutata da un punto di vista puramente astratto, prendendo in considerazione solo la gravità del reato (vedi *Letellier c. Francia*, il 26 giugno del 1991, par. 51, serie A n. 207 ; vedi anche *Ječius v Lithuania*, n. 34578/97, par. 94, CEDU 2000-IX; *Ilijkov v Bulgaria*, n. 33977/96, par. 81, 26 luglio 2001; *Goral v Poland*, n. 38654/97, par. 68, 30 ottobre 2003; *Panchenko v Russia*, n. 45100/98, par. 101, 8 febbraio 2005; *Idalov v Russia [GC]*, n. 5826/03, par. 145, 22 Maggio 2012).

È agevole ritenere che i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico e o di pubblica sicurezza (Bonfiglio 2013) debbano rispettare il principio di proporzionalità e possano essere adottati solo a seguito di comportamento del soggetto cui sono applicati. La condotta criminosa personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e grave tale da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Quindi non è consentita una eventuale pronuncia penale senza tener conto della condotta personale dell'autore della violazione né del pericolo che egli rappresenta per l'ordine pubblico. Motivazioni al di fuori del caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non possono essere pertanto prese in considerazione⁴.

Si rifletta sui fatti di causa. La Corte ha rilevato che il 2 febbraio 2006 il gip del Tribunale regionale di Haarlem ha condannato il ricorrente detenuto in attesa di giudizio per tre motivi: in primo luogo, con riguardo alla gravità del reato di cui il ricorrente era sospettato, l'autorità ha irro-

⁴ Cfr. AA.VV. (2000), F. Palumbo (1999, 63-76).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

gato una pena detentiva massima di dodici anni, sulla base della sussistenza di un grave sconvolgimento dell'ordinamento giuridico; in secondo luogo, tenuto conto del rischio della recidiva per il ricorrente; in terzo luogo, tenuto conto dei motivi sottesi all'inchiesta penale.

Il 14 febbraio 2006 la Corte Regionale di Haarlem ha esteso i tempi di detenzione del ricorrente in custodia cautelare, sulla base del medesimo convincimento processuale del giudice istruttore. L'ordine di custodia cautelare è stato rinnovato, periodicamente, fino alla fine del 7 maggio 2007, quando la detenzione del ricorrente in attesa di giudizio è stata sospesa. I giudici hanno ordinato solo il rilascio temporaneo del ricorrente detenuto in assenza di condizioni in fatto ed in diritto atte alla elusione della giustizia o in assenza di pericolo di recidiva.

Con la decisione emessa dalla Corte Regionale in data 22 agosto 2007 è stata disposta la sospensione preventiva della detenzione del ricorrente, in quanto non più necessaria né congrua alle esigenze della indagine penale; ciò ha tuttavia, suscitato un certo turbamento sull'opinione pubblica in ordine alla supposta gravità dei reati di cui il ricorrente era stato accusato.

Il 25 settembre 2007, a seguito di ordinanza del giudice, il ricorrente è stato ricondotto allo stato di detenzione; il Tribunale regionale ha semplicemente fatto riferimento in termini generali alle argomentazioni del pubblico ministero e cioè della pubblica accusa, che ha ritenuto di primaria importanza. Non si è sostenuto pertanto che il rilascio del ricorrente a seguito della decisione della Corte Regionale del 7 maggio 2007 potesse causare una minaccia per l'ordine pubblico (Mezzetti e Morrone 2010). Sembra, dunque, che secondo le argomentazioni logico-giuridiche del Tribunale Regionale, il presupposto della gravità delle accuse comportasse un rilievo preponderante tale che alcuna circostanza di fatto o di diritto avrebbe potuto consentire al ricorrente di essere rimesso in libertà, nemmeno condizionale.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Quanto rilevato in ordine al caso in esame consente di riflettere sulla dimensione giuridica del diritto alla vita connesso al diritto alla libertà e al diritto alla sicurezza⁵. L'articolo 3 deve essere letto in una prospettiva integrata nel senso che le ragioni della sicurezza non possono prevalere su quelle della vita e della libertà né possono giustificare od avvalorare la violazione di diritti fondamentali. Sul punto occorre riflettere sull'articolo 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, in base al quale, in caso di pericolo pubblico eccezionale che minacci l'esistenza della nazione «gli Stati possono prendere, in via del tutto eccezionale e provvisoria, misure in deroga agli obblighi imposti dal Patto». Il medesimo articolo elimina dalla possibilità di allontanamento o di riduzione delle garanzie gli articoli che fanno riferimento al diritto alla vita, al divieto di tortura e di schiavitù ma anche alla libertà di pensiero, coscienza e religione.

Il diritto alla sicurezza umana (Frosini s.d.; Pace 2014) comporta come previsto dalla Carta delle Nazioni Unite, la previsione e funzionalizzazione di un sistema di sicurezza collettiva, da cogliere nella duplice accezione di "ordine pubblico" e di "sicurezza economica e sociale".

⁵ Cfr. Papisca (2008): «La sicurezza non è soltanto una percezione, essa è soprattutto la capacità effettiva delle persone di esercitare "le" libertà. Perché sussista effettivamente questa capacità, occorre creare i contesti (educativi, politici, economici) che ne facilitino l'acquisizione e l'esercizio. Sono molto belle ed utili le riflessioni che in questa materia fa Amartya Sen. Nel laboratorio delle Nazioni Unite si è pervenuti alla definizione della sicurezza come "umana" (*human security*). Ad aprire la via è stato lo Undp, il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo, che ha qualificato di "umano" anche lo sviluppo (*human development*) corredandolo di puntuali indicatori. Sicurezza umana è sicurezza delle persone e delle comunità umane – *People security* – ed ha contenuto multidimensionale: la sicurezza è economica, sociale, ambientale, di ordine pubblico. La sicurezza dello Stato – *State security* – è, deve essere, funzionale alla sicurezza multidimensionale delle persone».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

La globalizzazione (Sen 2006) impone che non può sussistere sicurezza interna senza sicurezza internazionale. Si è passati da una dimensione statuale ad una tipicamente europea e con essa ad una c.d. organizzazione pubblica multilivello (Cassese 2002, 129-132) perfettamente radicata nel fenomeno del *multilevel constitutionalism*, esteso all'ambito di tutela dei diritti fondamentali (Coccopalmerio 1998, 204-205). Ciò produce effetti quanto meno interessanti. Da un lato, favorisce un'interpretazione evolutiva ed estensiva delle disposizioni costituzionali, le quali possono essere specificate e implementate dalla normativa e dalla giurisprudenza internazionali; dall'altro lato, contribuisce alla creazione di un diritto "comune"⁶, in grado di rappresentare in un determinato ambito geografico la base unitaria per la tutela dei diritti fondamentali (Coccopalmerio 1998). Si determina, infatti, tra gli operatori del diritto una duplice influenza per cui i diritti riconosciuti in ambito nazionale devono essere interpretati alla luce delle disposizioni presenti nelle codificazioni sovranazionali, mentre la giurisprudenza sovranazionale non può non considerare il diritto vivente nei singoli ordinamenti, in quanto facente parte dell'ordine costituzionale europeo⁷.

Alla luce di ciò, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato la sussistenza di una violazione dell'articolo 5 par. 1 (c) e 3 della CEDU. L'articolo 41 della Convenzione prevede: «Se la Corte dichiara che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che una parziale ripara-

⁶ V. Coccozza (1994), Gardino (2005), Montanari (2002) e Caligiuri, Cataldi e Napoletano (2010).

⁷ Cfr. Bilancia e De Marco (cur.) (2004), Azzena (1998), Ruggeri (2010), De Marco (2008), D'Atena e Grossi (cur.) (2004), Moccia (cur.) (2010), Gambino (2009), Butturini (2009), Sciarabba (2008), Demuro (2009).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

zione da effettuare, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

Sotto un profilo risarcitorio, il ricorrente ha sostenuto di aver diritto alla corresponsione di una somma determinata, sulla base delle tariffe nazionali, per ogni giorno trascorso in detenzione dal 27 settembre 2007 fino al suo rilascio avvenuto in data 4 dicembre 2007, quantificando l'aspettativa in ordine al risarcimento del danno non patrimoniale a euro 5.440. Il Ministero degli affari esteri si è rimesso all'interpretazione della Corte. Quanto ai costi e alle spese, il richiedente ha inoltre chiesto euro 94 per i costi e le spese sostenute dinanzi alla Corte. Anche se l'assistenza legale è stata concessa dalle autorità nazionali, tale importo è stato attribuito allo stesso come proprio contributo alle spese di assistenza legale.

Ciò posto, in assenza di osservazioni in giudizio sul punto da parte del Governo, la Corte ha attribuito al ricorrente la somma richiesta. La Corte ha ritenuto opportuno che il tasso di interesse di mora fosse basato sul tasso di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea, cui aggiungere tre punti percentuali.

La Corte, per i suesposti motivi, ha accolto il ricorso, ritenendo che vi fosse stata una violazione dell'articolo 5 par.1 (c), e 3 della Convenzione; ha dichiarato che lo Stato convenuto dovesse versare al ricorrente, entro tre mesi dalla data in cui la sentenza fosse divenuta definitiva, ai sensi dell'articolo 44, par. 2 della Convenzione 5.440 euro (più qualsiasi taxa addebitabile) a titolo di danno non patrimoniale e, a titolo di costi e spese, altri 94 euro (più qualsiasi taxa a carico del ricorrente).

Al di là dei profili tecnici, si richiamano l'art. 16 Cost. portoghese (secondo cui le disposizioni costituzionali e legali in materia di diritti fondamentali debbono essere interpretati in armonia con la Dichiarazione internazionale dei diritti dell'uomo), l'art. 10.2 Cost. spagnola (secondo cui le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali che la Costituzione riconosce dovranno essere interpretate in conformità con i trattati



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

e le intese internazionali ratificate dallo Stato spagnolo), l'art. 117.1 Cost. italiana (che prevede che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto degli obblighi internazionali).

In Svizzera è prevista l'esperibilità di un ricorso a livello cantonale per violazione di diritti contenuti nei trattati internazionali e la verifica della conformità delle norme cantonali alla Convenzione europea (Renucci 2005).

Disposizioni assimilabili si rinvencono anche in alcune Costituzioni dell'Europa orientale: in Ungheria, la Corte Costituzionale è tenuta a verificare la conformità delle regole giuridiche alle convenzioni internazionali (art. 32 Cost.).

Un importante risultato nel processo di integrazione tra gli ordinamenti è stato conseguito a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà ed anche della Convenzione interamericana sui diritti umani⁸, che hanno posto i presupposti per realizzare sistemi coordinati di garanzia e di tutela dei diritti fondamentali.

Il sistema europeo di protezione dei diritti⁹ prevedeva inizialmente che ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciute nella Convenzione fossero stati violati avesse diritto a un ricorso effettivo davanti ad una corte nazionale (art. 13) (Carmona Cuenca 2005): in tale fase, l'ottica normativa si propone di rafforzare la tutela dei diritti (Pinelli 1996), intervenendo nel caso in cui l'ordinamento non siano in grado di assicurare una sostanziale e non soltanto formale garanzia¹⁰.

⁸ Hernandez Valle (2010); Ramirez (2002); Burgenthal, Norris e Shelton (1990), Fix-Zamudio (2008).

⁹ Grossi (2005, 112-115), Caretti (2002), Ferrajoli (2002); Ferrari (cur.) (2001), Vettori (2002).

¹⁰ Frosini (1993), Peces Barba Martinez (1993), A. Cassese (1994), De Stefani (1994), Craven (1995).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Successivamente, le garanzie di tutela si affinano con l'approvazione ed entrata in vigore del protocollo n. 11, Firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 ed entrato in vigore l'1 novembre 1998. Il Protocollo è stato ratificato dall'Italia il 1° ottobre 1997 a seguito della legge di ratifica del 28 agosto 1997, n. 296¹¹.

Il suddetto Protocollo ha introdotto un ricorso diretto alla Corte europea da parte dei soggetti che lamentano la lesione di un diritto convenzionale (Di Stasi 2011, 210)¹²: esso ha comportato una crescita rapida del contenzioso dei giudici di Strasburgo¹³. Tale previsione comporta un rafforzamento dell'efficacia del sistema, dal momento che le parti possono ricorrere sia nei confronti di atti dei pubblici poteri sia nei riguardi di norme che producano una lesione diretta dei diritti del ricorrente.

Un'ulteriore tappa nel processo di stabilizzazione del sistema si è avuta con l'approvazione del protocollo n. 14, adottato il 13 maggio 2004 (AA.VV. 2007). Il Parlamento italiano ha approvato la legge 15 dicembre 2005 n. 280 (in Gazz. Uff. n. 4 del 5 gennaio 2006, p. 29 ss.) con cui viene data l'autorizzazione alla ratifica del Protocollo. È stata prevista una maggiore efficienza a livello processuale ma soprattutto il miglioramento delle procedure giudiziarie dei Paesi e la garanzia di una più rapida esecuzione delle sentenze della Corte. Si è trattato come sottolineato in

¹¹ Abraham (1994), Bernhardt (1995), De Stefano (1997), Matscher (2000), Schermes (1994), Tosi (2001).

¹² Cfr. Corte di Strasburgo, sent. Mamatkulov and Askarov v. Turkey, 5 febbraio 2005, nn. 46827/99 e 46951/99, ove si sottolinea che «the Convention right to individual application (...) has over the years become of the highest importance and is now a key component of the machinery for protecting the rights and freedoms set out in the Convention» (par. 24).

¹³ Cohen-Jonathan e Pettiti (dir.) (2003); Di Stasi (1999); Raimondi (2008).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

dottrina (Palladino, 2012) di una «*reform of reform* che ha introdotto alcuni *meccanismi* selettivi sulla possibilità di presentare ricorsi diretti, ammissibili nei casi in cui la lamentata lesione di un diritto determini un pregiudizio importante a danno del ricorrente»¹⁴.

Al di là di quanto rilevato, a conclusione del nostro percorso argomentativo, si riporta testualmente il pensiero di A. Frangioni (2013), che in *Bibliografia ragionata sui diritti umani*, richiama il giurista Peces Barba Martinez (1993)¹⁵ il quale accenna, con riferimento all'evoluzione dei diritti dell'uomo, ad «un processo di progressiva positivizzazione (riconoscimento dei diritti da parte degli ordinamenti giuridici); universalizzazione (estensione dei diritti a tutti i gruppi sociali); specificazione (proliferazione dei diritti rispetto alle diverse esigenze della vita sociale); internazionalizzazione (riconoscimento dei diritti da parte del diritto internazionale). Per quel che riguarda la positivizzazione dei diritti, la discussione si è sempre svolta intorno a un dilemma di fondo: i diritti dell'uomo esistono solo in quanto riconosciuti dagli ordinamenti giuridici (una posizione che può essere definita di positivismo giuridico) oppure, come sostengono le tesi giusnaturaliste, un nucleo originario di diritti si ricollega alla natura umana e quindi preesiste a ogni concreto ordinamento giuridico, che risulta anzi legittimo solo in quanto non contraddice il diritto di natura?».

¹⁴ In generale, Sicilianos (2003). Cfr. Bocker (2004), Egli (2007), Mowbray (2004), Nascou-Peraki (2004), Savarese (2004), Villani (2004).

¹⁵ V. pure Rodriguez Paniagua (1974).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Bibliografia

AA.VV. (2000), *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano: Giuffrè.

AA.VV. (2007), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n. 14*, Bruxelles: Bruylant, 2007.

Abraham, R. (1994), *La Réforme du mécanisme de contrôle de la Convention Européenne des droits de l'homme: le Protocole n. 11 à la Convention*, in *Annuaire française de droit International*, pp. 619-682.

Amodio, E. (2003), *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1-2, pp. 93-107.

Azzena, L. (1998), *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino: Giappichelli.

Bernhardt, R. (1995), *Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol No. 11*, in *American Journal of International Law*, pp. 145-154.

Bilancia, P. e E. De Marco (cur.) (2004), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano: Giuffrè.

Bocker, R.A.A. (2004), *Protocol nr. 14 EVRM: hervoming van de hervoming*, in *Nederlands Juristenblad*, p. 1840 ss.

Bonfiglio, S. (2013), *La dimensione della sicurezza tra lo Stato e le autonomie e territoriali in Italia e nella prospettiva comparata*, in A. Torre (cur.), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, pp. 387-403.

