



ANNO II, N. 4, 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

Note

L'iniziativa legislativa popolare nell'Unione Europea
di Caterina Bova

*Collaborazione istituzionale per la formazione in materia di salute e sicurezza
sul lavoro*
di Giuditta Occhiocupo

Osservatori

*Il "caso Sallusti": la stampa che diffama, la legge che incarcera e il
Parlamento che (non) decide*
di Matteo Timiani

*Libertà politiche, ordine pubblico e human rights nella crisi globale: il
"diritto alla protesta" nel caso "Occupy London" davanti alle Corti
britanniche*
di Gaetano Marzulli

*Violazione procedurale del divieto di tortura (Corte EDU, Otamendi
Eguiguren c. Espagne del 16 Ottobre 2012)*
di Massimo Pellingra Contino

Recensioni

*U. Villani, Dalla Dichiarazione Universale alla Convenzione Europea
dei Diritti dell'Uomo, Bari, Cacucci Editore, 2012*
di Giulia Colavecchio



NOTE



L'INIZIATIVA LEGISLATIVA POPOLARE NELL'UNIONE EUROPEA

1.Cenni introduttivi

«L'iniziativa introduce nell'Unione una forma di democrazia partecipativa del tutto nuova. Si tratta di un grande passo avanti per la vita democratica dell'Unione e di un esempio concreto di come è possibile avvicinare l'Europa ai cittadini. L'iniziativa contribuirà al dibattito transnazionale [...] e quindi, ci auguriamo, allo sviluppo di un vero spazio pubblico europeo».

1

Con queste parole Maroš Šefčovič, vicepresidente della Commissione europea e Commissario per le Relazioni interistituzionali e l'amministrazione, si compiaceva del risultato raggiunto e presentava il regolamento n. 211/2011, approvato il 16 febbraio u.s., concernente l'iniziativa dei cittadini europei.

L'attualità dell'argomento e la complessità delle questioni ad esso sottese, nonostante siano già passati alcuni mesi dall'approvazione del regolamento, consentono di dire che si tratta di una notizia importante. Ormai, infatti, sempre più spesso, a livello nazionale ma anche europeo, si sente parlare di *deficit di democrazia*, di *crisi del sistema rappresentativo*, di



necessità di *valorizzare la partecipazione dei cittadini*, argomenti diversi ma legati da un comune sentire: aprire uno spazio pubblico, coinvolgere di più ed in maniera più efficace i cittadini.

Essere finalmente giunti all'approvazione di un regolamento europeo che disciplini l'esercizio del diritto di iniziativa legislativa da parte dei cittadini è, dunque, un passo in avanti verso la consapevolezza che è ormai necessario ampliare la platea dei soggetti coinvolti - a vario titolo e con diverse forme - alla discussione relativa alla gestione della cosa pubblica.

La notizia appare ancora più rilevante, ad avviso di chi scrive, sia leggendo il testo del regolamento che, nel suo complesso - tenuto conto del delicato problema affrontato - si presenta come un provvedimento innovativo, sia analizzando i dati relativi all'utilizzo dell'istituto; dati che appaiono non solo interessanti ma anche incoraggianti.

2

La portata innovativa del regolamento è del resto giustificata da alcune delle norme in esso contenute, che si andranno via via ad esaminare, e che permettono finalmente di superare, almeno in parte, quegli ostacoli, veri o presunti, che sempre sono stati sollevati dai detrattori della partecipazione ed in particolare dell'istituto dell'iniziativa legislativa popolare.

2. Dal Trattato... al Regolamento

Il trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, prevede una *nuova* forma europea di partecipazione della popolazione alla politica dell'Unione, denominata *iniziativa dei cittadini*.



Il Trattato stabilisce che un milione di cittadini, appartenenti ad almeno un numero significativo di Stati membri, possa rivolgersi direttamente alla Commissione europea per chiedere la presentazione di una proposta di legge di loro interesse in un settore di competenza dell'UE¹. Per dare avvio all'esercizio di tale diritto, però, è stato necessario stabilire apposite norme, tramite le quali disciplinare modi e termini della procedura². Il regolamento, per l'appunto.

Il 16 febbraio 2011, il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea hanno finalmente licenziato il Regolamento n. 211/2011.

Prima di entrare nel merito delle disposizioni di cui al richiamato provvedimento n. 211, è bene ricordare qual è stato l'iter seguito ed il metodo prescelto dalle istituzioni europee per adottare il Regolamento in questione, anche perché il primo elemento di innovazione è proprio in ciò riscontrabile.

3

Il primo obiettivo della Commissione è stato innanzitutto quello di *informare*; per questo essa ha scelto di pubblicare il c.d. libro verde, nel quale sono stati illustrati gli aspetti giuridici, amministrativi e pratici che la normativa avrebbe dovuto disciplinare formulando, altresì, alcune domande alle quali le parti interessate avrebbero dovuto rispondere.

È stato dato avvio ad una consultazione pubblica, svoltasi dall'11 novembre 2009 al 31 gennaio 2010, il cui fine era quello di raccogliere pareri concernenti il funzionamento di tale diritto d'iniziativa da presentare alla Commissione che ne avrebbe

¹ Articolo 11, paragrafo 4 del Trattato sull'Unione Europea

² Articolo 11, paragrafo 4 del Trattato sull'Unione Europea e art. 24 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea



dovuto necessariamente tenere conto al momento della decisione.

La consultazione, com'è bene mettere in evidenza, ha registrato un'ampia partecipazione non solo di singoli cittadini ma anche di tutta la società civile, nonché dei portatori d'interesse di tutta l'UE. La Commissione, che per l'appunto, si era impegnata a tenere conto, nella fase di elaborazione della normativa, delle indicazioni emerse dalla consultazione, ha mantenuto la promessa.

Gli argomenti oggetto di dibattito e di consultazione pubblica riguardavano temi importanti, quali:

- numero minimo di paesi europei da cui i firmatari dovevano provenire;
- numero minimo di firmatari per paese;
- età minima dei firmatari;
- forma e formulazione di un'iniziativa dei cittadini;
- norme sulla raccolta, verifica e autenticazione delle firme;
- durata della raccolta delle firme;
- come registrare ufficialmente le iniziative;
- norme sulla trasparenza e i finanziamenti (valide per i promotori);
- eventuale limite di tempo per la risposta della commissione;
- cosa fare in caso di più iniziative sulla stessa materia.

Le questioni su cui la consultazione pubblica doveva trovare un accordo non erano, dunque, né poche né di scarso rilievo, e nonostante tutto si è riusciti nell'impresa. Pertanto, considerato che ogni nodo è stato *democraticamente* sciolto, la prima buona notizia è che è possibile immaginare di addivenire ad una decisione condivisa e partecipata senza per questo dover



scomodare, come i detrattori di questo istituto fanno, concetti e abitudini lontane nel tempo quale, per esempio, *l'agorà ateniese*.

3. L'iniziativa dei cittadini...europei

Il regolamento consente ad un milione di cittadini di almeno un quarto degli Stati membri dell'UE (che attualmente sono 27) di invitare la Commissione europea a proporre proposte di legge in settori di sua competenza.

I veri protagonisti dell'iniziativa sono i cittadini i quali devono *in primis* organizzarsi in comitati; il regolamento stabilisce che il comitato deve essere composto da almeno sette cittadini dell'Unione Europea ed i componenti devono risiedere in almeno sette diversi Stati membri (sono esclusi i membri del Parlamento europeo).

Riuscire a coinvolgere sette cittadini di sette Stati diversi non sarà operazione molto difficile, e soprattutto tale previsione appare apprezzabile in quanto tende a valorizzare la condivisione delle idee, la coesione sociale, la convergenza nella definizione delle iniziative da portare avanti. Pertanto, nonostante sia possibile presumere che si tratti di una norma che renderà più complesso il procedimento di presentazione di una proposta di legge da parte dei cittadini europei, si ritiene di accogliere positivamente nella convinzione che una proposta, condivisa e partecipata, assuma maggiore forza ed autorevolezza al momento della sua presentazione alla Commissione europea.

Il *comitato dei sette*, una volta costituitosi, avrà un anno di tempo per raccogliere le c.d. *dichiarazioni di sostegno*. Anche in



questo caso vale la pena precisare che sarà necessario raccogliere in sette Paesi membri un numero minimo di *dichiarazioni di sostegno* (ossia numero minimo di firmatari) pari ad almeno il numero degli europarlamentari eletti per tale Paese, moltiplicato per 750. La norma ha già individuato per ciascun Paese il numero delle dichiarazioni necessarie e tale elenco è disponibile in allegato al Regolamento. Per l'Italia il numero di firme necessario è pari a 54.000.

Una volta proposte le iniziative saranno iscritte in un registro elettronico messo a disposizione della Commissione la quale avrà due mesi di tempo per dare una risposta. La registrazione, infatti, può essere rifiutata solo se la composizione del comitato dei cittadini non risulta conforme alla normativa, se l'iniziativa è in aperto contrasto con i valori fondamentali dell'UE o non rientra nell'ambito in cui la Commissione è competente a presentare proposte legislative oppure se la proposta è manifestamente abusiva, futile o vessatoria.

Solo quando la Commissione avrà confermato la registrazione della proposta, gli organizzatori potranno procedere con la raccolta delle dichiarazioni di sostegno e, come già accennato, avranno a loro disposizione un anno di tempo. Le firme potranno essere raccolte su carta oppure *on-line*.

Proprio la raccolta *on-line* delle firme è uno degli aspetti innovativi del regolamento, in quanto consente di superare molti degli ostacoli che fino ad oggi hanno *limitato* il funzionamento dell'istituto dell'iniziativa legislativa, anche se non mancano aspetti di criticità.



Considerata la portata innovativa della previsione, la Commissione, a tal riguardo, ha deciso un attivo coinvolgimento degli Stati; ha, infatti, previsto che il sistema di raccolta *on-line* sia certificato da una Autorità nazionale che sarà poi la stessa a conservare i dati. Pertanto, gli organizzatori dovranno rivolgersi a siffatta Autorità *locale* per ottenere la certificazione dei dati raccolti per via telematica. Il soggetto competente avrà un mese di tempo, dalla ricezione della richiesta, per rispondere.

Gli scettici erano spaventati dagli adempimenti previsti in capo agli Stati mentre deve positivamente rilevarsi la celerità con cui si è provveduto. Per l'Italia l'ente competente alla certificazione dei sistemi di raccolta *on line* sarà l'Agenzia per l'Italia digitale (ex DigitPA). L'individuazione di questa struttura non è affatto casuale ma si inserisce in un più ampio processo di riorganizzazione dell'amministrazione digitale in corso in questo momento nel nostro Paese. L'obiettivo è quello di creare una grande struttura capace di rendere l'Italia competitiva nel settore dell'innovazione digitale; questa prospettiva consente di sperare che possano finalmente essere superati limiti e barriere all'utilizzo delle tecnologie nei processi democratici. Soddisfare questo primo adempimento previsto dalla Commissione era, dunque, molto importante in quanto esso consente all'istituto *de qua* di funzionare e permette di aprire una riflessione sui possibili utilizzi anche in Italia dei sistemi di raccolta *on line*, superando almeno in parte l'ostilità verso l'istituto l'iniziativa legislativa popolare.

In capo agli Stati non c'è solo l'obbligo di individuare l'Autorità competente alla certificazione ma devono



preoccuparsi anche che questo sistema sia allineato agli *standard* degli altri Paesi europei. Per aiutare gli organizzatori a mettere a punto il loro sistema di raccolta, la Commissione oltre a definire le specifiche tecniche necessarie ha elaborato un *software open source* che può essere utilizzato dagli organizzatori per raccogliere le dichiarazioni di sostegno via *web*. Il software messo a punto dalla Commissione risponde già ai requisiti funzionali e a livello applicativo delle specifiche tecniche. Fornisce tutte le funzionalità necessarie per la raccogliere online le dichiarazioni di sostegno, archiviare in modo sicuro i dati personali dei firmatari e inviare i dati alle autorità nazionali competenti per certificazione. Può essere facilmente configurato per qualsiasi proposta d'iniziativa poiché consente agli organizzatori di caricare tutte le informazioni relative all'iniziativa dall'account loro riservato sul sito web. Si tratta, tra l'altro, di un software che è possibile scaricare dal sito internet ufficiale [http://ec.europa.eu/citizens-initiative /public/software](http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/software).

