



ANNO II, N. 2, 2012



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio

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

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

Scientific Board

Domenico Amirante (Seconda Università degli Studi di Napoli); Fabrizio Battistelli (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"); Paolo Benvenuti (Università degli Studi "Roma Tre"); Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre"); Roberto Borrello (Università degli Studi di Siena); Gerardo Cautilli (Direzione Centrale degli Istituti di Istruzione - Ministero dell'Interno); Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia); Rosario Garcia Mahamut (Universitat Jaume I - Castellón); Hermann Groß (Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung); Andrew Hoskins (University of Glasgow); Martin Innes (Cardiff University); Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia); Luis Maria Lopez Guerra (juge de la Cour Européenne des Droits de l'Homme-Strasbourg); Stelio Mangiameli (Direttore dell'ISSIRFA-CNR); Maria Luisa Maniscalco (Università degli Studi "Roma Tre"); Kostas Mavrias (Università degli Studi di Atene); Lina Panella (Università degli Studi di Messina); Otto Pfersmann (Université Paris-Sorbonne); Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I – Castellón); Angelo Rinella (LUMSA); Cheryl Saunders (Melbourne Law School); Roberto Sgalla (Scuola Superiore di Polizia-Direttore); Giovanna Spagnuolo (Isfol-Italy); Alessandro Torre (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"); Matthew C. Waxman (Columbia Law School).

Editorial staff

Coordinators of sections: Mario Carta (Note); Valentina Fiorillo e Massimo Rubechi (Osservatorio sulla normativa); Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova e Pamela Martino (Osservatorio sulla giurisprudenza); Valerio Sarcone e Francesco Soluri (Osservatorio degli operatori della sicurezza); Filippo Bertolami, Laura Giobbi e Valeria Rosato (Focus); Mariaflavia Casatelli e Cristina Gazzetta (Recensioni)

Assistant Editors: Lisa Mannello, Diana Tasini



INDICE

Editoriale

Il diritto dell'individuo a una cittadinanza

di Lina Panella

Saggi

Aspectos políticos del problema de la Seguridad Pública en Argentina. Una mirada desde Latinoamérica

di Ricardo Sebastián Piana

La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona

di Mario Carta

Note

Il diritto dei detenuti nella Costituzione

di Stefano Ceccanti

Linee guida sulla Salute e Sicurezza nei luoghi di lavoro nella legislazione europea

di Giovanni Bartoli

Il muro israeliano in Cisgiordania tra sicurezza e diritti

di Cristina Gazzetta

Osservatori

L'attuazione della direttiva 2009/52/CE: prime osservazioni sullo schema di d.lgs. n. 466

di Francesca Ferroni



Il "dilemma del prigioniero"

di Pamela Martino

I diritti ai tempi della lotta al terrorismo tra cittadinanza e sicurezza nazionale: il

caso Imad Al Husin

di Maria Dicosola

Sicurezza e comunicazione: tra realtà e finzione

di Roberto Sgalla

*Caso Bildu: la ricerca di un bilanciamento tra esigenza di contrasto al
terrorismo e tutela della democrazia rappresentativa*

di Mario Rendine

Recensioni

*G. Bonvicini, cur., L'Unione Europea attore di sicurezza regionale e
globale, Quaderni del Centro Altiero Spinelli, Milano, Franco Angeli,
2010, pp. 164*

di Lisa Mannello



EDITORIALE



IL DIRITTO DELL'INDIVIDUO AD UNA CITTADINANZA

Lina Panella

Il 28 giugno 2012 il Comitato dei diritti dell'uomo della Società italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI) ha organizzato un convegno in memoria della prof.ssa Maria Rita Saulle, ad un anno dalla scomparsa, dal titolo "I diritti umani nella giustizia costituzionale ed internazionale". Alla presenza del marito prof. Francesco Durante e di numerosissimi colleghi sia del mondo accademico che della Corte Costituzionale, la poliedrica figura della prof.ssa Saulle è stata ricordata a quanti hanno avuto il privilegio di conoscerla e lavorare al suo fianco con alcune relazioni scientifiche su particolari problematiche che erano state suo oggetto di indagine privilegiato.

1

1. Ragioni della scelta ed impostazione del problema.

Per quanto mi riguarda, quando mi è stato assegnato il compito di analizzare il contributo della giustizia internazionale nell'evoluzione della protezione dei diritti umani, ripercorrendo il pensiero della Prof.ssa Saulle nella sua lunga attività, senza molti indugi, ho deciso di concentrare la mia indagine nell'esame del rapporto tra migrazioni ed evoluzione del concetto di cittadinanza, alla luce della prassi e giurisprudenza internazionale. Le riflessioni che seguono sono state stimulate dal fatto che già nel 1992, nel fascicolo 2 di Affari sociali internazionali, e poi successivamente nel 1993, nel II volume delle lezioni di organizzazione internazionale, la



prof.ssa Saulle sosteneva che: «il diritto di migrare è un diritto fondamentale e come tale deve essere riconosciuto e tutelato in campo sia internazionale sia nazionale». A quell'epoca esistevano molte perplessità in merito a siffatta qualificazione del diritto in parola, in quanto taluni (anche tra gli addetti ai lavori) definivano diritto fondamentale quello di emigrare, ossia di lasciare il proprio Paese, ma escludevano che si potesse considerare come diritto fondamentale quello di immigrare, cioè di entrare nel territorio di un altro Stato, sia pure una volta che fossero state rispettate le norme concernenti l'immigrazione e la sicurezza esistenti nell'ordinamento dello Stato di arrivo.

Oggi l'interdipendenza tra il fattore immigrazione e l'istituto della cittadinanza si è sensibilmente accentuata. Infatti le persone che si muovono da un Paese all'altro in modo sempre più incessante, spesso per assicurarsi condizioni minime di sopravvivenza, mettono in discussione una cittadinanza che si risolve semplicemente nel legame di sangue o nel nascere in un determinato luogo, lo *ius sanguinis* o lo *ius soli*, come condizione necessaria per il godimento di diritti, e rivendicano l'esistenza di alcuni diritti fondamentali, di cittadinanza appunto, che debbono accompagnare l'individuo, indipendentemente dalla relazione che intrattiene con un territorio o un gruppo. Ma quale deve essere in concreto il contenuto di questi diritti di cittadinanza? Ci si può accontentare di una cittadinanza minima, che comporti l'attribuzione semplicemente di diritti economici, con esclusione, ad esempio, di quelli civili?

In una società come quella attuale in cui la cittadinanza viene spostata dal luogo di nascita alla molteplicità dei luoghi dove si vive e si lavora, in cui è sempre più avvertita l'esigenza di garantire alla nuova fisionomia di cittadino diritti propri, fondati sull'universalità dei diritti umani, diventa obbligatorio chiedersi se la competenza in materia di acquisto/perdita della cittadinanza spetti ancora esclusivamente agli Stati, o se la



contrario questi ultimi devono tenere conto ed in quale misura, di alcuni limiti imposti dall'ordinamento internazionale. Se l'esistenza di questi limiti, e conseguentemente di obblighi per lo Stato in materia di concessione/perdita della cittadinanza, è ammessa, il problema conseguente cui si cercherà di dare una risposta è: la cittadinanza, oggi, è un potere dello Stato o un diritto dell'individuo?

Preliminarmente, è necessario precisare che in seguito si farà riferimento esclusivamente ai limiti posti alla competenza statale da norme di diritto internazionale, non essendo oggetto di esame, nelle successive considerazioni, né le convenzioni di diritto internazionale privato, né la c.d. cittadinanza europea ed i suoi ulteriori sviluppi che si sono avuti con la legislazione derivata e grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, che hanno reso possibile l'estensione dei diritti economici, culturali, civili e sociali, a tutti gli individui, a prescindere da qualsiasi legame con uno Stato nazionale e che, per la sua complessità, meriterebbe una trattazione a parte.

3

2. Posizione della dottrina e esistenza (o non) del diritto di cittadinanza nelle convenzioni internazionali.

I problemi riguardanti la cittadinanza sono stati oggetto di esame da parte della dottrina internazionalistica, così come dei lavori di codificazione che si sono svolti nell'ambito della Commissione di diritto internazionale (CDI), soprattutto con riferimento agli eventuali conflitti di giurisdizione o al trattamento degli stranieri. Riguardo la rilevanza del legame Stato/cittadino, nell'ambito della dottrina internazionalistica, si può cogliere la tendenza, in un primo momento azzardata, quindi più rimarcata, verso la qualificazione della cittadinanza come diritto inerente all'individuo, piuttosto che prerogativa esclusiva dello Stato. Di diritto alla cittadinanza, non si parla



nei primi atti internazionali adottati in materia subito dopo la prima guerra mondiale, fondati, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza del tempo, sul principio della competenza esclusiva dello Stato. Tale principio, ad esempio, non è stato mai messo in discussione durante i lavori dell'*Institut de droit International*: addirittura il tentativo di introdurre nel preambolo del rapporto supplementare – presentato alla sessione di Stoccolma del 1928 da Reuterskjold – un generico riferimento al ruolo crescente del diritto internazionale in tale materia, poteva essere interpretato nel senso di limitare la competenza esclusiva statale. Tale tentativo non solo non ebbe esito positivo, ma suscitò le vibranti proteste da parte di numerosi Stati.

La competenza esclusiva dello Stato in materia di cittadinanza sembra riconosciuta espressamente nel *progetto di Convenzione sulla cittadinanza* preparato dalla *Harvard Law School* nel 1929, il cui articolo 2 stabilisce che ogni Stato può determinare autonomamente quali individui possono essere qualificati propri cittadini. Ma tra le righe del progetto citato, a ben guardare, già si intravede qualche crepa nella monolitica competenza esclusiva degli Stati. Si specifica, infatti, che «in base al diritto internazionale il potere di uno Stato di conferire la Sua nazionalità non è illimitato», e nel commento a questa norma si dice espressamente che può essere difficile precisare le limitazioni previste dal diritto internazionale al potere dello Stato di attribuire la sua nazionalità, ma che questi limiti ci sono.

Un nuovo modo di affrontare la cittadinanza come diritto individuale, e non come manifestazione della competenza esclusiva dello Stato, comincia a manifestarsi in coincidenza con l'affermarsi ed il consolidarsi dei principi in materia di protezione internazionale dei diritti dell'uomo. Un notevole contributo in tal senso viene dato dallo statuto delle Nazioni



Unite che pone la protezione dei diritti dell'individuo fra i suoi obiettivi fondamentali. Al riguardo già la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 prevede fra i diritti fondamentali dell'individuo, all'art.15, il diritto alla cittadinanza, stabilendo inoltre che nessuno può essere privato arbitrariamente né della sua cittadinanza, né del diritto di cambiare cittadinanza. È ovvio che la disposizione dell'art.15, data la sua genericità, non è di immediata applicazione, poiché non specifica, né potrebbe farlo, quale sia la cittadinanza di cui l'individuo dovrebbe godere né indica le circostanze nelle quali tale diritto sorgerebbe. L'inclusione del diritto alla cittadinanza fra i diritti individuali che gli Stati devono rispettare, comunque, rappresenta un superamento delle concezioni tradizionali fondate sulla centralità dello Stato, delineando *in nuce* un principio destinato ad importanti sviluppi. Tale elemento di novità, tuttavia, non trova riscontro nei successivi Patti internazionali sui diritti dell'uomo, primi strumenti giuridici universali ed obbligatori sui diritti umani in generale, che non contengono alcun riferimento al diritto alla cittadinanza. Un fugace cenno alla questione della cittadinanza si rinviene nell'art. 24 par. 3 del Patto sui diritti civili e politici, con riguardo esclusivamente ai minori, in cui si stabilisce che ogni bambino ha il diritto di acquisire una cittadinanza. Si tratta però di una norma generica, che non individua puntualmente né il soggetto su cui grava l'obbligo di garantire la cittadinanza, né le circostanze in cui tale diritto sorge. D'altronde la diversità delle opinioni espresse durante i lavori preparatori dei Patti, dimostra che, all'epoca, non si è ancora affermata l'esistenza del diritto in parola in capo all'individuo, in quanto gli Stati sono restii ad assumere obblighi precisi e spingersi oltre le mere dichiarazioni di principio, come quelle contenute nella Dichiarazione Universale.



Se a livello universale, il diritto ad una cittadinanza non ha trovato una precisa consacrazione in atti giuridici vincolanti, a livello regionale si manifestano una varietà di posizioni.

Il diritto individuale ad una cittadinanza è infatti previsto nella Convenzione interamericana relativa ai diritti dell'uomo del 22 novembre 1969, che riproduce sostanzialmente l'art.15 della Dichiarazione Universale. Fra l'altro la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, chiamata a pronunciarsi sull'argomento nella sentenza dell'8 settembre 2005 nel caso *Yean and Bosico V. Repubblica Dominicana*, ha definito il diritto alla cittadinanza «diritto fondamentale della persona umana», specificando che essa è l'espressione giuridica del legame sociale di un individuo con uno Stato, che deve esercitare il potere riguardo la sua concessione/perdita ma avendo presenti gli obblighi che gli derivano, fra l'altro, dalle norme sulla protezione internazionale dei diritti umani.

6

In ambito europeo, mentre la CEDU del 1950 non prevede il diritto di ogni individuo alla cittadinanza, come ha più volte confermato la giurisprudenza degli organi di controllo, tale diritto ha trovato un espresso riconoscimento come norma di applicazione generale in alcune Convenzioni adottate successivamente nell'ambito del Consiglio d'Europa. Il risultato più rilevante è rappresentato dalla *Convenzione europea sulla cittadinanza* aperta alla firma nel 1997, ed entrata in vigore nel marzo del 2000, che per la prima volta racchiude in un unico testo la disciplina su alcune questioni in tale materia. In tal senso l'art. 4 lett.a prevede espressamente il diritto di ogni individuo ad avere una cittadinanza e tale diritto viene considerato la base su cui si fonda l'intero sistema giuridico creato dalla Convenzione. Il riconoscimento del diritto individuale alla cittadinanza come norma di carattere generale si deduce in modo ancora più evidente dall'art.18 della stessa Convenzione, relativo alle questioni in tema di cittadinanza che



sorgono in occasione di una successione di Stati. Questa ultima disposizione – in particolare al fine di evitare casi di apolidia, affermando, *inter alia*, il diritto di ogni individuo ad avere una cittadinanza – impone agli Stati l’obbligo di considerare come propri cittadini i soggetti che soddisfano i requisiti ivi indicati. Sempre nella medesima prospettiva, maggiormente significativa è la *Convenzione europea sulla prevenzione dei casi di apolidia in relazione con la successione di Stati*, entrata in vigore il 1 maggio 2009. La norma fondamentale di tale Convenzione è rappresentata dall’art.2, diritto alla cittadinanza, secondo cui gli Stati interessati da una vicenda successoria sono tenuti a concedere la cittadinanza di almeno uno di essi ai cittadini dello Stato predecessore. Nel rapporto esplicativo si legge che il diritto alla cittadinanza è un diritto fondamentale dell’individuo e che non esiste alcuna ragione perché alcuni soggetti che abbiano la nazionalità dello Stato predecessore si ritrovino privati della nazionalità in seguito ad una successione di Stati.

7

3. Posizione della giurisprudenza internazionale.

L’affermazione del diritto alla cittadinanza, in alcuni trattati internazionali che, peraltro, molto spesso sono stati ratificati da un numero non rilevante di Stati, si riflette nelle opposte posizioni che si registrano in argomento nella dottrina internazionalistica: da una parte, infatti, abbiamo coloro i quali affermano in modo categorico che “ogni individuo ha diritto alla cittadinanza”, dall’altra coloro per i quali l’esistenza di tale diritto non corrisponde ad un *consensus* generale della comunità internazionale, e per conseguenza il diritto in parola non può essere considerato *lex lata*.

A nostro parere, tenendo conto non solo dei trattati internazionali che si occupano dell’argomento, ma soprattutto



della cospicua giurisprudenza degli organi giurisdizionali internazionali e della posizione assunta dalla CDI in alcuni recenti lavori di codificazione, si può affermare che il diritto alla cittadinanza, fondamento necessario per consentire ai singoli di sentirsi soggetti attivi di una determinata comunità territoriale, sia ormai divenuto norma inderogabile di diritto internazionale. È comunque necessario operare alcune specificazioni, definendo puntualmente il contenuto di tale diritto e stabilendo nei confronti di quale Stato esso può essere fatto valere. In tal senso, piuttosto che il generico diritto alla cittadinanza sarebbe più corretto affermare il diritto *ad una cittadinanza*, che deve essere concessa non già dallo Stato nazionale, in mancanza di legami effettivi con esso, ma dallo Stato in cui l'individuo ha scelto di stabilirsi e di operare. In tal modo viene ribaltato il tradizionale rapporto Stato/individuo. Il vincolo di cittadinanza, infatti, non si costituirebbe più in funzione della nascita dell'individuo (o per discendenza o perché avvenuta in un determinato luogo), ma dipenderebbe dalla "scelta" dello stesso individuo di stabilirsi in un determinato Stato piuttosto che in un altro. In questo modo la volontà del singolo, fino ad oggi sostanzialmente irrilevante, assumerebbe un ruolo decisivo. Inoltre lo Stato, che potremmo definire di elezione in contrapposizione allo Stato nazionale, non risulterebbe più libero di concedere o negare la propria cittadinanza secondo principi autonomamente stabiliti, ma sarebbe obbligato ad attenersi a precisi obblighi internazionali. Infatti, quella che possiamo definire *la cittadinanza di elezione* non dovrebbe essere concessa dallo Stato alla luce di proprie valutazioni, ma sarebbe inerente all'essere umano in quanto tale e gli Stati, ricorrendone le circostanze di fatto, sarebbero tenuti a riconoscerla in capo a tutti gli aventi diritto.

D'altra parte se si riflette sulla circostanza che il sistema di protezione internazionale dei diritti umani è fondato (almeno in



larga parte) sulla necessità che i diritti degli individui siano garantiti, in primo luogo, dallo Stato nazionale, si comprende come il diritto individuale ad una cittadinanza sia prodromico alla stessa tutela internazionale dei diritti umani nel suo complesso.

Tale diritto individuale ad una cittadinanza, che può non corrispondere alla cittadinanza “giuridica” in senso stretto, è stato più volte affermato sia dalla giurisprudenza degli organi di controllo internazionali che dai lavori della CDI.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, tappa fondamentale, per l’individuazione di alcuni principi inderogabili cui lo Stato è obbligato in tale materia, è rappresentata dal *grand arrêt* del 6 aprile 1955 della CIG sul caso Nottebohm e che vedeva la contrapposizione del Lichtenstein e del Guatemala. Per una migliore comprensione dell’importanza della sentenza, è necessario riassumere brevemente le circostanze che l’hanno determinata. Federico Nottebohm, nato ad Amburgo nel 1881, ed avente per nascita la cittadinanza tedesca, nel 1905 emigra in Guatemala, dove stabilisce il proprio domicilio, che conserva fino al 1943, senza tuttavia acquistare la cittadinanza di questo Stato. Sebbene il Nottebohm si sia recato solo sporadicamente per brevi soggiorni nel Principato del Liechtenstein, nel 1939 – avuta la dispensa del previo domicilio triennale – ha chiesto ed ottenuto di essere naturalizzato cittadino di questo Stato, in base al *Liechtenstein Law Act* del 1934, *senza alcun reale collegamento con la vita del Principato*. Ottenuta la cittadinanza di questo Stato, con la conseguente perdita della cittadinanza tedesca, il Nottebohm è rientrato ben presto in Guatemala per riprendere la propria attività economica. Essendo insorto nel 1941 lo stato di guerra tra Guatemala e Germania, il governo guatemalteco dispone l’arresto del Nottebohm, la sua deportazione negli Stati Uniti ed il sequestro e confisca di tutti i suoi beni, disconoscendo la cittadinanza guatemalteca e



considerandolo suddito nemico ai sensi della legislazione di guerra. Rilasciato, egli chiede invano di poter rientrare in Guatemala, e dopo il ripetuto rifiuto oppostogli dalle autorità guatemalteche, si stabilisce nel Principato del Liechtenstein. È appunto per la riparazione dei danni così inferti ad un “suo” cittadino e per la restituzione e l’indennizzo dei beni sequestrati e confiscati che il Liechtenstein – denunciando il comportamento illecito del Guatemala – si rivolge alla CIG nel 1951. La Corte, rigettata l’eccezione guatemalteca di incompetenza *ratione temporis* con la sentenza del 18 novembre 1953, decide la controversia con sentenza del 6 aprile 1955, dichiarando irricevibile la domanda del Liechtenstein poiché il Guatemala *n’est pas tenu de reconnaître* la cittadinanza per naturalizzazione attribuita al Nottebohm, in quanto *cette naturalisation ne repose pas sur un attachement réel au Liechtenstein qui lui soit antérieur et elle n’a rien chargé au genre de vie de celui à qui elle a été conférée dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance*. È da notare che nel caso esaminato non si trattava di stabilire, in base al criterio dell’effettività, la prevalenza di una cittadinanza sull’altra, ma di decidere della rilevanza nell’ordinamento internazionale della (unica) cittadinanza posseduta dal Nottebohm, ai fini della sua opponibilità ad altri Stati. Per negare la rilevanza nell’ambito dell’ordinamento internazionale di tale cittadinanza, la Corte ha dovuto definire il *genuine link* (*l’attachement réel*) tra lo Stato e l’individuo, principio fondamentale di diritto internazionale generale, che si pone come limite alla competenza esclusiva degli Stati.

L’influenza della sentenza della CIJ nel caso *Nottebohm* è alla base di alcune successive sentenze e decisioni, come, solo a titolo di esempio, la decisione resa il 1 giugno 1955 dalla Commissione di conciliazione italo-americana nel caso *Strunsky Mergé*, avente ad oggetto l’interpretazione dell’art.83 del



Trattato di pace del 10 febbraio 1947 fra l'Italia e le potenze alleate. L'organo arbitrale, nella decisione richiamata, si trova di fronte ad un caso classico di doppia cittadinanza, in quanto la signora Florence Strunsky Mergé possiede sia la cittadinanza statunitense, acquistata per nascita, sia quella italiana, acquistata per matrimonio. La Commissione ha ritenuto che la circostanza che un individuo abbia la cittadinanza di due Stati non paralizza, secondo il diritto internazionale generale, l'esercizio della protezione diplomatica da parte di uno Stato nei confronti dell'altro ogni qualvolta possa dirsi che la cittadinanza dello Stato reclamante costituisce la cittadinanza effettiva, considerato un principio generale di diritto alla stessa stregua di quello della sovranità degli Stati.

L'esistenza di norme di diritto internazionale generale limitative della competenza degli Stati in materia di acquisto/perdita della cittadinanza ha trovato una consacrazione definitiva nella giurisprudenza più recente soprattutto di alcuni organi internazionali creati *ad hoc*. Particolarmente rilevante in *subiecta materia* è la giurisprudenza della Commissione istituita dal Consiglio di Sicurezza per le riparazioni dovute dall'Iraq in seguito all'invasione del Kuwait, il cui statuto prevede un articolato sistema di ricorsi, anche di carattere individuale, in cui la prevalenza del principio della cittadinanza effettiva rispetto al principio dell'uguaglianza sovrana degli Stati è più volte prevista.

Anche nell'ambito della giurisprudenza degli organi della CEDU, il diritto ad una cittadinanza diversa dalla cittadinanza di diritto ha cominciato a farsi strada. Infatti, sebbene come già detto, la CEDU, non preveda tale diritto, tuttavia ad una più attenta lettura, il rigore di una soluzione come quella prospettata in linea di principio trova un temperamento sempre più penetrante e certamente più rispondente allo scopo della Convenzione. Infatti dalla giurisprudenza più recente emerge



un nuovo concetto di cittadinanza intesa come appartenenza ad una determinata comunità più che ad uno Stato, e comunque più rispondente alle esigenze di un rispetto effettivo dei diritti umani. Infatti un interessante orientamento è stato espresso da molti giudici soprattutto in casi in cui veniva in rilievo il lungo periodo di residenza o comunque l'integrazione dello straniero nel territorio nazionale. In questi casi, la mancanza del mero vincolo della cittadinanza che, ad esempio, rende lo straniero soggetto all'espulsione, non è stato ritenuto sufficiente a giustificare un provvedimento che può invece rilevarsi discriminatorio, o comunque, sproporzionato al caso in questione. Infatti secondo questa linea di pensiero, le misure di espulsione di non cittadini, ad esempio, come ha dichiarato espressamente il giudice Morenilla nella sua opinione dissidente nel caso NASRI, possono nascondere un espediente dello Stato per liberarsi di persone divenute indesiderabili. Il problema può porsi anche in termini di responsabilità, in quanto lo Stato che accoglie i lavoratori immigrati, autorizza la loro residenza, si occupa dell'educazione e dell'inserimento della loro famiglia, accordandogli una posizione simile quella dei suoi cittadini, non può successivamente respingere un individuo, perché ha commesso un reato, verso il suo Paese di origine, con cui l'individuo non ha nessun legame e dove le possibilità di riabilitazione diventano illusorie. L'espulsione inoltre, in tali casi rappresenta una discriminazione in quanto si aggiunge alla pena comminata a un cittadino, colpevole dello stesso reato, ma che non può essere espulso. Questa discriminazione è ancora più evidente nel caso di immigrati integrati, per i quali il vincolo effettivo è certamente esistente con lo Stato di residenza, piuttosto che con lo Stato di origine. In questo senso ad esempio le opinioni dissidenti del giudice Martens e del giudice De Meyer nel caso Belijoudi, e del giudice Foighel nel caso Boulifa.



L'affermazione di un diritto individuale ad una cittadinanza, intesa come legame effettivo con uno Stato, ha trovato consacrazione nei lavori di codificazione della CDI sulla protezione diplomatica, e sulla cittadinanza in caso di successione tra stati. Nel primo caso – protezione diplomatica – la CDI il 30 maggio 2006 ha approvato in seconda lettura un progetto di articoli nella materia che, fra gli altri aspetti di sviluppo progressivo del diritto internazionale, prevede una deroga al principio generale secondo cui la protezione diplomatica è fondata sulla cittadinanza dell'individuo. Tale affermazione trova conferma nelle disposizioni del progetto di articoli riguardanti i rifugiati e gli apolidi. L'individuazione dello Stato cui attribuire la facoltà di esercitare la protezione diplomatica a favore di tali categorie di individui, la cui posizione giuridica è caratterizzata dall'assenza di un legame di cittadinanza, fornisce un ulteriore elemento di prova non solo del ruolo fondamentale che il sistema di protezione internazionale dei diritti umani ha assunto nel mondo moderno, ma soprattutto dell'affermarsi di un nuovo concetto di cittadinanza, non più basato su rigidi principi di discendenza o di luogo di nascita, ma più attento ai legami sostanziali ed effettivi tra l'individuo e lo Stato.

Ancora, l'esistenza di un diritto individuale ad una cittadinanza è la base fondamentale da cui prende le mosse il "progetto finale di articoli sulla cittadinanza delle persone fisiche in relazione alla successione degli Stati", adottato dalla CDI nel 1999. Il diritto ad una cittadinanza ed il corrispondente obbligo degli Stati di prevenire (ed evitare) l'apolidia divengono problemi di rilevante importanza nei casi di mutamenti territoriali. Infatti, le persone abitualmente residenti nei territori interessati possono trovarsi nell'impossibilità di acquistare la cittadinanza dello Stato successore e, nello stesso tempo, essere nelle condizioni di perdere quella dello Stato



predecessore. Nel contesto di un mutamento territoriale, in modo particolare, si ritiene che non sia esclusivamente la sola posizione degli Stati che deve essere presa in considerazione, cercando di definirne gli eventuali obblighi di diritto internazionale generale, ma bisogna tener conto anche del diritto individuale ad una cittadinanza, per prevenire gli effetti negativi che una successione potrebbe avere nei confronti delle persone interessate.

Come è stato giustamente osservato, con specifico riferimento alla disposizione dell'art.15 della Dichiarazione universale (diritto ad una cittadinanza), è difficile contestare che tale disposizione debba essere considerata *comme donnant au moins une indication d'ordre moral*, nel caso in cui si vengano a creare nuovi Stati o dei vecchi Stati ritrovano la loro sovranità. Inoltre in tali ipotesi si supera l'obiezione fondamentale rivolta all'art.15 di non individuare lo Stato nei cui confronti reclamare l'attuazione di tale diritto, in quanto il diritto soggettivo alla cittadinanza si configura come il diritto di ottenere la cittadinanza dello Stato successore o di non essere privato di quello dello Stato predecessore, secondo i casi, come affermato nell'art.1 del citato progetto del 1999.

14

Recentemente il diritto ad una cittadinanza è affermato con vigore nel Rapporto del Segretario generale delle NU al Consiglio dei diritti umani del dicembre 2009 in cui, dopo essere stato richiamato il quadro giuridico applicabile al diritto di ognuno di avere una cittadinanza ed esaminato il problema della proibizione e privazione arbitraria della cittadinanza, si insiste sull'obbligo degli Stati di rispettare il principio di non discriminazione nelle questioni legate alla sua acquisizione o perdita.

Un'ultima considerazione riguardante l'ordinamento italiano. È noto che la nostra Corte Costituzionale ha già accolto il criterio di cittadinanza effettiva, ad esempio, nella sentenza



del 24 giugno 2010 n.227, in cui il requisito formale della cittadinanza nazionale fa un significativo passo indietro rispetto al requisito sostanziale della residenza, del legame effettivo di un individuo con un Paese membro. Da tale premessa ne è derivata l'incostituzionalità dell'art.18 della l.n.69 del 2005, cioè la legge di esecuzione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, che consentiva il rifiuto dell'extradizione, in esecuzione del mandato di arresto europeo al solo caso di cittadini italiani e si è esteso il potere di rifiuto di estradizione anche a favore di cittadini comunitari residenti in Italia.

Dalle brevi considerazioni svolte, si ritiene che si possa arrivare ad una conclusione. Il diritto internazionale non vuole "colonizzare" l'ultimo bastione della sovranità statale, come recentemente ha scritto qualcuno. Gli Stati hanno un importante potere discrezionale nell'attribuzione della cittadinanza, ma non sarà più possibile non tenere nella giusta considerazione «le nuove cittadinanze» che ormai il diritto internazionale tutela, così come la Prof.ssa Saulle da tempo aveva affermato.



SAGGI



Aspectos políticos del problema de la Seguridad Pública en Argentina. Una mirada desde Latinoamérica

Ricardo Sebastián Piana

1. Presentación

La inseguridad se ha consolidado como tema central de las elecciones celebradas en 2011 en toda América Latina. De hecho, y como veremos, la ‘preocupación’, puede ser real o infundada pero el temor a la inseguridad es real.

En verdad, la seguridad pública está asociada a un fuerte debate ideológico. Por un lado, una retórica alarmista sobre la ‘inseguridad’ propone más represión, mano dura, penas más altas, menos excarcelaciones o salidas transitorias de readaptación social a los condenados. Por otro lado, hay un discurso garantista, que recoge la noción de seguridad humana y que hace énfasis en los derechos de las personas, antes que en el mantenimiento irrestricto del orden.

A pesar de que todos coinciden en que el problema es grave, se percibe socialmente como grave, en Argentina, como en casi toda América Latina, este debate parece casi imposible. Todo ello hace que la inseguridad sea tomada «como un fenómeno



natural que no podemos revertir [...] como el costo insoslayable de la vida moderna»¹.

En verdad, creemos que el fenómeno de la inseguridad es mucho más amplio que el de la criminalidad y que su análisis y abordaje debe ser multivariable. Por ello, nuestro principal insumo serán los datos socioeconómicos e institucionales relevados por un informe regional realizado por la Corporación Latinobarómetro ² . Recurriremos, también, claro está, a estadísticas en materia de criminalidad³.

Más que un debate teórico queremos aportar datos para que el lector pueda realizar su propio análisis. Al final, aportaremos nuestras conclusiones.

¹ Binder, Alberto M. "El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual" en Kessler, Gabriel (Compilador). *En Seguridad y ciudadanía. Nuevos paradigmas, reforma policial y políticas innovadoras*, Edhasa, Buenos Aires, 2009, pág. 25.

² La medición del año 2011 aplicó 20.204 entrevistas, entre el 15 de Julio y el 16 de Agosto de 2011, con muestras representativas del 100% de la población de cada uno de los 18 países de la América Latina, a excepción de Cuba, representando a la población de la región que alcanza 600 millones de habitantes. El Informe 2011 puede consultarse en www.latinobarometro.org. Fecha de Consulta: 20/12/11.

³ Para dar cuenta de los datos en materia de seguridad hemos recurrido a informes y estadísticas de la Región. Mucha de estas estadísticas en materia criminal, provienen de fuentes no muy actualizadas ni fiables. Existen áreas en Argentina, como la Dirección Nacional de Política Criminal, que depende de la Secretaría de Justicia (y no del Ministerio de Seguridad) que tiene estadísticas publicadas pero no se encuentran muy actualizadas. Las estadísticas más actualizadas son de 2009 en materia de homicidios dolosos y el último informe general total del país disponible es de 2007.



2. Aspectos socioeconómicos

La República Argentina, con 40.117.096 habitantes según Censo 2010⁴, es uno de los países latinoamericanos de más baja densidad de población: 15 hab. por cada km².⁵ Su territorio es de 3.761.274 km², incluyendo las Islas Malvinas, en disputa con el Reino Unido y el sector Antártico⁶. Con 25.728 km de frontera, comparte casi diez mil km con Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

Sin embargo, Argentina es un país macrocefálico: en casi todos los aspectos de la vida nacional, político, económico y cultural pasan por su capital, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁷ y los municipios que, pertenecientes a otra Jurisdicción, la Provincia de Buenos Aires, la circundan en hasta tres cordones decrecientes en términos socioeconómicos, densidad poblacional e importancia política.

Esta área metropolitana, llamada Conurbano, engloba más de doce millones de habitantes, concentrando un 31% de la población y un 40% del producto bruto en apenas un 0,14% del territorio.⁸

⁴ La tasa aumentó el 10% los últimos diez años.

⁵ Sólo contando el territorio continental.

⁶ Esta última tiene 969.464 km². Debe destacarse que el sector antártico argentino coincide, en su gran mayoría con el pretendido por Chile y Gran Bretaña.

⁷ La Capital de la República, sólo ocupa 200 km² con una población de 2.890.151; es decir, su densidad es casi mil veces más grande que el promedio nacional, debiéndose considerar que, al día, entran a trabajar más de dos millones de personas más.

⁸ En un distante segundo lugar se encuentra el Gran Córdoba, cuya población es casi diez veces menor.



Sus más de 40 millones de habitantes promedian índices de desarrollo humano, renta per cápita y calidad de vida, que se encuentran entre los más altos de América Latina.

Desde año 2003 hasta la crisis del 2007, la economía de la Región ha crecido como nunca antes en democracia⁹. Luego de la crisis de 2009 en la que la Región disminuyó su tasa de crecimiento a 2,1%, en 2010 América Latina y el Caribe volvió a crecer a un 5,9% y a 4,7 % en 2011 según la CEPAL y se espera que llegue a 4,5 en 2012¹⁰. La tasa de desempleo se redujo desde un 8,1% en 2009 a un 7,3% en 2011.

Argentina tiene el promedio más alto de la región en ingreso *per cápita* con U\$S 14.527 anuales¹¹. Con un ingreso promedio de U\$ 10.000 anuales no puede decirse que América Latina sea una Región pobre.

Pero, en verdad, América Latina es un continente de grandes desigualdades y no sólo de las económicas.

Según la OCDE, para 2007, Argentina obtenía un índice de Gini, que mide la igualdad de ingresos¹², de 48.3 puntos, casi en

⁹ Y este crecimiento y las medidas económicas anti-cíclicas de la Región han servido para que no se produzcan impactos negativos en la democracia.

¹⁰ <http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/1/43981/P43981.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>.

Fecha de Consulta: 17/01/12.

¹¹ Datos según el Índice de Desarrollo Humano 2011 elaborado por el PNUD.

¹² El coeficiente de Gini es un número entre 0 y 1, en donde 0 se corresponde con la perfecta igualdad (todos tienen los mismos ingresos) y donde el valor 1 se corresponde con la perfecta desigualdad (una persona tiene todos los ingresos y los demás ninguno). El índice de Gini es el coeficiente de Gini expresado en porcentaje, y es igual al coeficiente de Gini multiplicado por 100.



la mitad de la tabla entre la peor distribución que existe en Namibia (70.7) y la mejor en Suecia (23.0). Comparado con Argentina, la distribución de la riqueza era levemente peor en Chile (49.4), y bastante peor en Colombia (53.8), Guatemala (55.1), Brasil (55.6); Panamá (56.1) y Paraguay (58.4). La mejor distribución de la riqueza en el Latinoamérica es de Venezuela (41.2), Costa Rica (42.1) y Uruguay (45.2)¹³.

Como señala el mismo informe de la CEPAL referenciado más arriba, un rasgo persistente de América Latina es la alta desigualdad en la distribución del ingreso, la cual en 2007 era la más inequitativa del mundo, incluso por encima de regiones con niveles más bajos de ingreso *per cápita*, como África subsahariana. El índice de Gini promedio regional era de 53.

Argentina también posee uno de los más mejores índices si a ese ingreso se lo pondera con niveles educación y expectativa de vida. En efecto, levemente superado por Chile, ocupa el puesto 45 en el Índice de Desarrollo Humano creado por el PNUD que compara esos tres índices. Sin embargo cuando se pondera, a su vez, ese índice ajustado por la desigualdad en materia de salud, educación e ingresos, Argentina baja 13 puntos. En verdad, todos los países de América Latina bajan su puntaje por la muy desigual distribución de la riqueza que aqueja al subcontinente.¹⁴

¹³ Chile y Venezuela, por razones opuestas, son casos muy interesantes para analizar aunque no es éste el lugar.

¹⁴ Chile, señalado por muchos observadores como un caso exitoso de desarrollo en la Región, sin embargo ha debido enfrentarse a reclamos populares hasta ahora larvados, como el caso del acceso a la educación superior, que dan muestras también de su desigual desarrollo.



La estructura tributaria de América Latina es muy regresiva. En las últimas décadas, ha presentado cambios significativos, derivados de la reducción de la carga sobre el comercio exterior mientras que ha aumentado la tributación vía Impuesto al Valor Agregado (IVA) o impuestos sobre el trabajo por la extensión de los beneficios previsionales. Así, la estructura tributaria de la región es más regresiva que la de las economías desarrolladas, y contribuye a hacer de América Latina una de las regiones más desiguales.

Sólo el 20% de los latinoamericanos cree que es justa la distribución de la riqueza; de ese 20%, la mayoría es rico. Y es el 78% de los latinoamericanos que creen que la distribución del ingreso es injusta o muy injusta. Ello significa que las percepciones de una alta inequidad distributiva coinciden con la profunda desigualdad objetivamente existente en América Latina.

6

Así, no es la falta de crecimiento la que, como en años anteriores, aqueja a América Latina. Nuestro problema es la desigualdad en la velocidad en que los distintos sectores sociales crecen. Los más ricos crecen más rápido y aumentan la distancia respecto de los más pobres. La inmovilidad social de los pobres es lo más peligroso que tiene la región¹⁵. Esta desigualdad en el crecimiento es conflictiva sobre todo, cuando, no están funcionando mecanismos simbólicos que “justifiquen” esa desigualdad.

¹⁵Ver Informe del Latinobarómetro, 2011.



3. Aspectos políticos

En la actualidad, casi todas las instituciones gubernamentales experimentan un decremento en su capacidad de gobernar. La sobrecarga cuantitativa y cualitativa de demandas afecta su capacidad de dar respuesta sufriendo, en distinto grado, de cierta obsolescencia gubernamental¹⁶.

La crítica contra las instituciones y las prácticas de la democracia liberal de partidos se ha hecho más fuerte. Se trata de un fenómeno complejo, pues aun reconociendo que la democracia es insustituible, un número creciente de ciudadanos se desentiende de la democracia realmente existente, en diferentes grados y niveles de aborrecimiento.

Este fenómeno, conocido como desafección a la democracia, no es teórico ni de principios sino práctico y cotidiano. Más que una crítica contra la idea de la democracia misma, se revela como falta de compromiso con sus sentidos profundos. El ciudadano opta por eludir el cumplimiento de una buena parte de sus deberes ciudadanos y deja de sentir la necesidad de usar los derechos políticos conquistados.

Las consecuencias más notorias han ido desde el voto protesta, el abstencionismo electoral, el descreimiento hasta el repudio hacia quienes ocupan cargos electivos o funciones

¹⁶ La obsolescencia gubernamental se presenta cuando los rendimientos de la acción de gobierno no sólo se rezagan frente a los cambios sociales y políticos, sino que hay un deterioro en los indicadores del bienestar social e individual; cuando los ciudadanos no son tomados en cuenta en términos de corresponsabilidad y cuando el Estado carece de respuestas oportunas para enfrentar lo previsto y más aún, la incertidumbre y las contingencias. Conforme a Dror, Yehezkel, *Enfrentando el futuro*. FCE, México, 1990.



públicas de gobierno. Y si continúa participando en los procesos electorales, lo hace a pesar del sistema¹⁷.

Afirmaba O'Donnell, este fenómeno en nuestra Región deriva en lo que ha identificado como "ciudadanía de baja intensidad", que no se compromete con los cambios que son necesarios para impulsar todo proceso de transición¹⁸.

Potencian ese estado de cosas las "promesas incumplidas" de la democracia: formalismo, distanciamiento, burocracia, opacidad y asimetría conspiran contra la necesidad de una democracia eficaz y eficiente¹⁹.

En verdad, se trata de un fenómeno a nivel mundial, pero la fragilidad de los modelos institucionales en América Latina son recurrentes y sus déficit hacen que la problemática adquiera un nivel preocupante.

La fragmentación de la oposición, el personalismo en el ejercicio del poder y la crisis de los partidos políticos son problemas en Latinoamérica pero también en todas las democracias occidentales. Sin embargo, y salvo casos muy puntuales²⁰, en toda la Región, los ciudadanos aprueban la

¹⁷ Ver, entre muchos otros, Tusell, Javier. "La revolución posdemocrática" en *Revista Claves de Razón Práctica* nº 42, Mayo 1994, Madrid, pág. 2 a 10 y Rubio Carracedo, José. "¿Cansancio de la democracia o acomodo de los políticos?" en *Revista Claves de Razón Práctica* nº 105, Septiembre de 2000, Madrid, págs. 76 a 82.

¹⁸ O'Donnell, Guillermo, "Acerca del estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas" en *Revista Desarrollo Económico*, nº 33 (130), 1993 págs. 163 a 184.

¹⁹ Véase Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. FCE, México, 2000.

²⁰ Chile y República Dominicana, según informe del Latinobarómetro 2011 citado.



gestión de su presidente con guarismos muy altos.²¹ A su vez, el 21% de los latinoamericanos cree que su democracia ha mejorado respecto del año anterior, llegando a 31 puntos en Argentina, 28 en Venezuela y sólo al 12 en Chile²².