Burgenthal, T., R.E. Norris e D. Shelton (1990), *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid: Editorial Civitas.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Butturini, D. (2009), *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli: ESI.

Caligiuri, A, G. Cataldi e N. Napoletano (2010), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova: Cedam.

Caretti, P. (2002), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino: Giappichelli.

Carmona Cuenca, E. (2005), *El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional: problemas interpretativos*, in J. Garcia Roca e P. Santolaya (cur.), *La Europa de los derechos*, Madrid, pp. 637 ss.

Cassese, A. (1994), *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari: Laterza.

Cassese, S. (2002), *La crisi dello stato*, Roma-Bari, Laterza.

Cerri, A. (1990), *Ordine pubblico* (voce), in *Enc.giur.*, vol. XXII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana.

Coccopalmerio, D. (1998), *Introduzione alla dottrina dello Stato. Temi permanenti e problemi emergenti nella prospettiva attuale*, Padova: Cedam.

Cocozza, F. (1994), *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giappichelli.

Cohen-Jonathan, G. e Ch. Pettiti (dir.), *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles: Nemesis/Bruylant, 2003.

Corso, G. (1979), *L'ordine pubblico*, Bologna: il Mulino.

D'Atena, A. e P. Grossi (cur.) (2004), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, Milano: Giuffrè.

De Marco, E. (2008), *La tutela dei diritti nel quadro del costituzionalismo multilivello*, in Id., *Percorsi del «nuovo costituzionalismo»*, Milano: Giuffrè, p. 83 ss.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

De Stefani, P. (1994), *Il diritto internazionale dei diritti umani*, Padova: Cedam.

De Stefano, M. (1997), *Il Protocollo n. 11 e la riforma della procedura davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1, p. 80 ss.

Demuro, G. (2009), *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, Torino: Giappichelli.

Denti, V. (1985), *Valori costituzionali e cultura processuale*, in A. Pizzorosso e V. Varano (cur.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. II, Milano: Giuffrè, pp. 811-829.

Di Stasi, A. (1999), *Il Consiglio d'Europa e la costruzione di uno spazio di libertà, diritto e democrazia*, in M. Panebianco, C. Risi (cur.), *Il nuovo diritto dell'Unione europea. Diritti umani, politica estera, sicurezza comune*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 193-234.

Di Stasi, A. (2011), *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli: Editoriale Scientifica, II ed.

Egli, P. (2007), *Protocol no.14 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Towards a more effective control mechanism*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, 3-4, p. 1 ss.

Ferrajoli, L. (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. Vitale), Roma-Bari, Laterza.

Ferrari, G. F. (cur.) (2001), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano: Giuffrè.

Fix Zamudio, H. (2008), *Reflexiones comparativas sobre los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, in R. Méndez-Silva (cur.), *Derecho internacional de los derechos humanos. culturas y siste-*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

mas jurídicos comparados, México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, pp. 203 ss.

Frangioni, A. (2013), *Bibliografia ragionata sui diritti umani*, in *Treccani.it* (ultima consultazione 19 ottobre 2015).

Frosini, T.E. (s.d.) *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile su http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/440.pdf (ultima consultazione 19 ottobre 2015).

Frosini, V. (1993), *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Napoli: ESI.

Craven, M.C.R. (1995): *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford: Clarendon, p. 20 ss.

Gambino, S. (2009), *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano: Giuffrè.

Garcia Ramirez, S. (2002), *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.

Gardino, A. (2005), *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Milano: Giuffrè.

Grossi, P. (2005), *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari: Laterza.

Hernandez Valle, R. (2010), *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo da parte dei Supremi tribunali e dei Tribunali costituzionali dell'America latina*, in G. Rolla (cur.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano: Giuffrè, p. 75 ss.

Matscher, F. (2000), *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 227 ss.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Mezzetti, L. e A. Morrone (2010), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino: Giappichelli.

Moccia, L. (cur.), (2010), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milano: Giuffrè.

Montanari, L. (2002), *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino: Giappichelli.

Mowbray, A. (2004), *Protocol 14 to the European Convention on Human Rights and Recent Strasbourg Cases*, in *Human Rights Law Review*, 4, pp. 331-354.

Nascou-Peraki, P. (2004), *Protocol 14 to the European Convention of human rights and fundamental freedoms. Paving the way to a new European Court of Human Rights?*, in *Hellenic review of European Law*, Thessaloniki Bar Association, pp. 131-137.

Nitti, F.S. (2003), *La democrazia*, vol. II (*L'antidemocrazia e i problemi delle nuove società democratiche*), Roma-Bari: Laterza, pp. 991-998 (cap. XIX, "De optimo statu", *Le forme politiche e sociali dell'avvenire*).

Pace, A. (2014) *La funzione di sicurezza nella legalità costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4, pp. 989-998.

Paladin, L. (1965), *Ordine Pubblico* (voce), in *N.ssimio Dig.*, vol. XII, Torino: Utet.

Palladino, R. (2012), *Giudice unico e ricorsi irricevibili nel protocollo n.14 alla CEDU*, in *Riv. coop. giur. int.*, p. 96 ss., disponibile su www.sioi.org (ultima consultazione 19 ottobre 2015).

Palumbo, F. (1999), *Studi di diritto penale comunitario*, Milano: Giuffrè.

Panebianco, M. (2001), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano: Giuffrè, pp. 87 -109.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Papisca, A (2008), *Articolo 3 – Alla Radice*, in *Archivio “Pace Diritti Umani”* (Università degli Studi di Padova – Centro di Ateneo per i Diritti Umani), disponibile su <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Articolo-3-Alla-radice/6> (ultima consultazione 19 ottobre 2015).

Peces Barba Martinez, G. (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano: Giuffré.

Pinelli, C. (1996), *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judgement Made System*, in *Diritto dell’Unione europea*, p. 997 ss.

Raimondi, G. (2008), *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli: Editoriale Scientifica, II ed.

Renucci, J.F. (2005), *Introduction à la Convention européenne des Droits de l’homme: les droits garantis et le mécanisme de protection*, Strasbourg: Editions du Conseil de l’Europe.

Rodriguez Paniagua, J.M. (1974), *Historia del pensamiento juridico*, Vol. III, Universidad Complutense Facultad de derecho, pp. 119- 126.

Ruggeri, A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in Id., «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, Milano: Giuffrè, p. 453 ss.

Savarese, E. (2004), *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 3, pp. 714-729.

Schermer, H.G. (1994), *The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights*, in *European Law Review*, p. 345 ss.

Sciarabba, V. (2008), *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova: Cedam.

Sen, A. (2006), *Identity and violence, The illusion of destiny*, New York: W.W. Norton, trad. It., *Identità e violenza*, Roma-Bari: Laterza.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Sicilianos, L.A. (2003), *La "réforme de la réforme" du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Annuaire français de droit international*, pp. 611-640.

Tosi, D.E. (2001), *Il protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, p. 137 ss.

Vettori, G. (2002), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova: Cedam.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sulla giurisprudenza

Abstract

Examining a European Court of Human Rights Judgement – Case of Geisterfer v. the Netherlands, 9 December 2014 – Between Prohibition of Torture (Article 3 of the Convention) and Right to Freedom and Security (Article 5 § 1 of the Convention)

The judgment originated in an application presented by a Dutch national, Mr. Richard Geisterfer before the Court against the Kingdom of the Netherlands, pursuant to Article 34 of the ECHR. The applicant pleaded a violation of Article 5 of the Convention; he was suspected of belonging to a network of organized crime. The applicant was arrested: there was a doubt of an existence of serious danger of violation of public security and of health or safety of persons and public order. There are two interpretations about the protection of fundamental rights: an evolutionary interpretation of the constitutional provisions and a creation of a law “common” throughout Europe. It determines among the performers a twofold influence to which the rights recognized in national must be interpreted in the light of the provisions of codifications supranational. The Court finds that there has been a violation of Article 5 § 1 (c) and 3 of the ECHR.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

La cooperazione tra l'Unione europea ed i paesi del Nord Africa nella gestione dei fenomeni migratori: recenti sviluppi

di Donato Colucci *

A causa di guerre, conflitti e disastri, sia naturali che causati dall'uomo, oggi circa 60 milioni di persone sono costrette a spostarsi nel mondo. È il fenomeno migratorio più rilevante dalla Seconda Guerra Mondiale, quando erano soprattutto gli europei a dover fuggire per evitare i pericoli della guerra in corso. Oggi invece è l'Europa che si trova a dover gestire una crisi migratoria senza precedenti, alimentata dalle crisi in corso in Siria e Libia, che mette in grave difficoltà la tenuta delle sue frontiere.

* Senior Regional Immigration and Border Management (IBM) Specialist per l'Africa del Nord e Medio Oriente; IOM Cairo, Regional Office. Le opinioni espresse nel presente articolo si riferiscono a quelle dell'autore e non riflettono necessariamente il punto di vista dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

Nelle ultime settimane è la via dei Balcani ad essere al centro delle cronache per il numero dei migranti e, soprattutto, di rifugiati che dal Nord Africa e dal Medio Oriente si muovono verso l'Europa. Questo imponente flusso, che non si può definire "nuovo" e si aggiunge al sempre cospicuo flusso di arrivi di migranti via mare, soprattutto sulle coste siciliane e calabre, impone di interrogarsi sulle ragioni che sono alla base delle decisioni di ciascun migrante di lasciare il proprio paese per raggiungere l'Europa, ben consapevoli che il semplice riferimento agli eventi conosciuti come "Primavera araba" non sono sufficienti a fornire tali spiegazioni.

Ad oggi, nel 2015 più di 5.500 persone sono arrivate via mare sulle coste europee; gli arrivi in Grecia, soprattutto di rifugiati siriani, sono più di 374.000, dati che vedono più che doppiati i 128.000 sbarchi registrati in Italia nello stesso periodo. Durante le diverse traversate, sono morti 25 migranti in Spagna, 227 in Grecia e 2.621 nelle acque del Canale di Sicilia, per un totale di 2.873 persone morte nel solo 2015 (dati al 25 Settembre 2015). Questi dati hanno già superato le statistiche del 2014. La Sicilia, le isole greche di Lesbos e Kos, la frontiera tra Grecia e la Repubblica di Macedonia (FYROM), la frontiera tra Ungheria e Serbia, le enclave spagnole di Ceuta e Melilla, nonché Calais in Francia, sono diventati i nuovi teatri dove la disperazione di chi arriva si scontra con la risposta della popolazione locale che si divide tra l'accoglienza e l'intolleranza.

Eppure questa crisi potrebbe trovare in una Europa unita una risposta adeguata: in effetti, se proiettati su tutto il territorio europeo, il numero totale dei rifugiati passerebbe solo dal 4% al 5% della popolazione totale dell'Europa. Ben pochi, soprattutto al confronto del numero totale



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

dei rifugiati in Turchia (1.9 milioni) ed in particolare nel Libano, che ospita 1.2 milioni rifugiati a fronte di una popolazione che supera di poco i quattro milioni di cittadini.

Un approccio multisetoriale e comprensivo, in aggiunta ad una visione di lungo termine, sono ormai elementi imprescindibili di una Governance europea della migrazione che possa rispondere efficacemente alle crisi e possa, altresì, fungere da strumento di coordinamento della politica migratoria degli Stati Membri, con l'obiettivo di condividere i benefici che una migrazione programmata e ben gestita può portare con sé.

Alle indispensabili politiche di risposta alle crisi umanitarie e di sicurezza, bisogna anche affiancare politiche proattive che agevolino cambiamenti strutturali nei paesi di origine, di transito e anche di destinazione, facilitando i canali legali di ingresso in 'Europa e rendendo la mobilità sicura, sia per i migranti che per gli Stati che li ospiteranno. Politiche basate unicamente sul respingimento, il rimpatrio e sull'inasprimento dell'accesso ai canali legali d'immigrazione, sortirebbero un effetto contrario e pericolosamente poco prevedibile.

I potenziali migranti, in numero sempre crescente, non avranno molta scelta se non affidarsi agli "esperti di traffico internazionale di migranti" oppure, molto probabilmente, utilizzare impropriamente l'istituto della protezione internazionale, con il rischio di ledere coloro ai quali quel diritto spetta indiscutibilmente. Una risposta europea multi-tematica e di ampio respiro che riconosca il ruolo sempre più importante degli Stati di origine e di transito dei flussi migratori è ormai necessaria; per muoversi in questa direzione, gli strumenti di dialogo e cooperazione tra Europa e Africa sono ormai numerosi. Il *Global Approach to Migration and Mobility*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

(GAMM) si può definire come la cornice dentro la quale si sviluppano tutti gli strumenti europei di dialogo e cooperazione con i Paesi terzi:

- La dichiarazione politica firmata dai Capi di Stato e di Governo al “EU-Africa Summit” tenutosi a Bruxelles nell’aprile del 2014, rappresenta un documento chiave a livello continentale di promozione del dialogo e della cooperazione tra stati, in materia di mobilità e di lotta all’immigrazione irregolare;
- La dichiarazione è stata ulteriormente rafforzata dal “Piano di Azione 2014-2017” con il quale sono stati stanziati i fondi necessari alla sua implementazione;
- Due sono i processi regionali di rilievo lungo le principali rotte migratorie africane. Il “Processo di Rabat” mira a promuovere e supportare il dialogo e la cooperazione tra e con i paesi lungo la rotta migratoria occidentale, mentre il “Processo di Khartoum” rileva per le iniziative relative ai paesi lungo la rotta migratoria orientale. In particolare, il Processo di Khartoum, lanciato alla Conferenza Ministeriale tenutasi a Roma nel Novembre 2014, si pone l’obiettivo di mettere in pratica azioni concrete contro il traffico di esseri umani e migranti. Il processo è guidato da uno *Steering Committee* composto da cinque Stati Membri dell’UE (Italia, Francia, Germania, Regno Unito, Malta), cinque paesi *partner* (Egitto, Eritrea, Etiopia, Sud Sudan, Sudan) nonché dalla Commissione Europea, il Servizio Europeo per l’Azione Esterna¹ e l’Unione Africana.

¹ The European External Action Service is the European Union's diplomatic service. It helps the EU's foreign affairs chief – the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy – carry out the Union’s Common Foreign and Security Policy.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

- A livello bilaterale, accordi specifici di *Mobility Partnership* sono stati conclusi con Marocco, Tunisia, Capo Verde e Nigeria al fine di promuovere iniziative di riforma legislativa e di rafforzamento delle capacità in questi paesi.
- L'*Action Plan* regionale 2015-2020 per il Sahel fornisce un chiaro campo di azione per le strategie dell'Unione Europa in materia di sicurezza e Sviluppo nel Sahel. Il Piano di Azione costituisce una solida base per le iniziative di stabilizzazione della Regione, con un particolare focus alla prevenzione e al contrasto della radicalizzazione e degli estremismi di matrice terroristica, al miglioramento delle condizioni della gioventù, nonché al miglioramento della gestione delle frontiere e della mobilità per una più efficace lotta ai traffici illeciti e alla criminalità transfrontaliera organizzata.
- “EuroMed Migration”, arrivata alla sua VI fase, è un ulteriore strumento che mira a promuovere e rafforzare una politica regionale di gestione dei flussi migratori rafforzando la cooperazione con i paesi del Mediterraneo, ormai diventati a pieno titolo sia paesi di origine che di transito di un numeri sempre più significativo di migranti.
- Libia e Siria meritano un discorso a parte. Il conflitto in corso in Libia non permette l'uso degli strumenti ordinari di cooperazione. Sul piano politico, l'UE incoraggia la formazione di un governo di unità nazionale per fronteggiare l'attuale difficile situazione in cui versa il paese e che pare avvantaggiare solo i trafficanti di esseri umani e migranti. Negli ultimi anni l'UE ha destinato ai programmi di cooperazione con la Libia più di 42,7 milioni di Euro tra il 2011 e il 2014. I programmi dell'UE di supporto alla gestione delle migrazioni si basano su tre pilastri: una gestione delle migrazioni basate sul diritto



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

to, la lotta alla migrazione irregolare, e l'assistenza alle persone che necessitano protezione internazionale. L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni gestisce il progetto "START"² nell'ambito del quale 788 migranti sono stati evacuati e rimpatriati, con ulteriori 4.000 casi già identificati, e con la distribuzione di beni di prima necessità e kit sanitari a più di 1.1000 persone in stato di bisogno.