A questo punto della procedura, la Commissione, cui è stata presentata ufficialmente l'iniziativa, dispone di tre mesi per esaminare la richiesta proveniente dai cittadini. È bene sottolineare che nei tre mesi a sua disposizione la Commissione sarà tenuta a ricevere gli organizzatori dell'iniziativa i quali hanno anche la possibilità di presentare la loro proposta in un'audizione pubblica organizzata dal Parlamento europeo. Altro elemento da sottolineare riguarda la previsione in base alla quale gli organizzatori sono tenuti a fornire informazioni sulle fonti di sostegno e di finanziamento dell'iniziativa. Anche questo aspetto non è da trascurare e ci vede d'accordo. Imporre



agli organizzatori di affrontare il problema della finanziabilità della proposta è certamente un modo per rendere responsabili e consapevoli i cittadini delle problematiche varie e complesse sottese alla realizzazione di pur auspicabili previsioni di legge. Una maggiore responsabilità in capo ai promotori consente, probabilmente, di arginare, per quanto possibile, movimenti populistici che appaiono molto distanti dal concetto di partecipazione qui analizzato e che è piuttosto inteso non in contrasto con la valorizzazione del sistema rappresentativo.

Una volta addivenuta ad una decisione, la Commissione avrà l'onere di illustrare, in un documento pubblico, le sue conclusioni sull'iniziativa motivando la sua decisione e presentando eventuali azioni che intenderà adottare.

Ultima questione da affrontare riguarda l'argomento dell'età dei sostenitori di una iniziativa, ma il regolamento la risolve prevedendo che questi devono avere l'età minima per votare alle elezioni per il Parlamento europeo; attualmente l'età è 18 anni in ogni Paese tranne l'Austria dove ne bastano 16.

4. Considerazioni conclusive

Il procedimento sopra descritto è stato volutamente presentato in maniera molto dettagliata; questo al fine di sottolineare alcuni aspetti della procedura, ritenuti di particolare interesse per chi scrive, e che meritano di essere ulteriormente approfonditi.

La prima riflessione riguarda la previsione di tempi puntuali, anche molto serrati, per la conclusione di ogni fase del procedimento, obblighi in capo agli Stati ed ai promotori. La



seconda concerne l'avvenuta previsione di un obbligo in capo alla Commissione di dare una risposta motivata in ordine alla proposta presentata dai cittadini. La terza questione attiene alla possibilità di raccogliere per via telematica le dichiarazioni di sostegno.

Con riferimento alle prime due questioni si ritiene di esprimere un apprezzamento per il lavoro svolto in sede europea; la previsione di tempi puntuali e responsabilità specificatamente individuate nonché l'obbligo di motivare le proprie decisioni sono state, del resto, alcune delle critiche sollevate in Italia all'istituto dell'iniziativa legislativa popolare. In particolare, il *vulnus* della procedura italiana, così come disciplinata dalla Legge 25 maggio n. 352 del 1970, riguarda, secondo una parte autorevole della dottrina, il mancato obbligo in capo al Parlamento di esprimere un proprio parere in merito all'accoglimento o meno dell'iniziativa presentata. Non dobbiamo dimenticare che nelle legislature che si sono susseguite dal 1970 ad oggi molte sono state le proposte di legge di iniziativa popolare presentate al Parlamento ma nessuna è stata approvata. Tutto questo è accaduto senza che il comitato promotore del referendum potesse comprendere le motivazioni sottese ad un fallimento della proposta e molto spesso – o forse potremmo anche dire sempre – senza che i cittadini siano stati messi nella condizione di conoscere le proposte presentate, in quanto non sono previste forme di pubblicità e di condivisione delle stesse. E proprio questo ultimo argomento permette di rivolgere la nostra attenzione all'ultimo aspetto da affrontare e che in definitiva si risolve, ancora una volta, in un vivo apprezzamento all'introduzione



della raccolta *on-line* delle firme. Ad avviso di chi scrive, infatti, aver superato la barriera mentale in base alla quale per condividere una riflessione e, quindi, una proposta devo necessariamente trovarmi in un dato luogo è certamente un traguardo importante anche alla luce della ormai banale riflessione che la rete fa parte delle nostre vite, determina la vittoria o la sconfitta dei candidati alle campagne elettorali, facilita la comunicazione e le relazioni personali. Ogni diversa previsione sarebbe stata obsoleta.

Da ultimo una breve considerazione circa i *numeri* previsti nel regolamento n. 211. Infatti, una delle riflessioni avviate prima dell'adozione del provvedimento ha riguardato proprio la difficoltà di mettere assieme così tanti Stati per presentare una proposta di legge; sette – secondo alcuni Paesi membri – era un numero troppo alto che avrebbe significato rendere complesso, quasi impossibile, la presentazione di proposte di iniziativa dei cittadini. Tale preoccupazione appare smentita dai dati che oggi abbiamo a disposizione; sul sito ufficiale, appositamente creato dalle istituzioni europee competenti al fine di consentire la presentazione delle iniziative di legge da parte dei cittadini, è possibile verificare che al momento le proposte accolte dalla Commissione sono tredici e tutte hanno soddisfatto i requisiti richiesti fra cui si ricorda la necessaria coerenza con le disposizioni dei trattati e l'indicazione delle fonti di sostegno e finanziamento dell'iniziativa proposta il cui importo superi i 500 euro all'anno per *sponsor*. Il termine ultimo previsto per la raccolta delle sottoscrizioni per tutte e tredici le proposte è il 1° novembre 2013.



Come sopra detto solo le proposte d'iniziativa che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento sono registrate e, quindi, rese pubbliche sul sito e sempre sul sito si deve dare conto delle eventuali risposte negative date dalla Commissione ai comitati dei cittadini che hanno presentato proposte d'iniziativa non rispondenti a siffatte condizioni. Attualmente le proposte non accolte sono sette.

La Commissione, come si evince anche dalle relazioni disponibili sul sito internet, precisa i motivi del suo rifiuto di registrare l'iniziativa e informa gli organizzatori di tutti i possibili ricorsi giudiziari ed extragiudiziari a loro disposizione. La decisione di registrare o meno una proposta d'iniziativa si basa su motivazioni giuridiche e può pertanto essere impugnata. Risulta chiaro, dunque, che alcune delle preoccupazioni emerse sono solo parzialmente condivisibili ed altre sono addirittura da considerarsi già superate.

Il problema derivante dalla numerosità degli Stati - considerato che in pochi mesi sono state presentate già diverse proposte di legge - appare proprio fra quelle criticità superate dagli eventi. La nostra riflessione dovrebbe, piuttosto, essere: vogliamo una procedura complessa ma ben definita nei tempi e nei modi tanto da consentire ad una proposta che giunge sul tavolo della Commissione di avere buone *chance* di essere approvata o preferiamo che pochi Stati riescano insieme a dare luogo a campagne propagandistiche che non hanno in sostanza alcuna possibilità di far breccia nel cuore dei commissari?

L'obiettivo, per l'Europa e per gli Stati, dovrebbe essere quello di mettere in moto strumenti efficaci di partecipazione,



anno II, n. 4, 2012

data di pubblicazione: 16 novembre 2012

Note

avendo cura di definire procedimenti che pur nella loro complessità, appaiano ai cittadini intuitivi e di facile applicazione ed agli Stati non impongano oneri amministrativi eccessivi.

È fondamentale costruire un istituto democratico e credibile, che garantisca pienamente la protezione dei dati personali, non si presti ad abusi e a frodi.

Rimane sullo sfondo la considerazione che nessuno può o vuole mettere in discussione la prerogativa di iniziativa legislativa della Commissione, ma solo prevedere un'iniziativa dei cittadini che *costringa* le istituzioni europee a prendere nella giusta considerazione le richieste sottoscritte da almeno un milione di cittadini.



Collaborazione istituzionale per la formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro

di Giuditta Occhiocupo

1. Premessa

All'inizio del 2012 sono stati pubblicati su Gazzetta Ufficiale due importanti accordi, siglati in sede di Conferenza permanente, tra il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, il Ministro della salute, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Gli accordi sono stati sanciti ai sensi, rispettivamente, dell'art. 37, comma 2 e dell'art. 34, commi 2 e 3 del dlgs 9 aprile 2008, n. 81, recante "Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro".

L'uno è finalizzato a disciplinare la durata, i contenuti e le modalità della formazione, nonché dell'aggiornamento, dei lavoratori e delle lavoratrici, dei preposti e dei dirigenti, nonché la formazione facoltativa dei soggetti di cui all'art. 21, comma 1, dello stesso decreto (ossia componenti dell'impresa familiare di cui all'art. 230-bis del Cc e lavoratori autonomi).

L'altro, invece, è mirato a regolamentare i contenuti, le articolazioni e le modalità di espletamento del percorso formativo e dell'aggiornamento per il datore di lavoro che intende svol-



gere, nei casi previsti dal decreto stesso, i compiti propri del Servizio di Prevenzione e Protezione dai rischi (DLSPP).

Il 18 agosto 2012, a completamento di un *iter* che ha visto coinvolti gli stessi soggetti istituzionali Governo, Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale l'accordo che recepisce il documento proposto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali recante "Adeguamento e linee applicative degli accordi ex articolo 34, comma 2 e 37, comma 2 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni e integrazioni".

Quest'ultimo accordo, raggiunto dal Ministero del lavoro, d'intesa con il coordinamento tecnico interregionale assessorati sanità e con il coordinamento tecnico interregionale assessorati formazione, è stato siglato con la finalità di fornire alle aziende e agli organi di vigilanza delle indicazioni riferite agli accordi sopra citati. In sostanza, nei mesi successivi all'uscita dei due accordi rivolti ai lavoratori e ai datori di lavoro, nonché ai preposti alla vigilanza sul lavoro, si erano ingenerati diversi dubbi interpretativi che, di fatto, ne rendevano di difficile applicazione il contenuto.

Il documento sul quale si è raggiunto l'Accordo configura il conseguimento di un duplice risultato di cui, al di là dell'effettiva operatività delle indicazioni in esso contenute, si dovrà tenere conto ai fini di un eventuale ulteriore adeguamento che, nel corso della fase applicativa dei prossimi mesi, dovesse rendersi necessario.

Il primo risultato ottenuto è stato quello di avere delle indicazioni che facessero chiarezza e che offrissero soluzioni interpretative su quegli aspetti che avevano ingenerato i



maggiori dubbi, tra i quali: l'efficacia degli accordi; la collaborazione degli organismi paritetici alla formazione; la formazione in modalità *e-learning*; la disciplina transitoria e il riconoscimento della formazione pregressa; i tempi di aggiornamento della formazione; la formazione del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione; la decorrenza dell'aggiornamento per ASPP e RSPP.

Il secondo risultato è da rinvenire nell'elaborazione di un documento unitario, cui si è pervenuti mediante un significativo e prolungato lavoro di collaborazione istituzionale tra i diversi soggetti coinvolti, a vario titolo, dal processo formativo. Si è trattato di un percorso che si è sviluppato nel corso dei mesi susseguenti ai due accordi, condotto in un ambito di attività nel quale concorrono le competenze di Stato e Regioni e che è stato concluso nell'alveo di un soggetto istituzionale, qual è la Conferenza permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, di cui all'art. 4 del d.lgs. 281/1997¹ che, nata prima della riforma del Titolo V della Costituzione operata nel 2001,

¹ Al fine di meglio chiarire il ruolo istituzionale che la Conferenza è chiamata a svolgere, si ritiene opportuno riportare il testo della norma citata recante "Accordi tra Governo, regioni e province autonome di Trento e Bolzano". L'art. 4 del d.lgs. così recita: "1. Governo, regioni e province autonome di Trento e di Bolzano, in attuazione del principio di leale collaborazione e nel perseguimento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, possono concludere in sede di Conferenza Stato - regioni accordi, al fine di coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività di interesse comune. 2. Gli accordi si perfezionano con l'espressione dell'assenso del Governo e dei Presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano.



per sua natura è deputata a favorire il coordinamento delle iniziative che implicano una collaborazione istituzionale.