A pesar de este alto concepto por los gobernantes, en 2011 disminuye en casi todo los países de América Latina (14 de 18) la percepción de que se gobierna para todo el pueblo. Aún dentro de un mismo bloque, como el MERCOSUR, con gobiernos políticamente alineados y sin grandes cambios en la conducción de los partidos, aunque sí en sus líderes, la diferencia es notable: mientras que en Argentina (45 puntos) y Uruguay (62 puntos) aumenta esa percepción en 12 puntos porcentuales, en Brasil (27 puntos) cae 16 puntos y en Paraguay (35 puntos) 4 puntos. Chile, el caso de “éxito”, cae un 26% esa consideración (disminuyó de 55 a 29 puntos).

Otro dato relevantes es que en Brasil, sólo el 45% cree que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno en cualquier circunstancia; en Argentina y Uruguay, por el contrario, el 70% y 75%, respectivamente, lo considera como la única opción. El promedio de la Región es del 58% y en verdad,



²¹ En Argentina, por ejemplo, la aprobación a la gestión de la Jefa de Estado, la Presidente Cristina Fernández de Kirchner, es del 57%. En 2011, Fernández de Kirchner obtuvo su reelección con casi el 54% de los votos y le sacó más de 35% de ventaja al segundo, asegurándose la mayoría en las dos cámaras del Congreso. Superó la crisis política que en el primer año de mandato tuvo con el sector agrario y que la llevó a sólo 20 puntos de aprobación, y la crisis personal con la muerte de su marido y compañero político, el ex presidente Néstor Kirchner, en octubre de 2010.

²² Hasta el final del acápite, los datos están tomados del Informe del Latinobarómetro 2011.



el apoyo a la democracia baja en promedio en la región de un 61% a un 58% después de cuatro años de sostenido aumento.

¿Qué cosas que le faltan a la democracia latinoamericana? Entre estos déficits los ciudadanos latinoamericanos coinciden en que está reducir la corrupción (48% general; 61% para Argentina), garantizar la justicia social (33% general; 43% para Argentina), aumentar la participación ciudadana (31% general; 35% para Argentina) y la transparencia del estado (31% general y 46% en Argentina).

Pese a todos estos datos, para casi toda la región, su país está progresando (promedio del 35%). En 2011, Argentina es uno de los países donde ese progreso se “siente” más: 45 % de los encuestados cree que Argentina está mejor. Pero, según el mismo Informe, en ocho países de la Región aumenta la percepción de injusticia en la distribución del ingreso.

4. Aspectos de cultura cívica

Algunos aspectos de cultura cívica son interesantes para comenzar a orientar aspectos relativos a la seguridad pública.

Los ciudadanos perciben que cumplen con la ley: un 31% de los latinoamericanos encuestados por Latinobarómetro dicen cumplir mucho o bastante. El máximo es Uruguay (54%) y Perú el menor (12%). Argentina se encuentra casi en el promedio con un 28 %; sin embargo, un 70 % de los argentinos dicen ser ciudadanos que exigen el cumplimiento de sus derechos; en Brasil, en cambio, una sociedad política mucho menos reactiva que la argentina, sólo 36% dice reclamarlos.



Esto muestra una diferencia que el Informe que venimos siguiendo destaca: *“Bolivia y Argentina son los países donde un tercio (29%) de sus ciudadanos están dispuestos a exigir sus derechos pero no a cumplir con las obligaciones”*.²³

Cuando a un latinoamericano se le pregunta cuán justificable cree que es comprar algo que sabía que era robado, entre 1 que es “Para nada justificable” y 10 que es “Totalmente justificable”, el promedio es el 2,8.

En Argentina, el 76% considera que no está bien saltarse un procedimiento regular para realizar trámites dentro del Estado; y un sólo un 12% dice que está de acuerdo con pagar una “coima” para conseguir las cosas; pero como veíamos más arriba, también el 61% de los argentinos considera que a la democracia le falta reducir la corrupción: es decir, el argentino no se ve como corrupto, sino que ve como corrupto a otro, a un grupo. Y este sentido para el argentino, “los ricos” es la categoría que menos cumple con la Ley, seguida por los políticos²⁴.



En efecto, una gran mayoría de los latinoamericanos (63%) cree que son los ricos los que menos cumplen con la ley; en segundo lugar los políticos (47%); en tercer lugar los millonarios (44%); en cuarto lugar los funcionarios públicos (34%). En cambio, ni los pobres, ni la clase media, ni las mujeres, ni los jubilados, ni los empleados son vistos como incumplidores. Esto es, hay una asociación directa entre incumplimiento de la ley, poder político y poder económico.

²³ Informe Latinobarómetro, 2011, página 55.

²⁴ Nuevamente, el problema de la desigualdad, aquí es clave.



Por todo ello, no es de extrañar que la institución en que los latinoamericanos confían más sea la Iglesia (64%) y tan sólo 22% en los partidos políticos aún cuando los latinoamericanos confían en sus gobiernos.²⁵

Pese a todos estos aspectos críticos y los problemas económicos a los que se enfrenta la Región, la percepción personal de “satisfacción con la vida” tiene un promedio en la Región del 72% y en los países del MERCOSUR no baja del 75%, llegando en Brasil, al 82% y un 78% en Argentina. En Europa, en los 27 países de Europa evaluados por el Eurobarómetro, esta satisfacción llega a 79% por lo que puede afirmarse que esta “satisfacción con la vida” no está directa ni necesariamente vinculada con el ingreso sino con otro tipo de problemáticas y expectativas.

5. La delincuencia y la seguridad pública



Como hemos señalado al inicio, el debate acerca de la inseguridad aparece teñido de un alto sesgo ideológico que hace casi imposible el debate sincero entre las distintas posiciones.

De un lado, los discursos de la mano dura buscan y consiguen adhesión y movilización popular. Los casos de homicidios, violaciones o secuestros se multiplican por cientos

²⁵ Como decíamos, en casi todos los países de la región hay un alto nivel de aprobación a la gestión pero el apoyo a la democracia baja en promedio en la región de un 61% a un 58% después de cuatro años de sostenido aumento. Esto es sinónimo de personalismo en los liderazgos y poca institucionalización. La confianza en los gobiernos de hecho es mayor en América Latina que en Europa.



de veces luego de repeticiones en los medios masivos de comunicación. Pobres, desempleados, personas de calle, drogadictos, habitantes de barrios marginales son sindicados como “peligrosos”.

Del otro lado, se recuerda lo que ya decía el Marqués de Beccaria, que la prevención de los delitos se consigue más por la certeza de la pena que por su severidad²⁶; que atacar la inseguridad es atacar los efectos y no las causas de los conflictos, que las actuales condiciones de las cárceles no permiten la readaptación, que el derecho penal es de acto y no de peligrosidad.

Lejos del debate teórico, la preocupación principal en 11 de los 18 países medidos (y sobre la que hay más consenso) es “la delincuencia” o “la seguridad pública”. El problema de la delincuencia ha tenido un aumento sostenido en el tiempo alcanzando en 2011 su punto más alto: el 28% de los latinoamericanos consideraron que este es el principal problema en sus países. En Argentina, el 34% lo considera como el más importante.

Así, aparece en las encuestas la inseguridad como uno de los temas que la democracia no puede garantizar. En efecto, lo que está menos garantizado por la democracia en América Latina es la protección contra el crimen (30%) y la justicia en la distribución de la riqueza (31%). El país donde menos se percibe garantizada la protección contra el crimen es Argentina con un 16%.

²⁶ Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Altaya, Madrid, 1994.



Para un latinoamericano, la mayor conflictividad se encuentra, justamente, entre ricos y pobres (80% respondió que la conflictividad es fuerte o muy fuerte mientras que para un europeo occidental es del 23%). La segunda relación de conflictividad es la laboral (76% contra 27%). Y es también relevante, por su alto índice, que un 60% de los latinoamericanos crea que entre hombres y mujeres el conflicto es fuerte o muy fuerte (sólo 12% para un europeo). Este último dato es relevante pues refleja que el conflicto es reconocido por ambos sexos.

Uno de los grandes problemas para medir la criminalidad es el miedo a la denuncia o la sensación de que de nada sirve denunciar. Existe, por ello, una “cifra negra”, compuesta por las personas que no denuncian.

Como el delito mejor registrado es el de homicidio, la mayoría de los indicadores siguen este delito. América Latina es una de las regiones con más homicidios, y los países de Centroamérica y el Caribe son los que presentan peores cifras.

En América del Sur, para 2004, último año donde todos registran datos, la tasa era de 16,3 por cada 100.000 habitantes; en México es de 11,3, en el Caribe, llega a 24,5 pero trepa en Centroamérica la tasa llega 26,6.

Si desagregamos la serie en América del Sur, entre 2000 y 2006, la tasa de homicidio en Venezuela aumenta de 33 a 41 por cada 100.000 habitantes, y de 5 a 12 en Perú; se mantiene alta en Brasil con 22/23 y Paraguay con 16; y es baja en Argentina y Uruguay con 6 y 7/5 respectivamente. La más baja de la región es de 2 homicidios por cada 100.000 en Chile.



Sin embargo, aún cuando sea el delito mejor registrado debemos recordar que resulta difícil diseñar políticas a partir de este único delito porque dentro de este concepto, se agrupan actos de violencia muy distintos, como el femicidio, los crímenes por encargo o los vinculados a mafias y/o drogas o por efecto de las drogas, crímenes sexuales y otros, difícilmente comparables. Por otro parte, como veremos, la tasa de homicidios no es necesariamente correlacionable con la delincuencia en general.

Según el último informe general total de delitos en Argentina, elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal, que corresponde a 2007, la tasa de homicidios dolosos es de 5,26 por cada 100.000 habitantes. Pero ahí advertimos que este delito, que sin duda el más grave, sólo representa el 0,16% del total de hechos delictuosos.

La Procuración de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, de la que dependen los Fiscales, denuncia 627.995 para todo el 2011 de las cuales, sólo 1.034 son homicidios dolosos consumados (0,16%).²⁷

Si analizamos ahora algunas estadísticas (de las pocas que existen) de la relación entre delito denunciado y delito con condena, los datos resultados son pésimos: para 1997, sólo tres de cada cien denuncias penales que ingresan a los juzgados bonaerenses reciben sentencia y sólo el 15% de los casos de homicidios recibieron sentencia condenatoria.

²⁷Si los datos se mantuvieran constantes en la Provincia de Buenos Aires se registran el 51% de los delitos del país.



Los datos referentes a la cantidad de personas en la cárcel sin condena sí se encuentran más actualizados: según el Informe Anual de la Procuración Penitenciaria de la Nación (2009) detalla que en la Argentina hay unas 54.537 personas presas dentro del sistema federal, lo que da un promedio de 137.22 presos cada 100.000 habitantes. Dentro de ese total, la cantidad de procesados sin condena es de 31.389 (representan el 59% del total de la población carcelaria). Un estudio realizado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) determinó que el 74% de los presos en la Provincia de Buenos Aires está cumpliendo prisión preventiva, es decir, no tienen sentencia firme. Además, un 60% de ellos ni siquiera llegó a juicio, o sea, no tienen ni siquiera una condena en primera instancia²⁸.

Con estos datos, tal vez podamos comprender por qué, la baja tasa de homicidios no coincide con la percepción de la violencia. Así, Argentina (y Bolivia) teniendo una de las tasas de homicidio más bajas, sin embargo tiene una alta percepción de violencia²⁹. Brasil, donde la tasa de homicidios es significativamente más alta, también lo es la percepción de la violencia no lo es tanto comparado con Argentina³⁰. En cambio, en Venezuela, donde la tasa de homicidios es muy alta en cambio la percepción de la violencia es muy inferior³¹.

Además, la percepción de delincuencia no está directamente vinculada con la cantidad de víctimas que hay en cada país: hay

²⁸ http://174.142.214.165/~ppn/sites/default/files/Informe%20Anual%202009_0.pdf. Fecha de Consulta: 13/03/12.

²⁹ Es de 6 donde 1 es muy pacífico y 10 es muy violento.

³⁰ Es de 6,4.

³¹ No llega a 5 puntos.



más personas que creen que el problema es la delincuencia que aquellas que denuncian haber sido víctimas del delito³².

Y un dato más que aporta el informe de la CEPAL es que son víctimas de delitos (tasa de victimización) en mayor proporción los entrevistados de hogares con mayor acceso a servicios básicos³³. Con este dato, podemos comprender, un poco más, el caso de Argentina en particular y de la Región en general: de un lado, los más ricos son vistos como incumplidores, del otro éstos se sienten más víctimas y todos creen que la distribución de la riqueza es injusta.

6. Algunas conclusiones

Hay, en nuestras sociedades, ciertos prejuicios que afectan nuestra forma de ver y analizar la realidad en que vivimos. Una de esas ideas centrales, en materia de seguridad, es la que existe un cierto orden; que el conflicto genera un “des-orden” que debe restablecerse. Sin embargo, sabemos que la idea de un “orden” no existe sino que éste es definido cultural y políticamente por una cierta élite, que existe una conflictividad

³² Esta diferencia puede ser un indicador de la empatía como del “miedo” a sufrirlo (real o instalado). El temor depende de la capacidad de imaginarse la victimización, y tanto las experiencias directas o indirectas de victimización podrían funcionar como “multiplicadores” del temor.

³³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *América Latina frente al espejo: dimensiones objetivas y subjetivas de la inequidad social*. Naciones Unidas, 2010. El informe se puede obtener en www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/39816/LCG2419e.pdf. Fecha de Consulta: 13/03/12.



social de base y que nosotros definimos culturalmente (y sólo luego jurídicamente) qué hecho social es conflictivo y cómo y cuáles deben investigarse, enjuiciarse y castigarse mediante políticas estatales (proceso de criminalización).

Esta idea de desorden genera un temor que es utilizado tanto por los medios, por algunos partidos políticos como por las empresas de seguridad.

Si buscamos en cualquier buscador la palabra “seguridad”, los primeros resultados de la búsqueda serán agencias de seguridad privada que en los últimos años se han instalado como instituciones que pretenden suplir una función esencial que el Estado no está cumpliendo. La inseguridad, no está de más recordar, es un negocio que es multiplicado por los medios de comunicación³⁴.

En verdad, hasta no hace muy poco tiempo, los problemas de la seguridad en la Región eran abordados sólo desde la perspectiva del derecho penal. Y es desde esta perspectiva analizamos casos (desconectados de la realidad) o analizamos personas (víctimas por un lado, victimarios, por el otro). Muy pocas veces, analizamos las regularidades sociales en que esos casos y esas personas están inmersos, muy pocas veces se estudian esas estructuras sociales conflictivas.

³⁴Como se ha señalado, “... el mercado de la seguridad privada está estructurado de tal manera que la inseguridad es el negocio y la condición de su expansión. Esto no es un hecho menor, porque ese mismo mercado es productor de visiones sobre el problema criminal, a la vez que genera una dinámica que complica muchas soluciones. ... su forma de crecimiento es parasitaria de la ineficacia estatal y aprovecha esa ineficacia para captar recursos estatales y utilizarlos en su provecho” (Binder, 2009:39).



Como hemos visto, la inseguridad en la Región como problema, ha sobrepasado a la economía y el desempleo. Y si bien han sido las crisis económicas las que han debilitado las democracias, generando cambios de gobierno³⁵, este tipo de problemas pueden afectar y socavar de forma más grave a las jóvenes democracias latinoamericanas.

Si, a pesar del éxito de sus dirigentes, las instituciones de la democracia no dejan en claro que se gobierna para todos; si existe la creencia de que los ricos son más beneficiados del incumplimiento de las leyes; si éstos, a su vez, perciben que son los más afectados por la inseguridad; esta combinación de factores puede ser muy peligrosa y tentadora para una salida de tipo autoritaria.

Esta relación entre cumplimiento de la ley, desempleo, mala distribución de la riqueza con inmovilidad social y “culpabilización” de un sector social como único beneficiario de la creciente riqueza es un caldo de cultivo a los problemas de seguridad pública y sobre todo, su justificación.

³⁵ Entre 2000 y 2010, en nueve países hubo problemas graves o serios de gobernabilidad (Paraguay 2000, Perú 2000, Ecuador 2000 y 2005, Argentina 2001, Venezuela 2002, Bolivia 2003 y 2005, Haití 2004, Nicaragua 2004/2005, Honduras, 2005), en uno de ellos hubo un golpe de estado fallido (Venezuela, 2002 y Ecuador 2010), un golpe de Estado en Honduras, 2009 y seis presidentes debieron abandonar el gobierno antes de cumplir su mandato (Fujimori en Perú, De la Rúa en Argentina, Sánchez de Losada y Mesa en Bolivia, Mahuad y Gutiérrez en Ecuador, Zelaya en Honduras).



La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona

Mario Carta

Sommario: 1. Considerazioni preliminari sulle novità introdotte dal Trattato di Lisbona nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. - 2. L'applicazione del principio di leale cooperazione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. - 3. La procedura di approvazione ed il regime degli atti tipici. Il ruolo del Parlamento europeo. - 4. La funzione di controllo del processo decisionale europeo nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia da parte dei Parlamenti nazionali - 5. I previgenti limiti al controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia ed alla tutela dei diritti fondamentali. - 6. Gli attuali meccanismi di tutela giurisdizionale nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale delineati dal Trattato di Lisbona. - 7. Gli organi e gli strumenti della cooperazione operativa: a) *Europol*; b) *Eurojust*; c) la Procura europea; d) il Comitato Permanente per la Sicurezza Interna (Cosi).

1

1. Considerazioni preliminari sulle novità introdotte dal Trattato di Lisbona nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1 dicembre del 2009, ha determinato importanti modifiche nel modo di operare e sul concreto funzionamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed in particolare per le materie relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale che in tale contesto si inseriscono.



Tali novità¹ sono il frutto sia di interventi a carattere generale che attengono alla diversa struttura che i Trattati disegnano dell'Unione europea², sia di interventi nello specifico settore della cooperazione di polizia e giudiziaria penale che viene significativamente rafforzata in particolare per quanto riguarda gli atti che la disciplinano e gli strumenti operativi di cui essa viene dotata.

Le novità che meritano di essere approfondite, apparendo le più significative, derivano dalla eliminazione, peraltro conformemente a quanto veniva stabilito dalla Costituzione europea, della struttura a tre pilastri dell'Unione Europea (U.E.)

¹ Per un esame di tali novità vedi U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari 2010; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino 2010; G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008 p. 105 e ss.; dello stesso autore *Il programma di Stoccolma dello Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia* (2010-2014), in *Sud in Europa*, 2009/5 (on line); C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino 2010; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino 2009; ma anche J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; B. NASCIMBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere giuridico*, 1/2008; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1/2008; C. CURTI GIALDINO, *Prime riflessioni sul Trattato di Lisbona*, in M.C. BARUFFI, (a cura di) *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova 2008, pp. 37-69.

² Il Trattato di Lisbona non sostituisce o abroga il precedente Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea, contrariamente a quanto era invece previsto dal Trattato che adotta la Costituzione europea, ma li modifica entrambi rinominando il solo TCE in Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e mantenendo invece inalterata la denominazione del Trattato sull'Unione Europea (TUE). Ciò anche in quanto, secondo una delle novità introdotte dal Trattato modificativo o di riforma, l'Unione europea succede alla Comunità europea.

La numerazione relativa al Trattato di Lisbona utilizzata nel presente lavoro è quella della versione consolidata del Trattato dell'Unione europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, pubblicata in G.U.U.E. del 9.5.2008, C115/47.



e, quindi, della definitiva riconduzione delle materie dell'ex terzo pilastro, relative appunto alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ad un unico contesto anche istituzionale nel Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In tal modo si conclude il processo iniziato con il Trattato di Amsterdam che aveva inaugurato la fase dell'applicazione del "metodo comunitario", e non più intergovernativo, alle materie in questione con conseguenze, come vedremo, di sicuro rilievo. In particolare la struttura unitaria del sistema viene garantita poiché le materie dell'ex terzo pilastro ancora disciplinate dal Trattato sull'Unione Europea (TUE) (Titolo VI, artt. 29-42) vengono ora collocate nel TFUE, ove un riformulato Titolo V (artt. 67-89), denominato "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" va a sostituire il pre-esistente Titolo IV (artt. 61-69) del TCE, relativo a visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. Il nuovo Titolo V viene così ad essere costituito da 5 Capi dedicati a: disposizioni generali (Capo 1, artt. 67-76); politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo ed all'immigrazione (Capo 2, artt. 77-80); cooperazione giudiziaria in materia civile (Capo 3, art. 81); cooperazione giudiziaria in materia penale (Capo 4, artt. 82-86); cooperazione di polizia (Capo 5, artt. 87-89). L'art. 67, quasi come premessa a carattere generale valida per l'intero settore, nella versione contenuta nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea³ (TFUE), fonda uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia "nel rispetto dei diritti fondamentali" e "dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri" con il perseguimento

³ Art. 67 del Titolo V recante le Disposizioni generali (Capo I, ex articolo 61 del TCE ed ex articolo 29 del TUE).



di obiettivi che sono disegnati in misura indipendente dalle tipiche finalità connesse all'instaurazione del mercato interno ed alla realizzazione delle libertà fondamentali. In effetti, una volta ampliato il precedente titolo IV TCE, relativo a visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone, con le materie della cooperazione di polizia e giudiziaria penale, il nuovo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel disegnare una disciplina unitaria della materia sembra concepire la creazione di tale spazio non più in funzione esclusivamente della realizzazione della libera circolazione delle persone, quale libertà preordinata alla instaurazione di un mercato unico, ma quale obiettivo in sé volto ad assicurare l'eliminazione dei controlli sulle persone alle frontiere interne ed a sviluppare una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere interne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi. Così, in linea con questa impostazione, l'Unione, al fine di assicurare un elevato livello di sicurezza (par. 3), è chiamata ad adottare misure sia di prevenzione e di lotta alla criminalità, al razzismo e alla xenofobia, sia di cooperazione tra le forze di polizia e le altre varie autorità interessate⁴. Come si può agevolmente notare le finalità descritte sono ben più ampie di quelle che venivano perseguite quando tali materie, ed in particolare le politiche connesse alla libera circolazione delle persone, erano legate agli obiettivi di natura economica volte alla realizzazione del mercato interno previsti nei precedenti Trattati.

4

2. L'applicazione del principio di leale cooperazione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale

⁴ Paragrafi 2 e 3 dell' art. 67 TFUE.



La pressoché completa assimilazione delle materie della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale alle regole previste per le altre politiche interne dell'Unione con il superamento della logica e dei meccanismi intergovernativi legati alla struttura a tre pilastri e l'applicazione dei principi comunitari del primo pilastro, consentirà l'estensione a queste materie di alcuni principi fondamentali che hanno assicurato la continuità e la coerenza del processo di integrazione europeo. Tra di essi non poca influenza sarà svolta dall'applicazione del principio di leale collaborazione, ora previsto all'art. 4 del TFUE⁵. Mentre in precedenza la natura intergovernativa dei meccanismi decisionali del terzo pilastro era motivo di incertezza sulla possibilità di estendere anche a quest'ambito la disposizione che codificava il principio nel contesto comunitario, ex art. 10 del TCE, dovendosi ispirare invece i rapporti tra Istituzione e Stati membri al principio di matrice internazionalista della semplice buona fede, oggi l'assimilazione delle materie della cooperazione di polizia e giudiziaria alle altre politiche interne dell'Unione scioglie qualsiasi dubbio interpretativo sulla possibilità di invocare e applicare tale principio al settore in esame. Per la verità la Corte di Giustizia, in una giurisprudenza innovativa, aveva già manifestato a tal proposito il proprio orientamento positivo quando aveva stabilito che "sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione

⁵ L' art. 4 par. 3 del TUE stabilisce che: "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione".



se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra Stati membri e le istituzioni"⁶. È appena il caso di sottolineare la portata pratica del principio che induce a considerarlo non solo quale regola di condotta, quasi di *soft law*, alla quale debbono ispirarsi i comportamenti delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri, ma come fonte di un autonomo obbligo la cui sindacabilità in sede giurisdizionale, quale parametro di legittimità degli atti e dei comportamenti tenuti, è riconosciuta da una giurisprudenza sviluppatasi a partire dagli anni '70. La mancata collaborazione degli Stati con gli organi dell'Unione, *in primis* quelli deputati ad assicurare il controllo sul rispetto del diritto dell'Unione come la Commissione, può ora in tal modo essere oggetto di specifica censura anche in sede contenziosa e giurisdizionale a Lussemburgo⁷. Gli elementi costitutivi dell'obbligo di cooperazione nella U.E. hanno, dunque, una duplice portata positiva e negativa che lo caratterizzano quale principio che non si limita a delineare i rapporti tra istituzioni europee e Stati membri alla stregua del semplice obbligo di eseguire i trattati internazionali in buona fede. Il suo contenuto da una parte impone alle istituzioni nazionali di cooperare per garantire la piena esecuzione delle norme del diritto dell'U.E., assumendo tutti i comportamenti

⁶ Corte Giustizia di Giustizia, 16 giugno 2005, causa C-105/103, Pupino, punto 42, in Raccolta, p. I-5285.

⁷ Vedi, ad esempio, da ultimo sul punto Corte di Giustizia sentenza del 13 luglio 2004, causa C-82/03, Commissione c. Italia, in Raccolta, p. I-6635.



necessari al perseguimento degli obiettivi come definiti nei Trattati e a garantire la piena efficacia della normativa europea; dall'altra obbliga ad astenersi dall'adottare misure contrarie alla normativa europea e dal porre in essere atti e comportamenti che possano compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato e la sua piena ed uniforme applicazione.⁸ Per quanto riguarda la sfera di applicazione del principio appare opportuno precisare che gli obblighi sono indirizzati non solo al legislatore nazionale, ma anche agli organi ed alle autorità amministrativi e giudiziarie⁹. Questa specificazione consente di invocare il principio in relazione all'attività ed ai comportamenti tenuti dai vari organi, istituzioni ed Agenzie che agiscono nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, tra i quali vanno segnalati l'*Europol*, *Eurojust*, ma anche i ministeri competenti, le autorità giudiziarie coinvolte, le varie forze di polizia, le autorità doganali e in generale coloro che svolgono funzioni nella prevenzione e repressione della criminalità, del terrorismo, della tratta degli essere umani e dei reati contro i minori, del traffico illecito di droga e di armi, della corruzione e della frode¹⁰. In tal modo il principio di leale

7

⁸ L'obbligo di astenersi da atti e comportamenti volti a compromettere lo sviluppo delle politiche europee e ad alterarne l'efficacia, in specie nei settori di competenza esclusiva, e l'attività delle stesse istituzioni può ritenersi violato, secondo la Corte di giustizia, addirittura quando la misura nazionale va ad incidere non solo in merito ad atti già perfezionatisi o a disposizioni dei Trattati, ma anche relativamente all'adozione di atti che sono semplicemente in fase di preparazione da parte delle istituzioni a livello U.E. In tal senso vedi già CGCE 5 maggio 1981, 804/79, (Commissione c. Regno Unito).

⁹ CGE 8 ottobre 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc, 3969; 5 ottobre 1994, C-165-91, *van Munster*, Racc., I-4661.

¹⁰ Per le materie nelle quali opera il principio può essere utile far riferimento alle competenze di *Europol* in materia di criminalità organizzata, terrorismo ed altre forme gravi di criminalità. Esse sono ormai



collaborazione opera ormai quale clausola generale posta a tutela degli obiettivi che l'Unione si prefigge di raggiungere in questo settore, con l'indubbio vantaggio di non richiedere per la sua operatività che vengano tipizzate tutte le condotte che si possono considerare contrarie a tali obiettivi, permettendo, invece, di intervenire ogni qualvolta il singolo comportamento venga ritenuto in contrasto con la tutela degli interessi dell'ordinamento dell'Unione. Le fattispecie, a numero aperto, che possono essere ritenute illegittime, dunque, saranno le più diverse tanto che ben può affermarsi che qualsiasi ostacolo di natura pratica legata all'attività della autorità europee e nazionali, capace di incidere negativamente sui compiti e sulle funzioni che gli organi e le agenzie europee e nazionali devono svolgere per adempiere il proprio mandato, possa configurare una violazione agli obblighi imposti oggi dall' art. 4 del TUE. A mero titolo esemplificativo delle prassi interessate dalla norma possono citarsi le richieste di acquisire documenti formulate da un'autorità europea a quella nazionale, che dovrà essere evasa nel lasso di tempo più breve possibile, lo scambio di informazioni rilevanti relative a fattispecie criminose (e non) di competenza della autorità europee, che dovranno essere inviate nella maniera più dettagliata e celere possibile. In alcuni casi sono le stesse disposizioni di disciplina dell'attività degli organi europei e nazionali che richiamano specifici obblighi di cooperazione. Ciò è particolarmente frequente proprio nel settore in esame ove il coordinamento e la cooperazione tra le autorità europee e nazionali, che oramai dialogano anche direttamente tra di loro, svolge un ruolo fondamentale e determinante in tutte le fasi della loro attività: dallo scambio di informazioni ed



analisi a supporto del piano investigativo, anche relativamente ad indagini in corso, alla facoltà di chiedere alle autorità degli stati membri l'apertura di attività di indagini, previa informazione ad *Eurojust* da parte di *Europol*, alle modalità di istituzione e funzionamento delle squadre investigative comuni¹¹, nonché alla stessa attività di formazione degli appartenenti alle Forze di Polizia frutto del coordinamento tra l'Accademia Europea di Polizia (CEPOL), *Europol* e le autorità nazionali. L'applicazione del principio è tanto più apprezzabile quando è lo stesso dato normativo a non definire chiaramente gli ambiti delle rispettive competenza tra gli organi del settore. È il caso della competenza di *Europol* circa le attività di contrasto alla criminalità organizzata, che ha portato l'Agenzia a operare e ad aprire file di analisi (A.W.F.)¹² in contesti investigativi che ven-

¹¹ Joint Investigation Team (JIT), la cui istituzione è stata prevista con la decisione quadro 2002/465/GAI, prevede la possibilità per gli Stati membri di costituire squadre investigative comuni al fine di migliorare la cooperazione di polizia. Esse sono composte da autorità giudiziarie o di polizia di almeno due Stati membri e sono incaricate di condurre indagini in ambiti e per scopi specifici e per una durata limitata. Ciò quando le indagini condotte da uno Stato membro su reati comportano inchieste difficili e di notevole portata ed hanno un collegamento con altri Stati membri; o ancora quando più Stati membri svolgono indagini su reati che, per le circostanze del caso, esigono un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati. Il termine per l'attuazione della decisione quadro è scaduto il 1 gennaio 2003. L'Italia non ha ancora adottato norme per l'attuazione della disciplina relative alle squadre investigative comuni: la Commissione Giustizia al Senato, in sede referente, ha concluso l'esame del disegno di legge AS 841, recante disposizioni con le quali si dovrebbe adempiere l'obbligo di attuazione. L'iniziativa legislativa si rende tanto più opportuna in quanto il ruolo delle squadre investigative comuni viene notevolmente valorizzato dal piano di azione per l'attuazione del programma di Stoccolma adottato dal Consiglio europeo nel dicembre del 2009 (Documento del Consiglio 17024/09) nel quale vengono definite le priorità dell'U.E. per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

¹² Analysis Working File è una delle modalità di lavoro di *Europol* definita dall'art. 14 della decisione 2009/371/GAI che consente all'Agenzia, qualora sia



gono ritenuti non essere propriamente aderenti a quanto stabilito nella Convenzione *Europol* e nella decisione 2009/371/GAI¹³, come per il contrabbando di sigarette e le frodi nel settore IVA. Visto che nella fattispecie potrebbero crearsi sovrapposizioni – sia con l’attività svolta dall’Ufficio europeo per la Lotta Antifrode (OLAF)¹⁴ nel settore delle frodi, ma soprattutto con le competenze attribuite, nella specifica materia, alle autorità investigative a livello nazionale – non vi è dubbio che eventuali contrasti o frizioni ben potrebbero essere superati ricorrendo alla leale cooperazione tra le autorità interessate, anche in considerazione della portata obbligatoria oramai assunta, come detto in precedenza, dal principio che non può più essere semplicemente inteso quale buona regola di comportamento o “buona prassi”. Questa modalità di azione del principio, che può definirsi “verticale”, naturalmente opera anche nella direzione inversa, e cioè nel senso di obbligare le istituzioni dell’Unione a prestare la propria collaborazione alle autorità nazionali incaricate di garantire il rispetto del diritto dell’Unione, con particolare attenzione all’attività degli organi giurisdizionali. La Corte di Giustizia in tali occasioni non ha avuto esitazioni nel costringere le istituzioni europee a corrispondere alle richieste avanzate dei giudici nazionali

necessario per lo svolgimento dei suoi compiti, di conservare, modificare e utilizzare in archivi di lavoro per fini di analisi dati relativi ai reati di sua competenza o a quelli connessi. Gli archivi di analisi, intesa questa come la raccolta, il trattamento o l’uso di dati, sono costituiti a sostegno dello svolgimento delle indagini penali.

¹³ Pubblicata in GUUE del 15 maggio 2009, (L 121/37-66).

¹⁴ Ufficio europeo per la lotta antifrode, istituito con decisione 1999/352/CE, CECA, EURATOM del 28 aprile 1999.



quando, ad esempio, richiedevano la trasmissione di documenti anche se ritenuti riservati a livello europeo¹⁵.

Inoltre, è pacificamente ammessa l'applicazione orizzontale del principio volta a disciplinare invece i rapporti che intercorrono tra gli organi e le istituzioni europee in questo settore¹⁶. Quanto ampia sia la rete dei rapporti interessata dal principio lo si può comprendere sol che si consideri le relazioni di cooperazione con gli altri partner che *Europol* può avviare, ai sensi dell'art. 22 della decisione 2009/371/GAI, quali appunto *Eurojust*, l'Ufficio europeo per la Lotta Antifrode (OLAF), l'Agenzia per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli stati membri (*Frontex*), l'Accademia Europea di Polizia (AEP), la Banca Centrale Europea, l'Osservatorio Europeo delle Droghe e delle Tossicodipendenze (OEDT)¹⁷. La dimensione orizzontale di applicazione del

¹⁵ Nella sentenza del 22 ottobre 2002 causa C-94/00 *Roquette Frères SA* contro *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in Raccolta p. I-9011 la Corte di Giustizia aveva imposto alla Commissione la trasmissione di simili documenti.

¹⁶ Per la giurisprudenza sul punto vedi ad esempio CGE 10 dicembre 2002, C-29/99 Commissione c. Consiglio, Racc. I-11221 e più di recente CGE sentenza del 3 maggio 2007, C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, Raccolta, p. I-3633 ss., punto 33.

¹⁷ Anche nella recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (Bruxelles, 29.4.2010, COM 171 (2010) def/2) presentata al fine di "Creare uno spazio di libertà sicurezza e giustizia per i cittadini europei" nell'ambito del Piano di attuazione del programma di Stoccolma, la Commissione tra le priorità individuate per garantire il raggiungimento di tale obiettivi afferma che "occorre poi eliminare tutti gli ostacoli che intralciano l'effettiva cooperazione tra le autorità di contrasto degli Stati membri. Agenzie ed organi UE come FRONTEX, Europol, Eurojust e l'OLAF svolgono un ruolo fondamentale e perciò devono cooperare meglio e disporre dei poteri e delle risorse necessarie al conseguimento dei loro obiettivi nell'ambito di un mandato chiaramente definito" (p. 6).



principio spesso rappresenta, infine, la base per la conclusione di accordi interistituzionali o *memorandum* di intesa volti a facilitare l'assolvimento dei compiti di ciascuna delle istituzioni o Agenzie coinvolte¹⁸.

3. La procedura di approvazione ed il regime degli atti tipici. Il ruolo del Parlamento europeo

L'abolizione del terzo pilastro e l'applicazione all'intero settore del c.d. metodo comunitario consentirà, inoltre, di incidere sul c.d. *deficit* democratico che ha contraddistinto sino ad oggi i processi decisionali nell'ambito della cooperazione in materia di giustizia ed affari interni prima, e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, poi. Le materie saranno regolamentate tramite il ricorso generalizzato alla procedura legislativa ordinaria, in buona sostanza la precedente procedura di codecisione¹⁹, che consente così di superare qualsiasi ipotesi di differenziazione sul grado e l'intensità della partecipazione del Parlamento europeo al processo deliberativo

12

¹⁸ Vedi, ad esempio, l'accordo di stretta collaborazione siglato tra Europol ed Eurojust il 9 giugno 2004 a partire dal quale i contatti tra le due Agenzie sono migliorati costantemente. Ma anche il memorandum d'intesa concluso il 7 giugno 2007 per la creazione di una rete di comunicazione sicura, che ha consentito di intensificare lo scambio di informazioni tra Eurojust ed Europol ed ancora il memorandum di intesa del 14 marzo 2003 (non disponibile) tra Eurojust ed OLAF volto a migliorare lo scambio informativo sia strategico che operativo.

¹⁹ Sia le misure di cui all'art. 77 TFUE, sia quelle in materia di asilo, come anche quelle previste dall'art. 79 TFUE sono adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria. Infine, la stessa procedura è prevista per l'adozione delle misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione però di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.



con il riconoscimento ad esso del ruolo di effettivo co-legislatore, insieme al Consiglio. Di conseguenza la precedente procedura di consultazione, richiedente l'unanimità in sede di Consiglio e la semplice consultazione del Parlamento europeo chiamato a partecipare con un parere obbligatorio ma non vincolante, sarà sostituita dalla procedura legislativa ordinaria che, invece, richiede il voto a maggioranza qualificata in sede di Consiglio e pieni poteri co-legislativi per il Parlamento europeo²⁰, che sarà associato con pari rango nella definizione in positivo del contenuto dei provvedimenti adottati. D'altra parte il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo, tramite l'estensione della procedura di codecisione, potrà essere ulteriormente apprezzato in quanto garante del rispetto dei

²⁰ Per avere un'idea dei settori che saranno decisi a maggioranza qualificata secondo la procedura legislativa ordinaria:

1) una parte delle norme relative ai visti e titoli di soggiorno di breve durata in particolare l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere muniti di un visto quando attraversano le frontiere esterne e di quelli i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, nonché il modello uniforme per i visti, (art. 77 del TFUE)

2) l'immigrazione illegale (art. 79 del TFUE);

3) la cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86 del TFUE);

3) Eurojust (art. 85 del TFUE);

4) la cooperazione di polizia non operativa (art. 87 del TFUE);

5) Europol (art. 88 del TFUE);

6) la protezione civile (art. 196 del TFUE).

Occorre tuttavia considerare che alcuni settori rimangono regolamentati con il voto all'unanimità del Consiglio:

1) i passaporti e le carte d'identità (art. 77 del TUE);

2) il diritto di famiglia (art. 81 del TFUE);

3) la cooperazione di polizia operativa (art. 87 del TFUE);

Anche per la creazione della Procura europea, come vedremo, il Consiglio delibera all'unanimità, con la previa approvazione del Parlamento europeo (art. 86 del TFUE).



diritti fondamentali, soprattutto se posto in relazione alla vulnerabilità dei diritti disciplinati nel Titolo V TFUE. Grazie ad una delle principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona, e cioè l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore giuridico dei Trattati²¹, il Parlamento europeo potrà infatti assicurare un controllo *ex ante* in merito al rispetto di tali diritti, durante tutta la fase di approvazione e svolgimento dell'*iter* legislativo dell'Unione²². Come si vedrà nel prosieguo grazie a questa novità risulterà rafforzato in questo contesto anche il ruolo della Corte di Giustizia quale garante del rispetto dei diritti fondamentali, in linea peraltro con l'esigenza espressa all' art. 67 TFUE già richiamato.

Sempre al superamento della logica e dei meccanismi intergovernativi legati alla struttura a tre pilastri e

²¹ L'art 6 del TUE prevede che: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

²² Le modalità del controllo *ex post*, disciplinate nel Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità allegato al Trattato di Lisbona, si concretizzano nella facoltà per i parlamenti nazionali, ma anche per le singole camere, di presentare, per il tramite però dei rispettivi Stati membri, un ricorso alla Corte di Giustizia per violazione del principio di sussidiarietà.



l'applicazione dei principi del primo pilastro al settore in esame, deve ricollegarsi la scomparsa delle preesistenti differenze circa la tipologia degli atti applicabili nel primo e nel terzo pilastro. Dal 1 dicembre del 2009 con l'avvenuta abrogazione del previgente art. 34 TUE (ex art. K.6), che classificava gli strumenti di esclusiva disciplina del settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, avremo un regime unico indipendentemente dalla materia regolamentata. Le posizioni comuni e le convenzioni, ma soprattutto le novità maggiori per la regolamentazione del settore che erano rappresentate da due categorie di atti, la decisione e la decisione-quadro²³, entrambe non aventi efficacia diretta, lasceranno il posto alla disciplina che trova il suo fondamento nell'art. 288²⁴ TFUE dedicato appunto agli atti giuridici dell'Unione. Tale disposizione "recupera", rispetto al tentativo perseguito dalla Costituzione europea che aveva introdotto la categoria della legge europea e della legge quadro europea, la tradizionale tipologia degli atti comunitari suddivisa, principalmente, in regolamenti, direttive e decisioni con l'ulteriore possibilità di articolarne la loro adozione in atti

²³ È solo il caso di ricordare che mediante la decisione quadro, ad esempio, sono stati regolamentate materia di sicuro rilievo, come il mandato di arresto europeo e le squadre investigative comuni.

²⁴ L'art. 288 del TFUE stabilisce che: "Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti".



delegati e di esecuzione, ai sensi degli articoli 290 e 291 TFUE²⁵. Ciò indubbiamente rappresenta un significativo progresso in termini di chiarezza circa il regime degli atti in questo settore,

²⁵ L'art. 290 TFUE, recita: "1. Un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo.

Gli atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere. Gli elementi essenziali di un settore sono riservati all'atto legislativo e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere.

2. Gli atti legislativi fissano esplicitamente le condizioni cui è soggetta la delega, che possono essere le seguenti:

a) il Parlamento europeo o il Consiglio possono decidere di revocare la delega;

b) l'atto delegato può entrare in vigore soltanto se, entro il termine fissato dall'atto legislativo, il Parlamento europeo o il Consiglio non sollevano obiezioni.

Ai fini delle lettere a) e b), il Parlamento europeo delibera a maggioranza dei membri che lo compongono e il Consiglio delibera a maggioranza qualificata.

3. L'aggettivo "delegato" o "delegata" è inserito nel titolo degli atti delegati".

L'Articolo 291, invece, per quanto riguarda gli atti di esecuzione, stabilisce che:

1. Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione.

2. Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio.

3. Ai fini del paragrafo 2, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

4. I termini "di esecuzione" sono inseriti nel titolo degli atti di esecuzione.



anche perché la giurisprudenza di Lussemburgo aveva faticato non poco nel tentativo di definire le caratteristiche degli atti del terzo pilastro dando vita ad una giurisprudenza, non sempre condivisa e condivisibile, che tendeva a “comunitarizzare” il loro regime, soprattutto per quanto riguarda l’efficacia diretta²⁶. Peraltro è bene sottolineare che se il nuovo regime di adozione degli atti si applica a partire dal 1 dicembre 2010, per quanto riguarda gli atti adottati prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel terzo pilastro, l’ art. 9 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie prevede quale disciplina a carattere generale che i loro effetti giuridici devono rimanere validi e dovranno essere mantenuti fin quando tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei Trattati.