–Per quanto riguarda la Siria, l'UE ha mobilitato circa 3 bilioni di Euro in attività di assistenza umanitaria e stabilizzazione in Siria e nei paesi confinanti (Libano, Giordania, Turchia e Iraq), attraverso due strumenti particolari quali il "European Neighbourhood and Partnership Instrument"³ (ENPI) e il "European Neighbourhood Instrument"⁴ (ENI).

Nello scenario attuale non si può più attendere la piena applicazione delle raccomandazioni del Consiglio europeo del 25 e 26 giugno 2015 e dell'Agenda europea sulla migrazione⁵. L'UE deve cogliere questa occasione per elaborare urgentemente da una parte misure straordinarie e di emergenza per alleviare i compiti complessi che gravano sugli Stati Membri, soprattutto di quelli che si affacciano sul Mar Mediterraneo, e

² Stabilizing at-risk communities and enhancing migration management to enable smooth transitions in Egypt, Tunisia and Libya.

³ <http://www.enpi-info.eu/>

⁴ <http://www.enpi-info.eu/ENI>

⁵ Sull'Agenda e sul suo stato di avanzamento, v. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

dall'altra anche definire la struttura portante di una Governance europea al fine di armonizzare le rispettive politiche migratorie degli Stati Membri. Programmi di sviluppo per i paesi di origine nonché di supporto ai paesi di transito per una corretta gestione dei flussi irregolari, devono necessariamente e sistematicamente affiancare l'ampliamento dei canali di migrazione legali, ai quali l'Europa non può più rinunciare.

Su questa linea, il 9 settembre 2015 la Presidenza della Commissione europea ha illustrato lo stato di avanzamento dell'azione dell'UE, fissando alcune scadenze per il breve e medio termine.

Un primo punto fermo dell'analisi è dedicato al consolidamento di una politica europea di accoglienza e asilo come già stabilito dall'Art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ribadisce quanto già stabilito dalla Convenzione di Ginevra del 1951. I due strumenti fondamentali attivati dall'UE per dare seguito a queste raccomandazioni, sono i "Programmi di sviluppo e protezione regionale", il cui obiettivo è di assicurare protezione ai più bisognosi quanto più vicino alla loro regione di provenienza, e i "Programmi di reinsediamento dei rifugiati" quale principale via legale di accesso all'Europa, con una più equa distribuzione a livello europeo del peso che attualmente grava solo su Italia, Grecia e Ungheria.

Il secondo caposaldo dell'analisi verte sulla necessità di salvare la vita dei migranti migliorando l'efficacia dei controlli alla frontiera esterna dell'UE, rafforzando altresì il ruolo di Frontex come agenzia preposta al coordinamento delle operazioni alle frontiere esterne. A tal fine, gli Stati Membri hanno concordato il rinnovo delle operazioni congiunte "Triton 2015" e "Poseidon 2015" prevedendo il rafforzamento del meccanismo



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

di controllo nonché l'aumento delle aliquote di personale che ogni Stato Membro dovrà destinare a tali operazioni.

Forti disincentivi alla migrazione irregolare vanno messi in pratica in modo che fungano da deterrente per le organizzazioni criminali dedite al traffico di migranti e alla tratta internazionale di persone. L'obiettivo dell'operazione EUNAVFOR MED⁶ è, appunto, quello di collaborare con le missioni coordinate da Frontex al fine di smantellare le reti di trafficanti di migranti. Il quadro penale di tutti gli Stati europei va rafforzato nella parte riguardante la cooperazione internazionale in materia penale, senza la quale risulterebbe pressoché impossibile poter raccogliere gli elementi probatori necessari ad una condanna per reati di natura transfrontaliera, come il traffico di migranti e la tratta di esseri umani.

Un altro punto importante previsto dalla rinnovata risposta europea, è il rafforzamento della politica di rimpatrio e riammissione attuata dagli Stati Membri dell'Unione. Nel Consiglio europeo del 25 e 26 giugno 2015 è stato avanzato l'invito agli Stati Membri di istituire un apposito programma europeo di rimpatri più efficace guidato da Frontex.

Con la sua rinnovata politica, il Consiglio mira altresì al rafforzamento della cooperazione internazionale puntando a una gestione della migrazione più efficace e più consona alla natura mista, e sempre più complessa, dei flussi migratori. Il miglioramento della cooperazione con i paesi di origine è considerato un elemento fondamentale per la buona riuscita di questa strategia.

⁶ <http://eunavfor.eu/mission/>



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

Per far fronte alle recenti sfide poste dal flusso di migranti irregolari provenienti dal Corno d’Africa, è stato rafforzato il supporto al “*EU-Horn of Africa Migration Rout Initiative*”⁷, sopra citata. Detta iniziativa pare porre le prime basi di una risposta olistica al problema della migrazione irregolare proveniente dal Corno d’Africa, mettendo a disposizione degli Stati Membri e dei Paesi terzi alcuni strumenti sui quali sviluppare politiche migratorie nazionali sempre più efficaci e armonizzate. Tra i punti principali, infatti, troviamo l’invito a sviluppare forme di cooperazione bilaterale e regionale tra i paesi di origine, di transito e di destinazione al fine di contrastare la criminalità internazionale dedita al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani, attraverso misure concrete volte a migliorare lo scambio di informazioni, assistenza tecnica e buone prassi, nonché lo sviluppo di programmi di rafforzamento delle capacità degli Stati terzi per un’efficace gestione delle migrazioni.

La stessa Iniziativa raccomanda altresì programmi specifici di gestione coordinata di tutti i servizi coinvolti, per assicurare protezione ai rifugiati e ai richiedenti asilo, nonché assistenza ai migranti più vulnerabili e che per questo facili vittime per le reti di trafficanti.

Infine, la *EU-Horn of Africa Migration Rout Initiative* completa il quadro olistico ed integrato di supporto promuovendo altresì forme di sviluppo sostenibile, nei paesi di origine al fine di alleviare i fattori di spinta della migrazione irregolare.

⁷ http://www.esteri.it/mae/approfondimenti/2014/20141128_political_declaration.pdf



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

È ormai accertato che l'origine dei flussi migratori è esogena all'UE. Per quanto riguarda il flusso di rifugiati e migranti che arrivano in Turchia e Grecia, la risposta a tale fenomeno non può non considerare la necessaria stabilizzazione dell'Iraq e il rafforzamento della coalizione internazionale che lotta contro i gruppi terroristi legati al Da'esh in Iraq e Siria. Non v'è dubbio ormai che questa nuova rotta, che attraversa i Balcani occidentali, sia in diretta relazione con l'instabilità della regione e che debba essere affrontata congiuntamente alla rotta del Mediterraneo centrale.

Un altro importante passo verso una politica europea è stato compiuto con il Consiglio straordinario "Giustizia e Affari Interni" (GAI), riunitosi a Bruxelles il 14 settembre 2015 per affrontare le urgenti questioni legate alla crisi migratoria in corso. Il Consiglio ha stabilito punti cardini per gli Stati Membri al fine di diminuire la pressione che negli ultimi mesi ha pesato solo su alcuni Stati Membri. Il Consiglio straordinario è ritornato, inoltre, anche sulla necessità di ricominciare a parlare di migrazione in modo coordinato e con un'unica voce: quella europea.

Il Consiglio ha focalizzato le discussioni sui dati e sulle informazioni fornite dalle principali Organizzazioni e Agenzie internazionali competenti, in particolare Frontex, l'Ufficio europeo di sostegno per l'Asilo (EASO), Europol, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR) o l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM).

La Commissione europea ha inoltre riportato al Consiglio le nuove proposte in materia di migrazione, in linea con l'Agenda europea sulla migrazione, presentate il 9 settembre 2015, ovvero:



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 25 ottobre 2015

Osservatorio europeo e internazionale

- Una proposta di decisione del Consiglio che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia, della Grecia e dell'Ungheria;
- Una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di ricollocamento in caso di crisi e modifica il Regolamento (UE) N. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Una proposta di regolamento che stabilisce un elenco europeo comune dei Paesi d'origine sicuri;
- Un "Piano d'azione dell'Unione europea sul rimpatrio";
- Una comunicazione sulle norme degli appalti pubblici per le misure di sostegno dei rifugiati;
- La comunicazione "Affrontare la crisi dei rifugiati in Europa: il ruolo dell'azione esterna dell'Unione";
- La comunicazione "Un fondo fiduciario per l'Africa".

La critica di fondo mossa dagli analisti internazionali riguarda il fatto che le conclusioni del Consiglio non fanno parte di un vero e proprio accordo tra gli Stati Membri. Invece sono state comunicate come formali, ma non vincolanti, "conclusioni della Presidenza".

Questo vuol dire che il cammino per una politica europea unitaria è ancora lungo benché importanti traguardi siano stati già raggiunti e archiviati. Ed è per questo che un ulteriore Consiglio straordinario Giustizia e Affari interni è stato convocato per il 22 settembre 2015⁸.

⁸ I dati e le informazioni contenuti in questo elaborato sono aggiornate al 20 Settembre 2015.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

Raccontare la nonviolenza: il caso del conflitto israelo-palestinese

di Pina Sodano *

Introduzione

Raccontare il conflitto israelo-palestinese è un'impresa complessa che richiede un'analisi molto articolata. Risulta difficile ridurre, in poche righe, l'origine, la dinamica e il dramma di un conflitto considerato, nell'ambito dei conflitti irrisolti, tra i più duraturi. Sono più di sessanta-sette anni che «la comunità israeliana e quella palestinese si contendono il possesso del territorio della Palestina» (Oberschall 2007). Come affermano Tilly e Tarrow, questo conflitto è «la lotta di due popoli per il con-

* Ph.D. in sociologia conseguito presso l'Università degli Studi Roma Tre, dipartimento di Scienze politiche. Già docente a contratto presso il dipartimento di Scienze politiche, Università degli Studi Roma Tre, corso in Migrazioni islamiche in Europa. Arabista, ha svolto attività di ricerca in Palestina sui flussi migratori e relativa diaspora. Ha collaborato nel 2008 con l'Istituto Inash El Usra, «The Center for Study of Palestinian Society & Heritage Society» di Ramallah. Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*)



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

trollo dello stesso fazzoletto di terra in un angolo del Medio Oriente» (Tilly e Tarrow 2008, 216-217). Lo scontro è contraddistinto da periodi altalenanti più o meno violenti, a cui seguono metodologie di scontro che mutano col trascorrere del tempo. È proprio in questa dinamica che s'inseriscono nuove strategie di lotta nonviolenta e saranno proprio esse al centro di questo saggio.

Il popolo palestinese sin dagli anni della prima intifada ha tentato di contestare l'equiparazione "palestinese uguale terrorista", soprattutto rivendicando, dinanzi all'opinione pubblica internazionale e ad Israele, il proprio diritto di rimanere nella propria madre patria. Nel saggio si accennerà ai grandi autori dai quali la resistenza palestinese ha assunto tesi, metodologie e modelli comportamentali, come ad esempio, Gandhi¹ e in particolare il suo aspetto *etico*, e Sharp² a livello pragmatico. Saranno

¹ Mohandas Karamchand Gandhi, nato a Porbandar, il 2 ottobre 1869 e morto a Nuova Delhi, il 30 gennaio 1948 è considerato il padre spirituale e guida dell'India. È stato tra i pionieri a sostenere la teoria del *satyagraha*, in altre parole, di poter arrivare all'indipendenza dell'India attraverso la resistenza e l'oppressione tramite la disobbedienza civile di massa. Che cos'è la *satyagraha* verrà illustrato, più avanti, nel saggio; possiamo affermare che grandi uomini come Nelson Mandela, Martin Luther King e Aung San Suu Kyi si sono ispirati a Gandhi e alle sue azioni e alle sue strategie per la formazione di movimenti di difesa dei diritti civili, per sconfiggere discriminazioni come l'*apartheid* in Sud Africa, il riconoscimento dei diritti negli Stati Uniti e la lotta dei diritti umani per la Birmania. I movimenti descritti brevemente sono solo alcuni degli esempi di lotta non violenta.

² Gene Sharp, nato nell'Ohio, il 21 gennaio del 1928, è un importante filosofo, politico ed è stato professore di scienze politiche all'Università del Massachusetts Dartmouth. Nel 1983 ha fondato l'*Albert Einstein Institute* dove vengono analizzati, studiati ed interpretati gli studi della lotta non violenta. Nel 1953 ha partecipato al movimento di disobbedienza contro la guerra in Corea. Nel 1973 ha scritto *The Politics of Nonviolent Action*, libro che diventa fondamentale per i movimenti non violenti, ma che deve sicuramente



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

poi analizzate tre tipologie di lotta nonviolenta: i comitati popolari con riferimento alla loro specifica organizzazione e all'insieme di organizzazioni, di soggetti e di movimenti anche internazionali che li sostengono, il *Boicottaggio Sanzioni Disinvestimento* (BDS) adottato *in primis* in Sudafrica, e infine la protesta propria di alcuni prigionieri politici che adottano ad esempio lo sciopero della fame come strategia di lotta.

Si menzioneranno e analizzeranno alcuni casi di successo particolarmente interessanti perché capaci di dimostrare la fattibilità di questo genere di lotta contro l'occupazione israeliana, come le lotte condotte dai villaggi di *Budrus* e *Bil'in*. Infine, si approfondiranno il pensiero e l'azione di alcune figure particolarmente importanti, come *Khader Adnad* e *Samir Issawi*, incarcerati per lunghi periodi e che attraverso lo sciopero della fame sono riusciti a far conoscere il loro caso all'opinione pubblica internazionale ottenendo risultati importantissimi. In conclusione saranno analizzati i limiti di questa strategia di lotta alternativa alla violenza insieme ai suoi punti forti, capaci di inserire nella dicotomia resistenza-terrorismo la variabile nonviolenza, assunta come metodo di resistenza rivoluzionaria.

1. La nonviolenza, una cultura di lotta globale

Il concetto di nonviolenza è oramai entrato da qualche decennio nell'uso quotidiano. Diffusosi soprattutto nel Novecento, esso deve gran

molto allo studio fatto nel 1968 da George Lakey: *The Sociological Mechanism of Non-Violent Action*.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

parte della sua fortuna a importanti personalità che lo hanno interpretarlo e usato al punto da avviare vere e proprie rivoluzioni. In alcuni casi queste sono state concettuali, in altri invece politiche. Probabilmente il più noto tra questi autori è Gandhi, per la rilevanza politica della sua lotta nonviolenta quale strategia di liberazione dell'India dall'occupazione inglese. Esistono però molti altri autori e varie esperienze annoverabili nell'ambito della cultura e della lotta nonviolenta.

Andiamo per ordine. La parola «nonviolenza» deriva dal sanscrito e trova origine nel termine *ahisma* che significa: «assenza del desiderio di nuocere, di uccidere». Un'origine riconosciuta anche nell'ambito degli studi della teoria dei conflitti (Maniscalco 2010). Le scuole di pensiero prevalenti sull'agire nonviolento sono essenzialmente due. La prima è quella *etica*, la cui azione è il frutto di valori e principi di ispirazione per lo più filosofico-religiosi. Il suo principale esponente, come già scritto, è stato Mohandas Gandhi. Per il noto politico indiano, la nonviolenza è una forma di contestazione contro le ingiustizie, la disuguaglianza sociale e le violenze in genere, comprese quelle militari o armate: seppur fortemente contestatrice, prescinde dall'uso della forza. Una lotta per il cambiamento che evita, in modo rigoroso, l'uso di qualsiasi forma di violenza.

Essa presenta alcune precise caratteristiche, a partire dalla contestazione permanente, in sé generatrice di conflitto, verso ogni forma di sfruttamento e ingiustizia. In questo caso l'azione di Gandhi nei riguardi dell'occupazione inglese dell'India è l'espressione diretta di questa filosofia. Ciò che con Gandhi viene categoricamente sempre rifiutato è la violenza come atto o comportamento di conduzione e risoluzione dei



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

conflitti³. Non è un divieto solo prescrittivo o normativo ma rimanda ad un'interpretazione esistenzialista della violenza, e dunque della nonviolenza, che comprende la natura stessa dell'uomo. Secondo Gandhi, infatti, qualunque attività umana comprende il rischio di utilizzare la violenza. In tal senso essa sarebbe generativa di altra e nuova violenza, in un percorso senza fine e soluzione. Per questa ragione egli ritiene che dovere dell'uomo non sia l'eliminazione totale di essa né la sua astensione, bensì la sua maggiore riduzione possibile nel mondo (Gandhi 2006).