2. Le linee direttrici degli accordi

Gli accordi di gennaio, dopo una premessa iniziale, sono articolati per punti, alcuni dei quali presentano profili comuni.

In particolare, quello di cui all'art. 37, comma 2 del d.lgs. 81/2008 è volto a disciplinare la durata, i contenuti minimi e le modalità della formazione, nonché dell'aggiornamento, dei lavoratori e delle lavoratrici, dei preposti e dei dirigenti, nonché la formazione facoltativa dei soggetti di cui all'art. 21, comma 1, del medesimo d.lgs. 81/2008.

La premessa contiene alcune specifiche, tra le quali si segnala la mancata applicazione dell'accordo nei confronti dei lavoratori stagionali (almeno fino all'attuazione delle disposizioni di cui all'art. 3, comma 13, del d.lgs. 81/2008).

Con riferimento alle modalità formative, viene prevista la possibilità di ricorrere a piattaforme di *e-learning*, nonché di ricevere formazione sia in aula che nel luogo di lavoro.

Degna di nota è altresì la previsione secondo la quale, in coerenza con le disposizioni di cui all'art. 37, comma 12 del d.lgs. 81/2008², i corsi di formazione per i lavoratori vanno realizzati previa richiesta di collaborazione agli enti bilaterali, quali definiti dall'art. 2, comma 1, lettera h), del d.lgs. 276/2003

² La norma così recita: "La formazione dei lavoratori e quella dei loro rappresentanti deve avvenire, in collaborazione con gli organismi paritetici, ove presenti nel settore e nel territorio in cui si svolge l'attività del datore di lavoro, durante l'orario di lavoro e non può comportare oneri economici a carico dei lavoratori".



e s.m.i. e agli organismi paritetici, ove esistenti sia nel territorio che nel settore nel quale opera l'azienda. Il datore di lavoro, in caso di positivo riscontro alla sua richiesta, nella pianificazione e realizzazione delle attività formative dovrà tener conto delle relative indicazioni. Qualora, invece, entro quindici giorni dalla richiesta, l'ente bilaterale o l'organismo paritetico non dovessero mandare il loro riscontro, il datore di lavoro potrà procedere in autonomia.

La premessa dell'accordo di cui all'art. 34 del d.lgs. 81/2008 e s.m.i. sottolinea invece come esso sia volto a disciplinare i contenuti, le articolazioni e le modalità di espletamento del percorso formativo e dell'aggiornamento per il datore di lavoro che intende svolgere i compiti propri del Servizio di Prevenzione e Protezione dai rischi (DLSPP).

Viene inoltre fatto riferimento alla durata di tale percorso formativo che deve contemplare corsi di formazione di durata minima di 16 ore e massima di 48 ore in funzione della natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro, delle modalità di organizzazione del lavoro e delle attività lavorative svolte.

Anche in questo accordo è stata prevista la possibilità di ricorrere all'impiego di piattaforme *e-learning*, qualora si tratti di percorsi formativi che, per loro natura, non richiedano necessariamente la presenza fisica dei discenti e dei docenti e ricorrano le condizioni di cui all'allegato I dell'accordo.

Senza volersi in questa sede soffermare sui contenuti dei singoli punti nei quali gli accordi sono stati suddivisi, si ritiene opportuno fare cenno ad alcuni dei profili che ricorrono in entrambi gli accordi.



Ci si riferisce a quelli attinenti ai requisiti dei docenti. Per quanti di loro devono fare formazione ai datori/DLSPP, è stata richiesta la dimostrazione del possesso di un'esperienza almeno triennale di docenza o insegnamento o professionale in materia di salute e sicurezza sul lavoro; lo stesso requisito è stato richiesto per i docenti che tengono corsi ai lavoratori/lavoratrici, per i quali è stata altresì delineata la possibilità di tenere i corsi sia internamente che esternamente all'azienda, anche in modalità *e-learning*, secondo le definizioni di cui all'allegato I dell'accordo.

Altri elementi ricorrenti sono quelli che riguardano l'organizzazione dei corsi o della formazione, per cui sono stati elencati alcuni specifici requisiti. Ulteriori elementi sono stati indicati per la metodologia di insegnamento e di apprendimento, evidenziando la tendenza a privilegiare un approccio interattivo, al fine di evidenziare la centralità dell'allievo nel percorso formativo. È stata altresì delineata un'articolazione del percorso formativo in moduli differenziati a seconda che siano rivolti ai lavoratori (con l'aggiunta di due specifici punti per la formazione del preposto e dei dirigenti) o ai datori.

Ulteriori punti, presenti in entrambi gli accordi, hanno fatto riferimento alle seguenti fasi del processo formativo: la valutazione della formazione ricevuta, con la relativa previsione di un'attestazione o di una certificazione (per i datori); il riconoscimento di crediti formativi; la periodicità dell'aggiornamento (quinquennale); le disposizioni transitorie e le modalità per l'aggiornamento degli accordi, per le quali sono stati istituiti dei gruppi tecnici di lavoro composti dai rappresentanti istituzionali interessati da tali processi formativi.



anno II, n. 4, 2012

data di pubblicazione: 24 gennaio 2013

Note

Il risultato dei lavori di questi gruppi ha prodotto il documento unitario (allegato A e parte integrante) sul quale è stato siglato il 25 luglio scorso l'accordo sopra citato in Conferenza permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

Da questo documento sono emerse indicazioni in ordine ad una serie di elementi che avevano creato dubbi circa i contenuti dei due accordi di gennaio 2012, minandone la loro effettiva applicazione.

In particolare, si è fatto riferimento all'efficacia degli accordi, chiarendo come, in relazione ai datori e ai lavoratori, essi vadano ad integrare le rispettive disposizioni di legge di cui agli artt. 34 e 37 del d.lgs. 81/2008 e s.m.i., limitandosi ad individuare le caratteristiche essenziali e le modalità di svolgimento delle attività formative. A titolo esemplificativo, si è specificato come le previsioni - di cui all'accordo per la formazione dei lavoratori - relative ai componenti dell'impresa familiare non abbiano efficacia obbligatoria.

Si è inoltre convenuto come l'efficacia degli accordi debba decorrere dalla data di pubblicazione degli stessi sulla Gazzetta Ufficiale (11.1.2012).

Un'altra indicazione chiarificatrice concerne la prevista collaborazione degli organismi paritetici alla formazione, per la quale il documento, citando la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 20 del 29 luglio 2011, ribadisce la non obbligatorietà del datore di lavoro di effettuare la formazione servendosi degli organismi paritetici, che devono invece essere semplicemente messi a conoscenza della volontà del datore di svolgere un'attività formativa.



A completamento dell'allegato I inserito in entrambi gli accordi ed inerente alla formazione in modalità *e-learning*, il documento specifica come questa tipologia formativa debba essere riferita a determinate parti del processo formativo.

Infine, il documento contiene indicazioni interpretative degli accordi che si riferiscono alla disciplina transitoria, al riconoscimento della formazione pregressa, alla tempistica dell'aggiornamento, alla formazione del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione e alla decorrenza dell'aggiornamento per ASPP e RSPP esonerati ai sensi del comma 5 dell'art. 32 del d.lgs. 81/2008.

Il documento, pur risentendo del fatto di non avere natura cogente, dato che non si tratta di un atto normativo, merita di essere apprezzato sia per aver tentato di favorire la comprensione e quindi l'applicazione della normativa sulla formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro, sia per aver realizzato un significativo e concreto esempio di collaborazione tra soggetti istituzionali le cui competenze "interferiscono" tra loro³.

8

3. La dimensione comunitaria della salute e sicurezza sul lavoro

La tematica della salute e sicurezza sul lavoro⁴ si è imposta all'attenzione del legislatore nazionale nel 1994, anno nel quale

³ Sulla necessità di collaborazione istituzionale tra soggetti e materie che interferiscono tra loro, si legga, tra gli altri, *Rapporto Isfol 2007*, Rubbettino, Soveria Mannelli, par. 6.6., pp. 488-493.

⁴ In tema, ci si permette di rimandare a G. Occhiocupo, *Salute e sicurezza sul lavoro nella dimensione comunitaria: un impegno legislativo per le Regioni*, in "Autonomie locali e servizi sociali", il Mulino, Bologna, 2/2005, pp. 207-220.



è stato emanato il d.lgs. 626/94 con cui sono state recepite una serie di direttive comunitarie (prima fra tutte la direttiva 89/391/CEE) riguardanti, appunto, il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

Senza volere in questa sede ricostruire le varie fasi che hanno caratterizzato il contesto comunitario dal quale la normativa in materia trae origine, preme sottolineare come il suo principio costituente debba essere fatto risalire alla dimensione comunitaria.

È in essa che viene, infatti, delineato quello che è il principio che ha ispirato le legislazioni degli Stati membri, ossia la tutela dei lavoratori e delle lavoratrici e, più in generale, l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e, quindi, della qualità stessa del lavoro di cui, un ambiente sano e sicuro, costituisce una delle componenti portanti.

Come noto, nell'evoluzione delle strategie comunitarie volte a prendere in considerazione il tema della salute e sicurezza sul posto di lavoro si possono distinguere varie fasi, delle quali la prima risale addirittura alla nascita della Comunità Economica Europea, contemplata dal Trattato Istitutivo di Roma del 1957. Nel Trattato, essendo stata data prevalenza alle finalità economiche della Comunità, non viene attribuita grande rilevanza alla dimensione sociale della tutela della sicurezza. Anzi, è la materia sociale in generale a non rientrare tra gli obiettivi prioritari comunitari.

Una seconda fase (da riferirsi agli anni '60-'70) è quella che ha visto l'azione della Comunità Europea caratterizzata da interventi specifici, pochi e soprattutto non organici, in quanto



emessi al di fuori di un piano generale e di un progredito complesso di disposizioni normative sulla politica sociale.

Nella terza fase invece devono essere collocati interventi mirati e concreti tra i quali si segnala l'istituzione (con Reg. CEE 1365/75) della "Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro" (con sede a Dublino), avente il compito di contribuire alla concezione ed alla realizzazione di adeguate condizioni di vita e di lavoro, mediante lo sviluppo e l'approfondimento dello studio per il miglioramento dell'ambiente di vita e delle condizioni a medio e lungo termine e l'identificazione dei fattori di cambiamento.

Tra le priorità sulle quali la Fondazione è stata chiamata a fornire pareri alle Istituzioni comunitarie, è stata inserita la tematica relativa alle condizioni dell'uomo al lavoro.

Circa vent'anni dopo, nel 1994, il Consiglio ha adottato un regolamento (CE) 2062/94, riguardante la creazione dell'Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro. Il regolamento ha stabilito che l'Agenzia (con sede a Bilbao) abbia come compiti la raccolta, la diffusione di informazioni sulla salute e la sicurezza sul lavoro ed il sostegno agli scambi di informazioni e di esperienze tra gli Stati membri, l'organizzazione di conferenze, l'apporto delle informazioni necessarie alla Commissione per la preparazione e la valutazione dei testi legislativi e la creazione di una rete che colleghi le reti nazionali degli Stati membri

Peraltro, il riconoscimento del diritto alla sicurezza sul posto di lavoro quale diritto sociale fondamentale è stato attuato anche tramite l'adozione di documenti aventi valore programmatico tra i quali, si sottolinea, la "Carta comunitaria



dei diritti sociali fondamentali”, adottata il 9.12.1989, nell’ambito del Consiglio europeo di Strasburgo del dicembre 1989. In essa viene proposto un sistema di tutela delle condizioni di lavoro e di protezione sociale e vengono enunciati alcuni principi di diritto del lavoro, articolati in capitoli, tra i quali i seguenti: miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro; formazione professionale; informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori; nonché protezione della salute e della sicurezza nell’ambiente di lavoro.

Successivamente all’adozione dell’Atto Unico Europeo del 1987 e alla conseguente modifica del Trattato CEE, la politica comunitaria in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sul posto di lavoro si arricchisce di un importante atto normativo, che contribuisce a segnare una svolta, in un certo senso, decisiva in materia.