4. La funzione di controllo del processo decisionale europeo nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia da parte dei Parlamenti nazionali

17

Insieme al rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo, il Trattato di Lisbona assegna, sempre in relazione all’*iter* decisionale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, quindi, nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, una specifica funzione di controllo ai Parlamenti nazionali, con un’azione rivolta non solo nei confronti dei rispettivi governi, ma anche attraverso un loro diretto coinvolgimento nel sistema istituzionale europeo²⁷. La loro valorizzazione traspare già dalla

²⁶ A tal proposito vedi la giurisprudenza sviluppatasi a partire dal caso Pupino Corte Giustizia, sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03.

²⁷ Già dalla Dichiarazione n. 23 allegata al Trattato di Nizza e relativa al futuro dell’Unione era stata posta la questione del ruolo dei parlamenti nazionali nell’architettura europea in vista “della necessità di migliorare e



definizione delle competenze specifiche ad essi riconosciute per la prima volta a livello di diritto primario, di cui all' art. 12 TUE. Sotto il titolo II, denominato "Disposizioni relative ai principi democratici" il nuovo articolo delinea le modalità tramite le quali i parlamenti nazionali contribuiscono in maniera attiva al buon funzionamento dell'Unione tra l'altro: a) venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi dell'Unione in conformità del Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea; b) vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità; c) ed infine partecipando, l'aspetto che più interessa la presente indagine, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore, in conformità dell'articolo 70 del TFUE, ed essendo associati al controllo politico di *Europol* e alla valutazione delle attività di *Eurojust*, in conformità degli articoli 88 e 85 TFUE.²⁸ Tali attribuzioni vanno integrate e coordinate con quanto prevedono le singole disposizioni collocate nel Titolo V dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In alcuni casi vengono semplicemente specificate le competenze già

18

garantire costantemente la legittimità democratica e la trasparenza dell'Unione e delle sue istituzioni, per avvicinarle ai cittadini degli Stati membri".

²⁸ Le altre competenze le esercitano: d) partecipando alle procedure di revisione dei trattati in conformità dell'articolo 48 del TUE; e) venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'articolo 49 del TUE; f) partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo in conformità del Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea. Per la disciplina contenuta degli articoli citati vedi le note che seguono.



disegnate dall'art. 12²⁹, in altri invece ne sono delineate di nuove ed aggiuntive³⁰. Tuttavia, in non pochi casi, si tratta di disposizioni dal contenuto non sempre circostanziato e che da sole non chiariscono del tutto l'estensione del controllo parlamentare, vuoi europeo che nazionale, sull'intero Titolo V TFUE. Ad esempio, la disciplina degli obblighi di informazione prescritti nei loro riguardi non lascia intravedere la possibilità, per gli organi parlamentari, di dare corpo ad iniziative concrete da intraprendersi sulla base delle informazioni ricevute, come d'altronde non è chiaro il modo di operare dei meccanismi di valutazione introdotti per vigilare sull'attuazione delle politiche dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e sui loro organi come *Europol* ed *Eurojust*.

Più incisivi sono invece i margini di azione che il Protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali, ma soprattutto il Protocollo n. 2 sul principio di sussidiarietà e proporzionalità, assegnano ai parlamenti nazionali anche nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, spesso all'esito ed in conseguenza dell'adempimento da parte delle istituzioni europee proprio

²⁹ È il caso delle modalità, da definirsi con regolamenti, del controllo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali sull'attività di Eurojust secondo l'art. 85 TFUE (ex art. III-273 della Costituzione europea); anche per il controllo da parte del Parlamento europeo, al quale sono associati i parlamenti nazionali, sull'attività di Europol vedi l'art. 88 TFUE (ex art. III-276 della Costituzione europea).

³⁰ Si tratta dell'art. 70 TFUE, nel quale i parlamenti nazionali ed il Parlamento europeo vengono informati dei contenuti e delle valutazioni effettuate dagli Stati membri e dalla Commissione in merito all'attuazione delle politiche relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, secondo le modalità stabilite dal Consiglio. Ed inoltre dall'art. 71 TFUE, che prescrive un obbligo di informazione nei riguardi dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo da parte del comitato permanente istituito in seno al Consiglio con il compito di assicurare, all'interno dell'Unione, la promozione e il rafforzamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza interna



degli obblighi di informazione nei loro confronti. Le novità introdotte dal Trattato che adotta una Costituzione europea³¹ sono state riprese dal Trattato di Lisbona, rese più efficaci e per alcuni aspetti adeguate alle specifiche esigenze che le materie che toccano anche la cooperazione di polizia e giudiziaria penale. Così i parlamenti nazionali sono chiamati ad intervenire per il controllo della corretta applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, tramite un rafforzamento del meccanismo dell'allarme preventivo (*early warning*) o di "cartellino giallo" già in parte previsto dalla Costituzione europea, reso ancor più agevole quando la verifica riguarda quei progetti legislativi che incidono direttamente sui diritti e le libertà dei singoli³². Peraltro il compito che i parlamenti

³¹ Nei Protocolli ad essa allegati: il n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione Europea ed il n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità

³² Tramite l'emanazione di un parere motivato ciascun Parlamento nazionale, o Camera, può inviare ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, entro un termine di otto settimane (in precedenza, nel Protocollo n. 2 sui parlamenti nazionali allegato al trattato costituzionale, le settimane erano sei) decorrente dalla data di trasmissione del progetto ai parlamenti nazionali e sino alla sua iscrizione all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio, le osservazioni in merito alle proposte legislative europee nel quale vengono espone le ragioni per le quali si ritiene che il progetto di atto legislativo non sia conforme al principio di sussidiarietà. Qualora i pareri motivati rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, il progetto deve essere riesaminato non potendo le istituzioni europee limitarsi a tenerne semplicemente conto. Per agevolare la verifica di quei progetti legislativi che incidono direttamente sui diritti e le libertà dei singoli, è espressamente previsto che tale soglia scenda ad un quarto qualora le obiezioni avanzate dai parlamenti nazionali riguardino lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ai fini del raggiungimento di entrambe le quote, ciascun parlamento nazionale dispone di due voti. Se si tratta di un sistema parlamentare bicamerale, ogni camera dispone di un voto. Una volta riesaminato, il progetto può essere mantenuto, modificato o ritirato dalle istituzioni europee con una decisione motivata. In



nazionali sono chiamati a svolgere nel garantire il rispetto del principio di sussidiarietà, appare tanto più opportuno nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia poiché il modo ordinario di esercitare le competenze previsto dal Trattato di Lisbona è attribuito congiuntamente agli Stati membri e all'Unione, essendo la competenza concorrente la regola generale nel settore³³, mentre la competenza esclusiva degli Stati o di sostegno esercitata dall'Unione svolge una funzione residuale e prevista in ordine ad un numero limitato di materie³⁴.

base all'art. 7 par. 3 del Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona la procedura descritta sarà arricchita, rispetto a quanto già previsto nel Trattato costituzionale, di una nuova fase. Infatti, qualora nell'ambito della procedura legislativa ordinaria, i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino almeno una maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali il progetto deve essere riesaminato e al termine di tale esame la Commissione può decidere, anche in questo caso, di mantenere il progetto, modificarlo o ritirarlo. Se la Commissione intende comunque mantenere la proposta di atto legislativo, i pareri dei parlamenti nazionali e quello della Commissione con cui è motivata la compatibilità del progetto con il principio di sussidiarietà, saranno sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura legislativa. Prima della conclusione della prima lettura, sulla base dei pareri motivati ricevuti il Parlamento europeo ed il Consiglio devono esaminare la compatibilità della proposta alla luce del principio di sussidiarietà tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione. Il legislatore, a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, può ritenere che la proposta non soddisfi i requisiti propri del principio di sussidiarietà; pertanto, in tal caso, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame.

³³ Come stabilito dall' art. 4, par. 2, lett. J del TFUE.

³⁴ Casi di competenza esclusiva degli Stati sono rappresentati dall'articolo 73 ("Gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare tra di loro e sotto la loro responsabilità forme di cooperazione e di coordinamento nel modo che ritengono appropriato tra i dipartimenti competenti delle rispettive amministrazioni responsabili per la salvaguardia della sicurezza nazionale") o ancora dall'art. 77 par. 4 ("Il presente articolo lascia impregiudicata la



In generale dunque le attribuzioni riconosciute ai parlamenti nazionali, quali strumenti di controllo del processo decisionale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁵, in attesa dell'adozione dei regolamenti che ne dovrebbero specificare meglio le attribuzioni, consentono di considerarli solo in parte quali veri e propri attori del processo normativo.

5. I previgenti limiti al controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia ed alla tutela dei diritti fondamentali

La funzione attualmente riconosciuta al Parlamento europeo ed ai parlamenti nazionali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è accompagnata, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, da una valorizzazione del ruolo dei giudici di Lussemburgo nell'esercizio del controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti, adottati in tale contesto, da parte delle

competenza degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale). Ipotesi di misure di sostegno sono invece contenute all'art. 79, par. 4 ("Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri").

³⁵ In alcuni casi è stato affidato esclusivamente a loro il compito di proteggere le competenze statali in settore ove non è assegnato al Parlamento europeo alcun ruolo. Vedi articolo 69 TFUE: " Per quanto riguarda le proposte e le iniziative legislative presentate nel quadro dei capi 4 e 5, i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità". È del pari assente il Parlamento europeo in relazione al compito fondamentale assegnato al Consiglio europeo di definire gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (articolo 68, ex art. III-258 del Trattato costituzionale di identico contenuto).



istituzioni europee. Le modifiche introdotte sembrano quanto mai opportune in ragione dei limiti e dell'ambivalenza che il sistema di tutela giurisdizionale dei singoli evidenziava, soprattutto con riferimento alla cooperazione di polizia e giudiziaria penale. In primo luogo la competenza della Corte nell'interpretare e sindacare l'attività delle istituzioni era vincolata, per le materie del Titolo IV TCE, relativo a visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone a quanto previsto nella specifica disposizione di cui all'art. 68 TCE che limitava la competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia non potendo essere adita dalle giurisdizioni nazionali diverse da quelle di ultima istanza, ex par. 1 dell'art. 68 TCE³⁶. Tale clausola eccezionale, assai restrittiva nel prevedere lo sbarramento nell'accesso alla Corte per i giudici non di ultima istanza, provocava il mancato coinvolgimento dei giudici delle giurisdizioni c.d. inferiori spesso invece protagonisti nel sottoporre alla Corte questioni divenute "storiche". Una soluzione simile non poteva lasciare soddisfatti soprattutto se posta in relazione ad ambiti quali quelli relativi alla tutela delle libertà personali ove è necessario procedere ad una rapida definizione ed interpretazione del contenuto e del significato delle norme, senza dover attendere che il procedimento pervenga alla giurisdizione di ultima istanza, magari a una distanza di tempo tale da non essere in linea né con le esigenze di tutela delle parti del processo né con l'immediatezza che caratterizza tale contenzioso, ove possono

³⁶ Secondo l'art. 68 TCE, la Corte di Giustizia può pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali di interpretazione delle disposizioni del titolo IV TCE oppure sulle questioni pregiudiziali di validità o di interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie in base a tale titolo, ma solo se tali questioni vengono sollevate da un giudice nazionale "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" (par. 1).



essere più facilmente conculcati i diritti fondamentali. Inoltre, i giudici di ultima istanza esercitavano un sindacato relativo ai soli profili di legittimità dell'atto, non potendo entrare nell'esame del merito della controversia, elemento che avrebbe consentito invece una più ampia valutazione sulla conformità delle legislazioni nazionali con la normativa comunitaria, quanto mai opportuna considerando la natura dei diritti conculcati.

Per quanto riguarda la seconda clausola ecceztuativa prevista dall'art. 68 TCE, secondo paragrafo, essa escludeva la competenza pregiudiziale della Corte a pronunciarsi in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna, nell'ambito di giudizi su misure o decisioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 62 punto 1 TCE, ossia misure miranti a garantire l'eliminazione dei controlli sulle persone, sia cittadini dell'Unione europea sia cittadini di paesi terzi, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne. L'estensione del regime derogatorio traspariva dalla formula adoperata, di più ampia portata rispetto alle tradizionali eccezioni inserite nei Trattati concernenti solo l'ordine pubblico, e trovava conferma nella posizione francese che aveva insistito per l'inserimento della clausola preoccupata di una eventuale interferenza della Corte di Giustizia in merito ai controlli sulle persone per ragioni di sicurezza nazionale. Per il settore specifico della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ex art. 35 TUE³⁷ *il vulnus* nella tutela giudiziaria degli

³⁷ Sia consentito rinviare a tal proposito anche a M. CARTA, *Deficit democratico e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della U.E.*, in *Questioni costituzionali del Governo europeo*, a cura di G. GUZZETTA, Padova, 2003, pp. 139- 150.



individui era invece costituito dalla disposizione ³⁸ che condizionava la competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia ad una esplicita accettazione da parte degli Stati membri ai quali, in caso positivo, era inoltre consentito limitare la facoltà di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell' U.E. ad opera esclusivamente delle giurisdizioni di ultima istanza. Il regime ordinario del rinvio pregiudiziale subiva pertanto una modifica nell'elemento che forse più di altri aveva contribuito al suo successo consentendo, grazie proprio al riconoscimento della facoltà di rivolgersi alla Corte di Giustizia attribuita in capo a tutti i giudici di tutti gli Stati membri, di istituire una sorta di sindacato giurisdizionale "diffuso" sulla norma comunitaria, promosso anche dagli stessi individui lesi nei loro diritti. Inoltre altra deroga, sempre in base all'art. 35 TUE, era stabilita laddove la competenza pregiudiziale a pronunciarsi sulla validità e l'interpretazione delle decisioni quadro e delle decisioni, sull'interpretazione delle convenzioni adottate in base al Titolo VI e sulle misure di applicazione delle stesse, escludeva il riesame della "validità o proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro". In tal modo una parte non trascurabile delle iniziative adottate nel terzo Pilastro nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, era di fatto sottratta al sindacato della Corte di Giustizia. A tal proposito, anticipando in parte ciò che sarà esaminato oltre, è opportuno sottolineare come questa clausola eccezzuativa o deroga permanga anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a differenza di quella contenuta nell'art. 68 TCE.

³⁸ Ex articolo 35 par. 2 TUE.



A bilanciare un meccanismo non pienamente equilibrato contribuiva, tuttavia, l'attribuzione alla Corte del sindacato sulla legittimità degli atti adottati dalle istituzioni con riferimento al rispetto dei diritti fondamentali³⁹. La loro tutela esprimeva così l'esigenza di legare la progressiva creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, compresa la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ad un rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali garantiti al suo interno⁴⁰. Nel ricostruire quest'ultima categoria di norme, quale parametro di legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie⁴¹,

³⁹ Già l'art. 6 del Trattato di Amsterdam al primo comma affermava che l'Unione si "fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri" "quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" la modalità della loro tutela veniva individuata collocandoli tra i "principi generali dell'ordinamento comunitario

⁴⁰ Per una recente analisi in merito ai rapporti tra i diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali esistenti a livello di Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali vedi: U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2004, pp. 73-114 e ancora U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2007 pp. 13-53.

⁴¹ La riconduzione dei principi generali dell'ordinamento comunitario tra i motivi di impugnazione degli atti delle istituzioni, ex art. 230 TCE, in quanto la loro violazione integra il mancato rispetto di qualsiasi regola di diritto relativa all'applicazione del Trattato, aveva permesso ai giudici di Lussemburgo di collocare tali fonti al di sopra degli atti delle istituzioni, costituendone così parametro di validità, ma in posizione gerarchicamente inferiore rispetto al Trattato proprio perché relative semplicemente ad aspetti concernenti la sua applicazione. Come noto la violazione del Trattato rappresenta, sempre ex art. 230 TCE, autonomo motivo di impugnazione degli atti distinto rispetto alla violazione di "qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione"



ma anche quale criterio interpretativo delle stesse, la Corte di Giustizia aveva fin dalla sentenza *Hauer* riconosciuto che “i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa garantisce l’osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”⁴². Da un lato, in seguito all’avvenuta comunitarizzazione delle materie trasferite nel Titolo IV TCE, la mancata osservanza dei diritti fondamentali, in quanto principi generali dell’ordinamento comunitario, risultava in grado di condizionare la legittimità e la validità anche degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie in tali ambito, che prima sfuggivano a qualsiasi controllo in virtù della cooperazione intergovernativa all’interno della quale erano inseriti; dall’altra, l’esercizio delle competenze della Corte era vincolata ai limiti citati ex art. 68 TCE e 35 TUE non consentendo, dunque, un sindacato giurisdizionale pieno e non condizionato. Ad un significativo innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali anche in tale contesto contribuirà senz’altro l’applicazione dell’art. 6 del nuovo Trattato sull’Unione che riconosce alla Carta dei diritti fondamentali lo stesso valore giuridico dei Trattati. L’effetto giuridicamente vincolante che assumono così i diritti in essa riconosciuti consentirà alle autorità giurisdizionali europee e nazionali di garantirne l’applicazione pratica in relazione alle pretese avanzate sulla sua base dai cittadini europei, ma anche di ottenerne il rispetto nelle azioni delle istituzioni europee e nazionali. In buona sostanza l’ambito di operatività degli stessi diritti non rimarrà confinato nel ristretto ambito costituito, in precedenza, dai principi generali dell’ordinamento comunitario.

⁴² Sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, in Raccolta, 1979, p. 327.



6. Gli attuali meccanismi di tutela giurisdizionale nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale delineati dal Trattato di Lisbona

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha introdotto, inoltre, sostanziali correttivi al regime speciale di tutela giurisdizionale precedentemente delineato. Per quanto concerne il rinvio pregiudiziale è da sottolineare la portata oramai generalizzata ed "universale" che avrà il meccanismo di interpretazione da parte della Corte di Giustizia del diritto dell'Unione e di pronuncia sulla validità degli atti, anche quale conseguenza dell'abbandono del sistema dei Pilastri. L'estensione del ricorso al principale strumento di cooperazione giudiziaria tra giudici europei e nazionali, senza limitazione alcuna⁴³, già si evince dal contenuto del nuovo art. 19 TUE⁴⁴ ove il riferimento alla competenza della Corte è operato senza eccezioni di sorta. L'eliminazione di qualsiasi deroga o clausola eccezzuativa prevista dall'art. 68 TCE e dall'art. 35 TUE⁴⁵ è

28

⁴³ Permane invece la tradizionale esclusione della giurisdizione della Corte nel settore della politica estera e della sicurezza comune (art. 275 TFUE), con l'eccezione dei ricorsi di annullamento riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al Titolo V, Capo 2, del TUE.

⁴⁴ Il par. 3 testualmente: "La Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati: a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica; b) in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni; c) negli altri casi previsti dai trattati."

⁴⁵ Per la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale verrà meno la facoltatività, ed è stato accettato solo da quattordici Stati membri, due dei quali l'hanno limitato ai giudici di ultima istanza): anche quelli inglesi e irlandesi nelle materie di opt in potranno farlo. La Corte di giustizia ora ha piena giurisdizione (compreso ricorso per infrazione) anche sulle vecchie



d'altronde frutto della avvenuta abrogazione di questi stessi articoli. Non vi saranno più dunque distinzioni o sbarramenti tra i giudici, di legittimità o di merito o di ultima istanza, nell'effettuare il rinvio riconducendo così la procedura alla sua originaria funzione. Sempre con riferimento al meccanismo del rinvio pregiudiziale, l'unica modifica di rilievo consiste nell'introduzione di una nuova procedura di urgenza, già prevista dal Trattato costituzionale⁴⁶ ed auspicata proprio dalla Corte di Giustizia⁴⁷ in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia, secondo la quale, quando un quesito pregiudiziale è sollevato in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale ed è relativo ad una persona in stato di detenzione, la Corte di giustizia dell'Unione europea statuisce il più rapidamente possibile⁴⁸. Si tratta di un efficace rimedio volto a definire in tempi rapidi questioni di interpretazione o di validità degli atti in processi, con parti in *vinculis*, che non sempre la procedura di rinvio pregiudiziale consente di concludere in un lasso di tempo ragionevole rispetto ai tempi di

29

misure del terzo pilastro (ma per cinque anni non nelle materie di polizia e penali).

⁴⁶ Ex art. III-369.

⁴⁷ In seguito alla predisposizione da parte della Corte di un documento di riflessione al fine di modificare il regolamento di procedura per integrarlo con un nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza, da applicarsi espressamente alle materie dello spazio, libertà, sicurezza e giustizia, sono stato emendati e modificati il Protocollo sullo Statuto della Corte ed il Regolamento di procedura, con decisione del Consiglio n. 2008/79 (in GUUE, L 64, 8 marzo 2008, pp. 39-42).

⁴⁸ La procedura è disciplinata tramite l'aggiunta di un ultimo comma, all'art. 234 TCE, che conserva la sua numerazione anche nel TFUE, il quale testualmente recita "Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte di giustizia dell'Unione europea statuisce il più rapidamente possibile."



detenzione, atteso anche il carico di lavoro dei giudici di Lussemburgo. In questo modo la sospensione del procedimento interno, che scaturisce dall'attivazione della procedura di rinvio pregiudiziale, graverà in misura limitata sulle persone in stato di detenzione.

L'abrogazione dell'art. 68 TCE ha inoltre causato la eliminazione della deroga alla competenza della Corte di Giustizia rappresentata dalla impossibilità di pronunciarsi sulle misure o decisione relativa ai controlli sui cittadini dell'Unione e non, al momento dell'attraversamento delle frontiere interne, in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna ponendo termine così a quella che è stata definita una "asimmetria giurisdizionale"⁴⁹ del sistema attualmente in vigore. Rimane invece, a confronto con il regime attualmente operante e non considerando le disposizioni contenute nei Protocolli e dedicate alle specifiche posizioni della Danimarca e del Regno Unito, la deroga alla competenza della Corte di Giustizia per le materie della cooperazione di polizia e giudiziaria prevista dall'art. 276 TFUE⁵⁰, in forza del quale "nell'esercizio delle attribuzioni relative alle disposizioni delle sezioni 4 e 5 e del Titolo III, Capo IV concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine

⁴⁹ Per l'efficace espressione vedi R. CAFARI PANICO, Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali, un Sud in Europa, 1/2008, in <http://www.sudineuropa.net>, reperibile on line

⁵⁰ Già art. III-377 del Trattato costituzionale.



pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna". La disposizione traduce in termini normativi la volontà degli Stati di evitare che la cooperazione europea possa spingersi sino al punto da ignorare l'esercizio delle responsabilità statali in materia di ordine pubblico e sicurezza interna. È peraltro evidente che un'interpretazione della clausola, estesa al di là del suo dato letterale, appare difficilmente ammissibile, proprio in quanto, trattandosi di deroga, si impone una sua interpretazione in senso restrittivo anche in considerazione dello *standard* di protezione giudiziaria che deve essere assicurato alle persone fisiche o giuridiche destinatarie delle misure in questione⁵¹. L'integrale applicazione dei meccanismi di tutela giurisdizionale e dei sistemi di impugnazione anche a questo settore, determinatasi a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, comporta altre due conseguenze di assoluto rilievo: in primo luogo il potere di sanzionare l'inadempimento degli Stati agli obblighi assunti a livello europeo anche in queste materie, all'esito naturalmente dell'apertura della procedura di infrazione ad opera della Commissione e della eventuale sentenza della Corte di Giustizia. In secondo luogo determinerà l'applicazione a tali materie del regime ordinario delle impugnazioni; ciò consentirà l'esperibilità del ricorso in annullamento, ad opera dei singoli ed alle condizioni di impugnazione meno restrittive in loro

⁵¹ In definitiva il Trattato di Lisbona restringe l'ambito di applicazione della deroga o clausola eccezionale non riguardando più questa, come nella disciplina precedente, le misure adottate all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne e dunque connesse in qualche modo all'immigrazione, ex art. 62, punto 1 TCE, ma operando solo in relazione alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.



favore previste dall'art. 263 TFUE⁵², al fine di ottenere la caducazione degli atti ritenuti illegittimi, rimedio questo, al pari della procedura di infrazione, invece escluso in base al regime previgente per gli atti adottati nel campo della cooperazione di polizia e giudiziaria penale⁵³. Occorre tener presente, peraltro, che il processo di parificazione per le materie dell'ex terzo pilastro ai meccanismi di tutela giurisdizionale "comunitari", previsto dal Trattato di Lisbona, viene introdotto con una certa gradualità dal punto di vista temporale. In effetti, ai sensi del combinato disposto dei paragrafi 1 e 3 dell'art. 10 del Protocollo n. 36 allegato al Trattato di Lisbona, a titolo di misura transitoria è previsto che il regime processuale degli atti e la competenza piena o ordinaria della Commissione e della Corte di Giustizia prima delineate, potranno essere esercitate in queste materie solo una volta decorso il termine di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Durante tale lasso di tempo le istituzioni dell'Unione potranno abrogare, sostituire o modificare le legislazione precedente relativa al terzo pilastro, ed in tal caso ai nuovi atti si applicherà la disciplina delle impugnazioni e processuale piena o ordinaria prevista dal Trattato di Lisbona; in caso contrario, invece, gli atti del terzo pilastro vigenti ed adottati prima del Trattato di Lisbona continueranno ad essere soggetti al regime processuale ed alle

⁵² In particolare è il par. 4 dell' art. 263 del TFUE che amplia il novero dei soggetti legittimati ad impugnare laddove stabilisce che le persone fisiche o giuridiche potranno impugnare gli "atti regolamentari che le riguardano direttamente e non comportano misure di esecuzione", facendo così venir meno l' altro requisito previsto in precedenza ai fini della impugnazione, costituito dalla necessità che l' atto riguardasse oltre che direttamente anche "individualmente" le persone fisiche o giuridiche non destinatarie dell' atto.

⁵³ In base al previgente art. 35 TUE ai privati era preclusa la possibilità di contestare la legittimità degli atti o la carenza delle istituzioni, non potevano altresì ottenere un risarcimento per i danni da essi subiti.



limitazioni precedentemente in vigore, naturalmente sino allo spirare del termine transitorio dei cinque anni all'esito del quale opereranno le ordinarie attribuzioni della Commissione e della Corte. In definitiva molte delle perplessità relative alla scarsa efficacia del controllo giudiziario nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono corrette in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, allineando così soprattutto le competenze della Corte di Giustizia nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale al regime ordinario previsto per le altre politiche dell'Unione, seppure con una certa gradualità.

7. Gli organi e gli strumenti della cooperazione operativa

Le principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona per quanto riguarda gli strumenti della cooperazione operativa prevedono, in generale, il potenziamento degli organi già esistenti con un ampliamento delle loro capacità di intervento e solo in misura minore l'istituzione *ex novo* di altri organi. Le modifiche previste vanno dunque coordinate con l'*acquis* relativo a ciascuna delle realtà affrontate.

33

a) l'Europol

L'Europol, Ufficio europeo di Polizia, è stato istituito da una convenzione conclusa tra gli Stati membri sulla base dell'art. K. 3 del Trattato dell'Unione Europea, firmata a Cannes il 25 luglio 1995 ed entrata in vigore il 1 ottobre 1998. Più volte modificata la convenzione ha subito parziali riforme tramite sia emendamenti⁵⁴ che l'adozione di Protocolli ad hoc⁵⁵. L'entrata

⁵⁴ Atto del Consiglio del 30 novembre 2000.



in vigore del Trattato di Lisbona ha rappresentato l'occasione per procedere ad una riforma a carattere generale ed organica del funzionamento di tale Ufficio. In realtà le novità introdotte dal Trattato devono essere lette e coordinate congiuntamente a quanto stabilito dalla decisione 2009/371/GAI del 6 aprile 2009 che sostituisce la Convenzione *Europol* e abroga tutte le sue misure di attuazione. Secondo quanto previsto dall'art. 88 del TFUE *Europol* ha il compito di sostenere e potenziare l'azione delle autorità di polizia e degli altri servizi incaricati dell'applicazione della legge degli Stati membri e la reciproca collaborazione nella prevenzione e lotta contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri, il terrorismo e le forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, determinano la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti di *Europol*. Tali compiti possono comprendere la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle informazioni trasmesse, in particolare dalle autorità degli Stati membri o di paesi o organismi terzi ma anche il coordinamento, l'organizzazione e lo svolgimento di indagini e di azioni operative, condotte congiuntamente con le autorità competenti degli Stati membri o nel quadro di squadre investigative comuni, eventualmente in collegamento con *Eurojust*.

Con tali regolamenti, inoltre, vengono fissate le modalità attraverso le quali il Parlamento europeo, congiuntamente ai parlamenti nazionali, esercitano il controllo delle attività di *Europol*. Peraltro la conduzione di qualsiasi azione operativa da

⁵⁵ Del 28 novembre 2002, sempre per atto del Consiglio.



parte di *Europol* è subordinata alla condizione che essa avvenga in collegamento e d'intesa con le autorità dello Stato membro o degli Stati membri il cui territorio risulta interessato dall'operazione. Un preciso limite previsto per l'espletamento di tali attività è costituito dal fatto che l'applicazione di qualsiasi misura coercitiva è di competenza esclusiva delle autorità nazionali coinvolte. Questa disposizione può essere interpretata come espressione della volontà e dell'orientamento maturato a livello di istituzioni europee e di Stati membri di voler escludere l'acquisizione da parte di *Europol* di una dimensione più propriamente operativa, accanto alla sua tradizionale vocazione quale strumento di facilitazione e scambio delle informazioni in coerenza d'altronde con quanto previsto nella decisione GAI del 6 aprile 2009.

Controversa era secondo alcuni commentatori la natura dell'Ufficio in particolare se potesse ricondursi alla tipologia delle Agenzie presente in molti dei settori di attività dell'Unione, ad oggi più di venti, o meno. L'argomento principale di coloro che negavano la natura di Agenzia ad *Europol* si basava essenzialmente sullo scarso controllo svolto dalla Commissione sull'Ufficio, a differenza di quanto accade per le altre Agenzie che sono organismi strumentali all'attività della Commissione, e quindi sulla prevalenza del carattere intergovernativo rispetto a quello comunitario che caratterizzano l'attività dell'Ufficio. Vi sono tuttavia significativi elementi che inducono a ritenere che l'Ufficio possa ormai assimilarsi ad una vera e propria Agenzia. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 42 della decisione il finanziamento di *Europol*, a partire dal 1 gennaio 2010 è assicurato dal bilancio generale dell'Unione a somiglianza di quanto accade per le altre Agenzie ed a differenza di quanto avveniva in precedenza, in un contesto tipicamente intergovernativo, quando erano gli Stati a finan-



ziare le attività di *Europol*. Il finanziamento è soggetto ad un accordo del Parlamento europeo e del Consiglio in linea con quanto stabilito nell'accordo interistituzionale del 17 maggio 2006 tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulla disciplina di bilancio e la sana gestione finanziaria. Difficilmente riconducibile alla cooperazione intergovernativa è altresì il processo decisionale seguito nel consiglio di amministrazione che è chiamato a deliberare, ai sensi del par. 8 dell'art. 37 della decisione, a maggioranza dei due terzi sostituendo così la precedente regola dell'unanimità. Inoltre, un rappresentante della Commissione entra a far parte dello stesso consiglio, accanto ad un rappresentante di ciascuno Stato membro, sempre ai sensi dell'art. 37, a conferma della volontà di inserire l'Ufficio all'interno dei rapporti tra le varie istituzioni della struttura dell'Unione. Anche il sistema dei privilegi e delle immunità, di cui all'art. 51 della decisione che sono garantite ai direttori, ai vicedirettori e al personale *Europol*, in conformità a quanto stabilito dal Protocollo sui privilegi e le immunità delle Comunità europee per i funzionari della Comunità, costituisce un elemento difficilmente compatibile e giustificabile con un eventuale assetto intergovernativo dell'Ufficio. Tanto più che, sempre l'art. 51 al par. 2, riconosce alla stessa *Europol* l'applicazione del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee. Infine, quale considerazione a carattere generale, occorre osservare che in linea con la tendenza che emerge dal Trattato di Lisbona risulta significativamente rafforzato il ruolo di controllo del Parlamento europeo in relazione a tutta l'attività di *Europol*. Ciò è particolarmente evidente sol che si consideri che il finanziamento a carico del bilancio generale dell'Unione implica necessariamente un intervento determinante dell'assemblea di Strasburgo, in virtù dei nuovi poteri ad essa assegnati dopo Lisbona nella procedura di



approvazione del bilancio in ordine oramai a qualsiasi tipo di spesa. Naturalmente l'attività di controllo si associa a quella esercitata dai Parlamenti nazionali, già esaminata.

La funzione di controllo sull'attività dell'Ufficio diviene così più trasparente e democratica, rendendo di conseguenza meno pressante l'esigenza di garantire analoga funzione alla Commissione europea che può tuttavia intervenire, oltre che con le modalità sopra delineate, anche in forza dello specifico ruolo assegnatole nell'ambito della procedura di approvazione del bilancio.

b) *Eurojust*

L'unità è nata in seguito alla decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002 (2002/187) GAI che istituisce l'*Eurojust*⁵⁶, al fine di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, con sede all'Aja è composta da 27 membri nazionali che, per ciascuno Stato membro, devono essere scelti tra magistrati del pubblico ministero, giudici e funzionari di polizia con pari prerogative distaccati secondo quanto previsto dall'ordinamento nazionale di appartenenza. Oggi la disciplina è rinvenibile principalmente all'art. 85 del TFUE che, ampliandone i poteri, stabilisce che l'Agenzia europea ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni, sulla scorta delle operazioni effettuate e delle informazioni fornite dalle autorità

⁵⁶ La decisione è stata recepita ed attuata nell'ordinamento italiano con legge n. 41 del 14 marzo 2005, che ha provveduto anche a regolare statuto e poteri del Membro Nazionale, in rappresentanza dell'Italia, che deve avere almeno vent'anni di anzianità di servizio.



degli Stati membri e da *Europol*. Tali compiti possono comprendere l'avvio di indagini penali, nonché la proposta di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti⁵⁷ ed il loro coordinamento, nonché il potenziamento della cooperazione giudiziaria, anche attraverso la composizione dei conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea. Questi aspetti saranno dettagliatamente disciplinati con regolamenti⁵⁸, adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria, che avranno cura di determinare la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti di *Eurojust*. Naturalmente qualsiasi nuova prerogativa disegnata dal Trattato di Lisbona si innesta sulle precedenti attribuzioni che la decisione del 28 febbraio 2002 (2002/187), istitutiva di *Eurojust*, già regolamentava. Tra queste funzioni meritano di essere ricordate quella di promuovere e migliorare la cooperazione ed il coordinamento fra le autorità nazionali competenti in ciascuno Stato membro nell'ambito delle indagini sulla criminalità organizzata transfrontaliera, in particolare agevolando la prestazione dell'assistenza giudiziaria internazionale e l'esecuzione dei mandati d'arresto europei, l'assistenza alle autorità nazionali nella cooperazione tra Stati membri e la Commissione per reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, la cooperazione con le autorità nazionali nella lotta alla criminalità organizzata

⁵⁷ Nel contesto di tali azioni penali è fatto salvo quanto previsto, come vedremo, circa i compiti e le prerogative della futura procura europea, gli atti ufficiali di procedura giudiziaria sono eseguiti dai funzionari nazionali competenti, ai sensi del par. 2 dell' art. 85 TFUE.

⁵⁸ Regolamenti che fisseranno, inoltre, le modalità per associare il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali alla valutazione delle attività di *Eurojust*.



transfrontaliera e al terrorismo internazionale e più in generale il compito di assistere le autorità competenti al fine di aumentare l'efficacia delle indagini e dei procedimenti penali. È appena il caso di sottolineare quanto possa incidere, nel facilitare i rapporti tra *Eurojust* e le autorità nazionali, l'applicazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 del TUE considerata la sua portata verticale ed orizzontale. Infine per quanto concerne le fattispecie criminose in merito alle quali è competente, esse richiamano per la gran parte le stesse di cui si occupa *Europol*.

c) la Procura europea

L'istituzione della Procura europea è prevista dall'art. 86 del TFUE. La disposizione non pone l'obbligo di istituire un tale organismo, ma apre una possibilità la cui concreta praticabilità è rimessa ad una decisione del Consiglio che "può istituire" una Procura europea, con delibera adottata all'unanimità e previa approvazione del Parlamento Europeo. Per l'adozione del regolamento istitutivo della Procura è tuttavia ammesso il ricorso alla cooperazione rafforzata, in mancanza di unanimità e con l'accordo di almeno nove Stati⁵⁹. Il principale compito della Procura europea sarà quello di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ma è consentita un'estensione delle sue attribuzioni, sino a ricomprendervi la lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione

⁵⁹ Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (Bruxelles, 29.4.2010, COM 171 (2010) def/2) presentata al fine di "Creare uno spazio di libertà sicurezza e giustizia per i cittadini europei" nell'ambito del Piano di attuazione del programma di Stoccolma, la Commissione si impegna a proporre l'istituzione della Procura europea (p. 5).



transnazionale. In questo caso però occorre una decisione del Consiglio europeo adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione.

Nel riprendere così la proposta di creare una Pubblico Ministero europeo, a suo tempo presentata nel libro verde della Commissione del dicembre del 2000, l'art. 86 TFUE specifica che la Procura europea sarà competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ricadono nella sue attribuzioni, esercitando l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri dell'UE. Un'interpretazione puramente letterale del testo sembra escludere il riferimento alla necessità che vi sia una preventiva *richiesta* di rinvio a giudizio che, come anche accade nell'ordinamento italiano, permetterebbe un controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero europeo. In assenza di richiesta di rinvio a giudizio, in definitiva, il pubblico ministero europeo potrebbe procedere direttamente al rinvio a giudizio senza l'obbligo di "passare" per l'udienza preliminare. Una soluzione simile, qualora confermata dal legislatore europeo, susciterebbe non poche perplessità poiché è proprio nella sede dell'udienza preliminare che all'imputato viene consentito, in contraddittorio di fronte al giudice terzo, di contestare l'eventuale infondatezza delle imputazioni a proprio carico. Tali riserve e le difformità che si verrebbero così a creare rispetto agli *standards* di garanzia previste nel nostro processo penale, potrebbero ben essere superati in fase di adozione dei regolamenti che definiscono lo statuto della futura procura europea. L'art. 86 TFUE al paragrafo 3 infatti prevede che tramite i regolamenti dovranno essere definiti, oltre che le condizioni di esercizio delle funzioni della procura, anche le "regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al



controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni".

d) il *Comitato Permanente per la Sicurezza Interna* (COSI)

Con il Trattato di Lisbona, all'art. 71 del TFUE, viene istituito in seno al Consiglio un comitato permanente per la sicurezza interna che si propone di assicurare, all'interno dell'Unione, la promozione e il rafforzamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza interna. Il principale obiettivo del COSI consiste dunque nell'agevolare, promuovere e rafforzare il coordinamento delle azioni intraprese dalle autorità competenti negli Stati membri dell'UE, nel settore della sicurezza interna. Tra i settori interessati che il COSI provvederà a coordinare vi sono, tra gli altri, la cooperazione di polizia e doganale, la protezione delle frontiere esterne e la cooperazione giudiziaria in materia penale per quanto concerne la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna. I compiti del Comitato, che sono stati ribaditi nella riunione del 25 e 26 febbraio 2010 del Consiglio Giustizia e Affari interni che ha dato attuazione all' art. 71 del TFUE, consistono essenzialmente nella presentazione periodica di una relazione sulle proprie attività svolte al Consiglio, il quale dovrà, per parte sua, informare di tali contenuti il Parlamento europeo ed i parlamenti nazionali. Il COSI svolgerà inoltre una costante opera di monitoraggio al fine di valutare l'orientamento generale e l'efficacia della cooperazione operativa per individuarne le eventuali lacune e adottare le raccomandazioni capaci ed idonee a porvi rimedio. I rapporti di *partnership* con gli altri organi e strumenti della cooperazione sono garantiti grazie alla facoltà, che il COSI si vede riconosciuta, di invitare rappresentanti di *Eurojust*, di *Europol*, di *Frontex* e di ogni altro



organismo interessato per poter assistere alle proprie riunioni. Con tale modalità di partecipazione si vuole assicurare una sostanziale coerenza delle azioni intraprese dagli organismi richiamati, al fine di agevolare il raggiungimento degli obiettivi dello specifico settore in uno spirito, come si è detto, di leale cooperazione tra i diversi soggetti che ne sono protagonisti.

Inoltre, il COSI è chiamato ad assistere, insieme al comitato politico e di sicurezza (CPS), il Consiglio quando agisce in sede di attivazione della “clausola di solidarietà”⁶⁰. La “clausola di solidarietà” prevede che l'UE “mobiliti tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a disposizione dagli Stati membri” per prestare assistenza ad uno Stato membro che sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. In questa ipotesi sia il CPS che il COSI possono sostenere le azioni e le decisioni del Consiglio, anche fornendo dei pareri congiunti. Problematici in concreto potrebbero rivelarsi i rapporti con il Comitato dei rappresentanti permanenti, che riunisce gli ambasciatori degli Stati membri dell'UE (COREPER), per quanto riguarda la ripartizione delle rispettive competenze. In effetti, il COSI non è chiamato a partecipare all'elaborazione degli atti legislativi, e quindi il COREPER rimane il solo responsabile della preparazione degli atti legislativi con l'aiuto dei diversi gruppi di lavoro del Consiglio. Tuttavia i delegati del COSI possono essere assistiti dalle Rappresentanze permanenti degli Stati membri presso l'UE, a Bruxelles, e dal Segretariato del Consiglio. Inoltre i consiglieri GAI delle Rappresentanze permanenti possono riunirsi a livello di COSI, ed in ragione del suo ruolo operativo, la composizione è garantita da membri inviati dai ministeri nazionali di appartenenza. Ciascuno Stato membro potrà decidere se essere

⁶⁰ Art. 222 TFUE.



rappresentato da una sola persona per l'insieme dei settori o designare diversi rappresentanti con un numero di delegati, però, limitato per consentire il proficuo svolgimento dei lavori.

Vi sono almeno altri due comitati del Consiglio che sono coinvolti nella attività e nei lavori svolti dal COSI e per i quali si pone la necessità di un coordinamento delle rispettive azioni; si tratta del Comitato dell'articolo 36 (CATS) e del Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (CSIFA). Per evitare eventuali sovrapposizioni circa i rispettivi ambiti di attività entro il 1 gennaio 2012, il COREPER procederà ad una nuova valutazione dei lavori del CATS e dello CSIFA tenendo conto della complessiva efficacia e coerenza delle strutture di lavoro del Consiglio. In attesa del "riordino" del settore entrambi i comitati dovranno focalizzare i propri lavori e i propri ambiti di discussione su quelle questioni strategiche in merito alle quali il COSI non sarebbe in grado di fornire un proprio contributo, non potendole affrontare nelle proprie riunioni.