Elemento centrale per il vero nonviolento, secondo Gandhi, è il costante tentativo di costruire ponti con l'avversario, sperando che nel campo rivale ci sia sempre un altro attore - gruppo, disposto ad accettare una soluzione, attraverso la discussione, mediazione o trattativa nonviolenta del conflitto. Proprio per questa ragione, l'ultimo requisito richiesto dalla teoria di Gandhi è la necessità di gradualità dei mezzi per arrivare allo scopo, la quale prevede di seguire innanzitutto le vie istituzionali per la risoluzione conflittuale, come ad esempio: il negoziato; l'arbitrato, il compromesso, l'appello alle autorità e all'opinione pubblica, le petizioni. Solo dopo aver provato queste possibili soluzioni si può individuare un piano alternativo e quindi passare progressivamente all'azione nonviolenta: inizialmente con le forme di azione più leggere come

³ In Gandhi è importante la distinzione fra nonviolenza come convinzione, detta nonviolenza del forte (*Satyagraha*) e nonviolenza come scelta tattica, detta nonviolenza del debole o resistenza passiva. La nonviolenza del forte consiste nel rifiuto morale della violenza nella convinzione di aver trovato una valida alternativa ad essa. La nonviolenza come scelta tattica è invece la posizione di chi non ricorre alla violenza perché non si sente abbastanza forte per impugnare le armi. Il primo dunque agisce attraverso la nonviolenza, il secondo è nonviolento perché non agisce.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

la contestazione, l'agitazione e la dimostrazione, per poi passare a forme più radicali quali il picchettaggio, il boicottaggio, il sabotaggio, lo sciopero, fino alla non collaborazione, alla disobbedienza civile e al digiuno.

La seconda scuola è definita *pragmatica* e il suo principale esponente è lo statunitense Gene Sharp, secondo il quale la strategia nonviolenta è fondata sull'idea per cui «l'esercizio del potere dipende dal consenso dei governati, i quali, ritirando il proprio sostegno, possono controllare e perfino distruggere il potere dei suoi avversari» (Sharp 1985-1997, 4). Un'analisi che ribalta le principali teorie del potere e soprattutto restituisce centralità ai governati, riconoscendo loro un protagonismo diretto. Ancora secondo Sharp, l'azione nonviolenta è un mezzo per esercitare un potere politico e sociale contro il potere dell'avversario. Si determina, secondo la sua visione filosofica e pragmatica, una sorta di strategia del condizionamento del potere e di coloro che lo esercitano. Chi pratica infatti una tattica nonviolenta non deve mirare a conquistare il potere o ad abolirlo, bensì ad esercitarne il controllo attraverso una forza capace di influenzarne il detentore sino a convincerlo-obbligarlo a concedere o impedire qualcosa.

La teoria di Sharp considera il potere politico una relazione instabile, e quindi modificabile, tra governanti e cittadini. Tale precarietà della relazione tra attori o meglio tra detentori del potere e coloro che invece tale potere lo subiscono si fonda in sostanza sull'ineluttabilità dell'obbedienza verso un potere costituito. Ogni essere umano dentro qualunque relazione può generare un'opposizione, decidere di non obbedire, mettere in atto pratiche e azioni che vanno in senso contrario rispetto a quelle imposte dal potere costituito. Nel momento in cui i cittadini riconoscono nei *leader* politici l'espressione di un'azione ingiusta o oppressiva, possono cessare



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

di obbedirvi, indebolendone l'autorità e determinando uno squilibrio di potere. Ciò vale all'interno di qualunque regime politico, sia esso dittatoriale che democratico, sebbene, come evidente, diverse saranno le reazioni del potere e le conseguenze scontate dal dissidente.

Il presupposto politico dell'azione nonviolenta diventa quindi la non-collaborazione e la disobbedienza all'ordine imposto. Le azioni dirette nonviolente includono atti di omissione, quando si rifiutano di eseguire azioni che la consuetudine e la legge impongono di eseguire; atti di esecuzione, quando si compiono azioni che la consuetudine e la legge generalmente vietano; oppure una combinazione tra le due. Atti di protesta e persuasione includono azioni pubbliche come manifestazioni di massa, marce e veglie; richieste formali come petizioni, dichiarazioni e discorsi pubblici; atti simbolici come lo sventolio di bandiere, colori e simboli; atti comunicativi come l'affissione di manifesti, striscioni, poster, o la distribuzione di giornali e volantini. Impiegati da tutti i movimenti nonviolenti, gli atti di protesta e persuasione generalmente emergono nella prima fase della lotta e possono servire per mobilitare la cittadinanza e la presa di coscienza del soggetto nonviolento (Sharp 1985-1997).

Sharp individua tre meccanismi attraverso i quali l'azione nonviolenta influisce sull'avversario: a) la conversione, b) l'accomodamento e c) la coercizione nonviolenta.

a) *La conversione* fa appello alla natura umana dell'avversario cercando di provocare un cambiamento interiore. È una pratica in realtà usata nella dialettica che mira a persuadere e a portare l'avversario sulle proprie posizioni. A questo scopo, quasi strategicamente, si utilizzano le pressioni emotive che provengono dalle sofferenze dei gruppi oppressi, cosicché le sofferenze, penetrando le difese razionali dell'avversario, ne



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

incrinino gli alibi determinando una mancanza di giustificazione per la sofferenza provocata. La conversione è sempre un atto volto al mutamento che interviene sul quadro emotivo e poi sociale del soggetto o dei soggetti che fanno questa esperienza.

b) *L'accomodamento* è invece il processo attraverso il quale l'avversario, anche se non convinto delle posizioni del nemico, sceglie di adattarsi alla nuova situazione, cedendo su una o più richieste avanzate dal gruppo nonviolento. È il caso in cui ad esempio lo sciopero e i boicottaggi economici spingono l'avversario al compromesso per arginare le perdite economiche che avrebbe se decidesse di continuare il conflitto. Si accettano in sostanza le rivendicazioni o richieste proposte anche se le proprie appartenenze culturali o ideali insieme alle relative convinzioni restano immutate.

c) *La coercizione nonviolenta* si pratica quando la sfida avanzata dall'azione nonviolenta diventa troppo vasta perché la repressione possa controllarla; la noncollaborazione e la disobbedienza civile rendono impossibile il funzionamento dei sistemi sociali, economici e politici, e la stessa capacità dell'avversario di infliggere violenza è minata alla base. Grazie alla noncollaborazione, secondo Sharp, si può analizzare il nemico addirittura senza arrivare al crollo del regime, l'importante è non arrivare alla violenza, perché in quel caso anche se il potere del regime è debole con la virulenza della violenza si innescano meccanismi di sostegno da parte di nuovi sostenitori sino ad allora rimasti ai margini dello stesso.

Dopo aver illustrato quello che è il quadro teorico di riferimento, vi collochiamo la teoria al caso specifico: la Palestina.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

2. La Palestina e la lotta nonviolenta: origini e organizzazione di una nuova resistenza

L'utilizzo della nonviolenza nel conflitto israelo-palestinese non è recente. La prima marcia pacifica in Palestina si è avuta nel lontano 1920. Gli arabi palestinesi residenti si riversarono nelle strade di Gerusalemme per manifestare il proprio disaccordo all'applicazione della Dichiarazione di Balfur (King 2007). Le proteste pacifiche andarono avanti per molto tempo, molti negozi rimasero chiusi e diverse petizioni furono firmate ed inviate alle autorità britanniche. Per i palestinesi gli avversari da sconfiggere erano senza dubbio gli inglesi e verso di loro si manifestarono le prime forme organizzate di resistenza e lotta. Si praticò, ad esempio, un rifiuto categorico da parte di molti *mukhtars* (sindaci) dei villaggi alla cooperazione coi governanti-occupanti.

A partire dal 1930 le azioni di protesta da parte dei palestinesi aumentarono insieme alla presenza dei comitati di supporto. L'obiettivo comune era quello di creare campagne di sostegno all'acquisto di prodotti prettamente palestinesi e boicottare i beni e prodotti importati dalla Gran Bretagna. In aggiunta, molti palestinesi che rivestivano ruoli di prestigio in rappresentanza del governo britannico furono abbandonati o emarginati come forma di protesta. A Giaffa, nel 1933, più di seicento palestinesi presero parte al "*munar al la-taawun*", il congresso della non-cooperazione, dove furono elaborate tre forme di resistenza:

- Boicottaggio sociale dei ricevimenti governativi;
- Boicottaggio politico dei consigli governativi;
- Boicottaggio dei prodotti britannici ed ebraici.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

Nello stesso periodo in Palestina aumentò il flusso dell'immigrazione ebraica. Dal 17% del 1931 si arrivò, nel 1936, al 31% (King 2007): un aumento di popolazione ebraica incredibile in soli cinque anni. Il 20 aprile del 1936, il Comitato Arabo Nazionale (CAN) proclamò nuovamente uno sciopero generale a cui parteciparono tutti i palestinesi. In quest'occasione il Comitato chiedeva esplicitamente l'arresto dell'immigrazione ebraica, il divieto della vendita delle terre di Palestina ad ebrei e la nascita di uno Stato palestinese indipendente sulla base dell'unità araba. Il governo inglese a queste richieste rispose *in primis* con arresti di massa e poi con la distruzione di case e di attività commerciali. Il *leader* del movimento nazionale palestinese, Haj Amin, aveva insistito molto sulle tecniche di nonviolenza, ma in un contesto così caotico e pieno di tensione la rivolta si trasformò in lotta armata (King 2007).

Il 10 ottobre 1936, il CAN dichiarò finito lo sciopero generale, riscuotendo alcuni indubbi successi, salvo risultare sconfitto in seguito all'azione di Ben-Gurion e la relativa presa d'incarico di tutti i posti pubblici da parte degli ebrei. La lotta tra l'*élite* palestinese portò ad una frammentazione interna che condusse alla lotta armata. Nell'ottobre del 1983, Mubarak Awad organizzava un workshop a Gerusalemme dal titolo: «Resistenza palestinese e metodi nonviolenti», in cui parlava di «giustizia sociale e autodeterminazione» attraverso l'utilizzo della nonviolenza, così da strutturare un cambiamento sociale, un metodo per la liberazione sociale dagli israeliani (Awad 1976). Con la costruzione del Centro palestinese per lo Studio della Nonviolenza (1985), Awad inizia a diffondere le traduzioni dei libri di Gandhi, «il programma costruttivo», e di Sharp (*al muqawana bila ounf* 1985). Secondo Awad è attraverso l'azione nonviolenta che ogni singolo palestinese può partecipare al pro-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

cesso di liberazione del proprio paese da un'occupazione considerata violenta e illegittima, superando il relativo sentimento d'impotenza (King 2007). Resistere alla violenza, essere picchiato e non rispondere a tali atti, è l'unico mezzo per resistere a un potere forte (Sharp).

Awad socializza con il popolo palestinese un sistema basato su alcuni principi condivisi: a) lavoro a domicilio; b) educazione per gli adulti; c) avanzamento culturale delle donne; d) un maggiore sviluppo delle unioni sindacali impegnate nella lotta alla nonviolenza. Ciò portò all'elaborazione di un forte senso di fiducia nella popolazione palestinese, tanto che nell'ottobre del 1986 presero corpo alcune azioni di non cooperazione: il rifiuto di pagare le tasse israeliane, atti di omissioni, disobbedienza civile, catene umane per bloccare le strade o vietare ai bulldozer di lavorare. Nel dicembre del 1987 prese avvio la prima *intifada* (il cui significato letterale della parola è: «scrollarsi di dosso»). L'immagine del giovane palestinese che tira i sassi contro il carro armato è quella che più rappresenta la prima *intifada*. Possiamo far risalire a questo momento storico la nascita dei comitati palestinesi, che uniti al successo dell'economia alternativa messa in moto soprattutto dalle donne e dalle ragazze – le quali crearono in casa alimenti alternativi alle merci israeliane – diedero nuova linfa e coraggio alla battaglia di liberazione.

Fondamentale fu la sostituzione del sistema educativo, dopo la chiusura di circa 900 scuole e all'abbandono di 300 mila studenti palestinesi; i comitati popolari si auto-organizzarono allestendo aule scolastiche per impedire l'abbandono dei bambini per strada. In questo contesto Israele iniziò la strategia della "pulizia collettiva" contro gli stessi comitati popolari: i campi profughi vennero tenuti sotto continua osservazione e molti uomini, donne e giovani vennero arrestati (circa 29 mila). Ciò non



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

portò però ad un affievolimento della resistenza. In questo periodo fu allontanato anche Awad poiché considerato una minaccia per la sicurezza statale. Il suo arresto fu un duro colpo per i comitati popolari.

Quando successivamente Sharp analizzerà la prima *intifada*, affermerà che per l'85% essa era stata una forma di lotta nonviolenta se si escludevano l'utilizzo delle pietre e delle molotov. Cavalcando l'onda della prima *intifada*, le reazioni all'interno del popolo palestinese furono importanti per i traguardi raggiunti: il rafforzamento di un'identità nazionale, di gruppo e la presa di coscienza dell'acquisizione di potere. I comitati iniziarono ad avere maggiore considerazione e si sviluppò una leadership locale. L'Olp fu presa in considerazione da diversi Stati e il Medio Oriente, consapevole del riconoscimento politico, ripresentò l'idea di una giusta soluzione per il popolo palestinese. Nel frattempo l'economia israeliana aveva perso all'incirca 2 miliardi di dollari. La situazione, purtroppo, si aggravò con gli accordi di Oslo e con la seconda *intifada* scoppiata a causa della provocazione dell'allora *leader* israeliano Ariel Sharon, il quale camminando all'interno della spianata della Moschea al-Aqsa determinò la reazione del popolo palestinese.

2.1. Dalla teoria alla pratica: I comitati popolari, il Bds, lo sciopero dei prigionieri amministrativi

Manifestazioni, marce e proteste sono le forme di lotta che vengono messe in atto dalla popolazione palestinese che risiede nei villaggi interessati dalla costruzione del muro di separazione e dall'espansione delle colonie illegali (come tali definite dalla Corte internazionale di Giusti-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

zia)⁴. Questa forma di lotta dal basso viene organizzata e gestita dalla popolazione locale che pratica azioni di mobilitazione pacifica e nonviolenta. La resistenza popolare durante e dopo la seconda *intifada* è ruotata attorno ai comitati popolari nei villaggi palestinesi. Oggi più che mai i comitati popolari disegnano la basilare esperienza di opposizione dal basso portata avanti dalla società palestinese. Le comunità locali si sono auto-organizzate e hanno intrapreso strategie di protesta, non-cooperazione e intervento per resistere e opporsi alle molteplici forme dell'occupazione israeliana.

Come si organizzano i Comitanti popolari? Ogni settimana, solitamente subito dopo la preghiera del venerdì, la comunità locale dei villaggi, insieme alla comunità internazionale⁵ e agli attivisti israeliani⁶, scende per le vie del villaggio e manifesta pacificamente contro la costruzione del muro da parte di Israele (in molti tratti, la linea di demarcazione è stata spostata a danno dei palestinesi) e contro la costruzione illegale delle colonie. La marcia pacifica, solitamente, è fatta terminare dall'esercito israeliano con lanci di lacrimogeni, bombe sonore e proiettili di gomma. Nonostante questi evidenti atti militari e provocatori, la

⁴ La Corte Internazionale di Giustizia dell'Aia riconosce che gli insediamenti dei coloni nei territori occupati sono illegali poiché costituiscono una «flagrante violazione» della IV Convenzione di Ginevra.

⁵ Per Comunità internazionale si riferisce ad attivisti che arrivano da tutto il mondo, a quelle ong che partecipano e sostengono il popolo palestinese alla propria autodeterminazione, come ad esempio l'International Solidarity Movement.

⁶ A fare parte degli attivisti israeliani che partecipano a queste manifestazioni pacifiche troviamo gli *Anarchici contro il Muro* e gli obiettori di coscienza che decidono di non fare il servizio militare per Israele, nel caso specifico la leva dura tre anni dai 16-19 anni.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

reazione della popolazione locale e degli attori esterni che partecipano alla marcia, resta nonviolenta. Purtroppo in questi ultimi anni ci sono stati diversi ragazzi palestinesi che sono rimasti feriti e altri invece deceduti a causa dell'azione violenta dell'esercito⁷. Nel settembre 2009 nasce il Comitato di Coordinamento per la Lotta Popolare (Popular Struggle Coordination Committee, PSCC)⁸ con lo scopo di coordinare tutti i comitati che avevano iniziato la lotta pacifica.