Viene, infatti, adottata da parte del Consiglio CEE del 12.6.1989 una direttiva, la n. 89/391, cosiddetta quadro, comprendente i principi generali relativi alla «prevenzione dei rischi professionali e alla protezione della sicurezza e salute, all’eliminazione dei fattori di rischio e di incidente, all’informazione, alla consultazione [...] alla formazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti, nonché direttive generali per l’attuazione dei principi generali precitati» (art. 1, comma 2).

La sua finalità si rinviene nelle premesse e consiste nel dare attuazione alle prescrizioni contenute nell’art. 118A del Trattato CEE, nelle quali viene disposto che il Consiglio adotti, mediante direttiva, le prescrizioni minime sia per promuovere il miglioramento dell’ambiente di lavoro sia per garantire un più



elevato livello di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

La direttiva, infine, risulta essere stata concepita sulla base di due ulteriori importanti considerazioni: l'una, riguarda la necessità di sviluppo dell'informazione, del dialogo e della partecipazione equilibrata tra i datori di lavoro e i lavoratori e/o loro rappresentanti; l'altra, concerne la consapevolezza che il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro, rappresenti un obiettivo che «non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico».

A corollario di queste statuizioni, vengono fissati una serie di obblighi per il datore, che vanno dalla necessità di disporre di una valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro, alla determinazione delle misure protettive da prendere; dal tenere un elenco degli infortuni sul lavoro, al redigere, per l'autorità competente e conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, registri e relazioni sugli infortuni sul lavoro di cui siano stati vittime lavoratori operanti nella propria azienda.

Con riferimento, invece, all'attività di informazione e formazione, la direttiva sancisce l'obbligo per il datore di prendere misure appropriate, affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti ricevano tutte le informazioni e conoscenze riguardanti i rischi per la sicurezza e la salute, le misure e le attività di prevenzione, nonché le misure prese in materia di primo soccorso, di lotta antincendio e di evacuazione dei lavoratori (art. 10).



A fronte di quest'obbligo datoriale, viene fatto corrispondere un diritto dei lavoratori e dei loro rappresentanti ad essere tenuti al corrente di quanto viene svolto sul posto di lavoro per garantire il proprio diritto alla sicurezza e alla salute.

Una simile corresponsione è quella relativa all'attività di formazione, attività che costituisce, per certi versi, il perfezionamento dell'attività di informazione.

L'art. 12 della direttiva ha disposto, infatti, da un lato l'obbligo del datore di garantire che il lavoratore, e/o il rappresentante del lavoratore, riceva una formazione sufficiente ed adeguata circa i rischi e le misure di protezione in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro e, dall'altro, il diritto del lavoratore a riceverla durante il tempo di lavoro, all'esterno o all'interno del posto di lavoro (a seconda delle prassi nazionali) e senza che sia posta a proprio carico.

La direttiva ha altresì specificato che la formazione si sostanzia secondo una duplice modalità di erogazione: la somministrazione di informazioni che si presuppongono, per lo più, di carattere teorico e la dispensa di istruzioni, istruzioni che farebbero presupporre anche nozioni di carattere pratico (ad esempio, come comportarsi in caso di incendio che divampi sul posto di lavoro). Ed è proprio tenendo presente la formazione e le informazioni fornite dal datore di lavoro che il legislatore comunitario ha elencato una serie di obblighi cui il lavoratore è tenuto, tra i quali ve ne sono alcuni degni di particolare interesse, in quanto rivelatori dell'esigenza di una stretta collaborazione tra le forze lavoro presenti in azienda e la parte datoriale.



In applicazione della direttiva quadro del 1989 (e ai sensi dell'art. 16, comma 1) sono state emanate altre direttive specifiche in materia. In particolare, nel corso degli anni 1989-1990, sono state adottate dal Consiglio ben sette direttive specifiche volte a stabilire norme minime.

Com'è noto, le direttive comunitarie sono atti normativi vincolanti, ma non immediatamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri e, per il loro recepimento, richiedono l'adozione di provvedimenti legislativi da parte dei singoli legislatori nazionali.

La direttiva 89/391 ha trovato attuazione in Italia, in via prioritaria, con il D.Lgs. 626/94, decreto che è stato oggetto di varie modifiche fino all'emanazione della legge delega 123/2007 e del sopra citato d.lgs. attuativo n. 81/2008, oggetto a sua volta di ulteriori modifiche intervenute in questi ultimi anni, dovuti al tentativo di mantenere la tutela delle condizioni di lavoro al passo con le diverse innovazioni nel frattempo prodotte.

Del resto, anche secondo la Strategia denominata "Europa 2020", finalizzata a trasformare l'Unione europea in «un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale»⁵, le azioni degli Stati membri, nella realizzazione degli obiettivi individuati nella Strategia, dovranno ancora una volta fare riferimento alla dimensione comunitaria delle politiche.

⁵In merito, si vedano la Comunicazione del 3.3.2010 della Commissione "Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM (2010) 2020, le Conclusioni del Consiglio Europeo (25 e 26 marzo 2010) e le Conclusioni del Consiglio europeo del 17 giugno 2010.



La Strategia, adottata dall'Unione europea a giugno 2010, ha previsto la realizzazione di cinque obiettivi e di sette iniziative cosiddette "faro", tra le quali si segnala la sesta, denominata "Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro". L'iniziativa, finalizzata a modernizzare i mercati occupazionali, si propone di migliorare la partecipazione delle persone al mercato del lavoro anche attraverso l'acquisizione di nuove competenze al fine di adeguarsi a nuove condizioni e all'eventuale riorientamento professionale.

Nell'ambito di tale iniziativa, la Commissione ha dichiarato di volersi adoperare per attuare una serie di interventi diretti, tra le altre cose, ad «adeguare il quadro legislativo, in linea con i principi della regolamentazione intelligente, ai modelli di lavoro in evoluzione e ai nuovi rischi per la salute e sicurezza sul lavoro», nonché a «rafforzare la capacità delle parti sociali» e a «promuovere una collaborazione più intensa tra le istituzioni del mercato del lavoro».

A tal fine, a livello nazionale, gli Stati membri dovranno, tra le altre cose, «sviluppare i partenariati tra il settore dell'istruzione/formazione e il mondo del lavoro».

4. Considerazioni conclusive e profili prospettici

Da questi brevi cenni sulla dimensione comunitaria della tematica della salute e sicurezza sul lavoro, nonché dall'evoluzione di carattere normativo e amministrativo intervenuta, in questi decenni, al livello comunitario, si può evincere la complessità dell'azione di regolamentazione cui è chiamato ciascuno Stato membro.



L'Unione europea, attraverso la costante elaborazione di politiche e strategie comuni a tutti gli Stati membri, ha realizzato una vera e propria attività di *governance*, incidendo in maniera più o meno diretta, a seconda dello strumento decisionale adottato (Trattati, regolamenti, direttive, decisioni o risoluzioni), sui rapporti tra i vari livelli di governo dei Paesi membri e, in via consequenziale, sull'andamento delle politiche formative.

Di fondamentale importanza risulta essere il miglioramento della conoscenza dei rischi da parte di tutti i soggetti interessati, attuato soprattutto attraverso azioni di formazione professionale continua, condotte in modo da comportare una definizione degli obiettivi in funzione delle specificità nazionali, regionali, locali settoriali.

Come si può notare, siamo in presenza di una rapida ed inevitabile evoluzione, connessa ai cambiamenti sociali e all'introduzione e allo sviluppo di nuove normative in materia di ordinamento istituzionale e in materia di lavoro.

Per un'efficace tutela della salute e della sicurezza, si rivela strategico lo sforzo di fare chiarezza circa i ruoli dell'Unione, dello Stato, delle Regioni nella definizione della disciplina, della politica, dei programmi e delle priorità in materia.

Per quanto concerne l'Italia, pare opportuno ricordare che l'assetto costituzionale vigente (art. 117, comma 3 Cost.) comporta che sia la "tutela e sicurezza del lavoro" quanto la "tutela della salute" siano materie attribuite alla competenza legislativa concorrente Stato - Regioni e che, di conseguenza, per entrambe, spetti alle Regioni la potestà legislativa e allo Stato la determinazione dei principi fondamentali.



Le riforme del mercato del lavoro e del sistema formativo poste in essere in questi anni sono state basate sull'assetto dei poteri e delle competenze assegnati allo Stato, alle Regioni e agli Enti locali dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

Inoltre, negli ultimi anni, le politiche formative e del lavoro, nazionali e territoriali, e le relative risorse finanziarie, specie quelle inerenti al cofinanziamento del FSE, sono state strumentali a sostenere i settori produttivi in crisi e quindi ad accompagnare e tutelare le posizioni lavorative a rischio.

In tal senso, gli atti normativi e documentali adottati dal livello di governo centrale e regionale hanno messo in luce sia positive iniziative di collaborazione interistituzionale, sia una maggiore esigenza di integrazione tra componente attiva e passiva delle politiche del lavoro, attuata mediante una crescente concorrenza tra politiche passive di sostegno al reddito e misure attive di potenziamento del capitale umano, al fine di coniugare incentivi, servizi e politiche di formazione e di riqualificazione dei lavoratori.

Il sistema formativo si presenta in stato di continua evoluzione, rappresentato da un sistema di *governance* variegato, caratterizzato da un pluralismo di percorsi e di soggetti, da interferenze di competenze istituzionali, che comportano il ricorso al criterio della prevalenza e al principio della leale collaborazione (in tema si vedano, tra le altre, le sentenze della Corte costituzionale n. 176/2010 e n. 334/2010), nonché da una differenziazione tra le relative fonti di finanziamento.

In questi ultimi anni, ci si è mossi in un contesto nazionale contraddistinto da una pluralità di fattori che hanno



influenzato anche la programmazione, la gestione e lo sviluppo delle politiche formative. Tra essi sono stati evidenziati: la necessità di fronteggiare la crisi economica; la correlativa revisione di processi normativi avviati o da avviare sia a livello statale sia a livello regionale e il perdurare di una mancanza di chiarezza nella definizione di ruoli e competenze tra i diversi livelli di governo; il raggiungimento degli obiettivi promossi dall'Unione Europea mediante i suoi documenti strategici.

Si auspica che il costruttivo processo di confronto e di collaborazione interistituzionale, avviato tra Ministero del Lavoro, altre Amministrazioni centrali, Regioni e Province Autonome, Enti locali e Parti sociali possa proseguire, tenendo presenti una serie di fattori fra loro connessi quali, tra gli altri: lo sviluppo di una politica di coesione (economica, sociale e territoriale) che richiede il fattivo contributo dei vari livelli di governo (europeo, nazionale, regionale e locale); la compresenza di una molteplicità di soggetti, pubblici e privati, erogatori di risorse per la formazione; una *governance* multilivello del sistema, caratterizzata da un'articolazione delle competenze tra Stato e Regioni destinata a possibili ulteriori cambiamenti, in vista di ulteriori cambiamenti dell'architettura istituzionale del Paese.

La complessità del sistema richiede modalità di *governance* che, al di là dell'identificazione di obiettivi comuni, individuino meccanismi, standard e parametri condivisi per l'implementazione delle politiche, nonché azioni di monitoraggio/valutazione degli interventi, finalizzate ad una revisione continua del percorso avviato.



anno II, n. 4, 2012

data di pubblicazione: 24 gennaio 2013

Note

Infine, nella definizione di nuovi percorsi di tutela, si sottolinea la necessità di sviluppare preliminarmente specifiche attività di ricerca, finalizzate ad analizzare ed a contemperare le diverse esigenze di natura giuridico-istituzionale, educativo-sociale e medico-sociale che, sempre più, caratterizzano la materia della salute e sicurezza sul lavoro e negli ambienti di vita.