43

Inoltre, essi potranno partecipare, ove ritenuto opportuno, al *drafting* legislativo sebbene il COREPER rimanga l'unico responsabile della preparazione degli atti legislativi.

Esistono altri due organi con funzioni di preparazione dei lavori del Consiglio nel settore GAI che si affiancano ora, dopo Lisbona, agli organi citati in precedenza che sono: il Gruppo "Terrorismo", gruppo unico con un campo d'azione generale, in grado di affrontare tutti gli aspetti trasversali del terrorismo e con il compito di "consolidare" i diversi piani d'azione connessi al terrorismo, ed il Gruppo GAI-RELEX, versione permanente del precedente Gruppo di sostegno ad hoc GAI-RELEX. Ancor più necessaria ed opportuna appare in quest'ambito, dato il numero non esiguo dei soggetti chiamati ad intervenire a vario titolo nella materia, l'applicazione del principio della leale



anno II, n. 2, 2012

Saggi

cooperazione tra le autorità competenti che potrebbe risultare determinante nella risoluzione delle questioni legate a possibili aree di interferenze, in considerazione anche della non facile distinzione dei compiti attribuiti a ciascuna di esse.



NOTE



Il diritto dei detenuti nella Costituzione*

Stefano Ceccanti

Premessa: Partire da Paul Ricoeur

Se leggiamo una delle Costituzioni degli Stati democratico-sociali, come la nostra, dobbiamo cercare anzitutto di coglierne l'ispirazione di fondo attraverso gli enunciati di articoli e commi, ma senza trattarla come se fosse un testo inerte, sapendo vedere al di là di essi, ricercando le loro matrici.

1

Sulla materia oggetto di questo breve contributo penso di aver trovato la chiave di lettura complessiva migliore, che le illustra adeguatamente, in alcuni testi di Paul Ricoeur, raccolti ora da Luca Alici: *Il diritto di punire* per Morcelliana.

Per Ricoeur il diritto di una società come la nostra, in questo ambito, si trova di fronte anzitutto a due valori da bilanciare: «La preoccupazione per il colpevole e quindi la necessità di non schiacciarlo, non umiliarlo e non avvilarlo mai; dall'altro l'idea di difesa sociale e quindi l'importanza di proteggere la comunità da tutto ciò che la minaccia», ovvero limitare «la sofferenza in cui consiste la pena» senza rinunciare a punire «la

* Il testo riproduce l'intervento dell'A. al Convegno "*Le città e il sistema penitenziario*", organizzato da Legautonomie e dal Forum per il diritto alla salute dei detenuti (Firenze, 2 aprile 2012.) Il testo è pubblicato con il consenso dell'Autore.



violenza contro la legge» affrontando «il tragico della pena, ovvero che dovendo rendere giustizia a qualcuno finisco per infliggere sofferenza ad un altro».

La proposta di Ricoeur è quella di «una giustizia restaurativa-ricostruttiva» che tenga insieme la vittima, l'accusato e la legge. Che cosa hanno in comune? Come spiega Alici "la relazione" dentro la comunità in cui possono maturare le tre finalità di Ricoeur: «la riabilitazione per il colpevole, la riparazione per la vittima e la retribuzione per l'infrazione della legge».

Se la chiave è la ricostruzione del rapporto nella comunità, del legame sociale, secondo Ricoeur ne consegue che «nelle misure di riabilitazione, che permettono al colpevole di essere ristabilito nella pienezza delle sue capacità giuridiche e dell'esercizio della sua cittadinanza, l'atto di giudicare rende omaggio alla sua finalità ultima: rafforzare la pace civile», riducendo quindi il carattere di sofferenza della pena.

2

Mentre una giustizia centrata sul carattere retributivo della pena finisce con l'escludere, una visione diversa «centrata sulla restaurazione e sulla ricostruzione del legame sociale», sulla centralità della dimensione comunitaria porta a "re-includere" e quindi anche a maggiore sicurezza per tutti.

È quello che in altri termini ha chiarito Marco Ruotolo, a cui si devono le ricostruzioni più puntuali a cui rinvio per completezza ("*Dignità e carcere*" per l'Editoriale Scientifica e "*Diritti dei detenuti e Costituzione*" per Giappichelli), richiamandoci alla particolare connessione che la nostra Costituzione stabilisce tra libertà e dignità, che si può perseguire solo in questa chiave comunitaria, dentro il carcere e fuori.



1. Passando al testo: l'articolo 27 della Costituzione e le sue interpretazioni

Scendendo dalle riflessioni di Ricoeur al testo concreto della nostra Costituzione il punto più rilevante per questa nostra riflessione di oggi è il terzo comma dell'art. 27, che rispecchia una certa complessità del dibattito, già evidente dalle riflessioni del filosofo francese, ma che fatalmente cresce quando si arriva a dover concordare un testo normativo preciso.

Esso infatti esordisce con un limite "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità" e solo dopo prosegue con una scelta preferenziale, marcata soprattutto dall'uso del verbo dovere "e devono tendere alla rieducazione del condannato".

Alle spalle stava l'idea di una polifunzionalità della pena, di carattere inevitabilmente afflittivo-retributivo e per questo andava anzitutto limitata in questo suo carattere, senza però rinunciare a segnare un'evoluzione, più in linea con uno Stato democratico-sociale, in particolare nella fase di esecuzione della pena stessa. Possiamo notare una cautela maggiore rispetto agli intenti di Ricoeur, pur condivisi, di ridurre il carattere violento della pena.

La giurisprudenza costituzionale si è poi incaricata, dopo alcune oscillazioni, di sviluppare, esattamente secondo l'ispirazione delineata da Ricoeur, soprattutto il principio rieducativo come scelta preferenziale (sentenze 50/1980, 22/1983, 206/1987, 313/1990, 212/1997, più di recente 354/2002 e, da ultimo, 183/2011), in raccordo con altri articoli della Costituzione, in particolare 2 (il carcere quale formazione sociale in cui sviluppare la personalità; qui riemerge già il legame comunitario), 3 (uguaglianza e, soprattutto, rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona), 24 (diritto alla



difesa) e col nuovo 111 (giusto processo, introdotto nel 1999), come chiarisce bene Ruotolo.

Del resto i testi del filosofo Ricoeur sono del 1958 e del 2011 e rispecchiano un'evoluzione sociale solo in parte maturata al momento della redazione delle Costituzioni, anche se ha poi tratto forza da quei testi scritti. Un'evoluzione del resto mai pienamente irreversibile giacché varie situazioni storiche, nuove minacce, vere e/o immaginarie, nuove fasi di crisi possono segnare regressioni alla ricerca di facili capri espiatori, riallacciandosi alla "teologia della collera e della vendetta divina" di cui parla Ricoeur come fondamento originario del diritto di punire. Regressioni da cui i testi costituzionali e gli organi da essi posti a presidio della sua difesa cercano, per quanto possono, di difenderci.

2. La contestuale evoluzione legislativa: progressi e problemi

4

Nello stesso senso dell'interpretazione costituzionale è andata in sostanza l'evoluzione legislativa, in particolare con la legge 354/1975 ed il successivo regolamento di esecuzione (Dpr 230/2000). Cose note, nella loro concretezza, agli operatori del settore molto meglio che a me. Il minimo comun denominatore era il tentativo di individuare percorsi di reinserimento progressivo per la persona detenuta, con graduali uscite dal carcere che preparavano un futuro in piena libertà, un'opportunità di recupero in cui fosse ridotto al minimo il rischio di ricadere nella violazione della legge penale secondo l'impostazione di Ricoeur.

Gli anni recenti hanno però segnato almeno due regressioni normative, oltre a quelle amministrative legate alle difficoltà di bilancio dei Comuni (chissà che l'Imu ora non aiuti...) pur con



Note

alcuni temperamenti della giurisprudenza costituzionale successiva.

La legge ex Cirielli (legge 5 dicembre 2005, n. 251) ha modificato la recidiva in modo molto restrittivo sotto vari profili. Le novità introdotte sono essenzialmente cinque:

- 1) l'aggravamento degli aumenti di pena per i recidivi;
- 2) l'abbandono del precedente sistema flessibile che consentiva al giudice di graduare l'aumento di pena (tale flessibilità è rimasta solo per la recidiva monoaggravata);
- 3) la limitazione della recidiva ai soli delitti dolosi (con conseguente esclusione tanto delle contravvenzioni quanto dei delitti colposi);
- 4) l'introduzione di un'ipotesi di recidiva obbligatoria (art. 99, 5° c.p.);
- 5) l'introduzione del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti in caso di recidiva reiterata (art. 69, 4° c.p.).

La legge Smuraglia (Legge 22 giugno 2000, n. 1939) relativa al reinserimento lavorativo prevedeva per le cooperative e i privati operanti nel settore alcune significative agevolazioni fiscali che non sono state rifinanziate.

Qui, evidentemente, ci sono dei margini di intervento per il legislatore, possibilmente combinati con una riduzione dell'area del diritto penale che appare tutt'oggi sproporzionata rispetto a una società democratica che dovrebbe preferire maggiormente le sanzioni amministrative per i reati meno gravi.

Qualsiasi impostazione legislativa deve però affidarsi, nella parte preventiva, soprattutto sul ruolo del Comune, la prima istituzione di prossimità.



3. Il ruolo dei comuni...attendendo l'Imu

Indubbiamente molte competenze dei Comuni si intrecciano, in modo indiretto o anche diretto, alla questione carceraria.

Dal punto di vista indiretto si tratta ad esempio delle più generali competenze in materia urbanistica ed edilizia. Dal punto di vista diretto si tratta di quelle relative ai programmi di lavoro esterno dei detenuti, assistenza sociale, ecc. Qui occorrerebbe forse mettere in rete più di quanto già non accada le esperienze migliori.

Per ciò che concerne i principali strumenti dei Sindaci gli strumenti normativi sono sostanzialmente due.

In primo luogo il potere di ordinanza, in secondo la partecipazione ai cosiddetti "consigli di aiuto sociale".

In materia di igiene e sanità il Sindaco ha infatti il potere di emanare ordinanze di carattere contingibile ed urgente (art. 32 Legge 23 dicembre 1978, n. 833), un potere confermato e rafforzato per i casi di emergenza sanitaria dall'articolo 50.5 del Testo Unico Enti Locali (Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267) e più in generale, come recita l'art. 54.2 dello stesso TUEL «al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini».

Occorrerebbe verificare tra le varie ordinanze emanate se ne esistano in materia e, nel caso, quali possano costituire "buone prassi" imitabili altrove.

In secondo luogo, la legge sull'ordinamento penitenziario prevede un capo III sull'esecuzione penale esterna e l'assistenza in cui colloca anche i cosiddetti Consigli di aiuto sociale (58 uffici distribuiti su tutto il territorio nazionale, uno per ogni Ufficio di Sorveglianza), uffici periferici del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), presieduti dal Presidente del Tribunale o da un magistrato da lui delegato, dai



Note

rappresentanti di varie realtà giudiziarie (Presidente del Tribunale dei minorenni, magistrato di sorveglianza), rappresentanti della Regione, della Provincia, della Prefettura, operatori sociali, ivi compreso il Sindaco o un suo delegato. Un organismo dalle molteplici competenze, sia sul territorio (misure alternative alla detenzione, rapporti con gli Enti e le risorse territoriali, ecc.) sia all'interno degli istituti di pena che andrebbe, a detta di molti operatori del settore, riorganizzato poiché funziona a "macchia di leopardo".

Aspettando l'Imu, forse si potrebbe ripartire da questi compiti dei Comuni, in stretto raccordo col volontariato e il terzo settore.

L'importante è tener sempre presente nella concretezza delle scelte l'ispirazione di fondo delle nostre Costituzioni democratiche quale ci è spiegata da Ricoeur: «La vera funzione della pena non è vendicare l'ordine, ma che l'uomo sia felice...La sola cosa che possa fare il tribunale degli uomini è aiutare l'uomo a riprendere il suo posto nella società».



Linee guida sulla Salute e Sicurezza nei luoghi di lavoro nella legislazione europea

Giovanni Bartoli

Nell'Unione europea la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro rappresentano argomenti tra i più importanti, strettamente collegati all'occupazione e alle politiche sociali. Secondo stime recenti, si vedano i dati dell'*Organizzazione Internazionale del Lavoro* (OIL) e dell'*Agenzia europea per la Salute e la Sicurezza sul lavoro* (OSHA), ogni tre minuti e mezzo qualcuno muore a causa di prestazioni professionali, o dell'elevato numero di malattie e infortuni. Ciò comporta costi elevatissimi a livello umano ed economico. Per questo, fin dalla sua istituzione, la Comunità europea ha adottato iniziative volte a promuovere il miglioramento delle condizioni presenti negli ambienti di lavoro. All'inizio in forma embrionale e affidate esclusivamente all'azione e alla collaborazione degli Stati membri¹, successivamente attraverso l'istituzione di un Comitato permanente a ciò preposto. L'evoluzione tecnologica, da un lato, e la sensibilità del legislatore europeo, dall'altro, hanno permesso la costruzione negli anni Settanta, del

1

¹ Cfr. tra gli altri G. Occhiocupo, *Salute e sicurezza sul lavoro nella dimensione comunitaria: un impegno legislativo per le Regioni*, in *Autonomie locali e Servizi sociali*, Bologna, 2005, pp. 207 e ss.



Comitato consultivo per la sicurezza, l'igiene e la tutela della salute sul posto di lavoro e la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, con il preciso compito di assistere la Commissione nella preparazione ed attuazione di azioni di settore. A decorrere, poi, dal 1978 sono stati predisposti specifici piani d'azione all'interno dei quali si è concretizzato un *corpus* normativo comunitario, fondamentale per lo sviluppo delle legislazioni nazionali in materia di prevenzione. Con il primo programma di azione quinquennale (1978-1982) veniva sottolineata l'esigenza di stabilire regole per la protezione contro le sostanze pericolose. Ancora, il Consiglio ha approvato nel 1980 la direttiva quadro 1107 sulla protezione dei lavoratori .

Gli anni Novanta hanno visto accrescere l'importanza del settore salute e sicurezza all'interno delle politiche comunitarie. Il 1992 è stato l'*Anno europeo dedicato alla sicurezza, all'igiene e alla salute nei luoghi di lavoro*. Nel 1994 è istituita l'*Agenzia europea per la Sicurezza e la Salute sul luogo di lavoro*², col preciso compito di fornire agli organi comunitari e agli Stati membri, informazioni tecniche, scientifiche, ed economiche da utilizzare nel campo della salute e sicurezza.

Nel quarto programma comunitario del 1995 si esamina la possibilità di migliorare l'attuazione delle disposizioni comunitarie, consolidare e rivedere le disposizioni in vigore, presentare nuove proposte a tutela di settori di lavoro ad alto rischio o per particolari categorie di lavoratori. Nello stesso periodo è stato approvato un programma di misure "non

² (http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/health_hygiene_safety_at_work/c11110_it.htm)



legislative” denominate SAFE (*Safety Action for Europe*), allo scopo di fornire appoggio a progetti di carattere pratico finalizzati a migliorare le condizioni di lavoro specie nelle piccole imprese. Nell’ultimo decennio l’adozione e l’applicazione di un sempre più vasto *corpus* normativo comunitario ha permesso di migliorare le condizioni degli Stati membri, in materia di salute e sicurezza, e compiere notevoli progressi per quanto riguarda la riduzione degli infortuni e delle patologie connesse all’attività lavorativa. In particolare, per quanto riguarda l’Italia, le norme concernenti la sicurezza nei luoghi di lavoro sono in primo luogo ravvisabili nella Costituzione, nel Codice civile, in alcuni provvedimenti, risalenti agli anni Cinquanta, quali il D.P.R. n. 547 del 1955³, che stabilisce le regole per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle attività produttive in generale; il D.P.R. n. 303 del 1956, relativo alle norme generali per l’igiene del lavoro; il D.P.R. n. 164 del 1956, che regola la prevenzione degli infortuni sul lavoro, in materia di costruzioni.

Sulla scia dell’evoluzione normativa grazie alla spinta dell’azione sindacale, prima, culminata con l’emanazione dello Statuto dei Lavoratori, e dell’ingresso dell’Italia nell’Unione europea negli anni Novanta, dopo, il legislatore, prendendo atto delle lacune presenti in predetta materia, e pariteticamente dei vincoli comunitari, ha promulgato una serie di provvedimenti, come, ad esempio, il D.Lgs. 277/91, il D.Lgs. n. 626/94 e il D.Lgs. n. 493/96, dai quali discendono specifici obblighi a carico di imprese committenti e datori di lavoro. In

³ <http://www.infonet.fast.mi.it/626/norma23.htm>



particolare, le nuove normative introdotte contribuiscono al miglioramento delle condizioni di lavoro, all'introduzione della formazione e dell'informazione sui rischi derivanti da attività lavorativa, nonché alla creazione di nuove figure professionali, quali il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) e il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS). Tra i successivi interventi legislativi, riveste primaria importanza il Testo Unico 81/2008 che ha abrogato la normativa precedente, fatta eccezione per l'art. 64 del D.P.R. n. 303/1956, ridisegnando l'intera materia e ricollocando la successione di disposizioni legislative emanate nell'arco di un sessantennio, in un'ottica di sistema. La riforma è stata realizzata in piena coerenza con le direttive comunitarie e nel rispetto della riforma del Titolo V della Costituzione, che ha previsto espressamente all'art. 117, comma 3, che "sia la tutela e sicurezza del lavoro" quanto la tutela della salute siano materie attribuite alla competenza legislativa concorrente Stato-Regioni. Così la potestà legislativa in materia spetta alle Regioni, mentre alla potestà legislativa statale spetta la determinazione dei principi fondamentali a cui le stesse Regioni dovranno necessariamente uniformarsi.

In coerenza con la strategia di Lisbona (2000), gli Stati membri hanno riconosciuto che la garanzia della qualità e della produttività sul luogo di lavoro può contribuire in maniera determinante alla promozione della crescita economica e dell'occupazione. A tale proposito, la Commissione nella definizione delle sfide riguardanti il periodo 2002-2006 ha preso in considerazione una serie di fattori quali: i cambiamenti del mondo del lavoro, la diversificazione delle forme di



occupazione, la modifica dei rischi. Gli stessi per realizzare il piano strategico passavano attraverso specifici *step* come il miglioramento dell'applicazione del diritto esistente, l'applicazione di un approccio globale che combinasse strumenti giuridici e partenariati, conferimento di una dimensione internazionale al tema della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, articolando gli interventi della Commissione, con gli organismi internazionali, quali *Organizzazione Mondiale della Sanità* e *Organizzazione Internazionale del Lavoro*, per definire ed attuare strategie globali volte a combattere il lavoro infantile e gli effetti delle dipendenze dall'alcool e da sostanze psicotrope, che incidono sulla tutela della salute e sicurezza nel lavoro.

Per quanto sopraesposto, infatti, il programma strategico 2007-2012 ha tra i suoi obiettivi primari quello di ridurre ulteriormente gli infortuni sul lavoro nei paesi dell'UE. Per raggiungere tale traguardo, la strategia esennale ha proposto la realizzazione di una serie di interventi: favorire un contesto lavorativo moderno ed efficace; sviluppare strategie nazionali adatte alla situazione specifica di ciascun Stato membro, a seconda delle sue condizioni economico-sociali; regolare i flussi migratori; far fronte ai mutamenti demografici per rispondere alle esigenze di una popolazione attiva che invecchia.



Il muro israeliano in Cisgiordania tra sicurezza e diritti

Cristina Gazzetta

Per gli israeliani è una "barriera di separazione" per i palestinesi il "muro dell'apartheid". Per gli israeliani è un ideale, per i palestinesi una minaccia esistenziale. Per la maggior parte degli israeliani è una soluzione magica alla paura del terrorismo. Per i palestinesi è una paura profonda. Una volta ancora non si capiscono, due nazioni che non afferrano il significato delle rispettive paure.

Gideon Levy, Ha'aretz - 3 giugno 2003

1

Sommario: Premessa: le origini storiche (ma non solo) della divisione del territorio della Palestina; 1. Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali, tra assenza di Costituzione e attività della Corte Suprema; 2. La costruzione della *separation fence*; 3. Brevi osservazioni conclusive: la sicurezza dello Stato e la Legge fondamentale sulla dignità e la libertà della persona.

Premessa: le origini storiche (ma non solo) della divisione del territorio della Palestina.

Al fine di cercare di comprendere le ragioni del conflitto tra Israele e Palestina l'attenzione deve soffermarsi su quei particolari momenti storici che hanno avuto come conseguenza la nascita e il riconoscimento dello Stato di Israele ma non dello Stato della Palestina. Da un punto di vista storico, *in primis* si deve fare riferimento al movimento di liberazione nazionale del popolo ebraico, il Sionismo, secondo cui il popolo ebraico



Note

doveva vedersi riconosciuto lo *status* di Nazione con tutti i diritti ad esso conseguenti e aveva il diritto di rivendicare un territorio, la Palestina, sul quale risiedevano però solo una minima parte degli appartenenti al popolo ebraico. Il Sionismo in tal senso deve intendersi come movimento che favorì (e tuttora favorisce) l'immigrazione nel territorio rivendicato (dove arrivarono, in diversi momenti, e sino al 1948, numerosi gruppi di ebrei, provenienti, soprattutto, dall'Europa orientale) e come corrente politica che cercò, sino alla nascita dello Stato di Israele, sostegni politici da parte delle più grandi potenze mondiali e dagli organismi internazionali. Sotto quest'ultimo aspetto deve menzionarsi la Dichiarazione Balfour¹ (1917) cui fece seguito, l'anno successivo, l'occupazione della Palestina da parte degli inglesi, confermata dal Trattato di Versailles (1919) e da quello di San Remo (1920). Il mandato inglese² terminò il 14 maggio 1948 e poche ore prima venne proclamata l'Indipendenza dello Stato di Israele; la Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU del 29 novembre 1947, n.

2

¹La Dichiarazione – si tratta, in realtà, di una lettera scritta dal Ministro degli Esteri inglese Balfour a lord Rothschild, principale esponente del movimento sionista inglese – rappresenta il documento ufficiale attraverso cui il governo britannico si esprime a favore della creazione di un focolare ebraico in Palestina; la Dichiarazione fu poi inserita all'interno del Trattato di Sèvres (1920), che sancì la spartizione dell'Impero ottomano tra le potenze occidentali e pose le premesse per il mandato inglese in Palestina.

²La presenza britannica (e francese) in Medio Oriente a seguito della fine della prima guerra mondiale e dello smembramento dell'Impero ottomano era giustificata dalla istituzione del sistema dei mandati; in particolare, in Palestina gli inglesi cercarono di introdurre elementi di modernizzazione politico-istituzionale, economica e sociale tipici dell'Europa continentale nella popolazione residente, per la maggior parte araba, mentre cominciavano ad arrivare gli immigrati ebrei. Cfr. A. Marzano, M. Simoni (a cura di), *Quaranta anni dopo. Confini, barriere e limiti in Israele e Palestina (1967-2007)*, Il Ponte Editrice, Bologna, 2007, p. 5.



181, la quale aveva sancito la spartizione del territorio sottoposto al mandato britannico in due Stati, uno arabo e uno ebraico, fornì ad Israele quella legittimità internazionale che è alle origini della sua nascita (dal punto di vista del diritto interno, attraverso la conseguente adozione della Dichiarazione di Indipendenza nella parte in cui può ritrovarsi l'atto di fondazione dello Stato ebraico, denominato Stato di Israele) e del suo riconoscimento (dal punto di vista del diritto internazionale, sempre nella lettura che deve farsi della Dichiarazione di Indipendenza, laddove vi è richiesta all'ONU l'accettazione di Israele come Stato membro della stessa Organizzazione).

La Dichiarazione di Indipendenza prevedeva l'adozione di una Costituzione da parte di un'Assemblea costituente da eleggersi non oltre il 1 ottobre 1948, così come previsto dalla Risoluzione n. 181. Assieme alla Dichiarazione di Indipendenza venne approvato un proclama che prevedeva un Consiglio provvisorio di Stato con funzioni legislative provvisorie, un Governo provvisorio e disposizioni transitorie riguardanti l'ordinamento giuridico del nuovo Stato. In particolare, il proclama stabiliva che il Consiglio provvisorio aveva la facoltà di delegare parte del proprio potere legislativo al Governo provvisorio in materia di emergenza; esso stabiliva, inoltre, che tutte le leggi e gli statuti in vigore in Palestina prima della fine del mandato britannico rimanevano validi, salvo quelli modificati o eliminati dal Consiglio provvisorio, se considerati compatibili con lo stesso proclama e con qualsiasi atto adottato dal nuovo Stato; infine, il proclama aboliva il Libro bianco britannico (1939), ancora in vigore, il quale prevedeva restrizioni in materia di immigrazione e di vendita delle terre per gli ebrei.



La questione che qui interessa è che né alla Dichiarazione di Indipendenza né al proclama può essere riconosciuta la completa forza normativa in ogni loro parte, ma essi sono invece forniti di grande valore morale. Solo Israele nacque come Stato a seguito dell'accettazione delle disposizioni contenute nella Risoluzione n. 181, la Palestina no. Nel nuovo Stato la prevista Assemblea costituente non elaborò una Costituzione, ma una «legge di transizione» (16 febbraio 1949), che tra le altre previsioni cambiava il nome della stessa Assemblea in «prima *Knesset*», forse a testimonianza dell'abbandono del progetto di elaborazione della Costituzione. È difficile cercare di comprendere quali siano state le motivazioni di tale scelta, ma sicuramente deve menzionarsi, tra le altre³, il disaccordo tra le componenti religiose e laiche della società del nuovo Stato, laddove le prime, rappresentate dai numerosi e frammentati partiti religiosi, temevano che la codificazione dei diritti avrebbe comportato l'ufficializzazione dei principi del Sionismo⁴, un eccessivo potere dei giudici, considerati esponenti della laicità della società con la conseguenza di una graduale diminuzione del loro potere (il Primo ministro Ben Gurion dichiarò che una Costituzione scritta avrebbe impedito l'arrivo degli ebrei della diaspora, la cui volontà non doveva essere vincolata a quella degli ebrei già residenti in Israele e riteneva che l'assenza di una Costituzione

4

³Al riguardo devono menzionarsi anche l'emergenza bellica e il carattere cosmopolita della popolazione ebraica che avrebbe probabilmente voluto estendere i diritti civili e politici a tutti i cittadini, senza distinzione tra ebrei e arabi.

⁴Inteso qui nel senso di alternativa laica ai partiti religiosi e tendente ad un rinnovamento politico e culturale del nuovo Stato. Cfr. E. Ottolenghi, *Profili storici*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 6.



in Gran Bretagna forniva l'esempio del fatto che la realizzazione di una autentica democrazia può avvenire anche in assenza di una Costituzione scritta); al tempo stesso non deve scordarsi che il Sionismo si richiamava ad una concezione della democrazia intesa prevalentemente come volontà della maggioranza. Il 13 giugno 1950 la prima *Knesset* adottò una risoluzione (proposta dal deputato Harari, di cui porta il nome), nella quale dichiarava la propria volontà di non procedere alla adozione di una Costituzione scritta, ma affermava che il processo costituente sarebbe stato realizzato nel tempo attraverso l'approvazione di una serie di «Leggi fondamentali», secondo il modello della Germania di Bonn, le quali sarebbero poi state raccolte in un unico documento (e dunque ognuna sarebbe stata un capitolo della Costituzione del nuovo Stato). Ma la prima *Knesset* non approvò nessuna delle Leggi fondamentali previste e trasferì i suoi poteri (dunque anche quelli di Assemblea costituente) alla seconda *Knesset* nel 1951 con una legge di transizione che ha permesso poi di trasferire gli stessi poteri ad ogni *Knesset* futura. La questione interessante è cercare di comprendere quale valore abbiano le Leggi fondamentali approvate in seguito, vale a dire se queste debbano considerarsi, in assenza di una Costituzione, di rango costituzionale o ordinario⁵.

5

Ormai è opinione comunemente accettata che Israele, in cui la presenza di numerosi partiti di piccole dimensioni condiziona fortemente la formazione del governo, sembra avvicinarsi più alle democrazie parlamentari di tipo continentale che al sistema di governo britannico, con la

⁵ Cfr. S. Baldin, *La rigidità costituzionale come work in progress nell'ordinamento israeliano*, in F. Palermo (a cura di), *La «manutenzione» costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 261-284.



conseguenza, appunto, che le Leggi fondamentali devono essere considerate di rango superiore rispetto a quelle ordinarie⁶. L'affermazione di tale principio si deve all'attività della Corte Suprema israeliana, che con la sentenza *Bergman v. Minister of Finance* (1969) ha sindacato l'attività della *Knesset*. Infatti, chiamata a pronunciarsi sulla legge sul finanziamento delle elezioni, la Corte ha dichiarato che la suddetta legge violava l'art. 4 della Legge fondamentale sulla *Knesset*, in quanto non trattava in maniera equa i nuovi partiti non rappresentati nella *Knesset* appena sciolta, dunque in contrasto, in particolare, con il principio di uguaglianza elettorale. Il Ministro delle Finanze non diede applicazione alla legge, con la conseguenza del riconoscimento del valore della pronuncia della Corte che comportò la modifica della stessa legge da parte della *Knesset* nel senso richiesto dalla Corte Suprema. In seguito, con la sentenza *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*⁷ del 1995, la Corte Suprema ha riconosciuto che la *Knesset* nel momento in cui approva una Legge fondamentale agisce in veste di potere costituente, attribuito alla stessa *Knesset* dal titolare della sovranità, il popolo,

⁶Cfr. L. De Grazia, *Il sistema delle fonti normative nell'ordinamento israeliano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009-1, pp. 411-438.

⁷La sentenza in questione vede la Corte Suprema adita quale giurisdizione d'appello dopo che la District Court di Tel Aviv aveva dichiarato contraria all'art. 3 della Legge fondamentale sulla dignità e libertà della persona, che garantisce il diritto di proprietà, la legge che aveva previsto la cancellazione di parte dei debiti delle cooperative agricole, le moshavim, nei confronti dei creditori. La Corte Suprema annulla la sentenza di primo grado, in quanto ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale della legge in questione, la quale a parer suo, ha limitato il diritto di proprietà in nome dei valori dello Stato di Israele e al fine di salvaguardare la stessa economia israeliana nel pieno rispetto del principio di proporzionalità.



trasmesso dalla prima *Knesset* a quelle successive, ognuna delle quali lo esercita, appunto, attraverso l'adozione di Leggi fondamentali. La conseguenza è che le Leggi fondamentali, anche per la loro stessa denominazione e nonostante la loro approvazione mediante procedimento ordinario, devono considerarsi, nella gerarchia delle fonti, in posizione sovraordinata rispetto alle leggi ordinarie e, dunque, da un lato, la *Knesset* nella veste di legislatore è chiamata ad osservarle nella ordinaria attività legislativa e, dall'altro, qualora vi sia una legge ordinaria in contrasto con esse, le Corti possono dichiararla invalida.

Ai fini dell'indagine che si cerca di portare a termine è da mettersi in rilievo la conseguenza del valore attribuito alle Leggi fondamentali aventi ad oggetto il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali, poiché esse forniscono rango costituzionale a quei diritti che, invece, precedentemente avevano esclusivamente un riconoscimento e una tutela di tipo giudiziario.

7

1. Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali, tra assenza di Costituzione e attività della Corte Suprema.

In assenza di una Costituzione scritta (ovvero formale) le Leggi fondamentali devono considerarsi come una Costituzione in fase di realizzazione. Inoltre, mancando una Carta dei diritti, è il sistema giudiziario che assolve il compito della difesa dei diritti dell'uomo. Le Leggi fondamentali già adottate, da considerarsi dunque parti della futura Costituzione, contengono le caratteristiche basilari del sistema di governo israeliano, in particolare trattano tutti gli argomenti che riguardano i principali poteri dello Stato, la *Knesset* (1958), le



terre demaniali (1960), il Presidente dello Stato (1964), il Governo (1968, nuova edizione 1992 e 2001), il bilancio (1975), l'esercito di difesa di Israele (1975), Gerusalemme, capitale di Israele (1980), il potere giudiziario (1984), il controllore dello Stato (1988), la libertà di occupazione (1992 e poi nella nuova edizione del 1994), la dignità e la libertà della persona (1992). Attualmente, sono presenti, in vista della loro presentazione alla Commissione legislativa ministeriale, le tre seguenti bozze di Leggi fondamentali: la bozza di Legge fondamentale sui diritti procedurali fondamentali; la bozza di Legge fondamentale sui diritti sociali; la bozza di Legge fondamentale sulla libertà di espressione e di associazione⁸.

Nel 1992 la *Knesset* ha dunque emanato le due Leggi fondamentali sulla libertà di occupazione e sulla dignità e la libertà della persona che sono state considerate da molti commentatori, tra cui il Presidente della Corte Suprema Aharon Barak, una vera «rivoluzione costituzionale⁹», poiché, dopo un lunghissimo dibattito, esse introducono, nel sistema costituzionale israeliano, il riconoscimento e la garanzia formali dei diritti della persona¹⁰. La caratteristica di queste Leggi

⁸<http://roma.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?DocumentID=14151&MissionID=41>.

⁹Cfr. E. Ottolenghi, R. Y. Hazan, *Aspettando la Costituzione: la rivoluzione costituzionale israeliana del 1992 e i mutati rapporti tra i poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1997, p. 17 ss.; T. Groppi, *La Corte Suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, pp. 3543-3570.

¹⁰V'è da dire che le Leggi in questione sono state approvate con un numero strettissimo di voti favorevoli all'interno della *Knesset*, in un clima di totale assenteismo e alla fine della legislatura; e c'è addirittura chi si chiede se l'approvazione sia stata casuale. Cfr. A. Mordechai Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, op. cit., p. 44 e in particolare nota n. 70.



risulta essere non solamente la materia in esse disciplinata, ma il diverso valore ad esse attribuito proprio dal legislatore, in quanto vi si afferma espressamente che «tutte le autorità dello Stato sono tenute a rispettare i diritti sanciti da questa Legge fondamentale» (art. 11 della Legge fondamentale sulla libertà e la dignità della persona e art. 5 della Legge fondamentale sulla libertà di occupazione). In particolare, la Legge fondamentale sulla libertà di occupazione che tratta la libertà di seguire la vocazione desiderata e scelta, contiene una clausola rafforzativa che prevede l'inemendabilità di questa legge, tranne che attraverso un'altra Legge fondamentale (si richiede espressamente che sia una Legge fondamentale) approvata a maggioranza dei membri della *Knesset* (art. 7). Sebbene la Legge fondamentale sulla dignità e la libertà della persona non contenga alcuna clausola rafforzativa, essa ha al suo interno una clausola limitativa in cui si afferma che «non saranno violati i diritti previsti in questa Legge se non per effetto di una legge conforme ai valori dello Stato d'Israele, designata per una giusta causa ed in una misura che non sia superiore al necessario, oppure per effetto di una normativa adottata in virtù di espressa delega di tale legge».

La Legge fondamentale sulla dignità e la libertà della persona, dunque, non prevede i vincoli previsti invece dalla Legge fondamentale sulla libertà di occupazione (che invece erano presenti nel disegno di legge, ma che non sono stati approvati), con la conseguenza che ci si chiede quale sia la sua posizione nel sistema delle fonti del diritto, soprattutto in relazione ad eventuali leggi ordinarie approvate



successivamente e con essa contrastanti¹¹. Interessa qui rilevare che se, da un lato, le due Leggi fondamentali in esame prevedono limitazioni all'attività del legislatore, con la conseguenza che la Corte Suprema si reputò competente ad esercitare il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi, dall'altro, invece, esse prevedono, a determinate condizioni, la possibilità che questi diritti fondamentali vengano lesi, con la conseguenza che la stessa Corte Suprema si assumesse il compito di stabilire la costituzionalità della lesione dei diritti fondamentali¹². Entrambe le Leggi fondamentali presentano nei primi due articoli una «clausola dei principi fondamentali», che è da considerarsi come principio fondante dei diritti della persona in Israele: «il valore della persona, la santità della sua vita e il suo stato di essere libero» e una «clausola programmatica», la quale afferma che: «è scopo della presente legge difendere la dignità della persona e la sua libertà, per affermare in una Legge fondamentale i valori dello Stato di Israele in quanto Stato ebraico¹³ e democratico¹⁴»; ma, al tempo stesso, considerando i

10

¹¹Circa il rapporto tra Leggi fondamentali e leggi ordinarie cfr. A. Mordechai Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, op. cit., pp. 48-51.

¹²Sembra appena il caso di rilevare che nelle due Leggi fondamentali vengono trattati i diritti generalmente riconosciuti come fondamentali, quali il diritto alla vita, alla libertà e alla dignità della persona, alla proprietà, alla privacy, il diritto di entrata e di uscita dallo Stato, la libertà di occupazione. Cfr. S. Navot, *Le libertà fondamentali*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, op. cit., pp. 135-209.

¹³Con la legge del ritorno, n. 5710/1950, il Sionismo ottiene il riconoscimento giuridico per l'immigrazione degli ebrei della diaspora in Palestina (ovvero nel nuovo Stato di Israele); la legge del ritorno riconosce ad ogni ebreo che si trovi in qualsiasi parte del mondo il diritto di immigrare



diritti fondamentali come diritti relativi, è presente una «clausola limitativa» degli stessi, che permette la lesione dei diritti fondamentali per giusti motivi da parte del legislatore e che, dunque, risponde alla esigenza di limitare il potere della legge di ledere i diritti fondamentali e limita la protezione già concessa ai diritti della persona. Pertanto, dal punto di vista del diritto costituzionale la clausola limitativa permette il riconoscimento dei diritti fondamentali, tutelabili nel contesto della realizzazione dei fini dello Stato (appunto i richiamati valori dello Stato di Israele, in quanto Stato ebraico e democratico¹⁵), con la conseguenza che la Corte Suprema, chiamata a giudicare sulla lesione di un diritto fondamentale, dovrà per prima cosa esaminare se la legge oggetto d'esame sia conforme ai valori dello Stato di Israele¹⁶, sia sensibile ai diritti della persona e se leda nella misura minore possibile i diritti fondamentali¹⁷, come ha rilevato il Giudice Barak nel caso

11

nello Stato di Israele e ottenere la cittadinanza israeliana; deve dunque ritrovarsi in primis in tale legge il carattere peculiare dello Stato di Israele in quanto Stato ebraico (e democratico), secondo quanto già solennemente affermato nella Dichiarazione di Indipendenza, che però, si ricorda, non riveste status giuridico di Costituzione formale). Cfr. S. Navot, *Le libertà fondamentali*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, op. cit., pp.170-173.

¹⁴ Cfr. A. Gresh, *Israele, Palestina. Le verità su un conflitto*, Einaudi, Torino, 2004, pp. 92 ss..

¹⁵ Cfr. S. Baldin, *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, EUT, Trieste, 2005, in particolare *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, pp. 91-115.

¹⁶ Sul significato dei valori ebraici cfr. S. Baldin, *I valori ebraici nella normativa e nella giurisprudenza israeliana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005-1, pp. 301-309.

¹⁷ Cfr. S. Gambino, A. Scerbo, *Diritti fondamentali ed emergenza ne costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009-4, pp. 1497-1555.



*United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*¹⁸. In questa occasione sono state gettate le basi della superiorità delle due Leggi fondamentali sui diritti umani sulle leggi ordinarie e per questo motivo si è affermato che le leggi approvate dalla *Knesset* dopo la loro adozione (1992) devono essere con esse compatibili e, in caso contrario, la Corte Suprema può considerare invalide le norme in contrasto con le stesse Leggi fondamentali. Ma la presenza della clausola limitativa in entrambe le Leggi fondamentali sui diritti pone la questione delle limitazioni (legali) cui possono essere sottoposti i diritti umani, al fine di tutelare altri diritti o altri interessi. Circa i caratteri della limitazione deve dirsi che questa dovrà essere posta con legge della *Knesset*, dovrà essere conforme ai valori dello Stato di Israele, dovrà essere adottata per uno scopo idoneo e dovrà essere della misura necessaria. Tralasciando i due ultimi requisiti che non discostano l'attività della Corte da quella di altre Corti o Tribunali costituzionali, dovrà invece porsi l'attenzione sulla interpretazione del requisito della limitazione, che dovrà essere conforme ai valori dello Stato di Israele, laddove entrambe le Leggi fondamentali sui diritti umani riconoscono quest'ultimo come Stato ebraico e democratico¹⁹.

¹⁸La sentenza in oggetto, del 9 novembre 1995, è ormai considerata l'equivalente della sentenza *Marbury v. Madison*; con essa è stato introdotto, nel sistema costituzionale israeliano, il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, secondo un sistema di giustizia costituzionale diffuso e concreto. Cfr. T. Groppi, *La giustizia costituzionale*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, op. cit., p. 255.

¹⁹A riguardo nella dottrina israeliana possono riconoscersi due distinti orientamenti, l'uno facente capo al giudice Elon, secondo cui se esistono varie soluzioni possibili tutte rispondenti al requisito della democraticità, allora dovrà scegliersi quella più conforme alla tradizione del diritto ebraico, l'altro



È stato però presentato il 3 agosto 2011 un disegno di Legge fondamentale che prevede la ridefinizione dello Stato di Israele, in quanto ebraico e democratico. La proposta intende ripensare l'identità di nazione, evidentemente ebraica, mettendo in secondo piano il principio democratico quale elemento fondamentale dello Stato stesso, accanto all'ebraismo. La proposta di Legge ha ottenuto un consenso generale e solo due membri del partito *Kadima*, centrista e liberale, hanno ritirato la propria firma, senza però creare impedimenti all'*iter* del progetto. In particolare, il disegno di Legge dovrebbe portare a soluzione tutti quei casi in cui i giudici si trovino a dover difendere lo Stato di Israele quale Stato-nazione degli ebrei e, dunque, qualora il suo carattere ebraico si scontri con il suo carattere democratico. Altro elemento importante del progetto di Legge riguarda l'uso e il riconoscimento delle lingue ufficiali: se, infatti, Israele riconosce accanto alla lingua ebraica come lingue ufficiali anche l'arabo e l'inglese, il disegno di Legge prevede invece lo *status* di lingua ufficiale solo ed esclusivamente all'ebraico. Inoltre, è previsto che lo Stato riconoscerà l'esistenza di «comunità separate» di differente fede religiosa o di altra nazionalità²⁰.

13

ric conducibile al giudice Barak, che invece ritiene i valori dello Stato di Israele come equivalenti a quelli generalmente riconosciuti nelle società democratiche e qui sviluppati grazie alla storia e alla tradizione ebraica. La Corte, dal canto suo, ha finora cercato di non esprimersi apertamente sulla questione che riguarda da vicino il tema dell'identità del popolo di Israele Cfr. T. Groppi, *La giustizia costituzionale*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, op. cit., pp. 270-271.