2.2. Budrus

Tra i primi villaggi ad aderire alla resistenza popolare, in risposta alla costruzione del muro da parte di Israele, nel novembre del 2003, troviamo il villaggio di Budrus.⁹ La popolazione locale ha iniziato a manifestare contro la costruzione del muro che avrebbe diviso in due il villaggio, le cui conseguenze sarebbero state: la divisione della popolazione dall'unica fonte di sostentamento, ossia la coltivazione degli ulivi che circondano Budrus e altri otto villaggi circostanti, creando così una piccola *enclave* che avrebbe escluso tutti i residenti della zona dalla propria

⁷ Nel villaggio di Budrus, nell'agosto 2004, un ragazzo di 17 anni è morto a seguito delle ferite riportate da un proiettile di gomma e altre 300 persone sono state ferite e 45 sono state arrestate.

⁸ Si può consultare il loro sito: www.popularstruggle.org.

⁹ Budrus è un villaggio che si trova presso a poco a 50 chilometri ad ovest di Ramallah ed è separato dalla *Green Line* da circa 700 *dunam* (70 ettari) dove risiede una folla piantagione di ulivi. Secondo i dati del Palestinian Center Bureau of Statistics (www.pcbs.gov.ps) questo villaggio è abitato da oltre 1500 persone.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

vita sociale: lavoro, scuola e campi. Le tecniche di smantellamento da parte dell'esercito sono molteplici, tra le quali quella dello sradicamento degli alberi di ulivo, tecnica che permette di appropriarsi di ulteriore terreno utile alla costruire del muro e per le colonie. Solitamente bulldozer che vengono impiegati per questo lavoro vengono inviati direttamente dal governo israeliano che, conoscendo la resistenza e l'attaccamento del popolo palestinese agli ulivi, li fa scortare dall'esercito. Nello specifico, per il villaggio di Budrus, la metodologia utilizzata dalle autorità israeliane per informare il villaggio di quanto accadrà, ovvero della distruzione degli ulivi e della costruzione del muro, è quella di affiggere volantini informativi sui tronchi degli alberi della zona interessata. Questo atto non ha intimidito gli abitanti del villaggio, i quali si sono rifiutati di accettare passivamente la distruzione della propria terra e della propria fonte di sostentamento. Per questa ragione essi hanno deciso di creare un comitato popolare e di coordinare un'azione congiunta con gli altri villaggi mediante azioni di protesta e persuasione.

Interessante è la testimonianza di Abu Iyad, cofondatore del comitato popolare di Budrus, in cui spiega le dinamiche e le aspettative riguardo la resistenza popolare:

Per "resistenza popolare" noi palestinesi intendiamo tutte le azioni attraverso le quali cerchiamo di mettere pressione sull'occupazione militare, ad eccezione dei metodi che implicano l'uccisione di altri esseri umani. Qualsiasi attività di base, condivisa e trasversale che non mira ad uccidere è resistenza popolare. Secondo il diritto internazionale abbiamo il diritto di resistere in qualsiasi maniera, anche con azioni armate, ma dobbiamo scegliere la strada più efficace per raggiungere il nostro scopo che è la fine dell'occupazione. La nostra lotta contro il muro e l'occupazione non è solo



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

un diritto ma anche un dovere e uno scopo. Crediamo che una resistenza popolare, civile e di massa sia l'unico modo per unire la società palestinese. Una forma di resistenza nonviolenta, che io preferisco definire "popolare", non l'abbiamo scelta perché siamo un popolo "buono" o "educato" ma perché pensiamo sia il miglior modo per raggiungere il nostro obiettivo¹⁰.

Sono stati tre gli elementi fondamentali ai fini della lotta del villaggio di Budrus, *in primis* la piena unità di intenti tra la diverse fazioni politiche palestinesi. Le manifestazioni sono state organizzate dai membri dei tre partiti più importanti; Fatah, Hamas e Fronte Popolare per la Liberazione della Palestina. Tale unità d'azione è stata vissuta da tutti gli abitanti del villaggio come una vittoria interna alla società palestinese, spesso divisa. Abu Iyad afferma come:

(...) durante l'assemblea che avrebbe creato il comitato abbiamo deciso di riunire tutte le forze politiche palestinesi perché l'occupazione è qualcosa che colpisce tutti senza distinzioni. In più, noi palestinesi non stiamo mai in silenzio: se qualcuno non è con te, prima o poi ti metterà i bastoni tra le ruote. Se avessimo ignorato anche il più piccolo partito, questo si sarebbe mosso contro di noi. Può sembrare un paradosso, ma siamo un popolo molto diviso sotto molti punti di vista. Con l'esperienza del comitato popolare crediamo però di aver dimostrato che l'unità rende un popolo più forte e coraggioso.

Il secondo elemento è stato il coinvolgimento attivo delle donne all'interno dei comitati popolari, così da consentire loro di essere presen-

¹⁰ L'intervista, anche per le citazioni successive, è stata eseguita dal dott. D. Manente – studente del corso in Teorie e tecniche dei processi di pace, presso il dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre – a Budrus, nell'aprile del 2013.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

ti sin da subito alle manifestazioni. Il terzo elemento che ha modificato l'ottica e l'apprccio delle manifestazioni è stato la presenza degli attivisti internazionali e israeliani, così da far nascere un concreto atto di solidarietà che ha permesso di creare delle fondamentali relazioni personali tra palestinesi ed israeliani. Come afferma lo stesso Abu Iyad:

La presenza degli israeliani è prima di tutto un simbolo culturale. Noi palestinesi siamo abituati a considerare un israeliano come un soldato o un colono. Ma siamo anche persone con una mentalità aperta ed eravamo consapevoli che c'erano israeliani che volevano vivere in pace con noi, su una base di uguaglianza e pari diritti. In più, gli attivisti israeliani e internazionali sono più attrezzati rispetto ai palestinesi per affrontare l'opinione pubblica dei media nei loro paesi. Possono discutere degli effetti del muro con i loro cittadini e fare pressione sui propri governi affinché prendano una posizione chiara contro queste pratiche coloniali.

Il comitato popolare di Budrus è stato il primo comitato ad aver esposto la situazione davanti alla Corte Suprema israeliana, la quale, grazie alle pratiche di resistenza nonviolenta, sancirà la legittimità della confisca di soli 56 *dunam* anziché dei 200 previsti. L'obiettivo raggiunto nel caso di Budrus è stato quello di salvare oltre 1000 *dunam* di terra e circa 3000 alberi di ulivo che altrimenti sarebbero stati sradicati, e quindi di riappropriarsi di circa il 95 per cento delle terre destinate ad essere confiscate. Un elemento fondamentale per la riuscita di questo obiettivo è stato il coinvolgimento e la copertura mediatica che si è innescata all'interno del paese e in Europa.

Nonostante la vittoria, a Budrus, si continua a manifestare ogni venerdì e le tecniche di repressione da parte dell'esercito israeliano continuano ad



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

essere le stesse e purtroppo a fare vittime. Nel gennaio del 2013, un ragazzo di 16 anni è stato ucciso da tre colpi perchè stava lanciando delle pietre contro la costruzione del muro. Rimane esemplare Budrus poichè è stato il primo villaggio che è riuscito ad ottenere risultati importanti grazie all'azione diretta della nonviolenza, diventando un modello a cui molti altri avrebbero potuto ispirarsi; infine, il mondo ha potuto conoscere un'immagine di resistenza palestinese alternativa all'uso della violenza.

2.2.1 Bil'in

Bil'in¹¹ è un villaggio che nella lotta nonviolenta rappresenta un esempio particolare. Proprio accanto al suo territorio lo Stato israeliano ha costruito le prime colonie, dopo aver confiscato gradualmente circa 200 ettari di terra e costruito, nel 1991, un insediamento abitativo dal nome *Kiryat Sefer*. Una volta insediatisi, i coloni israeliani continuarono il processo di confisca delle terre, tanto da riuscire a ricongiungere la colonia di Kiryat Sefer al più vasto complesso coloniale di *Modi'in Illit*¹²

¹¹ Si trova a 12 chilometri a ovest della città di Ramallah e 4 chilometri fuori dalla *Green Line*. Si estende per 400 ettari, ed ha una popolazione di circa 1.700 persone secondo i dati del Palestinian Center Bureau of Statistics (www.pcbs.gov.ps).

¹² La colonia di *Modi'in Illit* nacque come comunità urbana per colmare la mancanza di alloggi per gli ebrei ultra ortodossi di *Bnai Brak* e di Gerusalemme. Con i suoi 28mila abitanti, *Modi'in Illit* è la seconda più grande colonia in Cisgiordania in ragione di un tasso di natalità elevato e dell'arrivo in gran numero di famiglie ebreo provenienti dall'est Europa. L'indice di crescita è tale che negli ultimi otto anni la colonia si è sviluppata del



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

sorto nel 1993. Il processo di sviluppo della comunità è avvenuto attraverso la confisca delle terre dei villaggi palestinesi di *Nil'in*, *Bil'in*, *Kharbata*, *Saffa* e *Dir Qadis*.

Nel 2001 altre terre furono sottratte al villaggio di Bil'in da parte dell'esercito israeliano, questa volta con l'obiettivo di costruire la colonia *Matityahu-Est*, che risultava essere un'estensione della colonia di *Matityahu*. Nel 2005 furono confiscate ulteriori terre ai palestinesi per l'edificazione del muro che praticamente tagliava Bil'in in due. In questo modo Israele riusciva ad impadronirsi di oltre il 50-60 per cento delle terre del villaggio (Carter Hallward 2009), vietando ai residenti di accedere ai campi agricoli che avevano coltivato fino a poco tempo prima della costruzione del muro. Nell'intervista fatta ad Iyad Burnat, membro del comitato di Bil'inm, questi afferma: «Crediamo che il muro non sia una barriera di sicurezza ma solo un ostacolo e un furto. Sappiamo che serve a costruire nuovi insediamenti qui sulla nostra terra, a sradicare gli ulivi per prendere la terra, in modo che Israele possa portare a vivere qui più persone possibili. Questo è qualcosa che ci addolora ma che ci spinge a lottare». Questa affermazione ci aiuta a capire quale è stato il motivo principale che ha fatto leva sulla necessità di una lotta nonviolenta e quindi incentivato la nascita del comitato popolare a Bil'in.

Nel febbraio del 2005, consapevoli dei propri limiti ma anche delle proprie risorse, gli abitanti del villaggio hanno iniziato a manifestare quotidianamente il proprio dissenso: «Dovevamo capire come voler con-

350 per cento: Rapporto di B'TSelem e Bimkom, *Il blocco di colonie di Modi'in Illit*, scaricabile all'indirizzo www.btselem.org



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

tinuare la lotta e quali sarebbero stati i nostri scopi comuni. All'inizio agivamo in modo troppo semplice, senza reale coordinamento né organizzazione. Nessuno pensava di pianificare delle strategie, ma questo bisogno iniziò a sentirsi con l'esperienza sul campo. Capimmo allora che avremmo dovuto decidere quale strategia attuare, in termini di scopi, tattiche e metodi di lotta».

Il 20 febbraio del 2005 nacque il comitato popolare di resistenza contro il muro e le colonie. Al suo interno ci sono membri dei vari partiti politici palestinesi: Fatah, Hamas, Jihad Islamica, Mubadura e altri mentre di fondamentale importnaza è la copartecipazione delle ONG locali ed internazionali.¹³ Gli stessi attivisti dichiarano che:

Crediamo nella lotta popolare nonviolenta contro il muro e contro l'occupazione. Continueremo su questa via perché siamo convinti che sia la strada migliore per raggiungere il nostro obiettivo. Il diritto internazionale concede a noi palestinesi il diritto ad utilizzare la resistenza armata, ma questa scelta non ci porta beneficio. La nostra è una vera resistenza popolare. Anche la più insignificante delle reazioni darebbe agli israeliani il pretesto per usare la violenza contro di noi, così abbiamo deciso di non tirare pietre durante le manifestazioni. Questo perché tirare le pietre può distorcere la realtà rappresentata: ci si inizierebbe a chiedere chi ha iniziato per primo e perderemmo l'opportunità di bloccare i bulldozer e inviare un chiaro messaggio, cioè che qui è in atto un'occupazione. Se ascoltassimo i *media* ufficiali, sembrerebbe

¹³ Sin dall'inizio il comitato popolare ha espresso chiaramente di non essere contro i soldati israeliani, bensì contro l'occupazione delle proprie terre. Era fondamentale focalizzare l'attenzione della lotta sul tema della confisca delle terre e della costruzione del muro.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

che qui ci sia una guerra tra due eserciti. Ma non è così, noi palestinesi siamo le vittime dell'occupazione israeliana e questo deve essere chiaro a tutti.

A rendere particolari le azioni di lotta nonviolenta del comitato di resistenza popolare di Bil'in sono tre principali caratteristiche: a) la marcata teatralità della dimostrazione, definita la "resistenza creativa di Bil'in" (Jawar 2011), b) la forte presenza internazionale, c) la complementarità dell'azione legale.

a) A Bil'in, il venerdì pomeriggio, durante le manifestazioni, parte del comitato lascia spazio a tratti marcatamente teatrali. La protesta si svolge, infatti, mediante precisi codici simbolici e ritualità che consentono alla manifestazione di trascendere la contingenza del momento dimostrativo, grazie a *kermesse* artistiche. Ad esempio, nel 2011, i giovani attori del Freedom Theatre¹⁴ hanno partecipato alla manifestazione suonando tamburi, danzando balli tradizionali e recitando le stesse scene della manifestazione del venerdì cercando di enfatizzarle e teatralizzarle. Alla fine della recitazione il "palcoscenico" era pieno di cartucce vuote dei lacrimogeni sparati dai soldati israeliani e i suoni ritmici rimpiazzati da quelli dei proiettili sparati dall'esercito schierato. Le azioni creative sono state diverse, come ad esempio legarsi agli ulivi prevenendone l'eradicazione. Ibrahim, un membro del comitato, così racconta quell'occasione: «Per me è stato un giorno rivoluzionario, che ci ha insegnato come resistere all'occupazione delle nostre terre. Siamo riusciti a

¹⁴ È una compagnia di teatro nata nel campo profughi di Jenin, che si trova nel nord della Cisgiordania, www.thefreedoomtheatre.org, il cui fondatore, Julian Mer Khamis è stato ucciso il 4 aprile del 2011.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

comunicare il nostro vero messaggio. Ed è stato un successo! Infatti, i soldati non poterono fare niente: né arrestarci né picchiarci. Non stavamo facendo nulla d'illegale nell'essere legati ai nostri alberi e sicuramente non stavamo danneggiando la loro proprietà, poiché era evidente che quella era la nostra terra, con i nostri alberi. Io credo che in quel momento sia iniziata una nuova forma di resistenza per Bil'in»¹⁵. Il merito di queste forme di protesta è stato quello di far ritardare la costruzione del muro e di attirare l'attenzione dei mass media verso Bil'in e verso tutti quei villaggi che stavano vivendo lo stesso dramma.

b) Tramite l'esposizione mediatica e la sensibilizzazione del caso, di riflesso c'è stato un supporto cospicuo di attivisti internazionali e israeliani. Un altro evento che ha attirato l'attenzione mediatica e degli attivisti è stato, nel 2009, la morte di uno dei coordinatori del comitato *Bassem Abu Rahma*¹⁶, avvenuta a seguito delle ferite riportate dal lancio di un candelotto lacrimogeno che lo colpì in pieno petto. A questa tragedia seguì nel 2011 la morte per asfissia da gas di lacrimogeno di Jawaher Abu Rahmah, tutto ciò alla presenza della comunità internazionale¹⁷ che è stata fondamentale per far capire al mondo la portata della violenza israeliana e per proteggere i palestinesi stessi. Questi episodi hanno portato in visita *leader* di portata internazionale, personaggi politici e attivi-

¹⁵ Intervista di D. Manente a Iyad Burnat, aprile 2013 a Bil'in.

¹⁶ Nel film-documentario di Emad Burnat e Guy Davivi: *5 Broken Cameras* che parla della resistenza di Bil'in attraverso i video delle manifestazioni è inclusa la scena della morte di *Bassem Abu Rahma*.