OSSERVATORI



anno II, n. 4, 2012
data di pubblicazione: 24 gennaio 2013

Osservatorio sulla normativa

Il “caso Sallusti”: la stampa che diffama, la legge che incarcera e il Parlamento che (non) decide

Matteo Timiani

Il 26 settembre 2012 la Corte di Cassazione conferma la condanna a 1 anno e 2 mesi di carcere (più 5.000 euro di multa) nei confronti di Alessandro Sallusti per diffamazione a mezzo stampa, in ragione di una campagna giornalistica condotta nel febbraio 2007 nei confronti di un giudice, quando il condannato era direttore del quotidiano *Libero* (Cass., sez. V pen., 26 settembre 2012, n. 41249).

Questa vicenda, vista la notorietà del condannato, solleva inevitabilmente un polverone mediatico, ma il tema di fondo è soprattutto giuridico: come ricordato anche recentemente dalla dottrina costituzionalistica (Augusto Barbera), il problema non è la sentenza che è stata emessa ma la legge. Il quesito giuridico, infatti, è il seguente: sono ancora oggi proporzionate le norme che puniscono il reato di diffamazione a mezzo stampa con la pena detentiva – fino a 3 anni secondo l’art. 595, comma 3, c.p., e fino a 6 anni alla luce di quanto previsto dalla *lex specialis*, art. 13 l. 47/1948? In altre parole, disposizioni dall’origine così risalente nel tempo rappresentano ancora un equilibrato punto di bilanciamento tra i confliggenti interessi costituiti dalla libertà di stampa da una parte (art. 21 Cost.) e il diritto all’onore e alla reputazione dall’altra (diritti della personalità riconducibili all’art. 2 Cost.)?

Queste domande si fanno ancor più cruciali nel momento in cui si considera la giurisprudenza della Corte Edu sulla libertà



di espressione (art. 10 Cedu), la quale constata come la punizione della detenzione abbia effetti negativi sia sull'attività giornalistica che sulla ricaduta nell'opinione pubblica, e ne confina l'applicazione a sole ipotesi eccezionali (cfr., da ultimo, sent. n. 2444/07, Kydonis c. Grecia, del 2 aprile 2009). E anche se si rivolge lo sguardo al panorama comparato, si scorge come la tendenza seguita nei principali Paesi occidentali vada nel senso di punire i reati di opinione mediante pene pecuniarie (Francia e Germania), o addirittura di considerarli come semplici illeciti civili (Gran Bretagna, Paesi scandinavi, gran parte degli Stati degli Usa).

Pertanto, sulla spinta dell'emozione, e sulla scia di autorevoli sollecitazioni come quelle del Presidente della Repubblica e del Consiglio d'Europa, si muove anche il legislatore. L'obiettivo perseguito è duplice: in generale, eliminare la pena carceraria per i reati di opinione; in particolare, impedire che Sallusti scontasse la sua condanna in prigione – per effetto del principio del *favor rei* che governa la successione delle leggi penali nel tempo. Da quest'ultimo punto di vista, il legislatore tiene bene in vista il calendario scandito dalle procedure esecutive: con la sospensione della pena, il termine originario per l'esecuzione dell'ordine di carcerazione sarebbe scaduto il 18 novembre – in verità, sposando una contestata interpretazione dell'art. 1, comma 3, l. 199/2010, il Procuratore della Repubblica di Milano applicherà una seconda sospensione della pena.

Con l'intenzione di dare una risposta alle domande di una maggior mitezza circa la disciplina penalistica posta ad argine di condotte giornalistiche lesive, in Senato vengono pertanto presentati tre progetti di legge (AS-3491, AS-3492 e AS-3509); in particolare, la discussione si incardina sul testo depositato da Vannino Chiti del Pd e Maurizio Gasparri del Pdl il 28 settembre 2012 (AS-3491). A testimonianza della volontà



manifestata praticamente da tutte le forze parlamentari, vi è la decisione di assegnare il p.d.l. alla Commissione Giustizia in sede deliberante.

Ecco cosa prevede in sintesi la versione iniziale del progetto di legge:

a) modifiche al codice penale: per il reato di ingiuria (art. 594) con una multa fino a 1.500 euro; per il reato di diffamazione (art. 595) fino a 2.500 euro, 5.000 se compiuto a mezzo stampa;

b) modifiche alla disciplina della stampa (l. 47/1948): oltre a confermare il tetto dei 5.000 euro per la diffamazione a mezzo stampa (art. 13) – e che sostituisce la pena della reclusione ivi prevista fino ad un massimo di 6 anni –, viene sensibilmente inasprita l'entità della somma prevista a titolo di riparazione pecuniaria (art. 12), la quale non può essere inferiore a 30.000 euro.

I buoni propositi delle forze politiche si frantumano tuttavia quasi subito, poiché l'iter legislativo si complica, e la condivisione espressa inizialmente, sull'onda del caso Sallusti, si rivela quasi immediatamente illusoria. Anzitutto, sul piano procedurale, abbiamo chiari segnali che fanno presagire un esito negativo: la riassegnazione del p.d.l. alla sede referente, i continui rimpalli tra Commissione ed Aula, il ricorso allo scrutinio segreto, la bocciatura dell'art. 1 e la definitiva archiviazione del progetto legislativo – il tutto nonostante nei fatti la pena nei confronti di Sallusti sia divenuta esecutiva solo il 1° dicembre.

Ma è sul piano del merito che si realizza una vera e propria eterogenesi dei fini:

a) l'idea che i reati di opinione debbano essere puniti solamente tramite sanzioni pecuniarie vede una continua oscillazione dei suoi limiti massimi: per rimanere alla



diffamazione a mezzo stampa, vi è un inasprimento da 5.000 a 50.000 euro, e poi un decremento a 30.000; viene poi introdotta la *sub-fattispecie* dell'attribuzione di un fatto determinato, fissata fino al tetto di 100.000 euro, che viene poi ridotta della metà. Ma ciò che colpisce è la netta sconfessione degli intenti iniziali, perpetrata con la reintroduzione della pena detentiva fino ad 1 anno – per effetto dell'approvazione, il 13 novembre, dell'emendamento n. 1.307, a firma Mura, Mazzatorta (e Bruno, sopraggiunta in corso di seduta);

b) il trattamento dei giornalisti autori del reato e dei direttori colpevoli dell'omesso controllo subisce un percorso incoerente e confuso: si pensi alle cd. "norma anti macchina del fango" (inserita nel testo proposto dalla Commissione Giustizia il 23 ottobre, e che punisce il concorso) e "norma salva direttori" (contenuta nell'emendamento n. 1.800, a firma Berselli, approvata il 22 novembre e consistente nell'esclusione della pena detentiva per i direttori e i vicedirettori responsabili che abbiano partecipato al reato o che comunque si siano resi colpevoli di omesso controllo);

c) con riferimento all'aspetto del risarcimento dei danni, colpisce l'emendamento n. 1.31 a firma Caruso, volto a rendere nulle le clausole contrattuali che esonerano i giornalisti autori di diffamazione da oneri derivanti da pagamento di pene pecuniarie e da risarcimento danni, e che li accollano interamente all'editore (cd. "norma anti Gabanelli");

d) non viene adeguatamente affrontato il tema della rettifica e delle sue conseguenze, ritenuta un'adeguata forma di riparazione del torto: introdotta in corso di discussione la riforma dell'art. 8 l. 47/1948, non viene tuttavia presa in considerazione la richiesta, provenuta da più parti e considerata più idonea, di estinguere l'azione penale a seguito di rettifica pubblicata nelle forme già previste dalla legge.



anno II, n. 4, 2012
data di pubblicazione: 24 gennaio 2013

Osservatorio sulla normativa

Si capisce ora come il progetto nato per “salvare” Sallusti dal carcere si sia arricchito di significati ulteriori e contraddittori: sul piano generale ed astratto, poiché in Parlamento non si registra un effettivo consenso sull’abolizione del carcere per i reati di opinione; sul piano del *casus belli*, in quanto la fama goduta da Sallusti presso le forze politiche agevola strumentalizzazioni e comportamenti “non neutrali”. A dimostrazione, se ce ne fosse ancora bisogno, che nel disciplinare temi centrali come le libertà fondamentali dei cittadini il Parlamento non possa agire sulla scorta di un caso singolo e problematico e sotto la spada di Damocle di tempi ristrettissimi: da questo punto di vista il non così remoto “caso Englaro” avrebbe dovuto insegnare qualcosa.

Nel prendere atto dell’incapacità del Parlamento di approdare ad una soluzione condivisa, è il Capo dello Stato a dare una risposta al caso specifico, firmando, il 21 dicembre 2012, il decreto di commutazione della pena carceraria nella pena pecuniaria di 15.532 euro. Il corrispondente comunicato del Quirinale si conclude con lo stesso auspicio espresso dallo stesso all’indomani della pronuncia della Cassazione («sollecitare, nelle istituzioni e nella società, una riflessione sull’esigenza di pervenire a una disciplina più equilibrata ed efficace dei reati di diffamazione a mezzo stampa»). Solo che nel mezzo vi è stata un’emblematica espressione di impotenza da parte del legislatore.



anno II, n. 4, 2012
data di pubblicazione: 21 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

LIBERTÀ POLITICHE, ORDINE PUBBLICO E *HUMAN RIGHTS* NELLA CRISI GLOBALE: IL "DIRITTO ALLA PROTESTA" NEL CASO "*OCCUPY LONDON*" DAVANTI ALLE CORTI BRITANNICHE

Nota a margine della sentenza dell'Alta Corte di Giustizia del Regno Unito *City of London v Samede & Others* del 18 gennaio 2012

Gaetano Marzulli

1. Introduzione

Il 18 gennaio 2012 la *Queen's Bench Division* della *High Court of Justice* del Regno Unito si è pronunciata nel caso *City of London v Samede and Others*¹, emettendo una sentenza attesa per via delle implicazioni politiche e sociali sottese alla disputa giudiziaria. La sentenza è stata successivamente confermata dalla *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, con una decisione del 22 febbraio 2012, con la quale è stata respinta l'istanza per il giudizio di appello.

Il caso origina da fatti balzati agli onori della cronaca internazionale nei mesi passati, legati alle azioni dei movimenti di protesta che negli ultimi anni stanno emergendo negli Stati un tempo definiti di "democrazia stabilizzata"², quale

1

¹ *City of London v Samede & Ors* [2012] EWHC 34 (QB) (18 January 2012).

² Cfr. la nota definizione di P. Biscaretti di Ruffia in Id., *Costituzioni straniere contemporanee vol.1. Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, Giuffrè, 1994, 6^a.



evoluzione dei movimenti antiglobalizzazione e conseguenza della crisi economico-finanziaria che a partire dal 2007 ha colpito i Paesi occidentali. Il riferimento è ai movimenti di “occupazione” pacifica che, sulla scorta del primo e più famoso, il movimento *Occupy Wall Street*³, si sono rapidamente diffusi in tutto il mondo: il caso in esame riguarda l’occupazione dello spazio antistante la Cattedrale di St. Paul di Londra da parte del movimento *Occupy London Stock Exchange* (noto anche nella forma abbreviata *Occupy LSX* o *Occupy London*), di cui Tammy Samade, citata quale prima convenuta nel caso in esame, è una dei principali esponenti.