²⁰ <http://www.haaretz.com/print-edition/opinion/new-knesset-bill-is-a-danger-to-israeli-democracy-1.377348>



2. La Cisgiordania, territorio conteso o occupato? La costruzione della *separation fence*.

La Cisgiordania (termine con cui letteralmente si intende la parte al di qua del Giordano) è un territorio senza sbocco sul mare che confina ad est (oltre il fiume Giordano) con la Giordania, a nord, sud e ovest con Israele, che la conquistò e la occupò dopo la guerra dei sei giorni, ma ne annesse solo Gerusalemme est. Il termine *West bank* (letteralmente sponda occidentale del fiume Giordano) venne usato per la prima volta dai giordani (1950) dopo la loro annessione della regione a seguito dell'armistizio di Rodi (1949), che mise fine alla guerra arabo-israeliana e i cui confini furono rispettati sino alla guerra dei sei giorni (1967). Da parte israeliana si utilizzano ancora altri nomi per indicare questo territorio, Giudea e Samaria, nomi di origine biblica e che dunque riecheggiano il tempo in cui la regione era abitata dagli ebrei. Il mondo arabo in generale e i palestinesi in particolare rifiutano i due nomi Giudea e Samaria, in quanto considerati espressione delle mire espansionistiche di Israele e quindi chiamano il territorio in questione Cisgiordania occupata. V'è ancora da dire che invece Israele rifiuta il concetto di occupazione preferendo, invece, riferirsi agli stessi territori come contesi, in appello al diritto internazionale di guerra, a seguito dell'atto di fondazione dello Stato di Israele e per motivi storici. La fine della guerra dei sei giorni ha comportato, oltre la riunificazione (occupazione) di Gerusalemme est da parte di Israele, anche la cancellazione della *green line* (il confine internazionalmente riconosciuto tra Israele e Cisgiordania che esisteva prima della guerra dei sei giorni) e un ulteriore inasprimento dei rapporti tra israeliani e palestinesi. La questione che deve mettersi in rilievo è che su uno stesso territorio convivono due popolazioni i cui cittadini



Note

hanno uno *status* giuridico diverso, laddove se non esiste più il confine tra Israele e territori su cui l'Autorità palestinese esercita la propria sovranità, gli ebrei israeliani sono cittadini di Israele, sottoposti alla sua legge, garantiti dalla sua giurisdizione e protetti dal suo esercito, mentre gli arabi palestinesi di Gaza e della Cisgiordania sono formalmente cittadini palestinesi, residenti su un territorio dove l'Autorità palestinese esercita in maniera più o meno estesa la propria sovranità, ma sono allo stesso tempo sottoposti, di fatto, alla giurisdizione militare israeliana.

Dall'ottobre del 2000 il conflitto tra israeliani e palestinesi ha visto l'inizio di una nuova fase, la seconda *intifada* (mentre la prima risale al 1987), con terroristi suicidi nelle città israeliane, il coprifuoco nei territori della *West bank* e continue operazioni militari israeliane nelle città palestinesi. Deve aggiungersi che il 16 giugno 2002 Israele ha dato inizio alla costruzione di un muro di separazione in cemento armato tra Israele e Cisgiordania, alto 8 metri (con fossati, filo spinato e recinzione elettrificata, torrette per i cecchini, videocamere, sensori termici e strade per il pattugliamento) che, una volta ultimato, dovrebbe raggiungere una lunghezza di 723 km (mentre il confine tra Israele e Palestina sarebbe meno di 200 km). Il muro non ripercorre il confine previsto dalla *green line* (da cui in certi punti si discosta di oltre 28 km), in alcuni punti penetra di oltre 6 km all'interno del territorio palestinese, ingloba la maggior parte degli insediamenti dei coloni israeliani e la quasi totalità dei pozzi d'acqua e molte parti di esso sono costruite sulle terre confiscate ai palestinesi. Al fine di ristabilire la sicurezza dello Stato, dunque, Israele vive in uno stato di emergenza (dichiarato al momento della nascita dello Stato e mai annullato) e di continua guerra contro il terrorismo, con la conseguenza che dovrà chiedersi se sia lecita la violazione dei



diritti fondamentali delle popolazioni palestinesi da parte dei militari israeliani; in particolare, ci si dovrà domandare se l'esercito israeliano agisca nel rispetto dei valori democratici dello Stato, pur in presenza di una situazione di emergenza, e se eventuali violazioni dei diritti umani possano essere soggette al controllo giurisdizionale della Corte Suprema.

Lo stato d'emergenza in Israele basa la sua legittimazione su tre fonti principali: il regolamento di difesa del 1945 (dunque del tempo in cui la Palestina era ancora sotto il mandato inglese), l'art. 9 dell'ordinanza sul potere e il diritto del 1948 che regola l'emanazione di regolamenti di emergenza, la legge sui poteri in uno stato di emergenza, del 1979, che disciplina l'arresto in assenza di un procedimento penale ordinario per fini di sicurezza dello Stato e di sicurezza pubblica²¹.

Il 30 giugno 2004 la Corte Suprema con la sentenza *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*²² ha stabilito che la costruzione della *separation fence*, ovvero della barriera protettiva nella zona di Modiin (nella periferia nord ovest di Gerusalemme) all'interno della *West bank* «viola fortemente il diritto della popolazione e la sua libertà di movimento. La vita della gente è severamente pregiudicata». La Corte ha previsto che ne vengano cancellati 30 dei 40 km e che i militari devono preparare un nuovo percorso che permetta ai residenti di vivere e spostarsi liberamente. «Le offese del muro non sono proporzionate. Possono essere sostanzialmente diminuite con un percorso alternativo. Il percorso attuale rompe il delicato equilibrio tra l'obbligo dei militari di salvaguardare la sicurezza

²¹Cfr. S. Navot, Le libertà fondamentali, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, op. cit., pp. 210-225.

²²Sentenza n. 2056/04, in <http://www.court.gov.il>.



e l'obbligo di provvedere ai bisogni della popolazione locale. Il percorso stabilito dal comando militare ferisce in modo serio e duro gli abitanti del posto e viola i loro diritti»²³. In questa pronuncia, però, la Corte Suprema non mette in discussione l'esistenza della barriera, ma ordina solo che il suo percorso sia modificato laddove edificata in territorio occupato. La Corte ha precisato che l'autorità militare, nel determinare il percorso della barriera, deve tener conto non solo delle esigenze militari, e dunque della sicurezza dello Stato di Israele, ma anche dei diritti fondamentali della popolazione locale palestinese. Il punto di equilibrio tra questi due interessi contrapposti risiederebbe nella proporzionalità tra il vantaggio militare derivante dalla misura adottata (la barriera) e il pregiudizio da essa provocato ai civili²⁴. In particolare, il principio della proporzionalità, secondo la Corte, trova fondamento nel *rational connection test*, in base al quale si determina la razionalità dei mezzi impiegati per raggiungere lo scopo prefissato; nel *least injurious means test*, per il quale è necessario utilizzare, tra tutti i mezzi possibili che perseguono lo stesso obiettivo, quello meno lesivo degli interessi individuali e nel *proportionate means test* che impone la proporzionalità tra danni arrecati e vantaggi ottenuti²⁵. Ma la Corte Suprema, con sentenza del 15 settembre 2005 nel caso *Mara'abe v. The Prime Ministre of Israel*²⁶, si è nuovamente pronunciata sulla delicata questione della liceità

²³ <http://www.asianews.it/index.php?l=it&art=1061>.

²⁴ Cfr. F. Clementi, *Non c'è sicurezza, senza diritto. La Corte Suprema israeliana e la questione della cd. separation fence*, in http://www.associazionecostituzionalisti.it/cronache/estero/muro_israeliano/.

²⁵ Cfr. T. Carmelitano, *La legittimità del "muro" nei territori palestinesi occupati e la Corte Suprema di Israele*, in *In.Law*, 1 (2005).

²⁶ Sentenza n. 7957/04, in <http://www.court.gov.il>.



della *separation fence* costruita dal governo israeliano nei territori palestinesi occupati. Il procedimento, anche in questo caso, ha visto la Corte Suprema dare ragione ai ricorrenti, gli abitanti di un gruppo di villaggi palestinesi all'interno dei territori occupati, in quanto i nove giudici hanno dichiarato che il governo israeliano, in un periodo di tempo ragionevole, avrebbe dovuto modificare il tracciato della barriera di sicurezza costruita attorno alla città israeliana di Alfei Menashe, poiché, inglobando 5 villaggi palestinesi, pregiudica i diritti e gli interessi degli abitanti locali palestinesi, con particolare riferimento alla libertà di circolazione, l'accesso alle cure mediche, il diritto all'istruzione e il diritto al lavoro. Anche in questo caso la Corte non ha dichiarato, in generale, la costruzione della barriera quale atto illecito compiuto dal governo israeliano, ma si è pronunciata solo per il tratto di Afei Menashe, in quanto anche questo, come quello oggetto del giudizio precedente, contrario al principio di proporzionalità: secondo i giudici della Corte le autorità militari hanno il potere di erigere una barriera di sicurezza nei territori occupati se si tratta di una misura limitata nel tempo volta a garantire la sicurezza dello Stato di Israele, del suo esercito, dei suoi cittadini e dei coloni che vivono nei territori occupati, in richiamo al diritto internazionale bellico (in particolare la Corte richiama l'art. 43 del Regolamento dell'Aja annesso alla Convenzione dell'Aja sulla guerra terrestre, 1907). La parte di barriera attorno alla città di Afei Menashe dovrebbe impedire l'entrata in Israele di altri terroristi palestinesi, quindi rappresenterebbe per Israele non un confine politico, ma uno strumento temporaneo di sicurezza; dunque, in base al richiamato principio di proporzionalità, l'autorità militare dovrà bilanciare la sicurezza dello Stato di Israele e il rispetto dei diritti fondamentali dei palestinesi. La sentenza mostra



interesse anche per l'analisi che la stessa Corte fa del parere emesso dalla Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja il 9 luglio 2004²⁷, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dunque pochi giorni dopo la sentenza *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*. Interessa qui notare che nella sentenza del 2005 la Corte Suprema, nel dichiarare illecita la costruzione della barriera, riprende le motivazioni espresse dalla Corte dell'Aja, in particolare i riferimenti al diritto internazionale umanitario e al diritto alla autodeterminazione dei popoli. La stessa Corte israeliana precisa che però le due Corti sono arrivate a conclusioni differenti a causa degli elementi obiettivamente analizzati e a causa dello scopo cui devono rispondere: mentre la Corte Internazionale, secondo i giudici israeliani, è chiamata a giudicare della barriera nel suo complesso e, soprattutto, sulle sue conseguenze umanitarie, sociali ed economiche, la Corte Suprema, essi dicono, deve esprimersi sulla liceità di un preciso tratto della stessa barriera, in base alle pretese dei ricorrenti, le argomentazioni dei convenuti e i rapporti degli esperti militari; dunque, concludono i giudici israeliani, le due Corti sono giunte inevitabilmente a conclusioni diverse, anche perché, essi sostengono, la Corte dell'Aja non ha esaminato il problema della legittimità della sicurezza dello Stato di Israele e dei suoi cittadini²⁸. Alla luce di queste brevi considerazioni sembra

²⁷ Parere consultivo n. 131, in www.icj.org/icjwww/idocket/imwp/imwfame.htm.

²⁸ Sembra appena il caso di rilevare che Israele ha permesso l'arrivo di numerosi coloni israeliani nei territori della Cisgiordania (ovvero nei territori occupati, quelli che Israele definisce contesi), violando l'art. 49 della IV Convenzione di Ginevra del 1949 (ratificata da Israele il 6 luglio 1951) sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra, che protegge da maltrattamenti e violenza i civili che si trovano in mano nemica o in territorio occupato, secondo cui «la Potenza occupante non potrà procedere alla



dunque possa affermarsi che, da un lato, l'occupazione dei territori palestinesi contesi da parte dei coloni israeliani rappresenta una violazione del diritto internazionale umanitario e, dall'altro, che la costruzione della barriera, inglobando la stragrande maggioranza delle colonie presenti nei territori occupati, rappresenta un'annessione *de facto* da parte di Israele in violazione del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese²⁹, sino al punto di porre in crisi, forse per sempre, la realizzazione e il riconoscimento del confine tra Israele e Palestina³⁰.

Si deve aggiungere che con una sentenza del 2 agosto 2011 la Corte Suprema israeliana ha stabilito che l'insediamento israeliano di Migron, a 5 km ad est di Gerusalemme, in Cisgiordania, costruito nel 1999, dovrà essere smantellato entro aprile 2012. Lo sgombero è stato deciso poiché l'insediamento è stato giudicato illegale, in quanto costruito su un territorio riconosciuto proprietà privata palestinese. Il Presidente della Corte Suprema Dvir Beinisch ha criticato duramente il Governo israeliano per non aver eseguito prima lo sgombero del più grande insediamento israeliano, precedentemente previsto, in quanto «secondo la legge israeliana nessun insediamento può essere costruito su un terreno privato appartenente a palestinesi». La portata della sentenza è senza dubbio storica

deportazione o al trasferimento di una parte della propria popolazione civile nel territorio da essa occupato». Inoltre, la Convenzione protegge tutte le persone civili che si trovano sul territorio occupato ad eccezione dei cittadini della potenza occupante.

29 Cfr. K. Nabulsi, *La giustizia è la via per una soluzione*, in J. Hilal (a cura di), *Palestina quale futuro? La fine della soluzione di due Stati*, Jaca Book, Milano, 2007, pp. 273-293.

30 Cfr. M. Toaldo, *C'è solo Israele*, A. Soffer, *A che serve la barriera*, H. Siegman, *La grande truffa*, tutti in *Israele senza Palestina*, i classici di Limes, n. 1/2010, pp. 7-14, pp. 59-68 e pp. 77-83.



poiché per la prima volta la Corte Suprema israeliana si pronuncia in tal senso, ordinando l'abbandono di un insediamento israeliano (illegale) su territorio palestinese³¹. Poche settimane dopo, la mattina del 5 settembre 2011, le forze dell'esercito israeliano si sono scontrate con i coloni del villaggio di Migron; gli incidenti sono scoppiati poiché i militari sono intervenuti con la forza a demolire tre costruzioni presenti all'interno dell'insediamento giudicato illegale, anche se ancora non è chiaro se tutto l'insediamento verrà smantellato³². A tal riguardo si deve precisare che gli insediamenti dei coloni israeliani presenti su territorio palestinese considerati illegali, sia dalla comunità internazionale che dallo stesso Israele, sono comunque numerosi, ma ancora tollerati dalle autorità israeliane: bisognerà dunque attendere per vedere se la sentenza in questione avrà conseguenze proprio sull'eventuale smantellamento degli stessi.

21

3. Brevi osservazioni conclusive: la sicurezza dello Stato e la Legge fondamentale sulla dignità e la libertà della persona.

Alla luce delle brevi considerazioni fin qui svolte sembra opportuno domandarsi se il fine ultimo della sicurezza dello Stato debba trovarsi forzatamente in contrapposizione con il riconoscimento e la tutela delle libertà e della dignità di ciascun

³¹ Cfr. <http://www.mosaico-cem.it/articoli/la-corte-suprema-israelianaordinalsmantellamentodimigron>.

³² Cfr. http://www.grr.rai.it/dl/grr/notizie/ContentItemd9deb9d2e3d545d0bf71c188c1e04cac.html?refresh_ce.



essere umano e, in particolare, se debba considerarsi lecito l'uso della tortura nei confronti di sospetti terroristi.

Alla fine degli anni '80 emerse in Israele, a seguito di una denuncia giornalistica, l'uso indiscriminato di mezzi di tortura nei confronti di sospetti terroristi da parte del *General Security Service GSS* (GSS) israeliano. Nel 1987 Yitzhak Shamir, allora Primo Ministro, nominò una commissione presieduta dal Presidente dell'Alta Corte di Giustizia Moshe Landau, affinché fosse svolta una indagine sui fatti emersi³³. La commissione Landau, dopo aver indagato sullo *status* giuridico del GSS ha affermato che esso è autorizzato ad interrogare i sospetti di atti terroristici, seppur in assenza di una regolamentazione legislativa riguardante le sue attività, in base ai poteri concessigli da una legislazione specifica e dai poteri residuali del Governo; la commissione ammise il ricorso all'uso della tortura, intesa come pressione fisica e psicologica, contro i sospetti terroristi, ma solo in caso di imminente pericolo, ovvero in presenza di uno stato di necessità, secondo quanto già affermato dal GSS, l'unico organo con l'incarico di sventare attività terroristiche e autorizzato ad interrogare i sospetti delle stesse attività.

22

Il 6 settembre 1999 la Corte Suprema israeliana, in una sentenza scritta dallo stesso Presidente della Corte Barak, si pronunciò su alcuni ricorsi aventi ad oggetto l'uso di misure fisiche da parte del GSS nei confronti di soggetti sospettati di aver commesso crimini contro la sicurezza dello Stato. La decisione del settembre 1999 fu presa in maniera unanime dai nove giudici, secondo i quali il GSS aveva il potere di condurre interrogatori, ma non di utilizzare tecniche di pressione fisica,

³³ La commissione venne nominata dal Governo in base alla Legge sulle commissioni statali di inchiesta (1968).



che, infatti, furono dichiarate illegittime. Nella sentenza si legge che «a volte, il prezzo della libertà è così alto che una società democratica non è disposta a pagarlo», laddove è necessario trovare un bilanciamento tra la dignità e la libertà della persona e la necessità di difendersi dal terrorismo, secondo il fine ultimo della sicurezza dello Stato; dovrà essere il legislatore a disporre eventuali limitazioni dei diritti degli individui sospetti, accusati di terrorismo secondo quanto previsto dalla Legge sulla dignità e la libertà della persona, nella difesa dei valori dello Stato di Israele, tenendo presente che comunque la tortura non può trovare in alcun modo giustificazione; al tempo stesso dovranno essere i giudici ad assolvere il compito di preservare la *rule of law* e garantire il riconoscimento delle libertà individuali le quali, a loro volta, non possono essere scisse dalla stessa sicurezza dello Stato in quanto democratico³⁴.

È lo stato di necessità, quindi, che porterebbe alla legittimazione di eventuali restrizioni di diritti fondamentali, in quanto situazione materiale che si pone al di fuori del diritto, visto che quest'ultimo non ammette il ricorso alla tortura – intesa come pressione psicologica e fisica – che dunque non trova in alcun caso autorizzazione. Soltanto una situazione di imminente attacco terroristico, *ticking bomb scenario* ³⁵,

23

³⁴ Cfr. M. Caielli, *La protezione costituzionale delle libertà fondamentali in Israele*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002-2, pp. 493 ss..

³⁵ La situazione di imminente attacco terroristico di cui il sospetto, arrestato dal GSS, sia in possesso di informazioni circa l'ubicazione della bomba che sia in procinto di esplodere, e senza dette informazioni non sia possibile sventare l'attacco con la conseguente perdita di molte vite umane. Cfr. P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 268-270; L. Violini, *Bioetica e laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI* (Atti del XXII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007), Cedam, Padova, 2008, pp. 221-274, e in particolare nota n. 89.



autorizzerebbe persino il ricorso straordinario a mezzi di pressione fisica e/o psicologica, secondo il fine ultimo della sicurezza dello Stato, accanto al riconoscimento e alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. La Corte Suprema si pronunciò affermando la necessità di un *test* di bilanciamento ai fini della definizione di un interrogatorio nel senso della sua ragionevolezza, per tutelare l'immagine umana del sospettato e, al tempo stesso, la struttura della società democratica, rispettando così i principi di ragionevolezza, rettitudine e onestà.

Un interrogatorio, secondo la Corte, non dovrà mai essere accompagnato da un trattamento inumano o degradante del sospettato. Si tratta per la Corte Suprema di un divieto assoluto, la cui violazione comporterebbe la responsabilità penale dell'inquirente. Del resto, la stessa Corte sostenne che nei casi in cui un inquirente del GSS avesse fatto uso di metodi di pressione fisica, al fine di salvare vite umane, l'eccezione di necessità gli sarebbe stata in alcuni casi concessa. Secondo la Corte, dunque, riconosciuto il divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti durante un interrogatorio da parte del GSS, qualora lo Stato volesse permetterne l'uso allo stesso GSS, dovrebbe promulgare una legge a tal fine, sebbene nella sentenza di cui sopra si faccia però un ammonimento ad una eventuale legislazione in materia, in quanto dovrebbe comunque essere conforme alla Legge fondamentale sulla dignità e libertà della persona e, in particolare, all'art. 8 della stessa, secondo la quale ogni limitazione ai diritti garantiti dalla Legge deve avvenire attraverso una legge conforme ai valori dello Stato di Israele, adottata per uno scopo idoneo e nella misura del necessario, oppure per effetto di una normativa adottata in virtù di espressa delega di tale Legge.

La questione vera è che in Israele lo stato di emergenza non



anno II, n. 2, 2012

Note

ha ancora trovato conclusione; e che proprio per questa ragione si dovrà comunque realizzare un equo bilanciamento tra il riconoscimento e la tutela dei diritti umani e il principio della sicurezza dello Stato in tempo di guerra, laddove deve sempre chiedersi se sia lecita la violazione dei diritti umani (in particolare nei confronti di sospetti terroristi, nel caso di specie in gran parte palestinesi), al fine della salvaguardia dei valori democratici dello Stato stesso.



OSSERVATORI



L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2009/52/CE: PRIME OSSERVAZIONI SULLO SCHEMA DI D.LGS. N.466

Francesca Ferroni

1. Considerazioni preliminari

La delega al Governo volta a rendere operativa la direttiva 2009/52/CE, contenuta all'art. 21 della legge comunitaria 2010, non è stata esercitata prima della scadenza del termine di recepimento fissato per il 20 luglio 2011. Di conseguenza, la Commissione ha intrapreso nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n. 2011/1073.

1

La decisione del Governo di dare attuazione alla direttiva, presentando lo schema di d.lgs. n. 466, deve essere valutata positivamente, non solo perché esso è diretto ad introdurre una disciplina volta ad arginare un fenomeno allarmante che può comprimere fortemente i diritti dei lavoratori stranieri il cui soggiorno è irregolare, ma anche perché - in astratto - l'adozione del d.lgs. potrebbe comportare l'interruzione della procedura di infrazione.

Si è detto "in astratto" in quanto, a tal fine, è necessario che la normativa di recepimento risponda effettivamente alle indicazioni contenute nell'atto comunitario.



2. I contenuti della direttiva 2009/52/CE

L'obiettivo perseguito dalla direttiva è di contrastare l'immigrazione illegale attraverso la previsione di norme minime comuni applicabili negli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro che violano il divieto di assumere cittadini extracomunitari il cui soggiorno è irregolare (comb.disp. artt.1 e 3).

L'art. 4 stabilisce gli obblighi gravanti sul datore di lavoro. Quest'ultimo è tenuto a richiedere al lavoratore che intende assumere la presentazione della documentazione che ne attesti il regolare soggiorno, a conservarne copia per tutta la durata del rapporto di lavoro e a informare le autorità competenti dell'avvenuta assunzione.

Gli artt. 5, 7 e 10 individuano le sanzioni da applicare nel caso in cui si trasgredisca il divieto di impiego illegale di cittadini extracomunitari. In particolare, l'art. 5 dispone che gli Stati membri prevedano sanzioni finanziarie efficaci, proporzionate e dissuasive, comprendenti i costi di rimpatrio, nei casi in cui sia effettuata tale procedura. L'art. 10 si occupa delle sanzioni penali e stabilisce il dovere per gli Stati membri di prevederne se ricorrono le fattispecie di reato di cui all'art. 9. Infine, l'art. 7 prevede sanzioni di carattere amministrativo discrezionalmente cumulabili a quelle finanziarie e a quelle penali, applicabili anche alle persone giuridiche.

Le disposizioni introdotte si applicano a tutela di tutti i lavoratori, ed estendono la propria efficacia anche nei confronti delle ditte che sono coinvolte in rapporti di sub-appalto (art. 8).

Infine, si prevedono alcune garanzie per i lavoratori illegittimamente impiegati (artt. 6 e 13). In particolare, il primo prevede che il datore di lavoro è tenuto al pagamento degli arretrati (comprensivi di imposte e contributi previdenziali) che



avrebbe pagato in caso di assunzione legale. Gli Stati membri devono, pertanto, predisporre meccanismi volti a garantire che i lavoratori irregolari possano presentare domanda e ottenere l'esecuzione di una sentenza nei confronti del datore di lavoro per ogni retribuzione arretrata, anche nei casi di rimpatrio volontario o forzato. A tal fine, i lavoratori devono essere informati sistematicamente e oggettivamente circa i loro diritti prima dell'esecuzione di qualsiasi decisione di rimpatrio.

L'art. 13, invece, impone agli Stati membri di prevedere meccanismi efficaci che consentano ai lavoratori di presentare denuncia nei confronti dei datori di lavoro, sia direttamente, sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati, altre associazioni o autorità competenti dello Stato ovvero mediante l'ausilio di terzi che hanno un interesse legittimo a garantire che la direttiva sia rispettata.

Infine, nel caso in cui l'assunzione illegale riguardi un minore o sia accompagnata da particolari condizioni di sfruttamento, gli Stati membri devono concedere permessi di soggiorno temporanei fino a quando l'interessato non abbia ricevuto il pagamento di tutte le retribuzioni arretrate.

3

3. Lo schema di d.lgs. n.466

Nel predisporre lo schema di d.lgs. n. 466, il Governo non ha adottato una normativa organica, ma ha ritenuto sufficiente novellare il d.lgs n. 286/98, che all'art. 22 già prevede come reato l'impiego di lavoratori irregolari, e il d.lgs. n. 231/01 che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

L'art. 1, co. 1, lett. a), novella il d.lgs. n. 286/98, aggiungendo all'art. 22 i commi 5 *bis* e *ter*. Il primo introduce una preclusione ad ottenere il nulla osta all'ingresso dei lavoratori stranieri per i



datori di lavoro che negli ultimi 5 anni siano stati condannati o abbiano patteggiato la pena per reati di favoreggiamento all'immigrazione clandestina e per reati di tratta di persone da destinare alla prostituzione o al suo sfruttamento; per violazione dell'art. 603 *bis* c.p. che punisce l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro ovvero per la violazione dell'art. 22, co. 12, d.lgs. n. 286/98 che sanziona - come detto in precedenza - l'assunzione illegale di stranieri. Allo stesso modo, il comma 5-*ter* preclude il rilascio del nulla osta se la documentazione a supporto della concessione dell'atto sia stata ottenuta in maniera fraudolenta, sia falsa o contraffatta ovvero se lo straniero non firmi il contratto di soggiorno presso lo sportello unico per l'immigrazione entro 8 giorni dall'ingresso.

L'art.1, co. 1, lett.b) aggiunge all'art. 22 del d.lgs.286/98 i commi da 12-*bis* a 12-*quinqies*. Il primo introduce delle circostanze aggravanti che comportano un aumento delle pene previste per il reato di impiego di lavoratori irregolari da un terzo alla metà. In particolare, tale aumento è previsto se il numero dei lavoratori irregolari occupati è superiore a 3; se si impiegano minori di 16 anni e se i lavoratori sono sottoposti al particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'art. 603 *bis* c.p.. Rispetto a tale circostanza aggravante, il richiamo riguarda esclusivamente l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori a situazioni di grave pericolo, perché le prime due circostanze aggravanti previste dall'art. 12 *bis* sono identiche a quelle contenute nell'art. 603 *bis*, co. 3, nn. 1 e 2.

Il comma 12 *ter* stabilisce come pena accessoria il pagamento del costo medio del rimpatrio del lavoratore irregolare conformemente a quanto previsto dall'art. 5, par. 2, lett.b) della direttiva.

Il comma 12 *quater*, nel recepire l'art. 13. par. 4 della direttiva, prevede la possibilità di concedere un permesso di



soggiorno temporaneo al lavoratore irregolare soggetto a particolare sfruttamento che presenti denuncia e collabori con la giustizia nel processo penale a carico del datore di lavoro.

L'articolo 2, recependo l'art. 11 della direttiva, prevede una nuova ipotesi di reato a carico delle persone giuridiche, aggiungendo al d.lgs. n. 231/01 l'art. 25 *duodices*, che sanziona il reato di impiego aggravato di lavoratori irregolari con una multa da 100 a 200 quote, fino ad un massimo di 150.000 €.

L'articolo 3 – per determinare l'importo dovuto dal datore di lavoro per stipendi, imposte e contributi previdenziali – introduce una presunzione di durata del rapporto di lavoro e la quantifica in tre mesi in attuazione dell'art. 6, par. 3, della direttiva.

L'art. 4 affida i controlli sull'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e prevede specifici obblighi di rapporto annuale alla Commissione Europea sui controlli effettuati ed i risultati ottenuti in conformità all'art.14 della direttiva.

Sullo schema di d.lgs. n. 466, il 24 maggio 2012, le Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia della Camera hanno espresso parere favorevole, purché il Governo introduca una serie di disposizioni volte a rendere il decreto maggiormente conforme ai contenuti della direttiva.

Le Commissioni hanno, infatti, evidenziato che il Governo non ha introdotto norme volte ad assicurare un sistema semplificato di obblighi a carico del datore di lavoro nel caso in cui sia una persona fisica che impiega il lavoratore a fini privati (art. 4, par. 2, direttiva), né dirette a prevedere sanzioni pecuniarie ridotte, qualora ricorrano le medesime condizioni e il lavoratore non sia soggetto a particolare sfruttamento (art. 5, par. 3, direttiva).



Ad onor del vero, da una attenta analisi della normativa vigente e di quella che si vorrebbe introdurre parrebbe che l'intero art. 4 della direttiva relativo agli oneri in capo ai datori di lavoro rimanga inattuato. Lo schema di decreto legislativo si limita, infatti, a prevedere l'onere in capo al datore di lavoro di comunicare al servizio competente i dati riguardanti l'assunzione del lavoratore (art. 9 *bis*, co. 2, d.l. n. 510/96, convertito l. n.608/96). Questa disposizione non parrebbe responsabilizzare a sufficienza il datore di lavoro, come invece impone l'art. 4 della direttiva che fa gravare sul datore di lavoro anche l'onere di verificare l'esistenza del permesso di soggiorno e di conservarne copia per tutta la durata del rapporto di lavoro.

Le Commissioni hanno altresì invitato il Governo a valutare l'opportunità di introdurre una serie di disposizioni specifiche come, ad esempio, quella sull'informativa sistematica dei cittadini stranieri, prevista all'art. 6, par. 2, co. 2, della direttiva, necessaria per rendere effettiva la tutela offerta ai lavoratori. In effetti, la corretta informazione dei lavoratori irregolari è presupposto imprescindibile per consentire loro di presentare denuncia contro i datori di lavoro. In proposito, le Commissioni hanno invitato il Governo a vagliare anche la possibilità di introdurre norme volte ad agevolare le denunce dei lavoratori irregolari, prevedendo che essi possano essere coadiuvati da soggetti terzi (associazioni sindacali, patronati) come suggerito all'art. 13, par. 1, della direttiva.

Un altro aspetto sul quale le Commissioni hanno richiamato l'attenzione del Governo riguarda l'attuazione delle disposizioni in materia di subappalto di cui all'art. 8 della direttiva.

Il Governo è stato inoltre invitato a dare una definizione più ampia di "sfruttamento lavorativo" ricomprendendovi altre



ipotesi oltre a quelle previste dall'art. 12 *bis*. In tal modo si introdurrebbe una normativa maggiormente conforme alla direttiva in cui si offre una definizione piuttosto ampia di "condizioni lavorative di particolare sfruttamento" (art. 2, lett. i, direttiva). Se il Governo seguisse tale invito, il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo, di cui all'art. 12 *quater*, potrebbe essere concesso ad un maggior numero di lavoratori, che dunque sarebbero posti nella condizione di denunciare il datore di lavoro e di collaborare con l'autorità giudiziaria per reprimere il reato di cui all'art. 22 del Testo unico sull'immigrazione.

Infine, le Commissioni auspicano si valuti la possibilità di bilanciare meglio il rapporto tra sanzioni penali e sanzioni di diversa natura. Nella direttiva, infatti, si richiede agli Stati membri di prevedere sanzioni appropriate che comprendano, oltre a quelle finanziarie, altre sanzioni di carattere amministrativo quali l'esclusione dal beneficio di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i sussidi agricoli, l'esclusione dalle procedure di appalti pubblici e il rimborso di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici già concessi, compresi i fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri. In effetti, condanne accessorie di questo tipo rappresenterebbero un forte deterrente per i datori di lavoro, che presumibilmente preferirebbero evitare l'impiego di cittadini extracomunitari irregolari, piuttosto che incorrere in sanzioni che sono in grado di incidere sull'attività di impresa e sui relativi profitti più di quelle penali.

Anche le Commissioni affari costituzionali e Giustizia del Senato hanno espresso il proprio parere sullo schema di decreto legislativo (Cfr. seduta 5 giugno 2012). Se l'impianto del parere e le osservazioni ivi contenute sono grosso modo affini a quelli del parere dell'altro ramo del Parlamento, occorre tuttavia



soffermarsi sulla condizione espressa dalle Commissioni del Senato. Il parere sull'atto è favorevole, a condizione che sia prevista una fase transitoria entro la quale i soggetti interessati abbiano la possibilità di adeguarsi volontariamente alle norme di legge ed evitare così le sanzioni più gravi. Anche il parere della Camera aveva posto questa condizione, ma nel caso del Senato è specificato che sarebbe opportuno prevedere un termine certo entro il quale il datore di lavoro dichiara il rapporto di lavoro irregolare e corrisponda al lavoratore i pagamenti retributivi, contributivi e fiscali pari ad almeno tre mesi lavorativi. In altre parole le Commissioni riunite del Senato evidenziano la necessità di una fase transitoria per il procedimento di emersione dalla condizione di irregolarità, tramite la sospensione momentanea delle sanzioni previste dalla direttiva, il rilascio di un permesso di soggiorno per lavoro allo straniero irregolare e, infine, più rigorosi e puntuali controlli. Una fase transitoria risulterebbe funzionale soprattutto alle numerose famiglie che impiegano lavoratori domestici, le quali, in assenza di tale previsione, sarebbero immediatamente passibili delle sanzioni introdotte nel decreto legislativo.

4. Riflessioni conclusive

Le norme contenute nello schema di d.lgs. n. 466 si pongono in linea con alcune delle previsioni contenute nella direttiva 2009/52/CE. Ciò nonostante, la scelta del Governo di limitarsi a novellare la normativa già esistente comporta che lo schema di d.lgs. n. 466 così com'è stato sottoposto al parere delle Commissioni parlamentari non recepisca disposizioni estremamente importanti per il raggiungimento dello scopo perseguito dalla direttiva. In particolare, sarebbe auspicabile



anno II, n. 2, 2012

Osservatorio sulla normativa

che il Governo integrasse la disciplina degli obblighi del datore di lavoro e quella riguardante i diritti spettanti ai lavoratori stranieri illegittimamente impiegati, predisponesse meccanismi efficaci per l'agevolazione delle denunce da parte dei lavoratori, prevedesse misure accessorie da affiancare a quelle finanziarie ed a quelle penali e, infine, rendesse la definizione di *particolare sfruttamento lavorativo* maggiormente conforme a quella contenuta all'art. 2 della direttiva.



anno II, n. 2, 2012

Osservatorio sulla giurisprudenza

IL “DILEMMA DEL PRIGIONIERO”

LA CORTE SUPREMA CANADESE SI PRONUNCIA SUL BILANCIAMENTO TRA
INTERESSE PUBBLICO ALLA SICUREZZA E GARANZIA DEL GIUSTO PROCESSO

Pamela Martino

Corte suprema del Canada. Sentenza 10 febbraio 2011, R. v. Ahmad, 2011 SCC 6.

Sezione 38 del *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 – Giusto processo – Sezione 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà: diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona – *Constitution Act*, 1867, sez. 96 – Competenza della Corte federale in ordine alla divulgazione di informazioni coperte da segreto di Stato – Giurisdizione Corti superiori.

La Corte suprema dichiara la legittimità costituzionale della sez. 38 del *Canada Evidence Act* R.S.C., 1985, c. C-5, che attribuisce alla Corte federale, anziché ai giudici di merito, la competenza a decidere in ordine all'esibizione in giudizio di prove consistenti in informazioni segretate per ragioni di sicurezza nazionale. Il disposto legislativo, infatti, secondo la Corte non pone in essere una violazione né della sez. 96 del *Constitution Act* 1867 né della sez. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in quanto non invade la “core jurisdiction” delle Corti superiori né pregiudica le garanzie del giusto processo.

1

1. – Nel giugno 2006 diciotto persone sono arrestate a Toronto con l'accusa di aver progettato numerosi attacchi terroristici per protesta contro l'impegno militare canadese in Afghanistan, dieci delle quali sono sottoposte a giudizio innanzi alla Corte superiore dell'Ontario. Nel marzo e nel giugno 2008 il Governo federale notifica all'*Attorney General* canadese la potenziale desegretazione, nel corso del procedimento, di informazioni riservate suscettibili, qualora rivelate, di minare la sicurezza nazionale. In base alla sez. 38 del *Canada Evidence Act* del 1985 (d'ora in poi, CEA) l'*Attorney General* sottopone la questione alla Corte federale che, unica



responsabile della decisione in ordine all'esibizione in giudizio delle prove segretate cui è precluso l'accesso anche al giudice del procedimento principale, fissa un'udienza inviandone notifica al giudice della Corte superiore. Gli imputati nel procedimento penale innanzi alla Corte superiore sollevano la questione di legittimità costituzionale della sez. 38 della CEA; ne consegue la sospensione del procedimento innanzi alla Corte federale fino alla pronuncia della Corte superiore, secondo la quale lo schema previsto dalle disposizioni di legge è in contrasto con la sez. 96 del *Constitution Act 1867*, in quanto conferisce giurisdizione esclusiva alla Corte federale in relazione al *national security privilege*, competenza che la Corte superiore rivendica quale giudice del procedimento penale principale, e con la sez. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in quanto lesivo delle garanzie del giusto processo.

Il ricorso di seguito proposto davanti alla Corte suprema concerne il conflitto tra l'esigenza di preservare la riservatezza di informazioni che se rivelate sono potenzialmente lesive della sicurezza nazionale e quella di perseguire i contravventori alle leggi. Nella sez. 38 del CEA il Parlamento, pur riconoscendo che in talune occasioni è necessario operare una scelta tra i suddetti due obiettivi, elabora prioritariamente uno schema volto a conciliare gli interessi confliggenti. Punto fermo della disciplina legislativa risiede nel convincimento che la violazione del giusto processo non può essere tollerata, dovendo essere anzi garantita dal giudice del procedimento penale, pena la sospensione dello stesso. Se è vero che il riparto di competenze, previsto dalla sez. 38, tra Corte federale e corti penali è passibile di generare frizioni sul piano giuridico ed empirico, non è dubbia la sua conformità a Costituzione. Secondo la Corte superiore, infatti, la preclusione legislativa al giudice di merito, nel caso di specie la stessa Corte superiore,



dell'accesso alle informazioni segretate gli impedisce di «apply the Constitution» (*Ahmad*, para. 55) ovvero di esercitare la propria giurisdizione, in violazione della sez. 96 del *Constitution Act 1867*, considerando che il disposto legislativo consente tale accesso alla Corte federale, un *non-section 96 tribunal*, invadendo così la “core jurisdiction” della Corte superiore. Per la verifica della sussistenza di tale violazione la Corte suprema procede all'applicazione del test formulato in *Re Residential Tenancies Act 1979* [1981] 1 SCR 714 che richiede, in primo luogo, che sia condotta un'analisi volta a verificare se la competenza di una corte, altra rispetto a quelle previste dalla sez. 96, sia conforme al potere o alla giurisdizione esercitata da una corte superiore, di distretto o di contea al tempo della Confederazione. Nel 1867 il potere di precludere la diffusione di informazioni sensibili era considerata dalla corti superiori canadesi una prerogativa dell'Esecutivo non soggetta a revisione. Considerato che le corti superiori non hanno mai accennato all'esercizio di un eventuale potere di revisione della decisione esecutiva ai tempi della Confederazione, l'analisi condotta sulla base del test suddetto, secondo la Corte suprema, non configura alcuna violazione della sez. 96. Inoltre, i giudici supremi sottolineano che nel caso di specie non è in discussione l'esercizio della giurisdizione della Corte superiore in relazione alla garanzia del giusto processo, ma il potere della Corte di disporre la diffusione di informazioni a fronte della rivendicazione di segretezza delle stesse.

Premesso ciò, del pari lo schema previsto dalla sez. 38 non pone in essere una violazione della sez. 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà in quanto non impedisce alla corte di garantire il giusto processo; ovvero ciò che rileva ai fini del giudizio di costituzionalità è che le corti penali siano in grado di garantire agli imputati il diritto di difesa considerando il



combinato disposto delle sez. 38.14 del CEA e 24.1 della Carta in base al quale talvolta la garanzia del giusto processo può passare per la sospensione dello stesso. La sola preoccupazione della Corte federale, infatti, sulla base dello schema *ex* sez. 38, concerne la potenziale lesione della sicurezza nazionale derivante dalla diffusione di informazioni sensibili: la corte può ordinare la diffusione di tali informazioni unicamente qualora l'interesse connesso a tale diffusione prevalga su quello volto a garantire la sicurezza nazionale (sez. 38.06(1) e (2)). Fermo restando, dunque, l'interesse pubblico ad una corretta amministrazione della giustizia, la rinuncia alla garanzia del giusto processo non può considerarsi un'opzione. Ne deriva che, se è vero che il giudice nel corso del procedimento penale non può decidere autonomamente di desegretare informazioni riservate né può avervi accesso, per altro verso può adottare, conformemente a quanto stabilito dalla legge, l'estremo rimedio della sospensione del procedimento qualora non sia in grado di fornire all'imputato le garanzie del giusto processo.

4

2. – Secondo il CEA le parti e i soggetti che intervengono in un procedimento penale hanno l'obbligo di informare l'*Attorney General* della possibile divulgazione, nel corso del medesimo procedimento, di informazioni sensibili o potenzialmente lesive della sicurezza nazionale (sez. 38.01). Qualora la parte che provvede alla notifica abbia interesse alla desegretazione delle informazioni riservate può tentare di ottenere un accordo con l'*Attorney General* subordinatamente a condizioni da questi fissate (sez. 38.031(1); tuttavia, qualora l'accordo non sia concluso e, in ogni caso, se l'*Attorney General* non autorizza la divulgazione delle suddette informazioni, la questione può essere portata innanzi alla Corte federale su iniziativa dello stesso *Attorney General*, dell'imputato o di chiunque sia



interessato all'accesso alle informazioni riservate (sez. 38.04). Compito della Corte federale è quello di verificare che la pubblicità delle informazioni riservate non procuri nocumento alla sicurezza nazionale, ordinando in tal caso che le informazioni siano rivelate nel corso del procedimento; in altri termini, la Corte ordina la diffusione delle prove coperte da segreto quando il pubblico interesse alla divulgazione prevalga su quello alla segretezza delle informazioni (sez. 38.06 (1) e (2). L'*order* della Corte federale può essere impugnato innanzi alla Corte d'appello federale e, di seguito, davanti alla Corte suprema.