¹⁷ Fondamentale è stata la presenza dell'ISM (International Solidarity Movement) e dei gruppi di solidarietà israeliani quali *Ta'ayush*, *Gush Shalom* e *Anarchists Against the Wall*.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

sti, come ad esempio, l'ex-presidente irlandese Mary Robinson, l'ex-presidente statunitense Jimmy Carter e l'arcivescovo Desmond Tutu. È per lo stesso motivo che a Bil'in si tiene annualmente una conferenza sulla resistenza nonviolenta. Si tratta di un momento molto importante per il confronto e la riflessione sulle azioni dei comitati.

c) Dopo vari tentativi, nel 2005 il comitato popolare di resistenza contro il muro e le colonie di Bil'in riuscì a presentare una denuncia presso la Corte Suprema israeliana¹⁸. Essa chiedeva lo stop alla costruzione del muro e delle abitazioni nella zona di Matityahu-Est, basandosi sul fatto che i piani di costruzione non erano stati approvati dall'amministrazione civile israeliana e il tracciato del muro situato ben oltre le abitazioni rispetto alle quali esso fungerebbe da "barriera di sicurezza". Nel dicembre del 2005 la Corte Suprema israeliana rilevò l'illegalità della costruzione delle colonie sulle terre di Bil'in per assenza di permessi e uso di falsi documenti e ordinò lo stop alla costruzione degli insediamenti a Matityahu-Est. Gli abitanti del villaggio installarono una carovana sulle terre loro confiscate realizzando il primo avamposto palestinese. Esso ebbe però vita breve ed infatti, nelle ore immediatamente successive alla sua costruzione, la carovana venne distrutta dall'esercito israeliano. Gli abitanti di Bil'in non abbandonarono il loro progetto e costruirono una solida struttura nel rispetto delle leggi israeliane denominata "*Bil'in Ovest*", la prima "colonia palestinese". La Corte Suprema ordinò a Israele di giustificare le ragioni del rifiuto di spostare il tracciato del muro che passa per Bil'in, rafforzata da

¹⁸ L'associazione legale israeliana *Yesh Din* ha seguito questo caso insieme all'avvocato israeliano *Michael Sfard*, specializzato nella difesa dei diritti umani.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

una serie di nuove documentazioni che mostrano una rete di acquisizioni illegali di terre in Cisgiordania. Nel marzo 2006 la giustizia israeliana confermò la decisione presa, opponendosi alla costruzione di nuovi insediamenti israeliani nelle colonie di Modi'in Illit, ma approvò anche le costruzioni illegali già esistenti. Mentre Bil'in depositò una seconda denuncia presso la Corte Suprema chiedendo l'annullamento della definizione di "terra di Stato", cioè di proprietà israeliana sulle terre confiscate nel 1990 e nel 1991, l'Alta Corte di Giustizia israeliana ribadì il divieto di nuove costruzioni e insediamenti a Matityahu-Est. A questa decisione fece seguito la demolizione di due strutture della colonia di Matityahu-Est su ordine della giustizia israeliana.

A seguito di una intensa attività legale, Bil'in sembra avere ottenuto risultati positivi nel versante del riconoscimento dei propri diritti sulle terre. Seppur criticata perché accusata di aver accettato la legittimità del sistema giudiziario israeliano, la via legale ha avuto dei risvolti positivi, anche se i risultati definitivi stentano ad arrivare. La battaglia legale ricevette ancora una volta una grande attenzione mediatica: i giornali di tutto il mondo seguirono l'iter giudiziario e la vittoria legale garantì ancora di più una copertura mediatica senza precedenti. Tuttavia le critiche verso l'esperienza di Bil'in vengono avanzate anche da alcuni palestinesi. Se è vero che il villaggio è diventato simbolo di una resistenza popolare, condivisa con gli attivisti israeliani e internazionali, è vero anche che la lotta sembra essersi affievolita negli ultimi tempi. La connessione tra una lotta popolare e una richiesta particolare, cioè lo spostamento del percorso del muro e il conseguente libero accesso alla terra, rischiano quindi di sottovalutare il peso generale dell'occupazione militare sulla società palestinese, collegandolo ad un singolo caso specifico.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

2.3. Il BDS (Boicottaggio Sanzioni Disinvestimento)

Nel luglio del 2005 nasce in Palestina la campagna BDS (Boicottaggio, Disinvestimenti e Sanzioni)¹⁹; con essa, è la stessa società civile che si attiva proponendo come lotta nonviolenta questa strategia. La comunità cerca di coordinare dal basso tutte quelle organizzazioni collettive e quei movimenti di base che hanno lo stesso obiettivo, ossia pressare Israele perché rispetti il diritto internazionale. Nello specifico le richieste della campagna BDS si concentrano su tre obiettivi fondamentali:

- a) porre fine alla colonizzazione delle terre palestinesi;
- b) garantire la piena uguaglianza ai palestinesi cittadini di Israele;
- c) rispettare il diritto al ritorno dei profughi palestinesi.

Nello specifico il boicottaggio si riferisce ad una sorta di mobilitazione che coinvolge una comunità di persone appartenenti a campi diversi (università, sport, cultura, consumi, turismo), individua dei comportamenti illeciti o ritenuti ingiusti attuati da un'impresa o da un governo e, dopo averli circoscritti attraverso il boicottaggio, cerca di farli fallire. Il boicottaggio diventa una forma di resistenza e una tattica per sfidare l'oppressore.

Per quanto riguarda il termine «disinvestimento»,²⁰ esso viene utilizzato per descrivere la decisione di un individuo, di un gruppo o di un'istituzione di disporre dei suoi titoli o delle sue azioni fino al completo ritiro da una certa impresa. Nel caso palestinese, le imprese oggetto della campagna sono quelle che hanno rapporti diretti o indiretti con

¹⁹ <http://www.bdsmovement.net/bdsintro>.

²⁰ Negli anni Cinquanta, quando fu usato per la prima volta, si voleva supportare il ritiro degli investimenti economici come meccanismo di protesta e di pressione.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

Israele. Sia il disinvestimento che le sanzioni hanno come scopo quello di generare pressioni in grado di determinare una reazione concreta da parte degli attori terzi, come gli azionisti o le imprese, perché spinti da una riflessione “economica” ed “umana” ritirino i propri investimenti. Le campagne BDS di disinvestimento si indirizzano verso enti come chiese, sindacati, università, fondi pensione e industrie che decidono di non investire in determinate imprese. Per quanto riguarda le sanzioni, esse si rivolgono a coloro i quali infrangono una direttiva internazionale. Le sanzioni sono state applicate contro molti paesi, regimi e movimenti politici che non rispettavano il diritto internazionale o le norme convenute (basti pensare a Cuba, Iran, Russia, etc.)²¹. Da parte della società civile, le sanzioni possono essere solo portate avanti come richiesta e monitoraggio. Difatti la richiesta di sanzioni contribuisce, come il boicottaggio e i disinvestimenti, a mettere sotto i riflettori dell’opinione pubblica le politiche di occupazione e di *apartheid* di Israele e a far conoscere agli israeliani l’inaccettabilità dei crimini commessi contro i palestinesi, spingendoli, in una qualche misura, a prenderne coscienza.

2.3.1 Passato e presente del BDS

In Palestina il BDS è stato praticato sin dal 1948 come precedentemente illustrato. Negli ultimi anni esso ha saputo seguire il lungo cammino del-

²¹ Le sanzioni possono essere eseguite dai governi, da organizzazioni come l’Unione Europea o il NAM (Non-Aligned Movement), o da agenzie mondiali come l’ONU o il WTO (World Trade Organization).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

la lotta condotta dal popolo sudafricano contro il regime dell'*apartheid* (Schwartzman 2001). Rispetto al Sudafrica ci sono alcune rilevanti similitudini che accomunano l'*apartheid* con l'occupazione israeliana in Palestina²². Daryl Glazer, studioso di conflitti e di *apartheid*, lo sintetizza con le seguenti parole: «La similitudine tra Sudafrica e Palestina riguarda il modo in cui sia l'*apartheid* che il sionismo israeliano sono serviti per colpire la libertà (con maggior attenzione alla libertà di movimento) all'uguaglianza (e in particolar modo l'uguaglianza economica tra due gruppi ben diversi e identificabili) e la democrazia (specialmente l'aspetto della rappresentanza democratica)» (Glaser 2003).

Diverse analisi e testimonianze di cittadini sudafricani vedono in Israele un sistema razzista e discriminatorio simile, se non anche superiore, al regime di *apartheid* vigente in Sudafrica. Insieme alle analogie, vige anche una cruciale differenza che mina l'efficacia del BDS: si tratta dell'appoggio politico ed economico di cui gode Israele da parte di alcuni tra i governi più importanti al mondo come gli Stati Uniti. Ad esempio, nonostante l'opposizione della maggior parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite alla politica israeliana, Israele non è stato mai soggetto ad una pressione internazionale. Ciò non è accaduto neanche dopo le varie missioni di pulizia etnica nei confronti dei palestinesi.

Il BDS è impostato su tre principi: 1) scelte localizzate, 2) gradualità e 3) sostenibilità. Accademici, intellettuali, attivisti per i diritti umani e organizzazioni della società civile scelgono di applicare il BDS nel modo

²² Su questa tematica Palestina – Sudafrica si può approfondire leggendo i seguenti scritti: Abu-Lughod e Abu-Laban (1974); Farsoun (1976); Will e Ryan (1990); Polakow-Suransky (2010).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

più efficace e flessibile rispetto alla particolarità di ogni Paese in cui quest'azione è praticata, prendendo in considerazione le realtà politiche locali, la capacità organizzativa del singolo gruppo di BDS e le tattiche più appropriate. Un grande passo avanti è stato fornito dall'uso delle nuove forme di comunicazione (*network* di e-mail internazionali, blog, giornalismo su internet) che hanno fornito informazioni traducibili immediatamente dall'arabo all'inglese e altre lingue e hanno facilitato il coordinamento delle mobilitazioni.

2.4. Lo sciopero dei prigionieri amministrativi

Lo sciopero della fame ha storicamente rappresentato uno strumento di lotta politica usato in particolare da donne e uomini sottoposti ad una condizione di evidente limitazione delle proprie libertà, come carcerati, richiedenti asilo o rifugiati politici, o soggetti altri che hanno agito attraverso questa particolare strategia di lotta nonviolenta. Questa particolare strategia di lotta politica ha visto protagonisti uomini e donne comuni come anche grandi *leader* carismatici²³. La storia, dunque, comprende numerosi casi di scioperi della fame utilizzati per rivendicare diritti, continuare battaglie civili e politiche, sollecitare l'intervento dei *media* nazionali e internazionali su questioni altrimenti sottovalutate o non cono-

²³ All'inizio del XX secolo, ad esempio, in Gran Bretagna e negli Stati Uniti alcune donne del movimento delle suffragette hanno iniziato uno sciopero della fame per denunciare la negazione del loro diritto di voto. In India, Mohandas Gandhi considerava invece il digiuno come una delle azioni di lotta proprie del *Satyagraha*.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

sciute. Si tratta di una strategia inserita in un quadro di rivendicazioni o di lotte più ampio che mira ad ottenere un risultato altrimenti difficile da ottenere, attraverso forme di resistenza o rivendicazioni più tradizionali come la lotta armata o quella sindacale. In quest'ambito una particolare attenzione la meritano le esperienze di lotta politica attraverso scioperi della fame da parte di prigionieri palestinesi nelle carceri israeliane. Un approfondimento in tale direzione consente di comprendere i risultati conseguiti, altrimenti di difficile raggiungimento.

È bene precisare che la questione dei prigionieri palestinesi è emersa con l'occupazione militare israeliana della Cisgiordania del 1967. A partire da questa data e fino al dicembre 2012, oltre 800mila palestinesi sono stati reclusi nelle carceri israeliane almeno una volta nella vita. Una cifra impressionante che rende la pratica dell'arresto un rito di accreditamento per il popolo palestinese e in particolare per coloro che sono più impegnati in favore del riconoscimento del relativo Stato, diritto all'autodeterminazione e rivendicazione della propria terra e identità. Secondo le ultime fonti, al 1° gennaio 2014, sono 5.023 i palestinesi detenuti nelle carceri israeliane. Tra questi, 155 sono in detenzione amministrativa, tra i quali 10 membri del Consiglio Legislativo Palestinese, ossia il parlamento palestinese, 17 donne e 154 minori, di cui 14 al di sotto dei 16 anni²⁴. I palestinesi deceduti nelle carceri israeliane sono 2014 a partire dal 1967, a causa di torture e cure mediche non adeguate²⁵. Sono numerosi i

²⁴ "Addameer Monthly Detention Report-1 Gennaio 2014", *Addameer- Prisoner Support and Human Right Association*, <http://www.addameer.org/etemplate.php?id=662>.

²⁵ "On the Occasion of Palestinian Prisoners Day – The 17th of April", *The Palestinian Central Bureau of Statistics and Ministry of Detainees and Ex-detainees*,



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

prigionieri palestinesi che hanno praticato lo sciopero della fame²⁶, a volte per chiedere il riconoscimento dello *status* di prigionieri di guerra o di prigionieri politici, altre invece per protestare contro arresti arbitrari, repressione e condizioni di detenzione ingiuste. In alcuni casi si è avuto un parziale riconoscimento dei diritti negati o non riconosciuti, altre volte invece le condizioni di reclusione sono leggermente migliorate. Non sono mancati infine casi in cui questa azione non ha avuto successo o questo è risultato solo parziale e modesto. Restano però metodologie di repressione del dissenso, anche nei riguardi del prigioniero che patisce una condizione di evidente fragilità psicologica, sociale, sanitaria, che meriterebbero un approfondimento maggiore e un'attenzione politica internazionale che invece risulta gravemente mancante.

Il blocco e la carcerazione dei palestinesi in Cisgiordania sono disciplinate da un preciso codice di leggi militari e prassi consolidate atte a generare intimidazione. La condanna per chi contravviene alle norme di tale codice si traduce in conseguenze dirette e spesso drammatiche. Gli arresti, ad esempio, possono verificarsi in qualsiasi momento e in qualsiasi luogo, in genere condotti con azioni violente e attraverso l'utilizzo di un arsenale militare imponente; ai prigionieri non vengono comunicate le ragioni del loro arresto, né viene detto loro il luogo in cui verranno condotti. Si tratta di un'incertezza voluta e strumentale, atta ad impedire ritorsioni, reazioni e ad intimidire, attraverso la violazione dei diritti internazionalmente ri-

<http://www.pcbs.gov.ps/site/512/default.aspx?tabID=512&lang=en&ItemID=764&mid=3171&wversion=Staging>.

²⁶ Il primo sciopero della fame risale al 1968, quando un prigioniero palestinese, nel carcere di Nablus, iniziò il digiuno per protestare contro le torture subite.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

conosciuti, l'arrestato. Bambini e minori sono esposti al medesimo trattamento²⁷. Si consideri che, ad eccezione del carcere di Ofer, vicino Ramallah, tutte le prigioni si trovano in Israele. Ciò rappresenta un'evidente violazione dell'articolo 76 della IV Convenzione di Ginevra, che stabilisce l'obbligo di mantenere i detenuti all'interno dei territori occupati²⁸. Infine, molti detenuti non possono ricevere le visite dei parenti perché è vietato loro l'ingresso in Israele per motivi di sicurezza²⁹.

Le dure condizioni di detenzione nei centri di interrogatorio, compreso l'uso dell'isolamento, sono praticate con regolarità e spesso costringono il detenuto a confessare crimini che non ha commesso. L'uso della tortura è senza dubbio diminuito da quando, nel 1999, l'Alta Corte israeliana ha imposto severe restrizioni all'uso di metodi di pressione fisica³⁰, salvo permettere una «moderata pressione fisica» in caso di «necessità di difesa» dello Stato d'Israele. Il servizio di polizia carceraria israeliana (*Israel Prison Service*, IPS) punisce severamente i prigionieri per scioperi, proteste o atti di disobbedienza. Le punizioni sono varie e vanno dal divieto di acquistare beni dalla mensa e di ricevere un'indennità finanziaria per sei mesi all'isolamento, dalla punizione collettiva alla confisca dei

²⁷ "Palestinian Political Prisoners", Addameer, <http://www.addameer.org/files/Brochures/addameer-palestinian-political-prisoners-brochure-2010.pdf>

²⁸ <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/9861b8c2f0e83ed3c1256403003fb8c5/076982cd-b0849904c12563cd0051bffd>.