I fatti oggetto della controversia sono noti per essere stati al centro delle cronache giornalistiche non solo britanniche. Il 15 ottobre del 2011 il movimento di protesta londinese aveva organizzato una manifestazione, in contemporanea alle altre manifestazioni organizzate da movimenti analoghi nelle altre capitali mondiali⁴, scegliendo inizialmente quale sede Paternoster Square, la piazza su cui si affaccia il London Stock Exchange, sede della borsa valori britannica e del distretto finanziario della City, seguendo l’esempio del più famoso predecessore newyorkese. La manifestazione è stata tuttavia

2

³ Che con lo slogan «We are the 99%» ha preso il via con la manifestazione svoltasi in Zuccotti’s Park, nel distretto finanziario di New York, il 17 settembre 2011, cfr. C. Moynihan, *Wall Street Protest Begins, With Demonstrators Blocked* sul *New York Times*, del 17 settembre 2011, <http://cityroom.blogs.nytimes.com/2011/09/17/wall-street-protest-begins-with-demonstrators-blocked/>

⁴ Analoghe manifestazioni si sono svolte infatti nelle capitali europee, e in molte grandi città americane, fino a Tokyo, Hong Kong, Sidney, cfr. C. Buckley, R. Donadio, *Buoyed by Wall St. Protests, Rallies Sweep the Globe*, articolo apparso sul *New York Times* del 15 ottobre 2011.



anno II, n. 4, 2012

data di pubblicazione: 21 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

impedita dalle forze dell'ordine, in forza di un'ordinanza preventiva della *High Court* con cui si proibiva l'accesso alla piazza da parte del pubblico⁵; i manifestanti si sono spostati così nelle immediate vicinanze, nella piazza della Cattedrale di St. Paul, chiesa madre della Diocesi anglicana di Londra, nonché secondo edificio religioso al mondo per dimensioni dopo la Basilica di San Pietro. La piazza della famosa chiesa e i suoi dintorni sono diventati quindi la "sede" della protesta, che i manifestanti hanno occupato con la costruzione di un vero e proprio accampamento, di oltre 150 tende. Dopo un iniziale appoggio offerto al movimento dal canonico della Cattedrale, il reverendo Fraser, che aveva espresso la sua solidarietà ai manifestanti ritenendo legittimo il loro diritto a protestare pacificamente al di fuori della chiesa (e che proprio pochi giorni dopo si dimetterà dall'incarico in polemica sulla gestione della situazione da parte della Diocesi), l'attività parrocchiale ha risentito della permanenza dei manifestanti, fino ad arrivare, il 21 ottobre, alla storica chiusura dell'edificio al pubblico per ragioni di sicurezza, fatto mai verificatosi dalla Seconda Guerra Mondiale, e definito dal decano della Cattedrale, il reverendo Graem, «doloroso ma reso obbligatorio dalle circostanze»⁶. La Cattedrale è stata riaperta al pubblico il 28 ottobre e pochi giorni dopo le autorità cittadine hanno deciso di intervenire

3

⁵ La piazza è infatti di proprietà privata, in quanto appartiene alla Paternoster Square Management Limited, che aveva richiesto apposita ordinanza, emanata il 14 ottobre 2011 dal giudice P. Smith, atta ad impedire l'accesso o la permanenza nella piazza di individui sconosciuti.

⁶ La dichiarazione completa in merito è stata pubblicata sul sito ufficiale della cattedrale ed è leggibile online all'indirizzo:

<http://www.stpauls.co.uk/News-Press/News-Archive/2011/Closure-of-St-Pauls-Cathedral>



direttamente, dapprima tentando di negoziare pacificamente lo sgombero con i manifestanti, quindi, all'esito infruttuoso di tale negoziato, attraverso un'azione legale formalizzata il successivo 30 novembre mediante la notifica, da parte dell'autorità municipale (*City of London Corporation*), di un'ordinanza esecutiva (*enforcement notice*) finalizzata allo sgombero e adottata ai sensi della *section 172* del *Town and Country Planning Act 1990*⁷, dalla cui contestazione da parte di alcuni rappresentanti dei manifestanti (Tammy Samade, George Barda, Daniel Ashman e altri) derivano le decisioni in commento.

2. Quadro normativo e aspetti giuridico-amministrativi della decisione

La rilevanza del caso è evidente, per via delle sue implicazioni costituzionali in materia di libertà politiche. È la stessa decisione, redatta dal solo *Justice Lindblom*, ad evidenziarlo in prima battuta. Essa si apre infatti con la domanda: «What are the limits to the right of lawful assembly and protest on the highway?», seguita dalla constatazione per cui «in a democratic society that is a question of fundamental importance».

La questione, tuttavia, deve essere preliminarmente analizzata quale ricorso da parte dell'autorità cittadina finalizzato alla rimozione delle strutture del movimento per le aree oggetto di occupazione, sia quelle di proprietà della *City*,

⁷ *Town and Country Planning Act 1990*, reperibile online all'indirizzo <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/8/contents>



per le quali essa è richiesta ai sensi della *section 130* dello *Highways Act 1980*⁸, nonché per la richiesta di un provvedimento ingiuntivo per lo sgombero, comprendente anche l'area di suolo occupata di proprietà della Cattedrale, ai sensi della *section 187B* della citata legge del 1990, che consente all'autorità di richiedere il provvedimento per il ripristino della destinazione di aree che non sono di sua proprietà, in forza della sua potestà pianificatoria.

Dopo l'articolata analisi delle testimonianze offerte dalle parti circa i punti controversi relativi all'occupazione delle aree, dell'accessibilità della strada pubblica e dei diritti vantati dall'autorità cittadina relativamente allo sgombero di aree che non sono di sua proprietà (ma che appartengono alla Cattedrale, non costituita in giudizio), la questione viene affrontata e risolta a favore della City: il movimento non può legittimamente affermare alcun diritto all'occupazione, al controllo o al possesso del suolo di proprietà comunale e ciò tanto secondo le disposizioni legislative quanto in accordo con il diritto allo svolgimento di manifestazioni nelle vie cittadine, riconosciuto dalla giurisprudenza e in particolare secondo quanto stabilito dal precedente *DPP v Jones*⁹, in cui sono stati

⁸ *Highways Act 1980*, reperibile online all'indirizzo <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/66/contents>

⁹ *DPP v Jones & Lloyd*, [1999] UKHL 5, in cui la Camera dei Lord ha riconosciuto il diritto dei movimenti politici di protesta a manifestare su strade pubbliche, a condizione che la manifestazione sia pacifica, non ostruttiva e non provochi disturbo alla quiete pubblica, anche se essa si svolge in contrasto con un'ordinanza di divieto espressamente adottata per impedire la manifestazione, sulla base della *section 14A* del *Public Order Act 1986* (come modificato dal *Criminal Justice and Public Order Act 1994*). Il caso originava dall'arresto di due manifestanti che avevano rifiutato di abbandonare una



anno II, n. 4, 2012

data di pubblicazione: 21 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

definiti i limiti del diritto a manifestare in aree pubbliche soggette a divieti di manifestazione, per cui esso può essere esercitato a condizione che non arrechi disturbo alla quiete pubblica e, nel caso di strade pubbliche, non se ne impedisca l'utilizzo in misura irragionevole. Nel precedente veniva infatti evidenziato come le riunioni di persone su strade pubbliche non possano essere di per sé considerate in ogni caso illegali, qualora esse si conformino a canoni di ragionevolezza e non siano ostruttive rispetto al diritto all'utilizzo della strada per il suo scopo essenziale, ossia il passaggio. Anche qualora la riunione e la manifestazione arrechino disagio alla circolazione, infatti, esiste un diritto al loro svolgimento che può garantirne la legittimità a determinate condizioni, che devono essere verificate caso per caso attraverso la ponderazione del disagio arrecato e alla generale forma di svolgimento della manifestazione. Una volta accettato tale presupposto, è ben possibile che una strada sia utilizzata per altre finalità "pubbliche" quali lo svolgimento di assemblee, non importa se preventivamente organizzate o spontanee, ferme restando tali limitazioni, che attengono al tipo di strada, alle sue dimensioni ed alla durata di svolgimento dell'assemblea: in generale, si riconosce che esiste indubitabilmente un «right to public assembly» che trova le proprie radici nel *common law*, e che dunque, non è possibile stabilire in via presuntiva che la riunione che si svolge in una *highway* possa di per sé comprimere il diritto all'accesso ed al passaggio sulla stessa, ma

6

manifestazione di protesta svoltasi a Stonehenge nel giugno del 1995, nonostante l'intervento della polizia locale sulla base della citata ordinanza.



che occorre effettuare un test casistico per verificare la ragionevolezza dei termini in cui essa si svolge.

Nel caso della forma di manifestazione svolta dal movimento *Occupy LSX*, appare evidente che non si possa considerare la riunione nei dintorni della Cattedrale di St. Paul legittima, a causa della sua natura e delle sue caratteristiche. Per la sua estensione, per la sua struttura e per la sua durata, la manifestazione non può essere comparata con quelle – ritenute legittime – le quali creano un intralcio solo parziale e temporaneo all'utilizzo delle strade pubbliche: il campo degli occupanti, consistente in un numero di tende variante tra le cento e le duecento ed ospitante una vera e propria comunità, in una delle aree a maggior densità turistica nella capitale di gran lunga più popolosa d'Europa e per un arco temporale che alla data della decisione ha superato i tre mesi: tutti elementi che portano a definire la questione, nella storia delle manifestazioni analoghe, un "*case without precedent*". È del pari evidente che, per il raggiungimento dei suoi scopi di sensibilizzazione fino ad un concreto segnale di "svolta" nell'ambito delle politiche nazionali, essa avrebbe potuto dovuto continuare a protrarsi; sulla base delle evidenze, di cui la decisione dà ampiamente conto (alle prove prodotte dalle parti sono infatti dedicati ben 73 dei 168 paragrafi che la compongono), risulta che l'occupazione non potrebbe agli occhi del giudice definirsi "transitoria", come affermano i resistenti, né "semi-permanente" come vorrebbero i ricorrenti, ma piuttosto "indefinita", ciò che è tuttavia sufficiente a ritenere esorbitati i limiti entro i quali il *right to public assembly* può legittimamente esercitarsi, anche sul suolo di proprietà



comunale in quanto «very far from being the kind of assembly to which the majority was referring in *DPP v Jones*»¹⁰. Sulla base di considerazioni analoghe, relative in particolare all'importanza del sito oggetto di occupazione, la Corte accorda quindi l'ingiunzione per lo sgombero anche dell'area di proprietà della Cattedrale, ai sensi della citata *section 187B*, riconoscendo l'importanza storica dell'edificio e dei suoi dintorni, e dunque, la legittimità di un intervento a sua tutela da parte della City quale *local planning authority*, anche nella forma dello sgombero coatto, che, in base a quanto evidenziato dall'autorità preposta (il *City Planning Officer*) e non contestato, rappresenta la misura adeguata rispetto alle prescrizioni della disciplina urbanistica (derivante in particolare dal *London Plan* del 2011, dal *City's Core Strategy* dello stesso anno e dalle residue disposizioni vigenti dello *Unitary Development Plan* del 2002), anche in relazione al vaglio della sua necessità e della sua proporzionalità¹¹.

8

3. Il "diritto alla protesta" in rapporto alla CEDU

Fin qui, la sommaria descrizione delle argomentazioni centrali della decisione sotto il profilo amministrativo, che, come esplicitato, hanno anche dato notevole rilievo dei comportamenti delle parti, così come sono stati evidenziati nella narrativa e nella parte relativa all'esame delle prove relative al caso. Il rilievo della decisione e dell'interesse che essa

¹⁰ *City of London v Samede & Ors*, cit., in particolare al paragrafo 133.

¹¹ Ivi, in particolare ai paragrafi 142 e 143.



suscita involge tuttavia un altro profilo, quello relativo alla presunta interferenza dell'intervento dell'autorità cittadina nei diritti garantiti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. È evidente, infatti, che la rilevanza "politica" del caso finisce per costituire un ulteriore banco di prova per la definizione dei rapporti tra l'intervento dell'autorità amministrativa interna e i diritti umani di derivazione sovranazionale, che in queste circostanze assume un significato ancora più pregnante, data la natura e gli scopi del movimento di protesta¹².