Perno centrale dello schema previsto dalla sez. 38 è il duplice ruolo dell'*Attorney General*, in ordine alla diffusione o alla segretezza di informazioni potenzialmente lesive della sicurezza nazionale, e quale garante del procedimento al fine di assicurare che l'interesse pubblico sia fatto valere davanti alle corti quando è in discussione la legittimità costituzionale di una legge. In base alla sez. 38.13 egli può emettere un certificato di segretezza che proibisce la diffusione di informazioni sensibili innanzi ad un giudice, anche in contrasto con un *order* della Corte federale. Tale certificato è soggetto unicamente al controllo della Corte d'appello federale che può modificarlo o annullarlo solo qualora non contenga «information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity ... or to national defence or national security» (sez. 38.13 e 38.131). In altri termini, la Corte d'appello federale ha un irrilevante margine di interferenza con la decisione dell'*Attorney General* nell'operazione di bilanciamento tra l'interesse pubblico alla diffusione e quello alla segretezza. Il disposto legislativo è stato oggetto di acceso dibattito nella *House of Commons* a tal punto da suscitare l'impressione che «[t]he Parliamentary skirmishes . . . were more about symbolic struggles between the executive



and the courts than real ones» (K. Roach, *The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-terrorism Law*, in *Windsor Review of Legal Society*, 2008, 34); impressione confermata, inoltre, dalla constatazione che il confronto Esecutivo/Giudiziario si è tradizionalmente risolto nel ritiro dell'accusa, finalizzato ad impedire la diffusione di informazioni segretate, o nella sospensione dei processi, allorché la segretezza delle informazioni fosse di ostacolo alla garanzia di un giusto processo, per essere poi codificato nella sez. 38.14 che stabilisce che un giudice di un procedimento penale «may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial».

3. – Considerato che il giudizio innanzi alla Corte suprema fa perno sulla impossibilità per il giudice penale di accedere a informazioni segretate in virtù dell'*order* di segretezza della Corte federale, nei casi in cui il giudizio si svolga innanzi a una Corte superiore, in base al ricorso, la sez. 38 interferisce con l'esercizio della sua giurisdizione *ex* sez. 96 del *Constitution Act 1867* e non assicura la tutela dei diritti degli imputati secondo la sez. 7 della Carta dei diritti e delle libertà.

A tal proposito la Corte suprema dichiara che le corti superiori storicamente non hanno il potere di modificare il sigillo di segretezza apposto dall'Esecutivo a informazioni riservate in quanto potenzialmente lesive della sicurezza nazionale, tale potere non essendo contemplato nella giurisdizione delle corti superiori; peraltro, continua la Corte, il disposto legislativo non ostacola il giudice penale nella preservazione delle garanzie del giusto processo.

Premesso che «the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867* create substantive constitutional limitations on



Parliament's ability to confer powers on courts or tribunals other than those established under s. 96. Although the Court has not fully explored the interaction of ss. 96 and 101, it accepts for present purposes (without deciding) that the constitutional analysis proceeds as the respondents contend» (*Ahmad*, para. 57), il contrasto del disposto legislativo col disposto costituzionale è sostenuto nel ricorso invocando il test fissato nel caso *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714 in base al quale è necessario verificare che il potere conferito sia conforme al potere o alla giurisdizione esercitata dalle corti superiori, di distretto o di contea al tempo della Confederazione; indi, se il potere possa configurarsi come potere giudiziario; infine, se il potere esercitato sia sussidiario o complementare alla funzione amministrativa o incidentale all'esercizio di tale funzione.

In applicazione del suddetto test, secondo la Corte suprema non vi è violazione della sez. 96: come già sottolineato in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725 «if the power in question does not conform to one exercised by a superior court in 1867, the inquiry ends (para. 12)» (*Ahmad*, para. 59); avrebbe dovuto trattarsi, inoltre, di competenza esclusiva delle Corti superiori, a nulla rilevando una competenza concorrente tra corti superiori e corti inferiori.

Nel 1867 la rivendicazione governativa del potere di precludere la diffusione di informazioni riservate era considerato dalle corti superiori esercizio di una prerogativa dell'Esecutivo (*Gugy v. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33 (Q.B.); *Bradley v. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227 (C.P.); sul tema v. S.G. Linstead, *The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1*, in *Ottawa Law Review*, 1968-1969, 79 ss.). Malgrado poi la disciplina legislativa abbia abbandonato tale approccio deferenziale, la tesi della Corte superiore dell'Ontario resta



infondata in quanto le corti superiori non hanno mai esercitato alcun potere di modifica della decisione dell'Esecutivo ai tempi della Confederazione, derivandone che l'applicazione del test suddetto si ferma alla prima fase di verifica, non sussistendo quindi alcuna violazione della sez. 96. Inoltre, «even though the grant of power passes the *Residential Tenancies* test, it will be unconstitutional if the legislation purports to confer exclusive jurisdiction respecting a matter within the core jurisdiction of s. 96 courts: *MacMillan Bloedel*, at paras. 27-28. A power that is “integral” to the operation of superior courts is part of the “core or inherent jurisdiction” that cannot be stripped from the superior court (para. 15) without violating s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. An element of the superior court’s “inherent jurisdiction” is the power to enforce its own orders and maintain its dignity and respect (paras. 33 and 37)» (*Ahmad*, para. 61). Peraltro, la questione innanzi alla Corte suprema non concerne l'autorità della Corte superiore di proteggere l'integrità del suo processo, già riconosciuta dal Parlamento nella sez. 38.14 del CEA; piuttosto, concerne tale autorità in relazione alla diffusione di informazioni segrete. Sotto questo profilo la sez. 38 CEA non pone in essere una violazione della sez. 96 in quanto non impedisce alla corte il ricorso a rimedi alla violazione del giusto processo.

Con riguardo, inoltre, allo stretto nesso tra sottrazione alla Corte superiore del potere di decidere in ordine alla diffusione di informazioni segrete nel corso di un procedimento penale e violazione delle garanzie del giusto processo previste dalla sez. 7 della Carta, la Corte suprema dichiara che se l'*order* di preclusione di diffusione di informazioni riservate, emesso dalla Corte federale, è adottato in ordine alla prevalenza del pubblico interesse alla sicurezza rispetto a quello alla produzione in giudizio di prove segrete, la sez. 38 non



consente, ciò disponendo, la rinuncia alle garanzie del giusto processo affidando anzi al *trial judge* il rimedio estremo contemplato dalla sez. 38.14.

4. – A fronte della tesi della Corte superiore secondo la quale il giudice del procedimento penale, privato del diritto di accesso a informazioni sensibili, non può garantire il giusto processo né è in grado di valutare il nocumento procurato alla difesa dalla segretezza di tali informazioni, giova ricordare che la Corte suprema ha dichiarato in numerose occasioni che «the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament» (così E. A. Driedger, in *Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1983, 87; v. anche *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27) e che «Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the Charter» (*R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432, para. 75; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, para. 33). Sicché, benché la sez. 38.04 (5)(c)(i) attribuisca alla discrezionalità dei giudici della Corte federale la decisione concernente la produzione in giudizio di informazioni riservate suscettibili di costituire prove a carico o a discolpa dell'imputato nell'ambito di un procedimento penale, la Corte suprema precisa che tale sezione «should be read as requiring notice to the criminal court that a sez. 38 proceeding has been commenced in Federal Court. ... Given that the criminal trial judge will require notice to effectively discharge the duty to protect the accused's legal rights under the *Charter*, it will always be the case (subject of course to the other provisions of that Act) that he or she "should" be given notice. The word "may" in sez. 38.07 will similarly be understood to require that notice of the Federal



Court judge's final order be given to the trial judge. Although the determination *whether* to give notice to a criminal trial judge is not discretionary, the *content* of that notice remains at the discretion of the designated judge. This will vary with the different circumstances of each case» (*Ahmad*, para. 39, corsivo nostro). Premesso ciò, secondo la Corte «in the absence of clear and unambiguous statutory language to the contrary, the legislation must be understood not to contemplate that trial judges would determine the impact of non-disclosure on trial fairness in a manner that would result in granting unwarranted stays or declining to grant appropriate remedies. Parliament must have been aware of these potential injustices and cannot have intended either result» (*Ahmad*, para. 29). La segretezza delle informazioni non compromette necessariamente, infatti, le garanzie del giusto processo, potendosi contemplare alternative alla completa divulgazione di informazioni funzionali alla tutela dei diritti degli imputati nell'ambito dei procedimenti a loro carico (si pensi, in particolar modo, all'accordo concluso tra accusa e difesa nell'ambito del caso *Air India* che prevedeva la notifica delle informazioni riservate al difensore degli imputati cui tuttavia le stesse restavano precluse; in proposito, v. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, *Air India Flight 182: A Canadian Tragedy*, vol. 3, *The Relationship Between Intelligence and Evidence and the Challenges of Terrorism Prosecutions*, Ottawa, The Commission, 2010, 152).

La Corte afferma si debba presumere che il Parlamento fosse consapevole che l'*order* di segretezza delle informazioni, come da disposto legislativo, avrebbe condotto talora alla sospensione dei procedimenti. Ciò detto, la presunzione di costituzionalità del disposto legislativo è rafforzata dall'esistenza della sez. 38.14 in base alla quale i diritti



integranti il giusto processo devono essere tutelati (non sacrificati) nell'applicazione dello schema legislativo che prevede che sia il giudice penale il soggetto idoneo all'adozione di decisioni funzionali a rimediare alla violazione del diritto di difesa derivante da un *non-disclosure order*. Un'attenta analisi del disposto legislativo palesa l'intento del Legislatore di affidare al giudice penale il potere di sospendere il procedimento come rimedio estremo qualora egli non sia in grado di assicurare che la riservatezza delle informazioni in oggetto non leda le garanzie dell'accusato. A fronte della competenza, conferita in altri ordinamenti, ai giudici di merito di ordinare la preservazione di segretezza di informazioni da non concepirsi, peraltro, come definitiva e insuscettibile di revisione (la *House of Lords*, per esempio, ha sottolineato che l'ordine di segretezza emesso dal *trial judge* «should not be treated as a final, once-and-for-all, answer but as a provisional answer which the court must keep under review» [R. v. H.; R. v. C., 2004 UKHL 3, para. 36]; anche la Corte di Strasburgo ha sottolineato l'importante ruolo del *trial judge* che è «in a position to monitor the need for disclosure throughout the trial, assessing the importance of the undisclosed evidence at a stage when new issues were emerging, when it might have been possible through cross-examination seriously to undermine the credibility of key witnesses» and as the defence case evolves “to take a number of different directions or emphases» [Rowe and Davis v. United Kingdom 2000 30 E.H.R.R. 1, para. 65]), la Corte suprema ha sottolineato che il drastico rimedio della sospensione del procedimento è l'unico strumento che consente al *trial judge* di garantire il giusto processo. A sua volta il *trial judge*, secondo la Corte, qualora non sia in possesso di informazioni sufficienti a decidere se tale indisponibilità incida negativamente sul giusto processo «must presume that the non-



disclosure order has adversely affected the fairness of the trial, including the right of the accused to make full answer and defence» (*Ahmad*, para. 51, corsivo nostro). La Corte riconosce che tale approccio contrasta con la tradizione di *common law* secondo la quale la sospensione del procedimento è un rimedio drastico da riservare a casi nei quali è palese la violazione del giusto processo; ciononostante sottolinea che tale sospensione è «an expressly contemplated remedy under sez. 38.14 to protect the fair trial rights of the accused from the adverse impact of non-disclosure» (*Ahmad*, para. 52).

Il potere affidato dal Parlamento al giudice penale non eccede l'esercizio del potere giudiziario: grava, infatti, in capo all'*Attorney General* il dovere di notificare al giudice penale tutte le informazioni necessarie a creare le condizioni perché egli possa garantire il diritto al giusto processo e a evitare che un contravventore alle leggi resti impunito passando per la sospensione del procedimento a suo carico. La sez. 38.04(5)(b) stabilisce che, qualora la richiesta provenga dall'*Attorney General*, la Corte federale può emettere un *order* in ordine alla divulgazione di informazioni riservate senza fissare un'udienza; di contro, se la Corte federale decide di fissare un'udienza allora procede ad individuare i soggetti destinatari della notifica della convocazione. Ciò premesso, secondo la Corte suprema il disposto legislativo va interpretato nel senso che, a meno che la Corte federale decida per la divulgazione delle informazioni segrete, debba essere convocata un'udienza e ne debba essere data notifica al giudice di merito: come già affermato in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82, 87, «[e]nabling words are always compulsory where they are words [used] to effectuate a legal right»; peraltro, malgrado per la Corte la notifica al giudice penale costituisca presupposto imprescindibile della garanzia



del giusto processo della quale lo stesso è responsabile, resta nell'ambito di discrezionalità della Corte federale il contenuto del documento di notifica. La Corte stabilisce, inoltre, che la Corte federale deve ordinare che sia comunicato all'imputato, nel corso del procedimento penale, l'avvio del procedimento nella sua sede affinché egli possa chiedere al *trial judge* la sospensione del processo *ex sez.* 38.14.

Appare evidente, dunque, che la «[s]ection 38 creates a scheme that is designed to operate flexibly» (*Ahmad*, para. 44), flessibilità da identificarsi con la possibilità prevista dal disposto legislativo («Parliament has determined that a stay of proceedings is the lesser evil compared with the disclosure of sensitive or potentially injurious information»; *Ahmad*, para. 78) che la Corte federale decida di consentire la notifica al giudice di merito di una quantità di informazioni sufficiente a stabilire se la totale o parziale segretezza delle stesse leda il giusto processo, o che emetta un *order* di parziale o condizionata esibizione in giudizio delle informazioni riservate mediante, per esempio, la predisposizione di sommari volti a sintetizzare le informazioni segretate (v. *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547), infine che stabilisca di desegretare informazioni riservate innanzi al giudice penale con l'impegno di questi a non comunicarle agli imputati nonché la condivisione delle informazioni riservate tra giudice penale, Corte federale e *special advocates*, figure che, importate dall'esperienza britannica, sono ora contemplate nell'*Immigration and Refugee Protection Act 2001* e partecipano alla valutazione della rilevanza delle informazioni segretate ai fini del procedimento penale in corso (sul dibattito intorno all'introduzione di tali avvocati speciali v. K. Roach, *The Three Year Review of Canada's Anti-Terrorism Act: The Need for Greater Restraint and Fairness, Non-Discrimination, and Special Advocates*,



in *University of New Brunswick Law Journal*, 2005, 308 ss., partic. 332 ss.). In ordine alla funzionalità degli *special advocates*, tuttavia, la Corte è cauta sull'opportunità del ricorso a tale ultimo rimedio configurando potenziali difficoltà suscettibili di essere generate da un sistema che li contempli: per esempio, «[i]n *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, we noted that even where the clients consent is obtained, arrangements of this nature will “at best, strain the necessary relationship between defence counsel and their accused clients” (para. 45)» (*Ahmad*, para. 49).

5. – La pronuncia della Corte suprema verte, dunque, sulla verifica della conformità della biforcazione prevista dalla sez. 38 al disposto costituzionale, in particolare alle garanzie del giusto processo. Dall'analisi della norma legislativa emerge che la sez. 38.03 attribuisce all'*Attorney General* il potere di precludere l'esibizione in giudizio di prove segretate anche quando la Corte federale abbia deciso diversamente. Al contempo, il Parlamento alla sez. 38.14 ha riconosciuto, come già detto, al giudice penale il potere di adottare tutte le misure necessarie a garantire il giusto processo. Al netto del potenziale ed eventuale contrasto tra preservazione della sicurezza nazionale e garanzia del giusto processo, dall'interpretazione del disposto legislativo risulta che se il segreto di Stato va preservato per mano dell'*Attorney General*, ne può risultare il rilascio di un presunto colpevole di reato.

Sebbene, infatti, la Corte dichiari conforme a Costituzione la sez. 38, ciò non risolve il dibattito politico in ordine al *two-court approach* che, se ad una lettura superficiale traduce il contrasto tra esigenza di garantire la sicurezza nazionale e tutela dei diritti individuali in un rapporto dialettico rispettivamente tra Corte federale, che si avvale di una ventennale esperienza in



materia di sicurezza nazionale (E. Dawson, *The Federal Court and the Clash of the Titans: Balancing Human Rights and National Security*, Address to the University of Manitoba Faculty of Law, 30-3-2006), e giudici penali, in verità si fonda sul sostanziale confronto tra *trial judge*, in grado di influenzare la decisione politica di segretezza minacciando la sospensione del processo, e l'*Attorney General*, che può correggere la decisione della Corte federale relegata, dunque, ad un ruolo minore (per un commento alla sentenza *Ahmad* si veda K. Roach, "Constitutional Chicken": National Security Confidentiality and Terrorism Prosecutions after *R. v. Ahmad*, in *Supreme Court Law Review*, 2011, 357 ss.).

Il sistema a doppia corte è stato oggetto di pesanti critiche da parte di giudici e accademici (H. Stewart, *Rule of Law or Executive Fiat? Bill C-36 and Public Interest Immunity*, in R.J. Daniels, P. Macklein, K. Roach (cur.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 217 ss.; A. Leadbeater, *Antiterrorism and Secrecy*, in D. Daubney (cur.), *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada Changing Following September 1?*, Montreal, Editions Thdmis, 2002, 334 ss.; J. Patrick-Justice, *Section 38 and the Open Courts Principle*, in *University of New Brunswick Law Journal*, 2005, 218 ss.). In particolare, nel recente *Air India Report*, il Commissario, che proponeva al Governo l'abolizione del sistema e l'attribuzione alle corti superiori delle determinazioni in ordine alla segretezza di informazioni connesse alla sicurezza nazionale, affermava che «[t]he present two-court system used in deciding section 38 applications is out of step with systems in other democracies and has demonstrated unequivocally that it is a failure (p. 160)» (*Ahmad*, para. 71). La Corte suprema, peraltro, pur riconoscendo che «the legislative division of responsibilities does have the potential to cause delays and to



pose serious challenges to the fair and expeditious trial of an accused, especially when the trial is by jury», non trova che «this potential invalidates the legislative scheme» (*Ahmad*, para. 76): tuttavia, «situations may well arise in which the division of responsibilities between courts will give rise to unreasonable trial delays, undue disruption to jurors and risk of juror contamination. These will have to be addressed on a case-by-case basis and the appropriate remedies issued to avoid an unfair trial» (*Ahmad*, para. 76). A tal fine, la Corte propone di anticipare alla fase delle indagini preliminari la valutazione del potenziale conflitto tra il pubblico interesse alla sicurezza e quello alla corretta amministrazione della giustizia, proposta incoraggiata dalla sez. 38, modificata nel 2001 proprio per consentire al Governo di conoscere, prima dell'udienza innanzi alla Corte federale, le questioni riguardanti la sicurezza nazionale passibili di essere rievocate nel procedimento penale principale e di «permit the government to take pro-active steps in the appropriate circumstances» (Department of Justice, *Amendments to the Canada Evidence Act*, www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp; C. Forcese, *Clouding Accountability: Canada's Government Secrecy and National Security Law "Complex"*, in *Ottawa Law Review*, 2004-2005, 49 ss., partic. 78 ss.). Inoltre, l'auspicio della Corte riposa nella proliferazione di accordi tra accusa e difesa con riguardo alla diffusione di informazioni segretate, pur nella consapevolezza che spetta al Parlamento la valutazione di una eventuale modifica del sistema a doppia corte.

6. – La Corte ha suggerito che il *constitutional chicken game* tra *Attorney General* e *trial judge* (*Ahmad* 2011, para. 34) potrebbe essere evitato passando per una interpretazione della sez. 38 flessibile nonché conforme alla Carta. Secondo la Corte, «the



Federal Court judge should generally order that notice of the existence of the proceedings in the Federal Court be given to the accused in the criminal trial», al fine di consentire all'imputato di formulare una propria linea di difesa (*Ahmad* 2011, para. 40); tuttavia, non è consentito al *trial judge* di accedere alle informazioni segretate né di revisionare il provvedimento emesso dalla Corte federale prima dell'avvio del *trial*, benché possa optare per la sospensione del procedimento penale inducendo così l'*Attorney General* a decidere di far cadere le accuse o, in alternativa, di concedere una soddisfacente diffusione di informazioni in maniera tale da evitare la sospensione del processo.

Come sottolineato dalla stessa Corte suprema, quello canadese è l'unico ordinamento contemporaneo a contemplare una sostanziale biforcazione tra il *trial judge* e la Corte federale nella procedura di apposizione del segreto su informazioni riservate a garanzia dell'interesse pubblico alla sicurezza: il *trial judge* canadese non può modificare l'*order* di segretezza emesso dalla Corte federale, ma solo ricorrere alla sez. 38.14, benché la modifica dell'ordine di segretezza della Corte federale sarebbe il rimedio più appropriato al fine della conciliazione degli interessi concorrenti alla segretezza e alla diffusione di informazioni nonché alla garanzia del giusto processo. L'unico soggetto in grado di evitare la sospensione del processo e superare l'ordine di segretezza della Corte federale è l'*Attorney General*.

La ragione di tale ritrosia nei riguardi dell'attribuzione di tale responsabilità ai giudici di merito è riconducibile alla constatazione che l'affrancamento dalla deferenza giudiziaria nei riguardi delle rivendicazioni governative di segretezza è piuttosto recente in Canada. Fino al 1982, infatti, in base alla sez. 41(2) del *Federal Court Act* 1970 «[w]hen a Minister of the



Crown certifies to any court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court».

La suddetta disposizione legislativa riflette l'imperativo di segretezza risalente al 1945 quando Igor Gouzenko, funzionario dell'ambasciata sovietica a Ottawa addetto ai codici, rivelò agli occidentali informazioni riservate portando con sé un gran numero di documenti sulle attività dello spionaggio sovietico in Nord America. Ne seguì la nomina di una Commissione di inchiesta, presieduta da due giudici della Corte suprema, che concluse che «much vital technical information which should still be secret to the authorities of Canada, Great Britain and the United States, has been made known to the Russians by reason of the espionage activities reported on herein» (R. Taschereau, R.I. Kellock, *The Report of the Royal Commission*, Ottawa, Kings Press, 1946, 618), stabilendo così un forte nesso tra segretezza e sicurezza.

Nel 1982, prima dell'entrata in vigore della Carta, la Corte suprema mitiga l'assolutezza dell'accezione di *national security privilege* (sul punto v. J. Kalajdzic, *Litigating State Secrets: A Comparative Study of National Security Privilege in Canadian, US and English Civil Cases*, in *Ottawa Law Review*, 2010, 289 ss.) sottolineando che l'arbitrarietà dell'invocazione governativa del *privilege* «does not have the effect of divesting Parliament of its power to legislate ... saying that Parliament and the legislatures cannot make the privilege absolute amounts to a denial of parliamentary supremacy» (*Canada (Commission des droits de la personne) v. Canada (Attorney General)*, [1982] S.C.J. No. 3, [1982]



1 S.C.R. 215, 228 (S.C.C.). Nello stesso anno, infatti, la disciplina del *Crown privilege* è inserita nella sezione 36.2 (ora sez. 38) del *Canada Evidence Act* che disciplina la procedura penale e civile delle Corti federali, con l'introduzione della possibilità per l'*Attorney General* di impedire la divulgazione delle informazioni relative alle persecuzioni di atti terroristici nell'ambito delle relative procedure giudiziarie, qualora siano passibili di nuocere alla sicurezza nazionale o alle relazioni internazionali del Canada; la legge attribuisce, inoltre, alle Corti federali il compito di operare il bilanciamento tra interesse pubblico alla sicurezza nazionale e garanzie derivanti dal principio del giusto processo (cfr. I. Cotler, *Terrorism, Security and Rights: The Dilemma of Democracies*, in *National Journal of Constitutional Law*, 2002, 13 ss.; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004, 68 ss.). Ciononostante, nel corso degli anni ottanta la Corte federale si mostra riluttante a pronunciarsi sulla diffusione di documenti riservati nell'ambito di un procedimento penale: si pensi alla pronuncia di condanna relativa al caso *Kevork v. Canada* emessa malgrado né il giudice di merito né la Corte federale avessero esaminato i rapporti del *Canadian Security Intelligence Service* (d'ora in poi, CSIS) al fine di valutarne la rilevanza in ordine alla formulazione della strategia di difesa dell'imputato (*Kevork v. Canada*, [1984] F.C.J. No. 178, 17 C.C.C. [3d] 426 [F.C.T.D.]; in proposito si veda K. Roach, *The Unique Challenges of Terrorism Prosecution*, Ottawa, Ministry of Public Works, 2010, 210 ss.). La riluttanza delle corti a contrastare le rivendicazioni di segretezza ha il duplice effetto di creare le premesse per una violazione dei diritti fondamentali e, al contempo, di indurre le agenzie governative a non motivare né a calibrare in base alle circostanze l'apposizione del sigillo di segretezza.



L'enfasi canadese sulla segretezza è stata favorita dall'istituzione nel 1984 del CSIS, agenzia incaricata di raccogliere materiale di intelligence che, fino alla decisione della Corte suprema del 2008 nel caso *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 S.C.R. 326, 2008 SCC 38 (per un commento alla sentenza v. G. Hudson, *A Delicate Balance: Re Charkaoui and the Constitutional Dimensions of Disclosure*, in *Constitutional Forum Constitutionnel*, 2010, 129 ss.; sulla generale reazione dell'ordinamento canadese agli attentati dell'11 settembre v. T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, 16 ss., in www.europeanrights.eu) ha interpretato il proprio mandato sulla base del disposto della sez. 12 del *Canadian Security Intelligence Service Act* del 1985 procedendo, previa elaborazione di rapporti di sintesi, alla distruzione delle informazioni raccolte. Tale sistema, che anteponeva l'esigenza di segretezza al potenziale utilizzo di tale documentazione come prova in successivi procedimenti giudiziari, è sopravvissuto sino all'approvazione dell'*Anti-terrorism Act 2001* che ha modificato il CEA (P. Rosenthal, *Disclosure to the Defence After September 11: Sections 37 and 38 of the Canada Evidence Act*, in *Criminal Law Quarterly*, 2003, 186 ss.): gli attentati terroristici dell'11 settembre avviano l'utilizzo del materiale di intelligence come prova in giudizio contro sospetti terroristi contemplando, quindi, la rinuncia governativa alle rivendicazioni di segretezza.

Se nella sentenza del 2008, dichiarando errata l'interpretazione della sez. 12 del *Canadian Security Intelligence Service Act* fornita dal CSIS a giustificazione della distruzione del materiale segretato, la Corte afferma che «CSIS is not a police force ... it must be acknowledged that the activities of the RCMP and those of CSIS have in some respects been



converging as they, and the country, have become increasingly concerned about domestic and international terrorism» (Charkaoui, para. 26), nella pronuncia *Ahmad* l'opportunità politica di interpretazioni legislative volte a conciliare interessi contrastanti è posposta alla verifica della conformità a Costituzione del disposto legislativo. Invero la Corte assicura un'interpretazione delle norme legislative conforme al disposto costituzionale e, al contempo, suggerisce che la soluzione delle controversie generate dall'applicazione delle stesse riposi sul terreno politico del confronto tra gli attori delle dinamiche costituzionali.

7. – Se, per un verso, la recente giurisprudenza della Corte suprema canadese dimostra che l'operazione di conciliazione delle esigenze di segretezza e di garanzia del giusto processo non può circoscriversi ai procedimenti giudiziari, ma deve coinvolgere il Legislatore in ordine al ripensamento del sistema di *intelligence* al fine di favorire a monte la disponibilità delle prove segretate in sede processuale (J.M. Coady, *Conditional Release of Terror Suspects in Canada: Lessons from the United Kingdom*, in *Queen's Law Journal*, 2010-2011, 251 ss.), per altro verso rievoca il confronto tra Esecutivo e Giudiziario accrescendone la complessità: con la pronuncia relativa al caso *Ahmad* la Corte suprema affida l'operazione di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti al rapporto di forze tra *trial judge* e dell'*Attorney General* che non è di per sé garanzia di una corretta amministrazione dei procedimenti per reati di terrorismo, a fronte della possibilità, scartata dal Legislatore, di affidare al giudice penale il potere di revisione dell'*order* emesso dalla Corte federale.

Ciò detto, la tensione tra Esecutivo e Giudiziario in materia di sicurezza è indice del buon funzionamento di una



democrazia in quanto veicolo di garanzia contro lesioni arbitrarie dei diritti individuali; di contro, in sua assenza il potenziamento di misure di protezione contro il terrorismo abbasserebbe le difese contro provvedimenti arbitrari dell'Esecutivo. Tuttavia, con riguardo all'operazione di bilanciamento tra garanzia di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, il sistema canadese si limita ad adottare ancora una linea morbida di gestione delle criticità della lotta al terrorismo disattendendo parzialmente le aspettative da tempo dichiarate: «the challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Indeed, a democracy cannot exist without the rule of law. ... Consequently, the challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for balancing of what is required for effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law» (*Application under section 83.28 of the Criminal Code (Re)* [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, para. 5 e 7; in proposito si veda, inoltre, F. Iacobucci, *Canada's Response to Terrorism*, in *Review of Constitutional Studies*, 2011, 1192 ss.).



I DIRITTI AI TEMPI DELLA LOTTA AL TERRORISMO TRA CITTADINANZA E SICUREZZA NAZIONALE: IL CASO IMAD AL HUSIN

Note a margine della sentenza della Corte costituzionale della
Bosnia ed Erzegovina n. AP 434/10 del 18 gennaio 2012

Maria Dicosola

1. Introduzione

Il 18 gennaio 2012, con sentenza n. AP 434/10, la Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina si è pronunciata (quasi) definitivamente sulla complessa vicenda di Imad Al Husin, un *mujahedin* che, dopo aver combattuto durante la guerra degli anni novanta nelle fila dell'esercito della Bosnia ed Erzegovina, sposato una cittadina bosniaca ed ottenuto la cittadinanza di questo Stato, si è poi visto revocare la cittadinanza per motivi di sicurezza nazionale.

Imad Al Husin era un cittadino siriano, che, nel 1983, si trasferì nella ex Repubblica Federale di Jugoslavia per proseguire i suoi studi, prima a Belgrado, in Serbia e poi a Rijeja, in Croazia. In Croazia, sposò una cittadina jugoslava di origine bosniaca, nel 1993 con una cerimonia musulmana e nel 1995 con rito civile: dal matrimonio nacquero tre figli, rispettivamente nel 1994, nel 1997 e nel 1999.

Imad Al Husin apparteneva al movimento dei *mujahedin*, i musulmani, provenienti prevalentemente dal mondo arabo, che, durante la guerra degli anni novanta offrirono supporto all'esercito della Repubblica di Bosnia ed Erzegovina: essi,



durante la guerra, erano organizzati in un'unità, *El Mujahedin*, all'interno dell'esercito, con sede a Zenica, che nel 1995 comprendeva circa 1000 combattenti.

Nel periodo di residenza in Bosnia, sebbene non sia chiara la data e il procedimento seguito, Al Husin, come molti altri combattenti dell'unità *El Mujahedin*, ottenne la cittadinanza della Bosnia ed Erzegovina. Il 14 novembre 2001, le autorità amministrative bosniache revocarono l'atto di naturalizzazione di Al Husin, assumendo che la cittadinanza fosse stata ottenuta sulla base di mezzi fraudolenti, informazioni false e occultamento di fatti rilevanti. Contro tale decisione, che lo rendeva clandestino in Bosnia ed Erzegovina e lo obbligava a fare ritorno in Siria, Al Husin presentò ricorso prima alla Corte della Bosnia ed Erzegovina e poi alla Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina.

L'ultima sentenza della Corte costituzionale sul caso Al Husin risale al 18 gennaio 2012 e il suo contenuto sarà oggetto del presente commento. Il caso merita di essere approfondito in quanto offre importanti spunti di riflessione sulle interconnessioni esistenti tra i criteri per l'acquisto e la revoca della cittadinanza, la minaccia terroristica internazionale e la derogabilità dei diritti fondamentali allo scopo di garantire la sicurezza nazionale in Bosnia ed Erzegovina. Tuttavia, al fine di meglio comprendere il contesto nel quale la decisione è stata adottata e gli effetti concreti da essa prodotti, prima di procedere all'esame delle questioni giuridiche affrontate nella sentenza appena menzionata, si rendono necessarie alcune note preliminari sulla comunità musulmana della Bosnia ed Erzegovina, sui suoi rapporti con il movimento dei *mujahedin* e sulle revisioni della legislazione sulla cittadinanza che l'hanno interessata dagli anni novanta ad oggi.



2. La comunità musulmana e il movimento dei *mujahedin* in Bosnia ed Erzegovina

Descrivere la comunità musulmana della Bosnia ed Erzegovina e metterne in luce i nodi problematici è sempre un'operazione estremamente complessa. Controverse sono infatti le sue stesse origini e problematico è il suo inquadramento nell'ambito, da una parte, del "popolo multinazionale jugoslavo" e, dall'altra, dell'Islam.

Quanto alle origini della comunità musulmana della Bosnia ed Erzegovina, si contrappongono numerose teorie, tra le quali, per esempio, la teoria etnogenetica serba, secondo la quale i musulmani bosniaci si riconoscevano in origine nell'etnia serba e praticavano la religione ortodossa ma se ne sono allontanati prima con posizioni eretiche e poi con la conversione all'Islam, la teoria etnogenetica croata, per la quale si assume che i musulmani bosniaci appartenevano in origine all'etnia croata e la loro chiesa medievale era un'appendice di quella cattolica, la tesi dell'eresia dei Bogomili, una setta perseguitata tanto dagli ortodossi quanto dai cattolici, che ha trovato protezione nell'Islam. A giudizio di molti storici, nessuna di esse, soprattutto se presa in considerazione isolatamente, può essere considerata definitiva¹. È condivisa, tuttavia, l'opinione secondo la quale, dal Medioevo fino al crollo della ex Jugoslavia, la comunità musulmana ha via via rafforzato il proprio carattere di soggetto politico, piuttosto che di

¹ Cfr. G. Cerboni, *I musulmani jugoslavi da comunità religiosa a soggetto di statualità*, Ministero degli affari esteri, Istituto diplomatico, 1996. Sulle incertezze sulle origini e l'identità dei musulmani della Bosnia ed Erzegovina v. anche M. Shatzmiller (cur.), *Islam and Bosnia. Conflict Resolution and Foreign Policy in Multi-Ethnic States*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, London, Ithaca, 2002



minoranza religiosa, svolgendo un ruolo sempre più attivo attraverso organizzazioni e partiti, fino a vedersi riconoscere, nella Jugoslavia di Tito, dapprima come “Musulmani in senso etnico” e poi come nazione². D'altra parte, si afferma come lo stesso riconoscimento dei Musulmani come nazione sia stata la risposta alla loro richiesta di autodeterminazione, ma anche una decisione politica per risolvere i conflitti all'interno della Jugoslavia e della Bosnia. Non è un caso, peraltro, che molti Musulmani della Bosnia ed Erzegovina si professassero atei³.

Il nazionalismo dei Musulmani della Bosnia ed Erzegovina si è rafforzato in misura esponenziale durante la Guerra dei Balcani degli anni novanta, durante la quale anche il sentimento religioso, che è divenuto un importante fattore identitario, si è accentuato fortemente⁴. Non solo, ma il conflitto degli anni novanta è stato anche considerato, dai movimenti musulmani più estremisti, come una Jihad, una lotta per la fede musulmana. Per questa ragione, contando sul sostegno di varie organizzazioni non governative musulmane, molti volontari sono giunti in Bosnia dal Medio Oriente e dal Nord Africa a sostegno dell'esercito della Bosnia ed Erzegovina. Peraltro, come è stato rilevato, il conflitto della Bosnia cominciava nello stesso momento in cui si concludeva quello in Afghanistan, con il ritiro delle truppe sovietiche, e molti dei soldati che avevano

² Come rileva G. Cerboni, *op. cit.*, nel censimento del 1961 comparve per la prima volta la categoria “Musulmano in senso etnico”, il preambolo della Costituzione del 1963 faceva riferimento a “Serbi, Croati e Musulmani” e, infine, nel censimento del 1971 si fece riferimento per la prima volta alla “nazione musulmana”.

³ F. Friedman, *The Bosnian Muslims. Denial of a Nation*, Boulder, Westview Press, 1996.

⁴ V. in questo senso, G. Cerboni, *op. cit.*, 28-36.



partecipato a questa guerra, non avendo un luogo nel quale ritirarsi, hanno preferito andare a combattere in Bosnia⁵.

A questi ultimi, inoltre, durante la guerra, attraverso provvedimenti individuali di naturalizzazione, adottati sulla base dell'art. 2 della legge sulla cittadinanza della Repubblica di Bosnia ed Erzegovina del 1994, è stata attribuita la cittadinanza della Bosnia ed Erzegovina, con procedure spesso poco chiare e rispettose della legge.

Dopo la fine della guerra, così, la comunità musulmana della Bosnia ed Erzegovina risulta composta dai discendenti della comunità originaria, insieme ai *mujahedin* naturalizzati. Il fenomeno della naturalizzazione dei *mujahedin* ha sempre destato perplessità nella comunità internazionale e nell'opinione pubblica nazionale ed è diventato un problema particolarmente grave dopo l'11 settembre 2001, quando si è temuto che gli ex combattenti potessero rappresentare un pericolo per la sicurezza nazionale, a causa dei loro possibili legami con le organizzazioni terroristiche. Per questo, è stata istituita la Commissione per la revisione e la revoca delle naturalizzazioni individuali, che, originariamente introdotta nella legge sulla cittadinanza della Bosnia ed Erzegovina del 1998, ha svolto le sue funzioni dal 2006 fino al 2009, revocando 660 provvedimenti di naturalizzazione, in quanto acquisiti con mezzi illegali, come dati, documenti, indirizzi e certificati militari falsi.

⁵ Sulla partecipazione dei musulmani al conflitto in Bosnia ed Erzegovina degli anni novanta, cfr. J.R. Shlider, *Jihad nei Balcani. Guerra entica e Al Qa'ida in Bosnia, 1992-1995*, Gorizia, Libreria editrice goriziana, 2009. Il testo, seppure con un tono fortemente ideologico il cui contenuto esula dall'analisi oggetto del presente lavoro, è ad ogni modo utile per la ricostruzione dei fatti che hanno visto l'arrivo, la naturalizzazione e in seguito l'espulsione di molti musulmani dalla Bosnia ed Erzegovina.



L'istituzione della Commissione, e la revoca dei provvedimenti di naturalizzazione, ha rappresentato un tentativo, da parte delle istituzioni della Bosnia ed Erzegovina, di porre rimedio ad errori commessi in passato, e di riacquistare credito nell'ambito della comunità internazionale, offrendo una importante forma di collaborazione nel contesto della lotta al terrorismo. Tuttavia, questa vicenda ha aperto ulteriori problemi, tra i quali, in primo luogo, la possibilità di provocare, attraverso la revoca della cittadinanza e i conseguenti ordini di espulsione degli ex *mujahedin* verso i Paesi di origine, violazioni dei diritti fondamentali, tra i quali, in primo luogo, il diritto alla vita privata e familiare e il diritto a non essere sottoposti a tortura e trattamenti inumani e degradanti⁶. La stessa procedura in base alla quale la Commissione ha adottato i provvedimenti di revoca della cittadinanza appare discutibile sul piano della tutela dei diritti: i provvedimenti, infatti, sono stati adottati sulla base di procedure riservate e non trasparenti, in violazione delle regole del giusto processo, non è stata prevista alcuna forma di ricorso contro gli stessi innanzi alla stessa Commissione (fatte salve le vie giurisdizionali), non sono escluse possibilità di provvedimenti discriminatori a danno di persone di origine araba e, infine, l'espulsione dalla Bosnia ed Erzegovina implica il rischio per gli ex combattenti di essere sottoposti a torture o trattamenti e pene inumani e degradanti nei Paesi di origine⁷.

⁶ Cfr. E. Sarajlić, *Country Report: Bosnia and Herzegovina*, 2010, rapporto sulle politiche e la legislazione sulla cittadinanza in Bosnia ed Erzegovina redatti nell'ambito del progetto *Eudo Citizenship Observatory*, reperibile al sito internet <http://eudo-citizenship.eu>.

⁷ Come rileva S. Zosak, *Revoking Citizenship in the Name of Counterterrorism: The Citizenship Review Commission Violates Human Rights in Bosnia and*



A partire dall'11 settembre 2001, nel contesto della lotta al terrorismo internazionale, è accettata l'idea della possibilità di limitare alcuni diritti in nome della sicurezza nazionale: occorre tuttavia verificare quali diritti, e in quale misura, siano bilanciabili con quest'ultima. A tale proposito, la sentenza della Corte costituzionale in epigrafe offre interessanti spunti di riflessione.

3. Il caso Imad Al Husin tra Corte della Bosnia ed Erzegovina, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo

Come anticipato, la Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, con la sentenza n. AP 434/10 del 18 gennaio 2012, si è pronunciata sul ricorso proposto da Imad Al Husin, relativo al provvedimento di revoca della cittadinanza, che, obbligandolo a fare ritorno in Siria, comportava la violazione dei suoi diritti fondamentali, tra i quali, in primo luogo, il diritto al divieto di tortura e trattamenti e pene inumani e degradanti e il diritto alla vita privata e familiare.

La sentenza del 2012, tuttavia, rappresenta l'epilogo di una lunga vicenda giudiziaria, durante la quale la Corte si è pronunciata più volte: pertanto, per meglio comprendere il contenuto dell'ultima decisione, è opportuno ripercorrere brevemente l'iter giurisprudenziale che ha condotto alla sentenza in commento.

Dopo aver ricevuto il provvedimento di revoca della cittadinanza da parte della Commissione per la revisione e la revoca delle naturalizzazioni individuali, confermato dalla

Herzegovina, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 8, n. 2, 2010.



Corte della Bosnia ed Erzegovina della Bosnia ed Erzegovina, Imad Al Huisin presenta vari ricorsi alla Corte costituzionale, sui quali il giudice delle leggi si pronuncia congiuntamente, con la sentenza n. AP 1222/07 del 4 ottobre 2008.

I ricorsi avevano ad oggetto: la violazione del diritto di non essere arbitrariamente privati della cittadinanza, previsto dall'art. I.7.b della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina⁸; il diritto a non essere sottoposto a torture o trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. II. 3 Cost.⁹; il diritto al rispetto della vita privata e familiare, stabilito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁰. Il riferimento ad

⁸ La Costituzione della Bosnia ed Erzegovina è costituita dall'Annesso IV agli Accordi di Dayton, sottoscritti, nel 1995, allo scopo di porre fine al conflitto degli anni novanta. Si tratta dunque di un documento costituzionale atipico, in quanto "internazionalmente guidato", che, adottato quale misura provvisoria, è in realtà in vigore ancora oggi, nonostante sia sempre vivace il dibattito sulla necessità di una revisione costituzionale, con la quale si introduca una Costituzione in senso proprio. Nonostante tale peculiarità, l'Annesso IV riesce ad imporsi come tavola dei principi e dei valori costituzionali autorevole e condiviso, anche attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale. «There shall be a citizenship of Bosnia and Herzegovina, to be regulated by the Parliamentary Assembly, and a citizenship of each Entity, to be regulated by each Entity, provided that No person shall be deprived of Bosnia and Herzegovina or Entity citizenship arbitrarily or so as to leave him or her stateless. No person shall be deprived of Bosnia and Herzegovina or Entity citizenship on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status».