²⁹ "Palestinian Political Prisoners", Addameer.

³⁰ High Court of Justice, sentenza numero 769/02, consultabile in inglese su http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/A34/02007690.A34.pdf.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

beni personali, dal divieto dell'ora d'aria a quello di usare acqua e corrente elettrica, sino alle perquisizioni notturne e al divieto di pregare il venerdì in gruppo o di ricevere visite familiari. Il sistema giudiziario militare inoltre garantisce agli ufficiali dello *Shabak* (i servizi segreti interni israeliani) un'impropria libertà nello svolgimento degli interrogatori. Le stesse sentenze mettono in luce condotte discriminatorie delle corti marziali israeliane; ad esempio, un palestinese condannato per omicidio colposo da un tribunale militare è soggetto all'ergastolo, mentre un israeliano condannato per lo stesso reato in un tribunale civile rischia un massimo di venti anni. Per i minori, invece, la responsabilità penale comincia all'età di 12 anni sia per i palestinesi che per gli israeliani. I palestinesi, tuttavia, per il sistema giudiziario militare, già a 16 anni sono processati come gli adulti, mentre il sistema giudiziario israeliano prevede la maggiore età a 18 anni.

La detenzione amministrativa è la manifestazione più evidente dell'ingiustizia praticata dal diritto israeliano nei confronti dei detenuti palestinesi. Essa è definita dal diritto internazionale come la temporanea restrizione della libertà di un individuo per motivi di sicurezza, a seguito della richiesta di arresto da parte di uno Stato e non della magistratura (Pejic 2005). Questo significa che una persona può essere arrestata e incarcerata senza nessun capo d'imputazione né processo, ma solo sulla base di necessità di sicurezza dello Stato. Il periodo di detenzione amministrativa varia da un minimo di sei mesi ad un massimo di sei anni. La detenzione amministrativa nei territori occupati è ordinata dal comandante militare della zona ed è basata su motivi di sicurezza; i detenuti infatti vengono incarcerati senza processo e senza imputazioni solo sulla base di prove che non vengono rivelate. Tali motivazioni coprono



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

uno spettro molto ampio di azioni ritenute pericolose, come le manifestazioni, la disobbedienza agli ordini militari e in generale qualsiasi atto di resistenza contro l'occupazione. Nella pratica, Israele usa la detenzione amministrativa violando i parametri stabiliti dal diritto internazionale, affermando di essere in uno stato di emergenza dal 1948³¹.

I prigionieri palestinesi hanno storicamente svolto un ruolo politico e sociale importante, spesso diventando protagonisti di condotte e pratiche di resistenza nonviolenta all'interno del regime carcerario, sempre durissimo, israeliano. Approfondire alcuni episodi può aiutare a comprendere il ruolo anche politico dei prigionieri palestinesi in Israele e la funzione svolta dalle azioni di protesta pacifica, a partire dallo sciopero della fame. Nel primo semestre del 2012, alcuni detenuti hanno cominciato uno sciopero della fame per protestare contro la detenzione amministrativa, per denunciare i maltrattamenti subiti durante gli interrogatori, la negazione di adeguate cure mediche e delle visite familiari. La protesta è cresciuta e il 17 aprile 2012 è iniziato uno sciopero della fame di massa, con una partecipazione di circa 2.000 detenuti. Un evento storico che ha inevitabilmente assunto carattere mediatico e politico internazionale. Con l'aumento di intensità degli scioperi della fame, la Israel Prison Service (IPS) ha adottato misure punitive nei confronti dei prigionieri con lo scopo di costringerli ad interrompere il digiuno. Tali misure comprendevano l'isolamento, il divieto di avere contatti coi familiari e avvocati, il rifiuto di loro trasferimento in ospedali adeguati, la confisca dei beni personali e

31 *Adalah*, documento inviato all'UN Human Rights Committee, 22 July 2003, http://www.adalah.org/eng/intladvocacy/unhrc_03_emergency.pdf



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

multe³². L'origine spontaneista degli scioperi, nonostante le reazioni repressive dello Stato israeliano, assunse col tempo un carattere più organizzato: nove prigionieri, ognuno in rappresentanza di una diversa fazione politica, diedero vita ad un comitato centrale per il coordinamento dello sciopero. Tra i primi *leader* a protestare si ricordano le figure di Khader Adnad³³ e Hana Shalabi³⁴; entrambi hanno ottenuto il rilascio con lo scambio del soldato israeliano Shalit e subito dopo sono stati riarrestati.

Insieme a Khader e a Hana merita di essere analizzata la resistenza nonviolenta mediante lo sciopero della fame di Samer Issawi, palestinese di 34 anni arrestato per la prima volta nell'aprile del 2002 dalle forze israeliane nell'ambito dell'operazione *Defensive Shield*, durante la seconda intifada. Affiliato al partito del Fronte Democratico per la liberazione della Palestina, Issawi è stato condannato a trent'anni di carcere con l'accusa di appartenere ad un'organizzazione illegale, possesso di esplosivi e tentato omicidio. Liberato nell'ottobre del 2011 insieme ad altri 1.026 prigionieri palestinesi nello scambio di detenuti tra Hamas e Israele per la liberazione del soldato israeliano Gilad Shalit, Issawi, il 7 luglio 2012, è stato nuovamente arrestato con l'accusa di violazione dei termini di rilascio per essere

³² Amnesty International, *Accountability for violations needed despite Palestinian prisoner deal*, 16 Maggio 2012, <http://www.amnesty.org/en/news/palestinian-prisoner-deal-provides-relief-accountability-violations-needed-2012-05-16>.

³³ Nella sua penultima carcerazione è stato prigioniero, in detenzione amministrativa, senza accusa e senza processo per sei anni ed è stato liberato solo nell'aprile 2012 dopo 66 giorni di sciopero della fame.

³⁴ È stata in detenzione amministrativa per 25 mesi, dopo essere stata liberata nello scambio con Shalit, fu nuovamente arrestata e, dopo 45 giorni di sciopero della fame, le fu chiesto di trasferirsi a Gaza almeno per tre anni.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

entrato in Cisgiordania. Trasferito nel centro di detenzione di *Moscobiya* a Gerusalemme ovest, è rimasto in cella per ventotto giorni, subendo interrogatori di ventidue ore ciascuno, torture fisiche e privazione del sonno. Gli è stato impedito di parlare con un avvocato per 23 giorni come metodo di pressione psicologica. Su di lui pende una doppia condanna, civile e militare. Secondo la condanna civile è carcerato a otto mesi per aver infranto i termini della liberazione e per aver cercato di entrare in West Bank. La condanna militare si basa invece su una legge marziale che legittima la detenzione di Issawi in base ad informazioni segrete, alle quali né lui né il suo avvocato possono accedere, e obbliga il detenuto a scontare ciò che resta della pena precedente, ossia altri vent'anni di prigione.

Il 1° agosto 2012, Samer Issawi annuncia lo sciopero della fame per protestare contro l'arresto ritenuto ingiusto e il processo portato avanti su informazioni segrete, che di fatto gli impediscono di difendersi. Da quel momento si alimenta solo con acqua, sale e zucchero. Il 22 aprile 2013 Issawi ha deciso di interrompere lo sciopero della fame dopo 266 giorni, il digiuno più lungo della storia. Fu infatti raggiunto un accordo tra il suo avvocato e le autorità israeliane in base al quale Samer sarebbe stato liberato a Gerusalemme il 23 dicembre 2013, a conclusione degli otto mesi di reclusione, cancellando così la sentenza della corte militare che lo avrebbe obbligato ad oltre vent'anni di prigionia.

La storia di Samer Issawi fa luce sull'abuso della pratica della detenzione amministrativa, sulla mancanza di un giusto processo e sull'ingiustizia del sistema giudiziario israeliano. Essa rappresenta ciò che può capitare ad ogni palestinese: arresti arbitrari, capi d'imputazione sommari o assenti, pressioni fisiche e psicologiche sia sul detenuto sia sulla famiglia, assenza di un giusto processo. Non è un caso che la sua storia



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

abbia aiutato la società palestinese a comprendere il ruolo dello sciopero della fame quale strumento di lotta e di resistenza nazionale. Ispirati dalla determinazione di Issawi, anche i palestinesi cittadini d'Israele hanno risposto con mobilitazioni e manifestazioni di solidarietà.

Una campagna d'informazione e di mobilitazione è stata avviata sia a livello locale che internazionale, coinvolgendo giovani, donne, anziani, organizzazioni di base, le famiglie dei prigionieri e i gruppi politici. Questo attivismo si è diffuso in Cisgiordania, Gaza, Gerusalemme e anche tra i palestinesi della diaspora. Gli stessi detenuti nelle carceri israeliane hanno inviato un messaggio al governo israeliano col quale si affermava che la lotta di Issawi era una lotta comune e che la sua morte avrebbe generato una nuova *intifada*. Oltre all'azione della società palestinese, un ruolo importante è stato svolto dai movimenti di solidarietà internazionale. Petizioni, manifestazioni e dimostrazioni di solidarietà sono state alimentate da una diffusa campagna globale di sensibilizzazione sul tema della detenzione amministrativa e sulle generali condizioni dei prigionieri palestinesi, spingendo gli Stati Uniti e l'Unione europea a fare dichiarazioni contro il regime e la tale pratica. Uno dei principali punti di forza della campagna per sostenere Issawi resta la sua storia personale; egli incarna l'essenza dell'esperienza quotidiana dei palestinesi e la loro continua lotta per i loro diritti e la libertà.

Conclusioni

In questo saggio si è cercato di analizzare le politiche e azioni nonviolente, nel loro quadro filosofico e nei risultati concreti determinati nei



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

territori dove sono state praticate. Tra i casi presi in considerazione si è analizzato nel merito quello israelo-palestinese. Partendo dalla teoria della nonviolenza, in altre parole dagli studi di Gandhi e di Sharp, si è cercato di indagare se e come essa abbia influenzato le varie forme di resistenza e lotta nonviolenta in Palestina. Importante è stato in modo particolare Sharp con le sue strategie: le azioni dirette, la non-collaborazione ed infine la disobbedienza civile.

Si è analizzato il ruolo dei comitati popolari di resistenza palestinese e, attraverso la loro azione, la formazione di una di solidarietà *organica* trasversale in termini generazionali (giovani, anziani) e internazionali (europei, americani). Rilevante è stato il supporto della comunità internazionale e degli attivisti europei ed israeliani che ha incoraggiato le strategie di resistenza e allargato la conoscenza tramite l'informazione. Nonostante le manifestazioni pacifiche che si svolgono il venerdì vengano represses dall'esercito israeliano attraverso l'utilizzo spropositato della forza, il rito non si interrompe e anzi tende ad ingrandirsi.

In seguito si è analizzata la campagna del *boicottaggio, disinvestimento e sanzioni* quale adeguato strumento di lotta nonviolenta che volge la richiesta d'aiuto alla comunità internazionale attraverso una domanda specifica data dalla non-collaborazione con lo stato d'Israele fino a quando non verrà garantito il rispetto del diritto internazionale; attraverso il riconoscimento di pari dignità per gli arabi-palestinesi e i cittadini israeliani, il riconoscimento del diritto al ritorno dei profughi palestinesi e la fine dell'occupazione militare e della colonizzazione della West Bank. La campagna del BDS ha avuto una diffusione rilevante e soprattutto allineare le diverse fazioni politiche palestinesi, le quali hanno ritenuto questo metodo un mezzo efficace per indebolire Israele. Lo



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

stesso Israele ha ammesso che negli ultimi anni ha subito una flessione economicamente a causa di questa campagna ormai globale e sempre più conosciuta.

Infine come nuovo elemento di analisi sulle strategie nonviolente si è parlato dello sciopero di fame praticato dai prigionieri palestinesi, come forma di manifestazione nonviolenta, per richiamare l'attenzione pubblica e denunciare la condizione delle carceri e del complesso sistema giudiziario israeliano. Attraverso la detenzione amministrativa Israele può incarcerare cittadini palestinesi senza accusa e senza processo per un minimo di sei mesi. Durante questo periodo vi è il fermo divieto di visite familiari e un pressante regime d'isolamento. Lo sciopero della fame di massa dei prigionieri palestinesi è diventato uno strumento di lotta nonviolenta contro un sistema ingiusto e disumano. Sfiare la morte per alcuni prigionieri non è stato solo strumentale affinché l'opinione pubblica potesse consocere le loro condizioni di vita ma anche l'occasione per scuotere le coscienze degli israeliani e del mondo intero.

Nonostante l'utilizzo di queste forme di lotta nonviolenta, il conflitto non è stato risolto e le stesse strategie hanno dimostrato limiti strutturali, a partire dalla mancanza di un piano strategico comune, dalla mancanza di una forte leadership riconosciuta da tutta la popolazione e la forte repressione utilizzata sistematicamente dalle autorità israeliane (arresti, espropri di terra, demolizione delle abitazioni, limitazioni alla libertà di movimento, di protesta e di associazione).

Concludendo, la stessa idea di lotta nonviolenta, negli ultimi anni, è stata spesso identificata dai palestinesi come un'imposizione della comunità europea che la rappresentava come l'unica forma legittima di re-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

sistenza. Dopo il processo di Oslo, nel contesto palestinese sono nate numerose ONG impegnate nella diffusione di teorie e tecniche nonviolente che si sono formate, soprattutto, grazie ai finanziamenti internazionali. La loro attività ha determinato la svalutazione dell'idea della resistenza nonviolenta da un concetto di lotta popolare dal basso, per arrivare all'idea legata alla normalizzazione delle relazioni con Israele, facendo scemare l'obiettivo contro il quale l'azione nonviolenta è diretta: la fine dell'occupazione militare.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

Bibliografia

Abu-Lughod, I. e B. Abu-Laban (1974), *Settler Regimes in Africa and the Arab World*, Wilmette (Illinois): Medina University Press International.

Awad, E. M. (1994), *Nonviolent resistance: a strategy for the Occupied Territories*, in *Journal of Palestine Studies*, XIII (4), pp. 22-36.

Carter Hallward, M., (2009), *Creative Responses to Sepatation: Israeli and Palestinian Activism in Bi'lin*, in *Journal of Peace Research*, 46 (4), pp. 541-558.

Farsoun, S. (1976), *Settler colonialism and herrenvolk-democracy*, in R. Stevens e A. Elmessiri, *Israel and South Africa: the progression of a relationship*, New York: New World Press.

Gandhi, M.K. (2006), *Teoria e pratica della non-violenza*, a cura di G. Pontata, Torino: Einaudi.

Glaser, D., (2003), *Zionism and apartheid: a moral comparison*, in *Ethnic and Racial Studies*, 26 (3), pp. 403-21.

Jawar, R., (2011), *Staging Resistance in Bi'lin. The Performance of Violence in Palestinian Village*, in *Journal of Peace Research*, TDR: The Drama Review, 55 (4), pp. 128-143.

Lakey, G. (1968), *The Sociological Mechanism of Non-Violent Action*, in *Peace Research Riviews*, 2, 6.

King, M. E. (2007), *A quiet revolution: the first Palestinian Intifada and nonviolent resistance*, New York: Nation Books.

Maniscalco, M. L. (2010), *Sociologia e conflitti, Dai classici alla peace research*, Matera: Altrimedia.

Oberschall, A. (2007), *Conflict and Peace Building in Divided Societies: Responses to Ethnic Violence*, London & New York: Routledge.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

Omizzolo, M. e P. Sodano (2015), *Migranti e territori*, Roma: Ediesse.

Paino, R., (2003), *Lettura della realtà palestinese attraverso l'azione non violenta*, in *Quaderni di Intercultura*, Anno V.

Parry, W. (2010), *Contro il muro. L'arte della resistenza in Palestina*, Milano: Isbn Edizioni.

Pejic, J. (2005), *Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence*, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N. 858.

Polakow-Suransky, S. (2010), *The Unspoken Alliance: Israel's Secret Relationship with Apartheid South Africa*, Random House.

Schwartzman, K.C. (2001), *Can international boycotts transform political systems? The cases of Cuba and South Africa*, in *Latin American Politics and Society*, 43 (2), pp. 115-46.

Sharp, G. (1973 e 1979), *The Politics of Nonviolent Action*, tr.it. *Politica dell'azione non violenta*, Torino: Gruppo Abele (vol. I *Potere e lotta*, 1985; vol. II *Le tecniche*, 1986; vol. III *Le dinamiche*, 1997).