Gli esponenti del movimento, infatti, fondano la parte più interessante delle loro difese sugli articoli 10 e 11 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, i quali tutelano rispettivamente la libertà di espressione e quella di riunione e associazione, libertà sulle quali la Corte europea nel corso degli anni si è soffermata ampiamente, evidenziandone con forza l'essenzialità nella società democratica e, conseguentemente, la necessità di un *close scrutiny* per le eventuali limitazioni ad esse imposte. In particolare, circa la libertà di espressione, la Corte ne riconosce la preminenza non mancando di evidenziare l'enfasi su di essa posta dalla giurisprudenza, tanto di quella europea che di quella interna¹³, che ne definisce il valore non solo intrinseco ma anche strumentale quale «lifeblood of

¹² Per una panoramica generale ed approfondita sul tema, che ha acquisito una rilevanza sempre maggiore nel corso dell'ultimo decennio, si rinvia all'ampio contributo monografico di D. Maed, *The New Law of Peaceful Protest. Rights and Regulation in the Human Rights Act Era*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

¹³ Richiamandosi alla giurisprudenza CEDU citata in *R (Laporte) v Gloucestershire County Council* [2007] 2 AC 105, (e in particolare ai paragrafi 36 e 37) e a *Handyside v United Kingdom* [1976] 1 EHRR 737 (paragrafo 49).



democracy», che informa il dibattito politico¹⁴. Per questo è essenziale che la manifestazione controversa sia valutata a livello sostanziale, in quanto la sua natura, le sue modalità di attuazione e le sue forme possono connotarla fino ad essere inscindibili dal suo stesso contenuto, e ciò è senz'altro evidente nel caso dei movimenti *Occupy*, come viene peraltro riconosciuto richiamando il recente precedente *Hall & Ors v Mayor of London*¹⁵, in cui i manifestanti del movimento noto come *Democracy Village* avevano analogamente eretto un campo costituito da tende nella londinese Parliament Square, lo spazio aperto antistante l'entrata principale delle Camere parlamentari. Anche in questo caso, ad una piena affermazione del diritto ad una protesta così organizzata, seguì l'accoglimento delle istanze dell'autorità cittadina per la natura "indefinita" della durata della stessa, che avrebbe interferito in modo intollerabile con il contrapposto diritto all'utilizzo della piazza da parte della comunità. Altro fondamentale precedente richiamato dai resistenti è il caso *Tabernacle v The Secretary of State for Defence*¹⁶, nel quale un'ordinanza locale che proibiva

¹⁴ Così Lord Steyn in *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Simms* [2000] 2 AC 115, paragrafo 126 E-G, il quale cita al proposito anche la teoria americana della libertà di espressione come presupposto necessario del *free market place of ideas*, concezione per la quale «il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero mercato delle idee, che la prova migliore della verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati», formulata dal Justice Oliver Wendell Holmes in una delle sue più note opinioni dissenzienti, nella sentenza della Corte suprema americana *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919), cfr. O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, Giuffrè, Milano, 1975, 105.

¹⁵ *Hall & Ors v Mayor of London (On Behalf of the Greater London Authority)* [2010] EWCA Civ 817.

¹⁶ *Tabernacle v The Secretary of State for Defence* [2009] EWCA Civ 23. Il caso riguardava un'ordinanza locale di Aldermaston, piccola comunità del



l'accampamento di manifestanti in determinate zone fu dichiarata illegittima per violazione degli articoli 10 e 11 della CEDU: data l'analogia con il caso in questione, la sentenza dà conto dell'essenziale differenza tra le circostanze delle fattispecie; in quel caso, il ministero della difesa non poté dimostrare la sussistenza di presupposti (ossia di impedimenti logistici tali da compromettere la circolazione o altre forme di intollerabili limitazioni all'esercizio di altrui diritti) tali da giustificare la compressione delle libertà di espressione e riunione. Ed è proprio la sussistenza di tali presupposti, in accordo con il secondo comma degli articoli della Convenzione in questione, che dispongono la possibilità e le condizioni per la limitazione dei diritti enunciati al primo comma, secondo il giudice, a rappresentare la differenza nel caso di specie: quelle «restrizioni [...] che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, [...] per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine [...] per la protezione [...] dei diritti altrui [...]».

11

Di non secondaria importanza è inoltre il rilievo per il quale uno dei diritti per la protezione dei quali è consentita la restrizione della libertà di espressione e la libertà di riunione è

Berkshire e sede dell'Atomic Weapons Establishment, il principale impianto britannico per la produzione di armi nucleari, che da oltre vent'anni è anche teatro delle manifestazioni di protesta dell'*Aldermaston Women's Peace Camp*, movimento che ogni secondo weekend del mese, dal venerdì alla domenica, si accampa sulle strade pubbliche nei pressi dello stabilimento per svolgere le proprie dimostrazioni. La legislazione in questione (*Atomic Weapons Establishment (AWE) Aldermaston Byelaws 2007*) pur non vietando le manifestazioni in sé, proibiva l'accampamento in determinate zone in prossimità dello stabilimento.



consacrato nella stessa Convenzione: si tratta dell'articolo che precede quelli invocati dai resistenti, l'art. 9, che tutela la libertà di esercizio della religione e che comprende la «libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti».

Il percorso argomentativo compiuto dal giudice Lindblom sul punto è di notevole interesse per la presente analisi, in quanto in discussione non è tanto la legalità dell'azione dei manifestanti, la cui pretesa ad un'occupazione indefinita con una forma di accampamento di vaste dimensioni e stabile di una delle zone più trafficate e di maggiore rilevanza culturale e storica di Londra apparirebbe *prima facie* illegittima, quanto il se i mezzi per attuare la manifestazione possano essere giustificabili, in relazione agli obiettivi della stessa, dal punto di vista della razionalità, ragionevolezza e necessità in una società democratica. Di qui il necessario confronto con il *leading case DDP v Jones*, nonché con i più recenti ed altrettanto rilevanti *Hall* e *Tabernacle*, e sulle analogie e distinzioni con essi.

Le difese dei manifestanti si fondano sull'unicità del caso in questione, per l'importanza delle sue implicazioni politiche, la rilevanza delle quali non è tuttavia messa in discussione: nel giudizio si evidenzia, all'opposto, che una simile valutazione si porrebbe in contrasto con lo stesso spirito degli articoli 10 e 11 della CEDU, in quanto il diritto di protesta da questi garantito «is the right to protest right or wrong, misguidedly or obviously correctly, for morally dubious aims or for aims that



are wholly virtuous»¹⁷. Nel condividere il punto di vista dei manifestanti sull'importanza delle questioni alla base della protesta, la sentenza evidenzia che tale riconoscimento non può prescindere dalla necessaria premessa per la quale la Corte innanzi alla quale la questione è posta non è una sede di dibattito politico, ma un'autorità giurisdizionale. Rispetto ad essa, è evidente il peso che sia l'intento *legis* espresso nel *corpus* normativo in materia, che impone la garanzia dell'utilizzo degli spazi pubblici sotto il controllo ed eventualmente mediante l'intervento dell'autorità locale¹⁸, sia la natura giuridica dalla funzione precipua delle strade pubbliche, abbiano all'interno di un siffatto giudizio un valore determinante; ma, ancora una volta, è il bilanciamento effettuato tra i diritti affermati dalla Convenzione e le limitazioni alle quali essi sono soggetti il punto focale del giudizio, in base al quale vengono riconosciute nella decisione la legittimità, la necessità e la proporzionalità dell'azione dell'autorità cittadina¹⁹.

13

¹⁷ *City of London v Samede & Ors*, cit., al paragrafo 155, che richiama al proposito la massima talvolta impropriamente attribuita a Voltaire per la quale «I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it».

¹⁸ Tale *ratio* è desunta con complessivo riferimento alle norme di cui alla *section 137* del *Highways Act 1980* (per l'occupazione delle strade), alla *section 179* del *Town and Country Planning Act 1990* (per il mancato rispetto delle richieste dell'autorità cittadina), alla *section 269* del *Public Health Act 1936* (in relazione alla creazione dell'accampamento in assenza dei permessi e dei controlli a ciò necessari) e alla *section 2* dell' *Ecclesiastical Courts Jurisdiction Act 1860* (per il disturbo alle funzioni religiose svolgentesi nella chiesa).

¹⁹ Sulla correttezza della decisione e sulla difficoltà di configurare una prevalenza dei diritti di cui agli articoli della 10 e 11 CEDU sui diritti contrapposti nel caso di specie, alla luce delle circostanze analizzate cfr. J. Giles, *Case Note: City of London v Samede and others*, in *Oxford Journal of Law and Religion* Vol. 1, 2012, pp. 289-290.



La sentenza della *Queen's Bench Division* fin qui sintetizzata è stata, come anticipato, successivamente impugnata innanzi alla *Court of Appeal*, che a distanza di poco più di un mese ha confermato il verdetto²⁰ con il quale è stata riconosciuta l'illegittimità dell'occupazione da parte dei manifestanti, con conseguente rifiuto di un processo d'appello avverso l'emanazione delle ordinanze in tal senso e dell'ingiunzione allo sgombrò delle aree occupate e con conseguente divieto di interferenza con l'attività di rimozione coatta e divieto di ricostruzione delle strutture erette dai manifestanti.

La sentenza della *Court of Appeal*, redatta dai *Lord Justices Burton* e *McFarlane*, nel confermare l'impianto argomentativo della decisione, si sofferma parimenti sulla rilevanza degli articoli 10 e 11 della CEDU, richiamando i casi già citati (in particolare *Hall* e *Tabernacle*), soffermandosi altresì sul precedente della Corte di Strasburgo *Kuznestov*²¹, in cui era stata ritenuto garantito dalla CEDU il diritto dei manifestanti ad impedire l'accesso ad un tribunale, sulla base della considerazione per cui le leggi interne per non porsi in contrasto con la Convenzione devono prevedere una certa tolleranza nei confronti delle forme di protesta pacifica, alle quali un certo livello di disturbo è necessariamente connaturato. In quel caso era stata pertanto riconosciuta la violazione degli articoli 10 e 11, ma la fondamentale differenza nei *manners and forms* della protesta (che aveva ostruito

²⁰ *The Mayor Commonalty and Citizens of London v Samede (St Paul's Churchyard Camp Representative) & Ors* [2012] EWCA Civ 160 (22 February 2012).

²¹ *Kuznestov v Russia*, (App. No. 10877/04) [2008] ECHR 1170.



l'accesso al tribunale soltanto per circa un'ora), è stata ritenuta tale da non poter essere comparata con quella dei manifestanti della Cattedrale di St. Paul.

4. La *freedom of assembly* nel rapporto tra giurisprudenza britannica "interna" e diritti umani "europei"

Dall'analisi fin qui condotta si evince come, nonostante l'esito dei giudizi promossi dall'autorità cittadina londinese contro i manifestanti del movimento *Occupy LSX*, la soluzione adottata non sia scevra di rilevanti conseguenze, che meritano di essere evidenziate. Come è stato rilevato, infatti, la questione può effettivamente essere considerata «un caso senza precedenti», e non solo per la rilevanza delle motivazioni alla base della protesta e alle modalità e forma della sua manifestazione, cui i giudici danno ampiamente risalto, ma che come si è detto non deve e non può essere oggetto di valutazione nel merito da parte dell'autorità giudiziaria, quanto per l'effettivo oggetto della controversia, di fatto mai affrontato nella giurisprudenza tanto delle Corti britanniche che dei giudici di Strasburgo²².