⁹ Il quale, sul modello dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, stabilisce: «All persons within the territory of Bosnia and Herzegovina shall enjoy the human rights and fundamental freedoms referred to in paragraph 2 above; these include: ... The right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».

¹⁰ Che afferma: «Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the



un articolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale parametro di costituzionalità delle leggi, pur potendo apparire inconsueto, si spiega in realtà qualora si osservi che l'art. II della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina, nell'enunciare i diritti fondamentali, rinvii sin da subito alle fonti di diritto internazionale, affermando che «Bosnia and Herzegovina and both Entities shall ensure the highest level of *internationally recognized* human rights and fundamental freedoms»¹¹: tra di esse, la Convenzione europea occupa un ruolo fondamentale, in quanto «The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols *shall apply directly* in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law»¹². Ad essa, si aggiungono gli altri trattati internazionali, enumerati all'annesso I alla Costituzione, che li definisce «applicabili in Bosnia ed Erzegovina». Segue infine l'enumerazione dei diritti tutelati dalla Costituzione, il cui contenuto riproduce quello dei principali trattati internazionali e, in particolare, della Convenzione europea¹³. Il principio di diretta applicabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha conseguenze sostanziali, in quanto nei giudizi di costituzionalità delle leggi la Corte costituzionale utilizza come parametro non solo la Costituzione, ma anche la Convenzione e i suoi protocolli¹⁴, che finiscono così per assumere,

interests of national security, public safety or the economic well being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

¹¹ Art. II.1 Cost. Bosnia ed Erzegovina.

¹² Art. II. 2 Cost. Bosnia ed Erzegovina.

¹³ Art. II.3 Cost. Bosnia ed Erzegovina.

¹⁴ Come afferma l'art. IV.3.c Cost. Bosnia ed Erzegovina.



nell'ordinamento della Bosnia ed Erzegovina, valore costituzionale.

Dei cinque motivi di ricorso, la Corte accoglie solo l'ultimo, affermando che, considerando che Al Husin aveva, durante il suo periodo di permanenza in Bosnia, sposato una donna di cittadinanza bosniaca, dalla quale aveva avuto tre figli, la revoca della cittadinanza e il conseguente trasferimento forzato in Siria avrebbe seriamente compromesso il suo diritto alla vita privata e familiare. Tuttavia, pur accogliendo il ricorso, la Corte riconosce che, come stabilisce il c. 2 dell'art. 8 della Convenzione europea, tale diritto non è assoluto ma è suscettibile di limitazioni da parte delle pubbliche autorità, qualora ciò sia «necessario in una società democratica, nell'interesse nella sicurezza nazionale, della salute pubblica o del benessere economico del Paese, per la prevenzione di disordini o reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

10

Quanto invece alla violazione del divieto di tortura e trattamenti e pene inumani e degradanti, e al diritto a non essere privati arbitrariamente della cittadinanza, la Corte ritiene che non vi siano prove sufficienti per accogliere il ricorso.

Sin dalla prima sentenza sul caso Al Husin, dunque, la Corte trascura le questioni relative al divieto di tortura e si sofferma sulla possibilità di limitare il diritto alla vita privata e familiare, con riferimento alle esigenze della sicurezza nazionale, che assumono un ruolo centrale nel contesto della lotta al terrorismo internazionale. Le limitazioni, tuttavia, possono essere ammesse solo qualora sia rispettato il principio di proporzionalità. Infatti, citando la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Berrehab vs The Netherlands*¹⁵, la Corte

¹⁵ Caso n. 10730/84, del 21 giugno 1988.



precisa che l'interferenza delle pubbliche autorità «necessaria in una società democratica» è giustificata quando sia proporzionata all'obiettivo legittimo da raggiungere. Ogni decisione delle pubbliche autorità volta a limitare il diritto alla vita privata e familiare, dunque, deve essere sottoposta al giudizio di proporzionalità, al quale la Corte costituzionale nel caso di specie non si sottrae. La Corte, dunque, procede a tale valutazione e conclude sostenendo che le autorità che avevano revocato la cittadinanza al ricorrente non avevano fornito alcuna giustificazione in merito alla violazione del diritto alla vita privata e familiare: in mancanza di tale argomentazione, era impossibile, per la Corte, valutare la possibile proporzionalità della misura limitativa dei diritti. Per tali ragioni, la Corte costituzionale rinvia gli atti alla Corte della Bosnia ed Erzegovina, richiedendo a quest'ultima di fornire «possibili giustificazioni costituzionali per l'interferenza con i diritti del ricorrente».

11

Nel frattempo, Al Husin propone un ulteriore ricorso alla Corte costituzionale, con il quale richiede la sospensione del provvedimento di espulsione che era stato notificato nei suoi confronti dalla Commissione e la Corte della Bosnia ed Erzegovina, nelle more del giudizio di appello della Corte costituzionale. La Corte, con sentenza del 31 gennaio 2009¹⁶, accoglie la richiesta del ricorrente. Contro quest'ultima decisione la Corte della Bosnia ed Erzegovina fa appello, ai sensi dell'art. 22 del regolamento della Corte costituzionale, ma la Corte costituzionale, il 28 marzo 2009¹⁷, conferma la legittimità della misura provvisoria di sospensione del

¹⁶ Decision on Interim Measure n. AP-41-/09, 31 January 2009.

¹⁷ Decision on Admissibility and Merits n. AP-41/09, 28 March 2009.



provvedimento di espulsione, affermando che non era stato dimostrato che la misura provvisoria fosse giustificata.

In attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. AP 1222/07 del 4 ottobre 2008, dunque, la Corte di primo grado si è nuovamente pronunciata sul caso, esponendo le ragioni sulla base delle quali la limitazione dei diritti di Imad Al Husin fosse costituzionalmente giustificata.

Al Husin propone ricorso anche avverso tale sentenza, asserendo che siano stati violati il diritto al rispetto della vita privata e familiare, in relazione non solo nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche all'art. II.3.f della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina¹⁸, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, con riferimento all'art. II.3 della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina e l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁹, oltre a vari diritti tra i quali il diritto alla vita, la libertà di pensiero, coscienza e religione, la libertà di espressione, i diritti di riunione e associazione e il diritto di non discriminazione, in relazione agli articoli II.3.a, g, h, i, II.4 Cost. Bosnia ed Erzegovina e agli articoli 2, 9, 10, 11 e 14 della Convenzione europea. Su quest'ultimo ricorso, la Corte costituzionale si pronuncia con la sentenza n. AP 434/10 del 18 gennaio 2012 in commento.

Già nella sentenza del 2008, la Corte costituzionale aveva ammesso che, per esigenze di sicurezza nazionale, la protezione di alcuni diritti – e in particolare il diritto alla vita privata e

¹⁸ Che afferma: «All persons within the territory of Bosnia and Herzegovina shall enjoy the human rights and fundamental freedoms referred to in paragraph 2 above; these include: [...] The right to private and family life, home, and correspondence».

¹⁹ Che stabilisce: «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».



familiare – può essere limitata: tuttavia, la limitazione è ammissibile solo qualora sia rispettato il principio di proporzionalità. E proprio per verificare la proporzionalità della limitazione di tale diritto, la Corte aveva richiesto alla Corte della Bosnia ed Erzegovina il riesame della sentenza precedente.

Con la sentenza del 2012, la Corte costituzionale verifica, sia nel merito, sia sul piano teorico, se i diritti invocati dal ricorrente siano limitabili per esigenze di sicurezza nazionale e se la limitazione sia avvenuta nel rispetto del principio di proporzionalità.

Tale verifica costituisce l'oggetto, in particolare, della motivazione relativa al primo motivo di ricorso, nel quale la Corte costituzionale ribadisce che il diritto al rispetto della vita privata e familiare non è assoluto e ne è ammessa la limitabilità. In realtà, la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina non prevede una clausola generale di limitazione dei diritti né l'art. II.3.f enumera i casi e le modalità di possibile limitazione. Tuttavia, la Corte, nel motivare la decisione, ritiene applicabile, anche al diritto alla vita privata e familiare previsto dalla Costituzione della Bosnia ed Erzegovina, la clausola di limitazione di cui all'art. 8 c. 2 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale scelta appare giustificata, considerando che, come visto prima, la Convenzione europea integra il testo della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina e assume lo stesso valore di quest'ultima nel giudizio di costituzionalità delle leggi.

Nel merito, dunque, la Corte costituzionale afferma che la decisione della Corte della Bosnia ed Erzegovina, nel disporre la revoca della cittadinanza e l'ordine di espulsione, ha adeguatamente dimostrato che il ricorrente rappresenti una



minaccia per la sicurezza nazionale della Bosnia ed Erzegovina, come concluso dall'Agenzia di Intelligence e Sicurezza della Bosnia ed Erzegovina. La Corte costituzionale, così, sostiene che la misura disposta dalla Corte della Bosnia ed Erzegovina, pur lesiva del diritto alla vita privata e familiare del ricorrente, è tuttavia proporzionata rispetto all'obiettivo di garantire la sicurezza nazionale in Bosnia ed Erzegovina. Pertanto, conclude la Corte, la decisione di primo grado impugnata costituisce una «misura necessaria in una società democratica, nell'obiettivo del rispetto della *rule of law*, e vi è una ragionevole proporzionalità tra la protezione dell'obiettivo legittimo della sicurezza della Bosnia, da una parte, e la tutela del diritto alla vita privata e familiare del ricorrente, dall'altra»²⁰. Per tali ragioni, a giudizio della Corte, la decisione impugnata non viola il diritto del ricorrente alla vita privata e familiare.

Il secondo motivo di ricorso, invece, ha ad oggetto il diritto al divieto di tortura e trattamenti e pene inumani e degradanti. Tale diritto si distingue rispetto agli altri, in quanto rientra nel novero dei diritti indisponibili e assoluti, che non sono mai bilanciabili, nemmeno nel rispetto del principio di proporzionalità: infatti, né la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina né la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevedono una clausola di limitazione di tale diritto. In relazione a tale motivo di ricorso, la Corte costituzionale, dunque, non verifica l'eventuale proporzionalità della limitazione del divieto di tortura, ma se vi sia stata un'effettiva violazione del diritto di cui all'art. II.3 della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina e l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale, dunque, verifica se, di fatto, nel caso di espulsione verso la Siria, il ricorrente rischi di

²⁰ Par. 86-87.



essere sottoposto a tortura o trattamenti e pene inumani e degradanti. In proposito, come afferma la Corte, dai documenti depositati emerge che il ricorrente abbia visitato in più occasioni, dopo la fine della guerra in Bosnia, il suo Paese di origine, senza incorrere in alcuna difficoltà con le autorità del luogo: egli non è stato mai perseguitato o arrestato, né è mai stato avviato un procedimento penale nei suoi confronti. Alla luce di tali considerazioni, la Corte non considera che vi siano ragioni sufficienti per ritenere che, in caso di deportazione del ricorrente nel suo Paese di origine, egli potrebbe essere sottoposto a tortura o trattamenti e pene inumani e degradanti. Il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, dunque, a giudizio della Corte, non è stato violato e il secondo motivo di ricorso deve essere rigettato.

Quanto all'ultimo motivo di ricorso, la Corte afferma che la questione relativa alla violazione dei diritti richiamati dal ricorrente non era oggetto della decisione della Corte della Bosnia ed Erzegovina: tale motivo di ricorso, pertanto, è infondato.

Con la sentenza del 18 gennaio 2012, la vicenda sembrava conclusa e Imad Al Husin costretto a lasciare la Bosnia ed Erzegovina per fare ritorno in Siria, in quanto, a giudizio della Corte, la garanzia della sicurezza nazionale consente di limitare il diritto alla vita privata e familiare degli individui, mentre non vi sono prove sufficienti per temere una violazione del divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani e degradanti.

Tuttavia, meno di un mese dopo la sentenza della Corte costituzionale, si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, che era stata adita da Al Husin nel 2008, dopo la prima sentenza della Corte costituzionale. Innanzi alla Corte europea, il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3 della Convenzione, che prevede il divieto di tortura e trattamenti o



pene inumani o degradanti, l'art. 5 c. 1, che stabilisce il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona, l'art. 5 c. 4, relativo al diritto al procedimento sulla legittimità delle detenzione, l'art. 6 c. 1, che introduce il diritto ad un processo pubblico e trasparente, e l'art. 8, sul diritto alla vita privata e familiare.

La Corte si è pronunciata con la sentenza n. 3727/08 del 7 febbraio 2012. Quanto al primo motivo di ricorso, a differenza delle Corti della Bosnia ed Erzegovina, la Corte europea riconosce l'esistenza del rischio effettivo che, in caso di espulsione in Siria, il ricorrente venga sottoposto a tortura o trattamenti o pene inumani e degradanti. In generale, infatti, a giudizio della Corte, tale divieto è assoluto e la condotta dei ricorrenti, anche se indesiderabile o pericolosa, non può essere presa in considerazione: la verifica del rischio di subire simili trattamenti, dunque, deve essere rigorosa, afferma la Corte, richiamando il caso *Chahal v. United Kingdom* del 1996²¹. Sulla base di tale premessa, la Corte ritiene che, nel caso di specie, le autorità nazionali non abbiano tenuto in adeguata considerazione la natura del movimento *mujahedin* al quale il ricorrente apparteneva. Come ricorda la Corte, infatti, la maggior parte dei *mujahedin* giunti in Bosnia durante la guerra degli anni novanta avevano l'obiettivo di condurre la Guerra Santa; erano in contatto con organizzazioni di fondamentalisti islamici in tutto il mondo e associate con Al-Qaeda. Inoltre, Al Husin, poco dopo la guerra in Bosnia, aveva rilasciato numerose interviste alla televisione araba *Al Jazeera* e alla rivista *Asharq Alaswat*, nelle quali dichiarava la propria appartenenza al movimento *mujahedin*. Inoltre, in un documento dei servizi segreti siriani del 16 agosto 2002, consegnato da Imad Al Husin alle autorità bosniache, si leggeva come il ricorrente sarebbe

²¹ *Chahal v. United Kingdom*, 15 novembre 1996, § 96.



stato arrestato non appena entrato nel suo Paese di origine. Per tali ragioni, la Corte ha ritenuto che Imad Al Husin possa essere ritenuto una persona “di interesse” per le autorità siriane e vi sia il rischio effettivo che egli possa subire tortura o essere sottoposto a pene o trattamenti inumani e degradanti. Pertanto, conclude la Corte, l’espulsione in Siria comporta la violazione dell’art. 3 della Convenzione.

Quanto al secondo motivo di ricorso, Imad Al Husin riteneva che la sua detenzione fosse arbitraria. Il Governo, al contrario, affermava che la stessa era stata disposta in attuazione della legge nazionale, secondo la quale gli stranieri devono essere arrestati qualora costituiscano un pericolo per la sicurezza nazionale. In proposito, la Corte ricorda come l’art. 5 della Convenzione proclama il diritto fondamentale di libertà dell’individuo, che deve essere tutelato contro interferenze arbitrarie da parte dello Stato: «Tutti hanno diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della sua libertà salvo nei casi seguenti e sulla base di una procedura stabilita per legge...». Tuttavia, la Corte afferma che, perché la detenzione rispetti l’art. 5 della Convenzione, la conformità con la legge nazionale non è sufficiente e ogni privazione della libertà deve rispettare l’obiettivo della protezione dell’individuo dall’arbitrarietà. La privazione della libertà, dunque, può essere conforme alla legge nazionale ma pur sempre arbitraria e contraria alla Convenzione²². Nel caso di specie, il ricorrente era stato arrestato sulla base di motivi di sicurezza nazionale: la Corte afferma che la detenzione, fondata esclusivamente su motivi di sicurezza nazionale, non è

²² A tal proposito, la Corte richiama *Saadi v. The United Kingdom* (GC), n. 13229/03, § 67, 29 gennaio 2008.



ammessa e di conseguenza tale provvedimento integra una violazione dell'art. 5 c. 1 della Convenzione europea.

La Corte ha inoltre accolto anche il terzo motivo di ricorso, relativo alla violazione dell'art. 5 c. 4 della Convenzione, ritenendolo assorbito nel precedente, mentre ha rigettato il quarto motivo, riguardante l'art. 6 c. 1, affermando che le deliberazioni riguardanti l'ingresso, il soggiorno e la deportazione degli stranieri non implicano la determinazione dei diritti o degli obblighi del ricorrente o di accuse penali nei suoi riguardi, ai fini dell'art. 6 c. 1. Infine, in merito all'ultimo motivo di ricorso, relativo al diritto alla vita privata e familiare, la Corte ritiene di non doversi pronunciare, avendo già stabilito che la misura disposta dalle autorità amministrative della Bosnia ed Erzegovina integri una violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Se dunque la Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, nel valutare il ricorso di Imad Al Husin ha concentrato la sua attenzione sulla proporzionalità della limitazione del diritto alla vita privata e familiare per esigenze di sicurezza nazionale, giungendo a ritenere prevalenti le esigenze di sicurezza, diverse sono le argomentazioni della Corte europea, che, invece, sceglie di considerare gli aspetti relativi alla violazione del divieto di tortura, evitando, di conseguenza, ogni considerazione relativa al bilanciamento tra sicurezza e diritti.

4. Diritti e sicurezza nazionale nella lotta al terrorismo internazionale

La sentenza della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina n. AP 434/10 del 18 gennaio 2012, dunque, impone



di riflettere nuovamente sul rapporto tra protezione dei diritti fondamentali e garanzia della sicurezza nazionale di fronte alla minaccia terroristica, che, come è evidente, anche molti anni dopo l'attacco alle Torri Gemelle, non ha perso la sua attualità.

Si tratta del tema, classico, della sicurezza come diritto²³, rispetto al quale le altre libertà sono bilanciabili: fine ultimo di tale bilanciamento è la protezione di valori dello Stato democratico, così come stabiliti nelle Costituzioni. Nell'ammettere la loro derogabilità rispetto alla sicurezza, così, le Costituzioni finiscono, paradossalmente, per individuare le modalità per la loro sopravvivenza in tempi di crisi: la problematicità e i rischi connessi con tale forma di "protezione della democrazia" sono del tutto evidenti²⁴. Per questo, i diritti fondamentali dovrebbero essere limitati, allo scopo di proteggere la sicurezza e, di conseguenza, la stessa democrazia, solo sulla base della legge e qualora ciò sia inevitabile. Inoltre, il bilanciamento tra sicurezza e libertà e la proporzionalità delle misure adottate dovrebbe essere sempre sottoposta ad un rigido controllo parlamentare o giurisdizionale²⁵.

²³ Di diritto alla sicurezza, d'altra parte, già parlava la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Sull'evoluzione del diritto alla sicurezza – e sul suo ruolo dall'11 settembre 2001 in poi – si veda l'approfondita analisi di T. E. Frosini, C. Bassu, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. Di Giovine (cur.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Milano, 2005, 75-101.

²⁴ Sul paradosso della protezione della democrazia attraverso la limitazione delle libertà fondamentali, e sulla problematicità del binomio libertà-sicurezza, cfr. A. Di Giovine, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine (cur.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Milano, Giappichelli, 2005, 1-12. Nello stesso senso, v. T. Groppi, *Introduzione*, in T. Groppi (cur.), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, XI-XVI.

²⁵ Come sostiene G. De' Vergottini, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo*. Gli ordinamenti



Fatte queste premesse di carattere generale, ci si può quindi interrogare sulla compatibilità delle misure disposte dalla Commissione per la revisione e la revoca delle naturalizzazioni individuali con i diritti fondamentali e sull'adeguatezza della giurisprudenza della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina ad assicurare un bilanciamento equo tra sicurezza e libertà. E nell'esaminare il caso di Imad Al Husin paiono riproporsi tutte le perplessità appena sintetizzate. In primo luogo, estremamente limitato è apparso il ruolo svolto dal legislatore: in effetti, la Commissione, pur istituita per legge, ha poi disposto la revoca della cittadinanza con provvedimenti amministrativi, individuali, in mancanza di criteri generali di orientamento, che, forse, avrebbero assicurato maggiori garanzie nell'ambito di una procedura, che, pur perseguendo l'obiettivo legittimo di garantire la sicurezza nazionale, è alquanto problematica sul piano della protezione dei valori dello Stato democratico. La Corte costituzionale, in effetti, ha finito per giocare un ruolo centrale nella valutazione della proporzionalità delle misure adottate e nell'assicurare il bilanciamento tra libertà e sicurezza che, come visto, si impone allo scopo di evitare il c.d. paradosso della sicurezza. Ma, in tale verifica, le esigenze di sicurezza nazionale sembrano essere state privilegiate a scapito delle libertà individuali, anche quando il rischio sia quello della violazione del divieto di tortura, la cui limitazione non è mai ammissibile.

Come osservato, tuttavia, nella vicenda si è inserita anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, che, chiamata a

nazionali, in AIC, Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee. Atti del XVIII Convegno annuale. Bari, 17-18 ottobre 2003, Padova, Cedam, 2007, 45-85. Analogamente, dello stesso A., v. anche La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo, in Rass. Parl., 2004, 427.



pronunciarsi sulla medesima questione, si concentra proprio sul profilo del divieto di tortura, trascurato dalla giurisprudenza costituzionale nazionale, e proponendone un'interpretazione opposta. Nel caso Al Husin, dunque, a fianco del legislatore nazionale, delle autorità amministrative e delle Corti nazionali, si colloca anche una Corte sovrastatale, il cui ruolo è del tutto peculiare in un ordinamento che riconosce valore costituzionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ad ogni modo, pur considerando la Convenzione europea una fonte di rango quasi costituzionale, la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina omette di attribuire effetti differenziati alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e come si risolvano eventuali divergenze con la Corte costituzionale.

Quello che sembra essersi verificato è un autentico conflitto tra Corti, che potrebbe aprire la strada a due possibili scenari futuri: da una parte, l'inattuazione della sentenza della Corte europea, trascurando il valore che quest'ultima assume nell'ordinamento della Bosnia ed Erzegovina e privilegiando la volontà espressa dalla Corte costituzionale nazionale; dall'altra, il riconoscimento del valore quasi costituzionale delle pronunce dell'organo incaricato di interpretare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la decisione di darne esecuzione nonostante il contrario avviso del giudice delle leggi nazionale. Ma vi sarebbe anche una terza via, che permetterebbe di trarre vantaggio da una vicenda tanto complessa ed articolata, per stabilire principi generali applicabili anche in futuro: il legislatore, attraverso l'adozione di un provvedimento normativo di riforma della legge sulla cittadinanza, fondato sui principi enunciati da entrambe gli organi giurisdizionali, potrebbe non solo porre fine alle incertezze sulle regole del bilanciamento tra sicurezza e diritti, ma anche svolgere il ruolo di arbitro dei conflitti tra le due Corti.



anno II, n. 2, 2012

Osservatorio degli operatori della sicurezza

SICUREZZA E COMUNICAZIONE: TRA REALTÀ E FINZIONE

Roberto Sgalla

Dalla definizione del *Dizionario della lingua italiana* (De Mauro, 2009) il concetto di sicurezza risulta far riferimento a: «L'insieme delle condizioni esteriori che consentono di vivere o di esistere e durare al riparo da pericoli, in uno stato di tranquillità e di operoso esercizio delle proprie funzioni e attività». Sono possibili diverse declinazioni del termine sicurezza: dalla piena fiducia in sé, nelle proprie doti e capacità, alle forme di sicurezza sociale, politica, economica ecc.

1

Se oggi è questo il significato che si attribuisce al termine “sicurezza”, nella prima metà del secolo scorso gli studi che indagavano la percezione della sicurezza erano improntati soprattutto allo studio del rapporto tra personalità e vissuti di sicurezza, in un'ottica prevalentemente individualista volta allo studio di elementi personologici, come le caratteristiche psicologiche o gli aspetti del comportamento patologico (Salter, Cameron, McCormick, Knutson, Nettler, Huffman, Schludermann). Con il passare degli anni, il tema della personalità ha ricevuto sempre minore attenzione, mentre andavano aumentando gli studi che esaminavano il tema della sicurezza sociale in riferimento al contesto sociale.

Una distinzione terminologica, che offre chiarimenti concettuali, è quella proposta da Zygmunt Bauman, con i termini *safety* e *security*.



Con *safety* si indicano aspetti come sicurezza, salvezza, scampo. I termini italiani che meglio ne esprimono le intenzioni concettuali, in mancanza di una traduzione precisa, sono quelli di incolumità e integrità fisica e patrimoniale.

Con il termine *security*, diversamente, si intende il vissuto di sicurezza esistenziale, spesso caratterizzato da profonde incertezze legate alle trasformazioni del mondo economico, all'impossibilità di progettare il proprio futuro (Certainty). Ha a che vedere con la sensazione di avere i piedi ben saldi su un terreno altrettanto stabile, per cui ci si sente sicuri della posizione sociale raggiunta, si sente che qualunque cosa sia stata conseguita rimarrà in nostro possesso.

Il tema della legalità come aspetto eminentemente sociale ha inevitabilmente uno stretto legame con la comunicazione. Occorre pertanto sviluppare un'attenta riflessione sui processi di comunicazione che in qualche modo sostengono, promuovono, o diversamente incrinano il rapporto degli individui con le regole.

In questo contesto è importante richiamare ai concetti di complessità che purtroppo sono disattesi nelle teorie della comunicazione; «... ricordati sempre che semplificare è sempre un po' falsificare, la realtà non è mai semplice». Questo principio espresso da Moro è un assioma della comunicazione: la semplificazione è un elemento che qualche volta impoverisce la qualità del ragionamento. Vediamo per quali ragioni.

Noi siamo portati a semplificare, i nostri ragionamenti hanno bisogno di convergere verso soluzioni. Semplificare può voler dire trovare una risposta velocemente, che però non necessariamente corrisponde alla verità; si può giungere ad una mistificazione che ci allontana dalla realtà. È chiaro che la "complessità" presenta delle difficoltà maggiori: incertezza piuttosto che chiarezza, apertura piuttosto che chiusura, ma questa è la forza delle idee. Ovvio che un'idea semplice può



apparirci chiara ed è immediatamente percepibile, ma può comportare il rischio di ridurre quel grado di incertezza necessaria al raggiungimento della verità. Gli eventi hanno spesso natura multidimensionale. Come osserva Morin, occorre fuggire da modelli comunicativi improntati ad una eccessiva linearità, univocità e semplicità. In particolare, quando gli eventi rappresentati coinvolgono aspetti come la legalità e la percezione della sicurezza sociale, pensare in termini monodimensionali è un errore.

Possiamo cominciare ad introdurre aspetti più teorici. Iniziamo citando il famoso psicologo polacco Watzlawich; occupandosi di pragmatica della comunicazione, ha assunto l'assioma che «la comunicazione cambia i comportamenti».

Alcune volte per “comportamenti” sono da intendersi anche le percezioni; un esempio concreto è l'articolo di un giornalista che ricostruendo una dinamica ne fa una cronaca romanzata: «[...] Coraggio Monica, si scende, coraggio, sa solo Dio se ce ne vuole. Stasera non vorrebbe essere bella Monica, vorrebbe non essere una donna. Vorrebbe essere un'entità immateriale, vorrebbe far sparire quei capelli corvini e non avere il fisico flessuoso di un'antilope; ecco un'antilope braccata dai predatori mentre si aggira nella giungla. È così che ci si sente, un passo falso e il predatore ti rapina, ti rapina il corpo e poi, sbranata, ti lascia in un prato di periferia tra l'erba alta schiacciata d'impronte come un tappeto vecchio ed usurato». Questo modo di narrare un fatto reale è emblematico di come possa essere “rappresentata” la realtà di una violenza sessuale, traslandola totalmente in una narrazione romanzata. Basta fare una fuggevole analisi del contenuto di questa parte d'articolo per mostrare come il giornalista ricorra a semplici attivatori emozionali. Il tentativo è chiaramente quello di attivare nel lettore una serie di immagini emozionanti che aumentano il livello di coinvolgimento, ma che probabilmente ne riducono la



ragione critica. Già nell'*incipit* troviamo un riferimento al coraggio. Ma per andare in treno ci vuole "coraggio"? Per andare sulla luna ci vuole coraggio, non per prendere un treno. La città è definita come "giungla" e la persona come "antilope". La vicenda così romanizzata diviene un esempio di breve racconto da modesta letteratura di maniera, ma soprattutto un pessimo articolo di giornale.

Diviene sempre più diffuso il ricorso da parte dei media all'impiego di attrattori emotivi, con presentazione delle informazioni in modo allarmistico. In particolare, se ne fa abbondante ricorso nelle rappresentazioni della criminalità più efferata.

Chi ha responsabilità di governo del fenomeno sicurezza, deve necessariamente confrontarsi con tale problema. Numerosi sono i riflessi psicologici. La diffusione del "panico morale" è proprio dovuta alla distanza tra i rischi percepiti e quelli reali. I media possono pertanto diventare una concausa dell'insicurezza e fonte di paura per il pubblico.

4

Tutto questo indubbiamente ha un ruolo nella diffusione ed intensificazione dell'allarme sociale, ma risulta una soluzione fin troppo semplificata quella di additare i media come unici responsabili. Si può essere d'accordo con il sociologo Diamanti quando sostiene che: «L'evoluzione dei reati non è quindi sufficiente, da sola, a spiegare la crescita dell'insicurezza. Il divario fra la misura e la percezione della criminalità, infatti, a nostro avviso esiste e persiste. Tra i responsabili di questa distorsione cognitiva, un ruolo di primo piano, normalmente viene attribuito ai media, i quali sicuramente, hanno un'influenza sulla diffusione dell'allarme sociale. Contribuiscono ad alimentarlo e a propagarlo. Tuttavia, spiegare l'insicurezza come un prodotto dell'informazione televisiva ci sembra molto sbagliato. Una spiegazione attraente perché semplice. Ma, in effetti semplicistica».



anno II, n. 2, 2012

Osservatorio sulla giurisprudenza

CASO BILDU: LA RICERCA DI UN BILANCIAMENTO TRA ESIGENZA DI CONTRASTO AL TERRORISMO E TUTELA DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA

Mario Rendine

Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia n. 62, de 5 de mayo de 2011.

Libertà di pensiero – Libertà di espressione – Diritto di partecipazione politica – Democrazia rappresentativa – Sicurezza dello Stato – Lotta al terrorismo

Il Pleno del Tribunal Constitucional, adito per mezzo di ricorso di amparo electoral, si è pronunciato, con sei voti favorevoli e cinque contrari, sovvertendo una precedente sentenza della Sala Especial del Tribunal Supremo, mediante la quale era stata sancita l'illegittimità della composizione della coalizione elettorale formata dai partiti "BILDU – Eusko Alkartasuna / Alternatiba Eraikitzen". I giudici costituzionali hanno affermato che gli elementi di prova considerati dal TS, al fine di dichiarare la presenza di una continuità di intenti tra la coalizione stessa e l'organizzazione politica di matrice terroristica Euskadi Ta Askatasuna, non avevano, in termini costituzionali, una consistenza sufficiente.

1

1. La Ley Organica de los Partidos Politicos (LOPP)⁽¹⁾ è stata promulgata con l'obiettivo generale, così come indicato nella

¹ La Ley Organica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Politicos, che ha sostituito la precedente Ley 54/1978 de Partidos Politicos, è suddivisa in quattro



Exposición de motivos, di «garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas». Precisa finalità del legislatore spagnolo è stata quella di introdurre nell'ordinamento spagnolo una norma che potesse sopperire all'inadeguatezza della precedente Ley 54/1978 de Partidos Políticos e contrastare così l'attività del movimento politico indipendentista Basco che, assumendo diverse denominazioni partitiche, quali, ad esempio, Batasuna, Herri Batasuna, Euskal Herritarrok, si è posto sin dal 1978 come strumento volto a coadiuvare la lotta armata del gruppo terroristico Euskadi Ta Askatasuna (meglio conosciuto con l'acronimo ETA), cercando di diffonderne l'attività in settori politici e sociali legali ⁽²⁾.

2

Il movimento terrorista, dall'anno della sua fondazione, avvenuta il 31 luglio 1959, come associazione studentesca volta a sostenere clandestinamente l'indipendentismo basco, ha assunto peculiari caratteristiche derivanti dall'enorme numero di attentati effettuati e dalla particolarità degli obiettivi, scelti di solito con la finalità strategica di ingenerare tensione e allarme sociale nella collettività.

parti, tutte concernenti i partiti politici. La prima ha disciplinato la creazione degli stessi, la seconda l'organizzazione, il funzionamento e l'attività, la terza i criteri di dissoluzione e sospensione giudiziale e, infine, la quarta il finanziamento.

² Cfr. E. VÍRGALA FORURIA, *Las sentencias del TS y del TC de mayo de 2011 sobre BILDU y las agrupaciones electorales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, septiembre-diciembre 2011, pp. 307-326.



Tale particolarità, che ha portato il Consiglio dell'Unione Europea ad inserirla nell'elenco, continuamente aggiornato, dei gruppi terroristici allegato alla Posizione comune 931/2001/PESC, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, è stata il principale fattore determinante una differenziazione della legislazione spagnola verso una maggiore severità, in materia di partiti politici che perseguono finalità incompatibili con l'ordinamento democratico, rispetto a quelle degli altri paesi europei. Negli stessi, comunque, è possibile rinvenire alcune norme volte alla regolazione e alla limitazione delle attività espletate dalle formazioni sociali intermedie e dai partiti politici, ai quali sono stati posti limiti alla libertà programmatica, vietando il perseguimento di specifiche visioni politiche o l'appoggio ad organizzazioni illecite, alla libertà esterna, proibendo determinate attività contrastanti con l'ordinamento generale, o, ancora, alla libertà di organizzazione interna, imponendo forme organizzative e di rappresentanza rispettose dei principi democratici.

3

L'esigenza di una regolamentazione è nata come conseguenza della progressiva presa di coscienza, a decorrere dall'inizio del secolo scorso, del processo evolutivo di cui i partiti sono stati oggetto. Da essere considerati esclusivamente come una mera associazione di persone, di fatto ignorata dal potere costituito, sono divenuti uno strumento fondamentale per il funzionamento dello Stato e per la garanzia dei principi fondamentali su cui questo è fondato ⁽³⁾.

³ Cfr. M. IGLESIAS BÁREZ, *La prohibición de partidos políticos en Francia, Alemania y España*, in *Derecho en Libertad. Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey (México)*, núm. 2, julio 2009, pp. 133-165. L'Autrice, molto significativamente, ha ritenuto che «la prohibición de partidos políticos no es más, pues, que una concreción de la exigencia



A seguito dall'emanazione della LOPP numerosi casi, in occasione di differenti consultazioni elettorali, sono stati portati all'attenzione della Sala Especial del Tribunal Supremo (TS), il quale, nella maggior parte dei casi, ha decretato l'annullamento della presentazione delle candidature o l'illegalizzazione dei partiti politici. Il Tribunal Constitucional (TC), adito mediante recurso de amparo dai soggetti soccombenti nel giudizio innanzi al TS, ha sempre confermato le decisioni della Sala Especial ⁽⁴⁾ sino alla sentenza della Sala Segunda del TC n. 126/2009 ⁽⁵⁾, mediante la quale è stata annullata la decisione del TS del 16 maggio 2009 in virtù della considerazione che «la insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo no puede justificar el sacrificio de los derechos fundamentales de participación política en términos

de constitucionalidad de los partidos» cit. p. 134. Sulla storia ed evoluzione dei partiti politici in Europa si veda pure, *ex multis*: O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, 2004, Roma-Bari; G. GALLI, *I partiti europei. Storia e prospettive dal 1649 a oggi*, Dalai ed., 2008.

⁴ Si vedano i seguenti precedenti giurisprudenziali, tutti consultabili *on line* all'indirizzo web <http://www.poderjudicial.es>, in ordine cronologico: sentenza della *Sala Especial* del TS del 27 marzo 2003 (il legalizzazione dei partiti politici Herri Batasuna, Euskal Herritarrok e Batasuna); sentenze della *Sala Especial* del TS del 3 maggio 2003 e del TC n. 85/2003 (caso Plataforma Nafarroako Autodeterminaziorako Bilguena); sentenze della *Sala Especial* del TS del 5 ottobre 2003 e del TC n.176/2003 (caso Herri Taldea); sentenze della *Sala Especial* del TS del 21 maggio 2004 e del TC n. 99/2004 (caso coalizione elettorale Herritarren Zerrenda); sentenze della *Sala Especial* del TS del 26 marzo 2005 e del TC n. 68/2005 (caso coalizione elettorale Aukera Guztiak); sentenze della *Sala Especial* del TS del 5 maggio 2007 e del TC n.110/2007 e n. 112/2007 (caso Abertzale Sozialistak); sentenze *Sala Especial* del TS DEL 22 maggio 2008 e del TC n. 31/2009 (caso ANV e PCTV); *Auto* e sentenza della *Sala Especial* dell'8 febbraio 2009 e sentenze del TC n. 43/2009 e n. 44/2009 (caso Askatasuna).

⁵ Tribunal Constitucional Español (Sala segunda). Sentencia 126/2009, de 21 de mayo de 2009.



de igualdad y de libre defensa y promoción de la propia ideología».

A questo primo caso di contrasto ⁽⁶⁾ tra le due giurisdizioni è seguita la sentenza in epigrafe del TC del 5 maggio 2011, n. 62 (STC Bildu). Le due pronunce, sebbene entrambe originate a seguito di ricorso de amparo avverso due sentenze della Sala Especial concernenti l'annullamento delle candidature di due coalizioni elettorali, presentano numerose divergenze. La peculiarità della STC Bildu deriva da diversi fattori, quali, ad esempio, la presenza di un gran numero di candidati indipendenti, la tipologia di consultazione elettorale, la notevole attenzione mediatica sulla vicenda e la presenza di numerosi voti discordanti, che hanno portato gli studiosi della materia ad instaurare un vivace dibattito sul tema.

Si è discusso sul difficile rapporto tra il ruolo del TS e quello del TC in merito alle difficoltà concernenti l'esatta delineazione della giurisdizione del TC in materia elettorale, su come scongiurare il rischio di usare la sicurezza dello Stato come pretesto a fini di strumentalizzazione politica nonché sull'adeguatezza e proporzionalità delle misure previste dalla stessa LOPP, specie in rapporto alla limitazione del diritto di suffragio passivo, di cui all'art. 23 della Constitución Española

⁶ Sulla tematica inerente al potere del TC di revisionare la giurisprudenza del TS, in particolare in materia elettorale si veda J. M. CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, *Sentencia del Tribunal Constitucional sobre <<Bildu>>, o la consumada invasión del ámbito jurisdiccional reservado al Poder Judicial*, in *Diario de la Ley*, N° 7650, Sección Tribuna, año XXXII, ed. La Ley, 11784/2011; R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *El caso Bildu: dos grandes tribunales enfrentados*, in *Diario de la Ley*, N° 7653, 2011; M. ALONSO IBÁÑEZ, *Extensiones y límites del control por el Tribunal constitucional de las resoluciones judiciales que afectan a los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.



(CE) ⁽⁷⁾, e al diritto ad una tutela giudiziale effettiva, ex art. 24 della CE ⁽⁸⁾.

2. La STC Bildu ha disposto l'annullamento della sentenza del 1 maggio 2011 della Sala Especial del Tribunal Supremo, costituitasi in base all'art. 61 della Ley Orgánica del Poder Judicial del 1 luglio 1985 n. 6 e successive modificazioni, con la quale è stata sancita l'esclusione della coalizione elettorale "BILDU – Eusko Alkartasuna (EA) / Alternatiba Eraikitzen" dalle elezioni amministrative del maggio 2011 ⁽⁹⁾.

La controversia è stata portata all'attenzione del massimo organo giudiziario spagnolo dall'Abogacía del Estado e dal Ministerio Fiscal, i quali avevano proposto due ricorsi, ai sensi degli artt. 49 c.1 e 49 c.5 ⁽¹⁰⁾ e 44 c.4 ⁽¹¹⁾ della Ley Orgánica del

⁷ L'art. 23 CE ha sancito che «1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

⁸ L'art. 24 CE ha sancito che «1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar».

⁹ Per un'esauritiva analisi della sentenza della Sala Especial 1 de mayo 2011 si veda, ex multis: A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Especial del artículo 61 LOPJ) de 1 de mayo de 2011: caso BILDU*, in *Diario de la Ley*, N° 7650, Sección Tribuna, año XXXII, ed. La Ley, 12095/2011; E. VÍRGALA FORURIA, *op. cit.*

¹⁰ L'articolo 49 della Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio, così come modificata dalla Ley Orgánica 3/2011, ha sancito all'art. 49.1 che: "A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada,



Régimen Electoral General (LOREG), così come modificata dalla Ley Orgánica 3/2011, aventi ad oggetto la richiesta di invalidazione della proclamazione, decretata dalle competenti Junte Elettorali, delle candidature della predetta coalizione.

disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportuno”; mentre all’art. 49.5 dispone che “Los recursos previstos en el presente artículo serán de aplicación a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores a los que se refiere el apartado 4 del artículo 44 de la presente Ley Orgánica, con las siguientes salvedades:

a) El recurso previsto en el apartado primero del presente artículo se interpondrá ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Estarán también legitimados para la interposición del recurso los que lo estén para solicitar la declaración de ilegalidad de un partido político, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, teniendo derecho de acceso a la documentación que obre en poder de las Juntas Electorales.

c) Si durante la campaña electoral las partes legitimadas para interponer el recurso tuvieran conocimiento de circunstancias que, con arreglo al artículo 44.4 de esta Ley, impiden la presentación de candidaturas, el recurso podrá interponerse hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria, debiendo resolver la Sala especial del Tribunal Supremo dentro del tercer día a partir de la interposición.

En este supuesto, no resultará de aplicación la prohibición de fabricación de las papeletas de la candidatura afectada prevista en el artículo 71.2”.

¹¹ L’art. 44.4 ha disposto che “En todo caso, los partidos políticos, las federaciones o coaliciones de partidos, y las agrupaciones de electores no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión”.



La pretesa era basata sulla considerazione che la coalizione elettorale fosse, di fatto, uno strumento di cui intendeva avvalersi l'organizzazione terroristica del gruppo ETA/Batasuna al fine di assicurarsi una presenza istituzionale e di realizzare le proprie aspirazioni politiche in maniera "legale" e complementare alla lotta armata. I due ricorrenti pubblici, prendendo atto delle difficoltà insite nel provare un siffatto intento illecito in capo a due partiti politici di per sé legali e democratici, ma asseritamente finalizzati a dare copertura a candidati indipendenti scelti dal gruppo terrorista, avevano ritenuto necessario l'utilizzo della tecnica del cd. 'levantamiento' del velo ⁽¹²⁾, già diffusamente utilizzata in precedenti processi aventi ad oggetto impugnazioni di candidature elettorali.