Sharp, G. (1979), *Gandhi as a Political Strategist*, Boston: Porter Sargent.

Sodano, P. (2015), *Towards a «Just and Comprehensive Peace in Palestine»: Interviewing Omar Barghouti*, in *Democrazia & Sicurezza*, anno V, n. 2, pp. 203-215.

Tilly, G. e S. G. Tarrow, (2008), *La politica del conflitto*, Milano: Mondadori.

Will, D. e S. Ryan (1990), *Israel and South Africa: legal systems of settler dominance*, Trenton NJ: Africa World Press.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

Sitografia

http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/A34/02007690.A34.pdf
http://www.adalah.org/eng/intladvocacy/unhrc_03_emergency.pdf
<http://www.addameer.org/files/Brochures/addameer-palestinian-political-prisoners-brochure-2010.pdf>
<http://www.amnesty.org/en/news/palestinian-prisoner-deal-provides-relief-accountability-violations-needed-2012-05-16>
<http://www.bdsmovement.net/bdsintro>
<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/9861b8c2f0e83ed3c1256403003fb8c5/076982cdb0849904c12563cd0051bffd>
<http://www.pcbs.gov.ps/site/512/default.aspx?tabID=512&lang=en&ItemID=764&mid=3171&wversion=Staging>
www.btselem.org
www.pcbs.gov.ps
www.popularstruggle.org
www.thefreedoomtheatre.org



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Osservatorio sociale

Abstract

Telling Nonviolence: the Case of the Israeli-Palestinian Conflict

This essay focus on the analysis of the Israeli-Palestinian conflict from a sociological perspective using the theoretical approach of the non violence beginning with Gandhi and Sharp.

Moreforward it will be analyzing three types of nonviolent struggle: starting from the popular struggle coordination committees with regard to their specific organization, of individuals and international movements that support them; then Boycott Divestment Sanctions (BDS) that was adopted primarily in South Africa, and finally it will be explaining the protest of the political prisoners that have adopted, in the last years, a hunger strike as a control strategy.

In conclusion it will be analyze the limits of this alternative strategy of alternative to violence with its strengths, and to able to change the dichotomy resistance-terrorism, taken as a new method or as a discovery of a revolutionary resistance.

Keywords: Nonviolent resistance, Occupied Territories, popular struggle committees, BDS, strike of prisoners.



Recensioni



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

M. Foroni, *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove Costituzioni sudamericane*, Lampi di Stampa, Vignate (MI), 2014, pp. 153

Quello relativo ai Beni comuni e alla tutela degli stessi è un tema di cruciale importanza per il diritto comparato, motivo per il quale Marco Foroni, autore del testo *Beni Comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove Costituzioni Sudamericane*, ha dedicato il suo libro alla trattazione di tale argomento, fornendo un valido strumento di ausilio a quanti si avvicinano allo studio della materia.

Il testo, suddiviso in due parti, ha come filo conduttore il concetto di «Bene comune», nozione con la quale l'autore apre la trattazione nella prima parte del volume, svolgendo un'approfondita analisi della genesi del concetto di Bene comune nella sua evoluzione storico-normativa e nell'importanza che esso ha rivestito nei secoli.

Foroni definisce i «Beni comuni» quale «dimensione altra del possedere» che si contrappone al nuovo diritto "naturale" costituito dal mer-





anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

cato. Essi sono elementi imprescindibili dal soggetto non più solo individuo, il soggetto astratto degli ordinamenti giuridici liberali occidentali, ma persona con la propria dignità come sancito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 438/2008 e in linea con la nostra Costituzione che negli artt. 3, 36 e 41 fa riferimento rispettivamente ai concetti di «pari dignità sociale», «esistenza libera e dignitosa» e «dignità umana». I Beni comuni, che sono il fondamento della democrazia partecipativa, possono definirsi “a titolarità diffusa” e si sottraggono alla logica dell’uso esclusivo, sono condivisibili, creano un legame sociale e presuppongono rispetto, solidarietà e responsabilità verso le generazioni future; inoltre, non essendo possibili discriminazioni rispetto alla loro usufruibilità, essi attualizzano la tematica dell’uguaglianza, sia sul piano formale che sostanziale. Divengono dunque strumenti essenziali affinché i diritti di cittadinanza possano essere effettivamente esercitati.

Al fine di fornire una corretta e precisa definizione di Bene comune, l’autore fa riferimento alle proposte della Commissione Rodotà, istituita nel 2007 al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del Codice Civile in materia di beni pubblici, sottolineando che “il diritto come Bene comune” restituisce una posizione di centralità alla persona, consentendole il totale accesso a tali beni al fine di poter soddisfare i suoi diritti fondamentali e di adempiere ai suoi doveri sociali di solidarietà verso la collettività, garantendole anche una partecipazione attiva alla gestione di tali beni.

Nel prosieguo della trattazione, è posta poi l’attenzione sulla nozione di Beni comuni nei sistemi di *civil law* e di *common law*, nonché sulla relazione dei suddetti beni con i diritti di cittadinanza. L’analisi parte dal presupposto che la nozione di Bene comune debba essere letta in chiave



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

olistica e non nella logica riduzionista dell'avere, in quanto si collega sia alla possibilità concreta per l'essere umano di godere dei diritti fondamentali (che viene ad essere contemporaneamente esperienza di soddisfazione soggettiva e di partecipazione oggettiva ad una comunità), sia alla possibilità di creare uno spazio giuridico per le future generazioni.

Negli ultimi anni, da parte delle organizzazioni internazionali, vi è stato un importante riconoscimento delle conoscenze tradizionali come proprietà intellettuale, intese quindi come *intellectual community rights*; inoltre è stato posto l'accento sul patrimonio conoscitivo dei popoli indigeni nella sua natura collettiva e intergenerazionale. Si è giunti, oltrepassando la logica giuridica eurocentrica, all'accettazione delle soggettività culturali e al riconoscimento della pari dignità delle elaborazioni operate in ambiti socio-giuridico-culturali diversi da quello predominante.

L'esigenza di rivendicare la proprietà intellettuale sul sapere tradizionale si inserisce nei processi di nuova costituzionalizzazione come quelli sudamericani, laddove vengono stabilite nuove norme giuridiche tese alla gestione collettiva e partecipata dei Beni comuni, come soluzioni nuove per la realizzazione dei diritti di nuova generazione.

All'interno della tematica più generale finora affrontata si iscrive, infatti, in un contesto più specifico, il *nuovo costituzionalismo sudamericano*, affrontato nella seconda parte del volume. Questo viene anche denominato *costituzionalismo sperimentale* dal momento che propone un nuovo percorso istituzionale che rende legittima l'integrazione tra differenza e uguaglianza, per far fronte all'incapacità del costituzionalismo tradizionale liberal-democratico occidentale a trovare una soluzione ai problemi di emarginazione sociale del continente sudamericano.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

Foroni analizza dapprima alcune tematiche quali la costituzionalizzazione della persona, i nuovi orientamenti giuridici riguardo ai diritti di cittadinanza globale e il costituzionalismo dei bisogni, tematiche dalle quali si snoda, poi, l'interessante disamina sulle nuove Costituzioni di alcuni Paesi Sudamericani quali Ecuador, Bolivia e Brasile.

Al fine di sviluppare razionalmente e coerentemente il suo discorso, l'autore, prima di analizzare nello specifico alcuni articoli di tali Costituzioni, focalizza l'attenzione in termini comparativi sulle vicissitudini del percorso costituente delle nuove Costituzioni ecuadoriane e boliviane, percorso in grado di delineare un innovativo patto sociale tra ognuno e tra ognuno e la natura, con la finalità di definire una «Democrazia della Terra», intesa come rapporto interdipendente e mutualistico tra diritti individuali e collettivi e diritti delle comunità locali autoctone e degli ecosistemi presenti. Esse costituiscono pertanto il banco di prova per la costituzionalizzazione dei Beni comuni.

Le Costituzioni dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009, in alternativa al modello sociale ed economico neoliberale predominante, mirano ad una rifondazione istituzionale dello Stato basato su un modello di sviluppo solidale e sostenibile, in sintonia con le culture indigene, modello che si fonda su tre elementi fondamentali: *buenvivir*, *plurinazionalità* e *riconoscimento giuridico dei diritti della natura*.

Il *buenvivir* prevede la consapevolezza da parte dell'uomo di usufruire dei beni della natura solo quanto necessario, al fine di prevenire qualsiasi danno che possa inficiare il ciclo riproduttivo, finendo così per compromettere i diritti delle generazioni future. In riferimento poi al concetto di plurinazionalità, l'autore specifica che, a differenza delle Costituzioni precedenti in cui era riconosciuta l'esistenza di società mul-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

tietniche e pluriculturali, adesso sono gli Stati stessi ad essere plurinazionali sulla base di un modello istituzionale che mira ad assimilare i gruppi emarginati in nome dell'eguaglianza etnica. In ultimo, in merito al riconoscimento giuridico dei diritti della natura, in tali Costituzioni la natura da "oggetto" diventa "soggetto" titolare di situazioni giuridiche.

L'originalità delle due Costituzioni in questione, come più volte esplicitato nel testo, consiste nei richiami alla cosmovisione indigena andina in cui, di contro alla visione antropocentrica occidentale, domina una visione cosmocentrica nella quale l'uomo è consapevole di avere un ruolo passivo e secondario rispetto all'ordine delle cose. Ci troviamo di fronte a una "virata biocentrica" dovuta alla centralità attribuita alla soggettività della natura rispetto all'essere umano. Viene così a delinearsi uno Stato ecologicamente responsabile e rispettoso dei Beni Comuni.

Il *Buenvivir* rappresenta dunque un valore della società, un traguardo di sviluppo sostenibile e solidale cui anelare, strettamente connesso alla dignità umana. La sua costituzionalizzazione enfatizza un insieme di valori considerati importanti al fine della nascita di una nuova modalità di convivenza, di un nuovo patto sociale che ha cambiato la struttura politica, giuridica, economica e culturale dei due Paesi in esame.

Di taglio nettamente più specifico sono poi i tre capitoli in cui l'autore si sofferma dettagliatamente su alcuni articoli relativi alla tutela dei Beni comuni delle Costituzioni di Ecuador, Bolivia e Brasile, che rappresentano tre importanti e valide esperienze a livello comparatistico.

La Costituzione ecuadoriana del 2008, fin dal Preambolo, accoglie molti riferimenti al *Buenvivir* volge lo sguardo anche ai principi di dignità umana, evidente dimostrazione di costituzionalizzazione della cosmovisione andina. Si auspica una società rispettosa della dignità della



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

persona e della collettività, e si riconosce alle persone, alle comunità, ai popoli e alle nazioni il diritto di poter beneficiare dell'ambiente e delle risorse naturali, ossia i Beni comuni, che permetta il *Buenvivir*. Altro aspetto che affiora sin dal Preambolo della Costituzione ecuadoriana è la celebrazione della natura nella versione giuridica dell'*earth jurisprudence*, teoria del diritto basata sull'asserzione che la Terra è la fonte primaria del diritto e che ogni essere vivente ha il diritto di esistere e di svolgere il proprio ruolo su di essa.

Anche nella Costituzione della Bolivia del 2009 si ravvisano molteplici rimandi al concetto del *Buenvivir* agli aspetti ad esso connessi. Uno dei tratti distintivi e innovativi di tale Costituzione rispetto alle altre Carte costituzionali è la differenza, contemplata in essa, tra diritti fondamentali e diritti fundamentalissimi, laddove tra i diritti fundamentalissimi vengono collocati il diritto alla vita, all'alimentazione e all'accessibilità all'acqua come condizioni necessarie per accedere agli altri diritti. Ne scaturisce dunque un innovativo modello costituzionale basato sulla tutela giuridica dei Beni comuni e sull'esplicito impegno normativo pubblico ed istituzionale dello Stato mirante alla universalizzazione del benessere sociale come diritto inviolabile appartenente a tutti.

L'autore mette in rilievo, inoltre, le analogie e le differenze fra le Costituzioni di Ecuador e Bolivia. Differentemente dalla Costituzione ecuadoriana, in cui viene attribuita alla natura una sfera di posizioni soggettive in via costituzionale, in Bolivia questi diritti vengono riconosciuti unicamente mediante leggi ordinarie. In riferimento alle analogie, invece, anche nella Costituzione della Bolivia, alla stregua di quella dell'Ecuador, sono rinvenibili richiami alla cosmovisione andina ed inoltre entrambe riconoscono formalmente il carattere plurinazionale dello



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

Stato, riconoscimento che ha avuto pochi precedenti nel diritto costituzionale comparato.

Foroni prosegue poi la trattazione con un'analisi del diritto delle terre indigene nella Costituzione federale del Brasile del 1988, che all'art. 20 definisce «le terre tradizionalmente occupate dagli Indios» come Beni comuni di proprietà collettiva tutelati dallo Stato federale. L'art. 231, inoltre, delinea lo status specifico dei diritti territoriali indigeni, caratterizzando le terre indigene diversamente dalle forme di titolarità pubblica o privata e riconosce il diritto alla diversità nella conservazione e valorizzazione della lingua, delle tradizioni e della cultura. La Costituzione brasiliana assegna ai diritti delle terre indigene una configurazione non comune sia per la natura originaria dei diritti peculiari riconosciuti, sia per la caratteristica propria di inalienabilità, indisponibilità ed imprescrittibilità dei relativi diritti, sia con la previsione di leggi per la loro protezione e della nullità ed estinzione di ogni atto volto a limitare l'usufrutto esclusivo e il possesso permanente. È pertinenza esclusiva dei tribunali dell'Unione la tutela dei diritti delle popolazioni indigene, garantiti dalla Costituzione e dalla legislazione specifica.

Chiude l'interessante ed efficace trattazione un capitolo dedicato alla difesa dei Beni comuni e ai sistemi di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali tutelati dalle nuove Costituzioni, i quali, in base all'organo a cui compete decidere sul ricorso, vengono suddivisi in: «Ricorsi ordinari», «Amparo costituzionale» e «Azione popolare».

I *Ricorsi ordinari*, previsti da diverse Costituzioni latino-americane tra cui anche quelle di Ecuador, Bolivia e Brasile, danno vita a procedimenti giurisdizionali risolti dal potere giudiziario ordinario; essi si esplicano in varie tipologie di ricorsi a tutela dei diritti fondamentali, quali l'*habeas*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

corpus, l'habeas data, l'amparo directo o acciòn de proteccion, esperibili contro ogni atteggiamento che restringa arbitrariamente o illegalmente l'esercizio di un diritto fondamentale.

L'*Amparo constitutional*, invece, è di competenza del giudice (Tribunale) costituzionale, il quale decide sul ricorso in via esclusiva sulla tutela dei diritti fundamentalissimi e fondamentali ovvero come potere di revisione delle decisioni prese dai giudici ordinari; tra le Costituzioni che prevedono tale istituto giuridico, nell'opera sono citate quelle di Ecuador, Bolivia, Colombia, Repubblica de El Salvador e Guatemala.

Infine vi è l'*Acciòn popular*, per ricorso ai giudici costituzionali con la finalità di far verificare la legittimità degli atti normativi; essa può essere attivata sia da singoli cittadini, sia dal Difensore del popolo, sia dal Pubblico Ministero. L'*Acciòn popular* è prevista principalmente dalla Costituzione della Bolivia e da quella della Colombia. Sulla base di tale istituto giuridico, il cittadino singolo, o in gruppo associato, può ed è in grado di agire in nome del pubblico interesse contro il Governo in nome dello Stato, e può richiedere di rappresentare individualmente valori fondamentali o collettivi che il Governo non ha riconosciuto, al fine di tutelare il Bene comune collettivo, rivendicando il pubblico interesse come presupposto della democrazia e dei diritti di cittadinanza delle generazioni presenti e future.

In virtù di quanto esposto e in sintonia con la puntuale ed attenta ricognizione effettuata dall'autore in merito alla tematica dei Beni comuni, non si può non riconoscere a Marco Foroni il merito di aver realizzato un interessante lavoro dal linguaggio chiaro, che rappresenta un valido ed originale contributo all'approfondimento, in chiave comparata, di Carte costituzionali di grande portata innovativa, che si propongono



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 20 ottobre 2015

Recensioni

come finalità la realizzazione di un insieme di valori basati sulla giustizia sociale, sulla valorizzazione delle diversità ambientali e naturali e sulla responsabilizzazione e la solidarietà verso le generazioni future.

Anastasia Del Prete