La legittimazione attiva per l'avvio del procedimento di scioglimento giudiziale di un partito politico è concessa, ai sensi dell'art. 11 ⁽¹³⁾ della LOPP, al capo del Governo, ad ogni

¹² Il *levantamiento del velo* è il nome con il quale la giurisprudenza e la dottrina spagnola hanno indicato una tecnica, che trova le sue origini nel diritto commerciale di derivazione nord-americana, impiegata per impedire che la forma societaria delle persone giuridiche potesse servire da rifugio per la commissione di atti contrari all'ordinamento. In questo caso, è stata invocata al fine impedire che il sostrato organizzativo di ETA potesse servirsi di altri partiti (nella specie quelli che compongono la coalizione elettorale) per porre in essere i propri scopi contrari all'ordinamento generale.

¹³ L'art. 11 della LOPP, ha disposto che « 1. *Están legitimados para instar la declaración de ilegalidad de un partido político y su consecuente disolución, en virtud de lo dispuesto en los párrafos b) y c) del apartado 2 del artículo anterior de esta Ley Orgánica, el Gobierno y el Ministerio Fiscal.*

El Congreso de los Diputados o el Senado podrán instar al Gobierno que solicite la ilegalización de un partido político, quedando obligado el Gobierno a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros, por las causas recogidas en el artículo 9 de la presente Ley Orgánica. La tramitación de este acuerdo se ajustará al procedimiento establecido, respectivamente, por la Mesa del Congreso de los Diputados y del Senado.



pubblico ministero e, infine, al Congreso de los Diputados o al Senado, mediante una richiesta vincolante indirizzata all'esecutivo.

Il TS, tuttavia, non si è pronunciato sul conflitto tra la predetta disposizione e l'art. 66 c. 2 CE, in virtù del quale le Cortes Generales esercitano la potestà legislativa, effettuano il controllo sulla gestione finanziaria propria e del Governo e adempiono a tutte le ulteriori funzioni attribuite dalla Costituzione. In applicazione di questa norma, infatti, l'autoattribuzione di determinati compiti o poteri non previsti dalla CE non potrebbe essere disposta, così come avvenuto con l'emanazione della LOPP, in assenza della procedura rafforzata di revisione costituzionale.

Riuniti i ricorsi ⁽¹⁴⁾ e analizzate le argomentazioni delle parti ⁽¹⁵⁾, il TS ha ripercorso la giurisprudenza sul tema, a decorrere dalla sentenza del 27 marzo 2003 del TS, con la quale era stata disposta l'illegalizzazione dei partiti politici Herri Batasuna, Euskal Herritarrok e Batasuna ⁽¹⁶⁾.

La sentenza ha rappresentato il punto di riferimento per il consolidamento della giurisprudenza successiva, in quanto è stata la prima pronuncia sul tema del TS dopo l'emanazione della LOPP 6/2002. In questa occasione è stata individuata ed

2. La acción por la que se pretende la declaración a que se refiere el apartado anterior se iniciará mediante demanda presentada ante la Sala especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que se adjuntarán los documentos que acrediten la concurrencia de los motivos de ilegalidad».

¹⁴ Sentenza Sala Especial, art. 61 della Ley Orgánica del Poder Judicial, del Tribunal Supremo, del 1 maggio 2011 (*antecedentes de hecho* punto 5).

¹⁵ Sentenza Sala Especial, art. 61 della Ley Orgánica del Poder Judicial, del Tribunal Supremo, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punti 1,2,3, 4 e 5).

¹⁶ Sentenza Sala Especial, art. 61 della Ley Orgánica del Poder Judicial, del Tribunal Supremo, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punto 6).



esplicitata per la prima volta la ratio sottostante alla dichiarazione di illegalità di un partito politico, ossia la volontà di costituire un unico gruppo con specifiche suddivisioni di compiti per il conseguimento di obiettivi comuni al servizio dell'organizzazione terroristica.

La Sala Especial ha ritenuto che la continuità di partito illegale con un altro partito potesse riscontrarsi solo seguendo due grandi criteri: uno soggettivo, concernente i legami tra i soggetti, individualmente considerati, che compongono i partiti; l'altro oggettivo, relativo a tutte le circostanze inerenti all'attività generale posta in essere dai partiti stessi ⁽¹⁷⁾. Partendo da tale considerazione ha evidenziato la difficoltà insita, data la scarsità degli elementi probatori allegati dai ricorrenti, nel verificare la sussistenza dei legami soggettivi. In virtù di ciò il TS ha reputato di dover procedere direttamente ad un'analisi degli elementi di carattere oggettivo ⁽¹⁸⁾. In particolare sono stati presi in esame diversi documenti attribuibili all'ETA dai quali era emersa la volontà di stringere accordi strategici ed elettorali con altre formazioni politiche, tra le quali era citata espressamente EA; le manifestazioni pubbliche alle quali avrebbero presenziato congiuntamente soggetti di EA e del partito disciolto Batasuna; ulteriori molteplici documenti imputabili allo stesso Batasuna, nei quali i militanti di quest'ultima prospettavano accordi con EA proponendosi, però, di palesare esternamente molteplici forme di condanna

¹⁷ Sentenza *Sala Especial*, art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del *Tribunal Supremo*, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punto 7).

¹⁸ Sentenza *Sala Especial*, art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del *Tribunal Supremo*, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punto 10).



alla violenza; varie intercettazioni telefoniche tra militanti di ETA/Batasuna ⁽¹⁹⁾.

L'esame degli allegati probatori, a cui è stata aggiunta la considerazione che il numero dei candidati indipendenti presenti nelle varie liste elettorali era maggiore rispetto a quelli scelti dai singoli partiti, ha portato il Collegio a ritenere idonee e sufficienti le presunzioni di prova presentate dai ricorrenti ⁽²⁰⁾ e, pur prendendo atto delle dichiarazioni, effettuate dalle forze politiche convenute, in occasioni pubbliche e ufficiali, sul rifiuto della violenza politica e sulla condanna al terrorismo ⁽²¹⁾, a riconoscere come validi i postulati dell'Avvocatura dello Stato e del Ministerio Fiscal in merito all'illiceità della stesse e alla violazione dell'art. 44 c.4 della LOREG.

In altri termini il TS ha riconosciuto la coalizione "BILDU – Eusko Alkartasuna (EA) / Alternatiba Eraikitzen" come parte di un unico progetto politico fatto valere dal gruppo terroristico indipendentista ⁽²²⁾.

Voto contrario a tale decisione è stato sottoscritto da un numero consistente di giudici, tra i quali sei hanno optato per il totale rigetto dei ricorsi e uno ha ritenuto più adeguato un accoglimento parziale, limitando l'esclusione solo a quei partiti formati interamente da candidati indipendenti.

Tutti i giudici dissenzienti, pur concludendo in maniera diversa sull'esito finale del processo, hanno ritenuto che,

¹⁹ Sentenza *Sala Especial*, art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del *Tribunal Supremo*, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punto 11).

²⁰ Sentenza *Sala Especial*, art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del *Tribunal Supremo*, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punto 12).

²¹ Sentenza *Sala Especial*, art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del *Tribunal Supremo*, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punto 13).

²² Sentenza *Sala Especial*, art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del *Tribunal Supremo*, del 1 maggio 2011 (*fundamentos de derecho* punto 15).



trattandosi di restrizioni a diritti fondamentali, affinché possa considerarsi provata la successione nell'attività di partiti illegali, non può essere sufficiente il mero sospetto.

È stata riscontrata l'assenza di una dimostrazione che permetta di eliminare ogni ragionevole dubbio sulla sussistenza dei legami illeciti. La differenza tra la posizione maggioritaria e quella minoritaria si basa esclusivamente sulla graduazione dell'entità del "sospetto" ritenuta necessaria per giustificare una compressione dei diritti fondamentali dei singoli soggetti candidati.

3. Avverso la sentenza de qua i rappresentanti della coalizione elettorale hanno proposto ricorso de amparo ⁽²³⁾ innanzi al

²³ La possibilità di adire il Giudice costituzionale mediante ricorso diretto è prevista, nella Costituzione spagnola del 1978, dagli artt. 53, 2° c., e 161, 1° c., lett. b), con la finalità di garantire, innanzi al Giudice di cui trattasi, una protezione costituzionale dei diritti fondamentali. Sulla giurisdizione del TC nella CE e, in particolare sul ricorso di *amparo*, si veda: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Espana, Civitas, 1985; F. RUBIO LLORENTE – M. ARAGÓN REYES, *La giurisdizione costituzionale nella Costituzione spagnola del 1978*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA – A. PREDIERI (a cura di), Milano, Giuffrè ed., 1982; M. LEÓN ALONSO, *Las agrupaciones de electores como forma de participación política en el sistema electoral español: garantías y límites del derecho de sufragio pasivo*, consultabile on line all'indirizzo web <http://www.letrasjuridicas.com>; L. MARTÍN REBOLLO, *La vía judicial previa al recurso de amparo Constitucional*, in *Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, vol. II, pp. 1667-1709; G. ROLLA, *L'interpretazione adeguatrice tra Tribunale Costituzionale e Giudici comuni in Spagna*, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1865. Sulla possibilità, nello specifico, di adire il TC, mediante *recurso de amparo*, per le vertenze aventi ad oggetto le candidature delle coalizioni elettorali si veda, *ex multis*, M. A. PRESNO LINERA, *El Tribunal Constitucional como segunda instancia electoral en los amparos enterpuestos por las agrupaciones de lectores a las que se refiere el art. 44.4 LOREG: la STC 85/2003, de 8 de mayo*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2° semestre 2003-1° semestre 2004, pp. 587-605.



Tribunal Constitucional ⁽²⁴⁾, denunciando violazione del diritto di partecipazione politica (art. 23 CE) in relazione con la libertà ideologica ⁽²⁵⁾ (art. 16 CE), con la libertà d'espressione (art. 20, c.1, lett. a) CE), con il diritto di associazione (art. 22 CE) e con gli artt. 10 e 11 della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU).

I giudici, ricollegandosi alla giurisprudenza pregressa, hanno sottolineato, sin da subito, le difficoltà connaturate nell'analisi delle fattispecie relative al contenzioso elettorale, sia per la loro particolare complessità sia per il breve lasso di tempo entro il quale la decisione deve, secondo l'art. 49 della LOREG ⁽²⁶⁾, essere resa (il ricorso deve essere proposto nel termine di due giorni a decorrere dalla sentenza del TS e il TC deve deciderlo nei tre giorni seguenti).

²⁴ Per un'esauritiva analisi della sentenza *de qua* si veda, *ex multis*: M. IGLESIAS BÁREZ, «El caso Bildu»: *continuidad y ruptura en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ilegalización de formaciones políticas*, UNED *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 555-578; J. M. CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, *op. cit.*; J. TAJADURA TEJADA, *El caso Bildu: un supuesto de extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, Septiembre / Diciembre 2011, pp. 1431-1475; E. VÍRGALA FORURIA, *op. cit.*

²⁵ Il concetto di *libertad ideológica* di cui all'art. 16 c.1 CE, è stato mutuato dall'art. 4 c. 1 del *Grundgesetz* di Bonn. È stata definita dal TC come il diritto di adottare una determinata posizione intellettuale su quanto concerne la vita, a rappresentare la realtà secondo personali convinzioni e ad avere uno spazio per agire, secondo le proprie idee, senza subire la costrizione o l'interferenza da parte della pubblica autorità. Cfr. Tribunal Constitucional Español. Sentencia 120/1990, de 27 de junio de 1990 (*fundamento jurídico* 10).

²⁶ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 2).



Sull'argomento si è instaurato un dibattito finalizzato a trovare un contemperamento tra le esigenze di celerità e quelle di garanzia di un pieno diritto alla difesa processuale.

In dottrina è stato sostenuto ⁽²⁷⁾, ad esempio, che la brevità del tempo concesso, per la proposizione del ricorso e per la decisione, e la concentrazione delle fasi processuali non sarebbero appropriati per verificare la sussistenza dei presupposti di un'eventuale successione fraudolenta fra un partito politico illegalizzato e una coalizione elettorale.

Tuttavia le particolari esigenze di celerità sottostanti ad un pronuncia in materia di contenzioso elettorale non possono non richiedere termini molto brevi. Un processo che dovesse protrarsi per un tempo eccessivamente lungo potrebbe andare a minare lo stesso interesse della parte ricorrente ad agire in giudizio.

A ciò bisogna aggiungere che, come ribadito nella STC Bildu, a decorrere dalla sentenza del TC n. 5/2004, la cognizione del TC deve limitarsi alla verifica dell'eventuale ragionevolezza ("irracionalidad") e arbitrarietà ("arbitrariedad") della esclusione dalle elezioni del partito ricorrente e se, quindi, l'analisi degli elementi probatori effettuata dal TS rispetti tale diritto ⁽²⁸⁾.

Una siffatta valutazione deve essere conclusa allo stato degli atti e può essere fatta nei tre giorni concessi dall'art. 49 c.4 della

²⁷ Cfr. M. IGLESIAS BÁREZ, *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento español*, Granada, Comares, 2008, p. 321 e ss..

Favorevole ad una riforma della LOREG, in relazione alla brevità dei termini processuali, M. A. PRESNO LINERA, *op. ult. cit.*, pp. 603 e ss., *contra*, invece, M. I. SERRANO MAÍLLO, *Agrupaciones de electores y la posible continuidad de partidos políticos ilegalizados por partes de éstas*, in *Teoría y realidad constitucional*, num. 16, 2005, pp. 437 e ss.

²⁸ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 4).



LOREG, pur potendo derivare da un esame analitico dei singoli documenti probatori e non da una mera valutazione complessiva degli stessi.

In virtù di quanto affermato la ristrettezza dei termini, pur potendo concretizzarsi in un ostacolo ad un'esaustiva cognizione dei giudici, deve essere concepita come una garanzia posta nell'esclusivo interesse del ricorrente in amparo.

Orbene l'irragionevolezza e l'arbitrarietà possono essere valutate solo rapportando la pronuncia del TS ai criteri in base ai quali un giudice può impedire la presentazione di candidature elettorali.

Secondo il TC, in ossequio a quanto già affermato nella precedente sentenza n. 85/2003, ossia la prima di una serie di pronunce mediante le quali, a decorrere dall'emanazione della LOPP nel 2002, il TC spagnolo ha giudicato sulla legittimità dei partiti politici ⁽²⁹⁾, ciò è possibile quando sussistano, anche disgiuntamente, alcuni elementi: una somiglianza sostanziale di struttura, organizzazione e funzionamento; una somiglianza

²⁹ Sulla giurisprudenza spagnola in merito si veda: L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *De nuevo sobre el entorno de ETA*, in *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, N° 149, 2011, pp. 155-181; B. ALÁEZ CORRAL, *Libertad de expression e ilegalización de partidos políticos*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, novembre 2012, núm. 15, pp. 25-45; M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo nel biennio 1999-2000*, in *Giur. cost.*, 2001, 05, 3445; M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo nel biennio 2003-2004*, in *Giur. cost.*, 2005, 05, 4331; M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo nel biennio 2005-2006*, in *Giur. cost.*, 2007, 05, 3839; G. ORMAZÁBAL, *El conflicto entre el parlament Basc i el Jutge garzón al voltant de la suspensió del grup parlamentari Araba, Bizkaia ETA Gipuzkoako Sozialista Abertzaleak*, in *del Dret.*, pp. 14-15; A. GRATTERI, *Come si protegge la democrazia? Il caso Batasuna e la Costituzione spagnola*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2002, pp. 1719-1724; A. MASTROMARINO, *Spagna: una democrazia "quasi protetta"? La legge organica n. 6 del 2002 e la questione nazionale nei Paesi Baschi*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004.



concernente le persone che compongono o rappresentano, sotto qualsiasi forma, i partiti; una presenza di medesimi mezzi di finanziamento; qualsiasi altra circostanza che possa essere rilevante al fine di dimostrare la volontà di sostegno al terrorismo o, in generale, alla violenza ⁽³⁰⁾.

Quest'ultimo elemento, però, non può portare a confondere l'ideologia di un partito con i mezzi utilizzati per difenderla, per non incorrere nel rischio di violare il diritto alla libertà d'ideologia, di cui all'art. 16 CE, pregiudicando anche i soggetti che non utilizzino metodi violenti ⁽³¹⁾.

Il concetto era già stato affermato dal TC nella sentenza n. 48/2003, nel corso di un giudizio avente ad oggetto l'incostituzionalità della LOPP e la libera diffusione delle idee.

I giudici, pronunciandosi a seguito di ricorso proposto dal Governo Basco, hanno ritenuto che la CE non esclude a priori nessuno scopo, fatta esclusione per quelli contrari ai principi democratici o ai diritti fondamentali. Ciononostante è la stessa LOPP a prevedere un regime giuridico differente per i partiti, giacché gli stessi dovrebbero essere considerati alla stregua di organismi fondamentali per il funzionamento del sistema democratico e, in quanto tali, sottoposti a maggiori limitazioni e controlli.

Sulla necessità di garantire una netta linea di demarcazione tra le idee di un partito e i mezzi utilizzati per promuoverle è possibile scorgere un'analogia con la sentenza del 1956 del Bundesverfassungsgericht ⁽³²⁾ (BVerfG) tedesco sulla illegalizza-

³⁰ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 3).

³¹ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 6).

³² In merito si veda S. MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco*, Giuffrè, Milano,



zione del Kommunistische Partei Deutschlands (KPD), nella quale è stato affermato che, nonostante l'art. 21 del Grundgesetz imponga il rispetto di tutti i principi tipici di una società democratica, un'esclusiva opposizione ideologica non può essere considerata sufficiente se a questa non si affiancano effettivi indizi volti a dimostrare un realistico, anche se solo potenziale, intento demolitorio dei principi della Costituzione di Bonn.

Al fine di verificare la sussistenza dei predetti elementi indispensabili per impedire la presentazione della candidatura, il TC ha effettuato un'analisi dettagliata ed individualizzata dei singoli allegati probatori, rapportandoli al valore da questi assunto per il TS e verificando se gli elementi da quest'ultimo posti a fondamento della decisione potessero assumere effettivamente valore indiziario.

Secondo autorevole dottrina ⁽³³⁾ il TC avrebbe travalicato le proprie competenze e violato l'art. 117 c. 3 della CE ⁽³⁴⁾. Nello specifico i giudici costituzionali non avrebbero dovuto esaminare individualmente le singole prove, ma valutarle globalmente, a maggior ragione tenendo conto del presunto utilizzo della tecnica del levantamiento del velo.

Tale prospettazione non è tuttavia condivisibile. La Constitución española del 1978 ha disciplinato separatamente il

1991; R. FERRUCCI, *Considerazioni in merito all'interdizione del partito comunista tedesco*, in *Dem. Diritto*, 1967.

³³ Cfr. M. IGLESIAS BÁREZ, «El caso Bildu»: continuidad y ruptura en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ilegalización de formaciones políticas, in *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 568 e ss.

³⁴ La CE all'art. 117 c. 3 ha sancito che «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».



potere giudiziario, composto da giudici e Tribunali (artt. da 117 a 127 CE) e il TC (artt. da 159 a 165 CE). Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 117 cc. 3 e 4 CE, può esercitare solo le funzioni espressamente previste dalla legge. Tra queste l'ordinamento spagnolo ha previsto la possibilità di decidere sui ricorsi di amparo, ex art. 161, c. 1, lett. b) della CE, esperibili in caso di violazione dei diritti e delle libertà garantite dall'art. 53 c.2 CE. Dunque per valutare se il TS, giudicando in maniera arbitraria o irragionevole, abbia violato i diritti fondamentali dei ricorrenti deve essere effettuata una compiuta istruttoria, analizzando nuovamente, se necessario, tutti gli elementi probatori a propria disposizione.

Proprio partendo dall'analisi di quest'ultimi il Pleno ha ritenuto di effettuare alcune considerazioni sul «canone decisorio» adottato dal TS.

È stato, a questo punto, sottolineato che i vari documenti probatori allegati dall'Abogacía del Estado e dal Ministerio Fiscal nel processo innanzi al TS, avrebbero sostanzialmente sortito l'effetto di dimostrare con certezza solo ed esclusivamente la strategia dell'organizzazione terroristica, senza portare a ritenere sic et simpliciter il contrario, ossia che i partiti della coalizione abbiano avallato tale progetto ⁽³⁵⁾. Ciò risulterebbe confermato dalla firma da parte di tutti i candidati, "indipendenti" inclusi, di un documento di espresso rifiuto alla violenza terrorista.

È stata evidenziata l'opinabilità delle conclusioni a cui è giunto il TS ⁽³⁶⁾, criticando, in particolare, l'assunto secondo cui

³⁵ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 8).

³⁶ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 9 e 10).



l'assenza di connessioni tra i candidati e i partiti illegalizzati, asseritamente cercata in maniera consapevole da quest'ultimi, porterebbe a determinare la sussistenza di un indizio oggettivo. Il TC, infatti, ha affermato che non è in alcun modo ammissibile convertire l'inesistenza o l'insufficienza degli indizi soggettivi nella presenza di un indizio oggettivo.

Dopo aver esaminato il contenuto delle intercettazioni telefoniche, ipotizzato quale potesse essere la volontà degli interlocutori e affermato che il contenuto della maggior parte delle stesse risulta essere rivelatore esclusivamente della difficoltà nell'accettare da parte di taluni soggetti l'inclusione nelle candidature, i giudici costituzionali hanno concluso che «la simple sospecha no puede constituirse en argumento jurídicamente aceptable para excluir a nadie del pleno ejercicio de su derecho fundamental de participación política» ⁽³⁷⁾.

Hanno ritenuto, altresì, non provate le connessioni tra il movimento terroristico e la coalizione elettorale, accogliendo il ricorso sulla base della constatazione che, in sostanza, un pieno ed esaustivo rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dalla CE impone l'impossibilità di una compressione degli stessi a fronte di un mero sospetto.

La decisione è stata adottata con sei voti favorevoli e cinque contrari. I giudici dissenzienti hanno mostrato la propria adesione alla scelta del TS di proibire alla coalizione di partecipare alle elezioni. Nello specifico, hanno reputato che il TC abbia travalicato le proprie funzioni costituzionali nel punto in cui riesamina tutte le prove già analizzate dal TS ponendosi, di fatto, come un nuovo Tribunale d'appello.

³⁷ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 13).



4. Le ragioni sottese ad un'eventuale dichiarazione di illegittimità di partiti politici e/o di coalizioni elettorali, quale su tutte la necessità di garantire la sicurezza della collettività e dello Stato generalmente inteso, per quanto condivisibili e ineludibili, specie in determinati contesti storico-sociali, devono incontrovertibilmente conciliarsi con i principi fondanti di un ordinamento democratico.

In altri termini, al fine di operare un bilanciamento tra le esigenze di repressione di potenziali e/o attuali fonti di pericolo per la collettività e la necessità di garantire le libertà di associazione, di partecipazione politica, di pensiero e di espressione e difendere, sotto tutti gli aspetti, la democrazia, l'organo giudiziario cui è demandata la decisione sulla legittimità di un partito politico o di una coalizione elettorale deve disporre l'illegalizzazione o l'annullamento della proclamazione delle candidature per una specifica consultazione elettorale solo quando gli elementi probatori siano sufficienti a dimostrare la violazione delle disposizioni normative in materia.

La presenza, in entrambe le decisioni, di un notevole numero di posizioni dissenzienti porta a ritenere che il confine tra un semplice sospetto, in quanto tale insufficiente, così come dichiarato nella STC Bildu, e un grado di convinzione sufficiente per una dichiarazione di illegalità risulta essere molto labile, specie in considerazione del breve lasso di tempo cui dispongono i giudici, a causa della celerità del processo di contenzioso elettorale, per la valutazione delle prove stesse. In virtù di quanto detto è considerata anche la forte influenza esercitata dai partiti nel procedimento di nomina dei singoli



membri del TC ⁽³⁸⁾, forte è il rischio che i singoli giudici nell'esprimere il proprio voto possano farsi guidare da criteri di appartenenza politica piuttosto che da valutazioni di ordine giuridico ⁽³⁹⁾.

Per ovviare a tale situazione e garantire un contrasto efficace al terrorismo e un'effettiva tutela dei diritti fondamentali dell'individuo bisogna interpretare la LOPP nel senso di permettere la possibilità di illegalizzare i partiti politici solo a fronte di un esplicito ed evidente intento di perseguire finalità contrarie all'ordinamento.

Coerentemente con quanto affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la sentenza del 31 luglio 2001 (caso *Refah partisi et autre c. Turquie*) ⁽⁴⁰⁾, deve essere tenuta ben

³⁸ Il TC, ai sensi dell'art. 115 della CE, consta di dodici membri, tutti solo formalmente nominati dal Re, di cui quattro designati su proposta del Congreso con la maggioranza dei tre quinti dei componenti, quattro su proposta del Senado con la stessa maggioranza, due su proposta del Governo e due su proposta del Consejo General del Poder Judicial,

³⁹ Sull'indipendenza del TC spagnolo e sull'influenza che sullo stesso ha assunto il potere politico si veda, *ex multis*, A. MASTROMARINO, *La mala temporada del Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica*, in *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*. M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), Giappichelli ed., 2011, pp. 217 - 240.

⁴⁰ Sentenza Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autre c. Turquie*, Strasburgo 31 luglio 2001, *Requêtes* n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.

Per un'esauritiva analisi della giurisprudenza sul tema della Corte EDU si veda: L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el entorno de ETA*, in *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, N° 2010, 2010, pp. 117-158; J. TAJADURA TEJADA, *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos*, consultabile on-line all'indirizzo web <http://www.juridicas.unam.mx>, 2008, pp. 1431-1475; G. FONTANA, *La tutela costituzionale della società democratica tra pluralismo, principio di laicità e garanzia dei diritti fondamentali. (La Corte europea dei diritti dell'uomo e lo scioglimento del Refah partisi)*, in *Giur. cost.*, 2002,



distinta l'attività del partito rispetto a quella dei singoli individui. Il giudice europeo pur ritenendo che, in estrema sintesi, un partito politico, i cui rappresentanti esortano alla violenza e/o propongono un progetto politico che viola i principi democratici o che mira alla distruzione degli stessi, non può avvalersi della protezione della Convenzione contro le sanzioni inflitte da un giudice del proprio paese di appartenenza, ha evidenziato che, qualora i motivi addotti per sostenere l'illegalizzazione di un partito non riguardano il programma e le attività dello stesso, ma piuttosto azioni o dichiarazioni di singoli leader o membri, le ragioni giustificatrici della decisione di sciogliere l'intero gruppo devono essere particolarmente convincenti e interessanti. Ciò a maggior ragione quando gli atti o le dichiarazioni prese ad oggetto non siano collegati in termini di tempo o di luogo, ma siano solo isolati eventi verificatisi in contesti molto differenti.

22

In altri termini la LOPP deve essere interpretata nel senso di rendere possibile lo scioglimento solo di quei partiti politici che si dotino di un'organizzazione interna contraria ai principi democratici o che perseguano scopi palesemente contrari all'ordinamento spagnolo, specie in considerazione della circostanza che un gruppo terroristico che voglia assicurarsi una presenza istituzionale potrebbe porre in essere diverse

1, 379; I. SERRANO MAÍLLO, *El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 579-596; L. MELICA, *Il processo di integrazione europeo tra ordinamento statale incompiuto e Costituzione <<incerta>>*, in *Giur. cost.*, 2005, 2, 1443; L. FERRARO, *La cooperazione "anomala" nello Stato composto spagnolo. Analisi comparata dei rapporti tra autonomie territoriali e Unione Europea*, in *Collana di Studi italo-spagnoli*, Napoli, Ed. Scientifica, 2010; R. IBRIDO, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo appoggia l'indirizzo del Tribunale Costituzionale spagnolo in merito all'annullamento delle candidature di ANV*, consultabile on-line all'indirizzo web <http://www.dpce.it/online>, 2011-1.



strategie finalizzate a non far trasparire i propri legami con i singoli soggetti candidati o con gli stessi partiti. La possibilità di escludere la coalizione elettorale, come affermato nella sentenza in epigrafe, continuerebbe a sussistere anche in caso di accoglimento del ricorso, in ossequio a quanto disposto dagli artt. 49 c.5 e 108 c. 4-bis della LOREG. Il primo, infatti, ha sancito la possibilità di esperire ricorso di contenzioso elettorale anche durante la competizione elettorale, mentre il secondo ha disposto che, a partire dal momento della votazione sino alla proclamazione degli eletti, è possibile presentare innanzi alla Sala Especial del TS uno scritto motivato, annunciando la presentazione della domanda di illegalizzazione e sollecitando la sospensione cautelare della proclamazione degli eletti ⁽⁴¹⁾. Qualora, invece, un partito si doti di una struttura interna democratica ed esteriormente manifesti il proprio incondizionato contrasto alle organizzazioni terroristiche si deve invalidare esclusivamente la proclamazione delle candidature dei singoli individui che siano stati condannati, con sentenza passata in giudicato, per reati legati al terrorismo.

⁴¹ Tribunal Constitucional Español (Pleno). Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011 (*fundamentos jurídicos* 5).



RECENSIONI

G. Bonvicini, cur., *L'unione Europea attore di sicurezza regionale e globale*, Quaderni del centro Altiero Spinelli, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 164

L'Unione Europea come attore di sicurezza globale e non più solo regionale. Da questo presupposto nasce il lavoro curato da Gianni Bonvicini. Lo studioso e ad altri quattro autori, Benedetta Voltolini, Michele Comelli, Nathalie Tocci e Nicoletta Pirozzi, si interrogano sulla vera natura dell'Unione Europea e sugli strumenti che quest'ultima ha a disposizione per interagire in un quadro internazionale sempre più dinamico ed impegnativo.

Alla luce delle oltre venti missioni civili e militari realizzate dall'Unione Europea nelle aree più critiche del mondo, nel volume si analizzano le modalità di azione dell'UE in termini militari, civili, economici e politici. Il crescente ruolo di attore di sicurezza internazionale, assunto dall'Unione, pone gli studiosi ad interrogarsi sul legame fra immagine civile e militare dell'Unione stessa, sulla questione della legittimazione, sulle capacità militari ed infine sul rapporto tra l'Unione e gli altri attori internazionali.

Nella prima parte, Gianni Bonvicini e Benedetta Voltolini compiono un'attenta disamina storica della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) e della Politica Estera, di Sicurezza e di Difesa (PESD), nonché dei recenti approcci teorici in materia.

Il concetto di politica estera europea, ossia la Cooperazione Politica Europea (CPE) in netto contrasto con le logiche

affendenti alla CEE, nasce a L'Aia il 1 e il 2 dicembre 1969, in occasione di un Vertice tra i Capi di Stato e di governo dei sei Paesi fondatori della CEE. Nei suoi primi anni di vita (1970 - 1986) la CPE null'altro era che un metodo di cooperazione informale, basato su protocolli di intesa o dichiarazioni di intenti. Solamente a partire dal 1986, in occasione della firma dell'Atto Unico Europeo, l'attività della CPE venne istituzionalizzata e inserita nell'articolo 30 dell'Atto, risolvendo, almeno in parte, lo storico contrasto esistente tra la CE e la stessa CPE. Nacque quindi una bozza di quello che sarebbe poi divenuto, dopo la firma del Tratto di Maastricht, il II pilastro dell'Unione Europea, ossia la PESC. Partendo dal 1969 e passando per Maastricht (1992), per Amsterdam (1997), per Nizza (2000) e giungendo a Lisbona (2009), si delineano le fasi di sviluppo della politica estera e di sicurezza dell'Unione. Gli articoli 3, 21, 27 e 47 del TUE: definiscono i principi fondamentali cui risponde l'azione esterna dell'Unione (promotrice nel mondo dei propri valori e interessi), assicurano all'Unione stessa una personalità giuridica (rendendola così in grado di stipulare accordi internazionali vincolanti per sé e per i suoi stati membri), istituiscono un Servizio Europeo per l'Azione Esterna ed incrementano i poteri dell'Alto Rappresentante (responsabile sia per la Politica estera e di sicurezza comune, sia per la Politica di sicurezza e di difesa comune).

Il secondo saggio di Benedetta Voltolini propone una breve panoramica dell'approccio razionalista e costruttivista allo studio della Politica Estera Europea. Dal testo emerge in tutta chiarezza come non vi sia una definizione universalmente

accettata della PEE e come del resto questo determini una oggettiva difficoltà nel confrontare le varie teorie elaborate. L'autrice però tende a rimarcare come questa situazione non sia da intendersi in maniera assolutamente negativa ma abbia, bensì, dei risvolti positivi. La ricchezza di approcci e la mancanza di termini definitivi universali permette, infatti, di avere un quadro molto ricco e, seppur complesso, completo sul tema della politica estera europea.

La parte seconda del volume, relativa alle politiche e agli strumenti dell'Unione europea, è articolata in quattro capitoli. Il primo, scritto da Michele Comelli, analizza gli strumenti adottati dall'Unione Europea al fine di stabilizzare le aree limitrofe. L'Unione Europea, soprattutto all'indomani della caduta del muro di Berlino, è divenuta infatti un attore di sicurezza anche al di fuori dei confini dei suoi Stati membri, dovendo affrontare la complessa tematica della stabilità dei Paesi appartenenti all'ex blocco sovietico. Le strategie adottate dalla CEE per far fronte alla nuova situazione furono di due tipi: *a)* partenariato e cooperazione per i Paesi che erano stati Repubbliche federate; *b)* adesione all'Unione per gli Stati più contigui ai confini comunitari.

Politica Europea di Vicinato (PEV) e allargamento sono state dunque le parole chiave che hanno contraddistinto l'agire dell'Unione a partire dal 1989. In soli quattro anni (2004-2007) ben dieci Paesi dell'Europa centro-orientale hanno aderito all'Unione spostando così, di fatto, il baricentro europeo verso Est e donando una nuova fisionomia geopolitica. L'allargamento, voluto e promosso dall'Unione al fine di stabilizzare l'Europa centro-orientale, fu espletato grazie ad una

serie di strumenti giuridici (ad esempio partenariati di adesione, valutazioni annuali e finanziamenti per la pre-adesione) messi a punto già a partire dal Consiglio Europeo di Copenhagen nel 1993. Gli obiettivi della PEV erano comunque duplici: se da un lato, infatti, si intendeva garantire benefici ai Paesi vicini e prevenire situazioni di instabilità, dall'altro si voleva evitare l'adesione di Paesi molto lontani dagli *standard* europei.

Se dunque fino al 2007 l'allargamento venne utilizzato come strumento di stabilità, volto a creare una c.d. "comunità di sicurezza" (ossia un gruppo di Stati integrati e che consideravano la guerra uno strumento obsoleto per la risoluzione dei conflitti), fu a partire dal 2008 che l'Unione dovette escogitare nuovi strumenti che perseguissero lo stesso obiettivo della PEV, ma che non implicassero necessariamente l'allargamento. Non solo: aree limitrofe diverse implicano strategie diverse. La PEV rivolta al medio oriente differisce, infatti, da quella incentrata ad interagire con i Paesi appartenenti all'area ex-Sovietica. Proprio a tal proposito, il saggio in questione, redatto nel 2009, non tiene conto degli sviluppi derivanti dalla c.d. primavera araba e risulta, quindi, in parte anacronistico.

Nel capitolo successivo, la studiosa Nathalie Tocci, analizza gli strumenti e le modalità adottate dall'UE nella prevenzione e risoluzione dei conflitti. La promozione dei diritti umani, la democrazia, lo stato di diritto, il buon governo e lo sviluppo economico, sono gli obiettivi che l'Unione intende perseguire quando attivamente impegnata in teatri instabili. Ma a caratterizzare maggiormente l'operato internazionale dell'UE è il *peacebuilding*, ossia il desiderio di creare le condizioni per una

pace duratura attraverso interventi finalizzati alla costruzione dello Stato e allo sviluppo politico, sociale ed economico dello stesso. Nel perseguire tale obiettivo l'UE, oltre a stabilire una cornice legale entro la quale agire, interviene solitamente anche attraverso degli strumenti di intervento esterni. Il primo di questi consiste nel tentativo di far accrescere le competenze allo Stato interessato dall'intervento europeo, fornendo un supporto tecnico e finanziario (sono stati all'uopo istituiti il Fondo Europeo di Sviluppo, lo Strumento di assistenza di preadesione e lo Strumento europeo di vicinato e partenariato). Qualora il conflitto, nonostante sia stato garantito il supporto di cui sopra, non accenni ad arrestarsi, l'UE ha escogitato altri tre meccanismi, volti alla promozione del *peacebuilding*, che differiscono tra loro per il grado di coercizione insito negli stessi. Lo strumento meno vincolante, ma in grado di fornire effetti più duraturi nel tempo, è rappresentato dalla c.d. socializzazione. Tale strategia prevede la realizzazione di contatti istituzionali, politici, economici e sociali tra l'UE e lo Stato terzo, volti alla promozione dei diritti fondamentali. Tali "dialoghi" sono attualmente intrattenuti dall'Unione con la Cina, Angola, Botswana, Burkina Faso, Congo, Gabon, Ghana, Kenya, Mauritania, Mozambico, Nigeria, Senegal, Sud Africa, Swaziland, Uganda e Zimbabwe. Naturalmente la buona riuscita di questo tipo di strategia dipende dalla natura dei contatti; un rapporto labile e saltuario, infatti, difficilmente aiuterà la diffusione del rispetto dei diritti umani nei Paesi terzi. Secondo strumento a disposizione dell'UE è la c.d. condizionalità che può essere positiva o negativa. In generale la condizionalità consiste nello stabilire un rapporto tra i vantaggi

offerti in questo caso dall'UE e l'adempimento di obblighi da parte degli Stati terzi. Poter accedere a dei Fondi europei, avere un rapporto economico privilegiato, piuttosto che essere destinatari di programmi di cooperazione, rappresentano alcuni dei vantaggi che l'UE mette a disposizione dei Paesi terzi, a condizione che questi ultimi rispettino delle richieste mosse dall'Unione stessa, volte alla tutela dei diritti fondamentali, nonché alla stabilizzazione politica del Paese. Terzo ed ultimo meccanismo, consiste nell'applicazione passiva delle regole. Quest'ultima è ovviamente la strategia più vincolante, risponde ad una chiara logica punitiva e viene solitamente messa in atto quando l'obiettivo dell'Unione europea è quello di far aderire il paese terzo all'Unione stessa. Una volta esaminate le strategie e gli strumenti a disposizione dell'UE, l'autrice si interroga sulla effettiva capacità dell'Unione di promuovere la pace. L'efficacia di una politica di *peacebuilding* ovviamente dipende dalla consistenza dei benefici proposti e dai guadagni che i Paesi terzi possono concretamente ottenere rispettando le condizioni imposte dall'Unione, ma ad incidere sul successo è sicuramente anche la credibilità stessa dell'Unione e quanti benefici, in situazioni analoghe e precedenti, quest'ultima abbia saputo assicurare.

Gli ultimi due capitoli sono a cura di Nicoletta Pirozzi ed esaminano non solo il sistema di gestione delle crisi, ma anche le modalità adottate dall'UE al fine di interfacciarsi con altre istituzioni internazionali sia globali sia regionali.

Tutte le strutture preposte alla gestione delle crisi fanno capo al Consiglio dell'Ue. La prima, che svolge un ruolo fondamentale, poiché deputata ad elaborare le politiche esterne

dell'Unione, sempre secondo le linee strategiche dettate dal Consiglio stesso, è il Consiglio Affari Esteri (CAE). Il CAE, oltre ad essere attore principale nella PESC e PESD, cura le questioni commerciali dell'UE, gli aiuti allo sviluppo e coordina gli interventi umanitari. Tale Consiglio, composto dai ministri degli affari esteri dei Paesi membri, è presieduto dall'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza che riveste al contempo anche il ruolo di vice Presidente della Commissione Europea. All'interno del CAE il lavoro viene suddiviso tra vari comitati e gruppi di lavoro quali, ad esempio, il COREPER (Comitato dei rappresentanti permanenti), l'EUMC (Comitato militare dell'UE), il CIVCOM (Comitato incaricato degli aspetti civili della gestione delle crisi), il RELEX (Gruppo di consiglieri per le relazioni esterne) ed infine il Gruppo politico-militare.

Altro organo preposto alla gestione della politica estera dell'UE è lo Stato maggiore, composto da personale militare distaccato dai vari Stati membri ed incaricato di attivare la c.d. allerta rapida, valutare le situazioni sul terreno e pianificare strategicamente le missioni UE.

Omologo civile allo Stato maggiore è il CPCC, ossia la Capacità civile di pianificazioni e condotta (CPCC).

Ovviamente un ruolo attivo viene svolto anche dallo stesso Parlamento europeo (preposto ad approvare il bilancio PESC) e dalla Commissione (chiamata a gestire i fondi stanziati dal Parlamento).

Come sottolinea l'autrice, nonostante l'UE si sia dotata di tutti questi organi per la gestione delle crisi internazionali, l'argomento rimane tuttora in divenire, lasciando così aperti

molti interrogativi. Solamente il tempo saprà infatti indicarci se il nuovo Alto Rappresentante sarà in grado di fornire all'UE la forza politica necessaria al fine di confermare o meglio affermare il ruolo globale dell'Unione.

L'ultimo capitolo analizza infine i rapporti che intercorrono tra l'UE e altre organizzazioni quali le Nazioni Unite, la NATO e l'Unione Africana.

Per quanto concerne le NU, influisce negativamente sul peso dell'UE la mancanza di un seggio unico per l'Unione all'interno del Consiglio di Sicurezza. La proposta italiana formulata nel 1993 di istituire per l'appunto un seggio unico non ha trovato seguito, a causa delle perplessità sollevate dalla Francia e dal Regno Unito, intimorite dall'ipotesi di dover rinunciare al loro ruolo permanente e dalla Germania che da anni aspira ad entrare nel Consiglio di sicurezza. Tale proposta è dunque stata abbandonata e si attende che l'ONU decida di cambiare la propria Carta che ad oggi permette esclusivamente agli Stati di diventare membri dell'Organizzazione.

La mancanza di un seggio non ha però impedito all'UE di cooperare con l'ONU. La cooperazione con l'Organizzazione rappresenta, infatti, un aspetto integrante della politica di sicurezza e difesa europea e si è articolata sia in ambito militare sia civile.

Integrazione economica e difesa militare dell'Unione sono invece da sempre stati gli obiettivi affidati rispettivamente all'UE e alla NATO. Dopo la caduta del muro di Berlino, però, i compiti e le aree geografiche di intervento sono mutati e le competenze delle due organizzazioni hanno iniziato a convergere ed a sovrapporsi. Ad oggi, quindi, permane una

situazione di incertezza su quali siano esattamente i compiti e il raggio di azione rispettivamente dell'UE e della NATO.

I rapporti tra l'UE e le altre organizzazioni internazionali sono dunque in divenire.

In conclusione, il volume risulta molto interessante ed utile per chiunque volesse affrontare l'importante questione della politica estera europea. Tale tematica viene infatti molto approfondita, fornendo un quadro storico-teorico-politico completo e chiaro.

Lisa Mannello