La questione affrontata nella sentenza riguarda un ambito particolare del diritto britannico: la libertà di espressione rappresenta infatti il classico caso di libertà che nella storia costituzionale d'Oltremarica ha avuto un rilievo poco

²² Cfr. H. J. Hooper, 'A Case without Precedent': *City of London v Samede and Others* [2012] EWHC 34 (QB), in *UK Constitutional Law Group Blog* (1 maggio 2012), reperibile online all'indirizzo <http://ukconstitutionallaw.org/2012/05/01/hayley-j-hooper-a-case-without-precedent-city-of-london-v-samede-and-others-2012-ewhc-34-qb/>



significativo, ciò che ne rappresenta un tratto in certa misura distintivo rispetto tanto alla maggior parte delle Costituzioni europee continentali del ciclo postbellico, che hanno previsto tale diritto facendone un architrave del sistema delle libertà fondamentali, quanto al sistema costituzionale americano, nel quale è nota la rilevanza del primo emendamento. Nel sistema britannico, fino a tempi recenti, è rimasto valido il tradizionale insegnamento di Dicey, che evidenziava già nella sua *Law of the Constitution* la restrittività della normativa inglese in ambito di *public meeting* (effettuando un'analisi comparativa con il caso belga), concludendo che una forma di tutela della riunione in spazi pubblici configurabile come diritto poteva essere ricavata unicamente per via giurisprudenziale quale aspetto della libertà di espressione²³. Tale assunto è rimasto sostanzialmente valido fino alla fine del secolo: il riconoscimento di questa libertà nel Regno Unito a livello di legislazione positiva è acquisizione recente, parte essenziale del processo di innovazione costituzionale rappresentata dall'introduzione dello *Human Rights Act 1998*, che di tale

²³ «The restrictions on the practice of public meeting appear to be more stringent in Belgium than in England, for the police have with us no special authority to control open-air assemblies. Yet just as it cannot with strict accuracy be asserted that English law recognises the liberty of the press, so it can hardly be said that our constitution knows of such a thing as any specific right of public meeting. No better instance can indeed be found of the way in which the constitution is build up upon individual rights than our rules as to public assemblies. The right of assembling is nothing more than a result of the view taken by the Courts as to individual liberty of person and individual liberty of speech», cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londra, Macmillan, 8th (reprint), 1915, pp. 169-170. Il passaggio viene citato testualmente da Lord Hewart in uno dei principali precedenti in materia, *Duncan v Jones* [1936] 1KB 218.



processo è considerato pietra angolare²⁴; se l'affermazione di tale principio era infatti in precedenza residuale anche in ambito di *common law*, il suo sviluppo come vero e proprio diritto di rango preminente è dovuto all'*incorporation* della Convenzione nelle fonti legislative parlamentari²⁵. Ciò premesso, si capisce l'importanza della possibilità, offerta dal caso in esame di enucleare un precedente relativamente a quella che Lindblom ha configurato come una "*indefinite protest*", in ciò distinta dai precedenti analizzati e che si incentra su una questione di indiscutibile rilevanza sociale e politica, che tocca direttamente questioni che possono in certa misura essere estese al difficile equilibrio tra democrazia e sicurezza in tutti i sistemi occidentali, sotto il punto di vista della sicurezza intesa estensivamente come "sicurezza sociale".

In particolare, data la natura eccezionale della controversia, è stato affermato che il giudice avrebbe potuto pronunciarsi affermando che i diritti garantiti dalla CEDU si estendono fino ad una occupazione che si protrae per un tempo indefinito, attesa la rilevanza della protesta e la sua natura, per cui solo attraverso un'azione del genere (in quel particolare luogo e senza limiti temporali predeterminati in assenza di tangibili risposte) sarebbe possibile portare le questioni poste dai manifestanti all'attenzione dell'opinione pubblica e, dunque, conferire ad esse il giusto rilievo nel dibattito politico. Dal punto di vista normativo, un'interpretazione estensiva della

²⁴ Cfr. V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009, 116.

²⁵ Circa tale evoluzione si rimanda a E. Barendt, *Freedom of Expression in the United Kingdom Under the Human Rights Act 1998*, in *Indiana Law Journal*, Vol. 84, 2009, pp. 851 ss.



regola interpretativa dello *Human Rights Act* (section 2 (1)) che impone all'interprete di «tenere conto» della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, consentirebbe al giudice interno, in linea teorica, di affermare la legittimità della protesta, sulla base dell'assenza di precedenti analoghi e della piena affermazione dei diritti enunciati nella Convenzione²⁶; una simile interpretazione è stata recentemente formulata da autorevole dottrina (la stessa "artefice" dello *HRA*), che ha accusato le Corti interne di essersi ridotte a meri "agenti" o "delegati" della Corte europea nell'ambito dell'applicazione della Convenzione, anziché giocare il ruolo che sarebbe loro imposto dall'*incorporation*, ossia quello di primari interpreti della stessa, il cui dovere è quello di sviluppare un autonomo *corpus* giurisprudenziale in materia di diritti umani, non necessariamente allineato sulle statuizioni di Strasburgo²⁷. Un simile intervento si porrebbe certamente in contrasto con l'atteggiamento di "prudenza" praticato dalle Corti in questo settore, e avrebbe probabilmente una portata dirompente in particolar modo in questo momento storico, in cui il ruolo della Corte di Strasburgo è oggetto di dibattito²⁸, ed è parimenti in discussione il progetto di un nuovo *Bill of Rights* britannico²⁹.

²⁶ Così H. J. Hooper, in 'A Case without Precedent', cit.

²⁷ Cfr. Lord Irvine of Lairg, *A British Interpretation of Convention Rights*, in *Public Law*, Vol. 2/2012 (summer issue), p. 237 ss. e la relativa replica, di Sir Philip Sales, *Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act: A Response to Lord Irvine*, ivi, 253.

²⁸ In particolare, il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo è salito alla ribalta del dibattito politico a seguito della controversa pronuncia della Corte nel caso *Othman (Abu Qatada) v United Kingdom* [2012] ECHR 56, sentenza pronunciata il 17 gennaio 2012, la cui richiesta di rinvio alla Grande Chambre è stata respinta il successivo 9 maggio, con la quale è stata ritenuta in violazione dell'art. 6 della Convenzione il provvedimento di estradizione



Anche alla luce di tali considerazioni, le decisioni in commento rappresentano, nondimeno, a dispetto dell'esito, una forma di affermazione, seppur in misura minore di quella che si sarebbe avuta nella enunciazione di un diverso e specifico principio per i casi di occupazione indefinita in manifestazioni di tale portata, del ruolo dei diritti umani nella giurisprudenza britannica. Le ragioni per affermarlo non si rinvergono in questo caso nell'esito – che per certi versi poteva apparire scontato – quanto nell'articolato procedimento svolto nella decisione per arrivare alla soluzione. Tale articolato ragionamento ruota attorno all'importanza del diritto alla manifestazione e alla protesta, al quale viene attribuita rilevanza indubitabilmente costituzionale; ed è in ragione di tale rilevanza che l'apparato probatorio e il comportamento delle parti vengono analizzati così approfonditamente, per

19

per Omar Mahmoud Othman, noto come Abu Qatada al-Filistini, considerato membro dell'organizzazione terroristica Al-Qaeda, che il Governo inglese voleva estradare in Giordania, dove è stato processato e condannato in contumacia per attività terroristiche. La violazione individuata dalla Corte EDU nel provvedimento di estradizione risiede nel concreto pericolo che il presunto terrorista sarebbe stato sottoposto a tortura per ottenerne la confessione, ciò che viola il diritto all'equo processo di cui all'art. 6.

²⁹ Sul punto si rinvia al rapporto della House of Lords e della House of Commons *A Bill of Rights for the UK?*, House of Lords Paper 165-I e House of Commons Paper 150-I, pubblicato il 10 agosto 2008, reperibile online all'indirizzo

<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/165/165i.pdf>; in data 11 luglio 2012 è stata pubblicato dalla commissione all'uopo istituita (Commission on a Bill of Rights) il secondo *consultation paper* finalizzato ad ottenere il parere dell'opinione pubblica sul tema dell'adozione del nuovo *Bill of Rights*. Per il dibattito intorno al ruolo dello *Human Rights Act* e della sua eventuale riforma nel contesto politico britannico attuale si veda C. Gearty, *Beyond the Human Rights Act*, in T. Campbell, K.D. Ewing, A. Tomkins, *The Legal Protection of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 472 ss. nonché C. Harvey, *Taking the next step? Achieving another Bill of Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2011 pp. 24 ss., spec. 30-32.



giustificare la necessità e la proporzionalità delle misure richieste, ciò che può in ogni caso rappresentare un parametro di riferimento e, dunque, un precedente rilevante.

Una sorta di conferma sull'esito del giudizio in rapporto alla giurisprudenza di Strasburgo può in certa misura rinvenirsi in un altro rilevante caso, deciso successivamente rispetto a quello in esame, inerente la misure adottate dalle autorità pubblica nell'ambito delle manifestazioni di protesta. La decisione in questione è relativa al caso *Austin v UK*, con cui la Corte di Strasburgo³⁰ ha confermato la statuizione della Camera dei Lord³¹ con la quale i giudici britannici avevano ritenuto insussistente una violazione della CEDU in relazione ad un intervento delle forze di polizia restrittivo nei confronti di una manifestazione di protesta, motivata sull'assunto che dall'interpretazione della Convenzione non può derivare un'applicazione tale da rendere impossibile alla polizia di adempiere ai compiti di salvaguardia dell'ordine pubblico e

³⁰ *Austin and others v. The United Kingdom* [2012] ECHR 459, sentenza del 15 marzo 2012 vertente una manifestazione svoltasi nel Centro di Londra (in Oxford Circus) nel 2001, per una protesta di tipo anticapitalista (simile a quella del caso qui commentato), in cui la polizia ricorse al c.d. "kettling" (contenimento per motivi di ordine pubblico, da parte della polizia, di un gruppo di persone trasportate dalla folla), impedendo per svariate ore a numerosi cittadini del tutto estranei alla manifestazione di lasciare il luogo cinto dal "cordone" protettivo. La Corte EDU, pronunciandosi per la prima volta in tale ambito, ha stabilito che tale pratica non costituisce una violazione del divieto di privazione della libertà personale di cui all'art. 5 CEDU, nel caso in cui sussistano condizioni tali per cui alla luce del contesto e della fattispecie concreta, tali misure, ridotte al minimo indispensabile, si rivelano inevitabili a causa di circostanze che sfuggono dal controllo delle autorità oltre che necessarie a scongiurare il pericolo di danni o lesioni, in quanto l'applicazione dell'art. 5 non deve tale da non rendere impossibile alla polizia di adempiere ai compiti di salvaguardia dell'ordine pubblico e della protezione della popolazione.

³¹ *Austin & another v Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] UKHL 5.



della protezione della popolazione: anche in questo caso, la Corte europea ha posto in particolare risalto il contesto in cui la presunta violazione sarebbe avvenuta nel suo complesso³².

L'attenzione al contesto e l'approccio casistico adottato appaiono in continuità con la particolare linea seguita dalla Corte europea relativamente ai casi inerenti gli articoli 10 e 11, un approccio fondato sulla combinazione delle due tradizionali soluzioni che la dottrina politica offre al "paradosso della tolleranza", per il quale la società democratica, impedendo forme di espressione che potrebbero minacciarla, finisce per violare i suoi stessi principi fondativi. Tali soluzioni si rinvengono nell'adozione di un modello "procedurale" di democrazia, che trae la propria legittimazione dal rispetto di un complesso di procedure decisionali, indipendentemente dai loro risultati, da un lato; e nell'accoglimento di un'idea "sostanziale" di democrazia, che si caratterizza per la preminenza dei valori di libertà e uguaglianza. Sebbene questi due modelli siano alternativi e si escludano reciprocamente, la giurisprudenza della Corte europea sembra accoglierli entrambi³³; così, la tendenza delle Corti britanniche ad

³² Per un'analisi critica della decisione si veda D. Mead, *The Right To Protest Contained By Strasbourg: An Analysis of Austin v. UK & The Constitutional Pluralist Issues it Throws Up*, in *UK Constitutional Law Group Blog* (16 marzo 2012), reperibile online all'indirizzo <http://ukconstitutionallaw.org/2012/03/16/david-mead-the-right-to-protest-contained-by-strasbourg-an-analysis-of-austin-v-uk-the-constitutional-pluralist-issues-it-throws-up/>

³³ Sul punto si vedano S. Scottiaux, S. Rummens, *Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights' case law on freedom of expression and freedom of association*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, 2012, 106-126, spec. 114 e ss., in cui si critica tale approccio, fornendo un modello alternativo di *concentric democracy* fondato su una modello "deliberativo" di democrazia il cui accoglimento consentirebbe



analizzare attentamente le circostanze fattuali, con cui esse prescindono da standard preordinati di valutazione (e rinunciano a formularli) e il loro porre in evidenza, da un lato, l'assenza di connessioni tra contenuto della protesta e forme di esercizio e dall'altro l'elevata rilevanza delle questioni poste dai manifestanti, sembra quindi porsi in linea con la giurisprudenza "duale" di Strasburgo in materia.

5. Il diritto alla protesta al tempo della crisi economica globale: brevi riflessioni conclusive sul ruolo delle Corti tra "antipolitica" e democrazia

Il caso analizzato offre spunti per una riflessione ulteriore. La rilevanza attribuita ai diritti garantiti dalla CEDU viene in rilievo nel Regno Unito per via della sua peculiarità di sistema fondato sulla formulazione tradizionale, ma ancora assolutamente centrale nella dottrina costituzionale, nonostante tutte le sue possibili declinazioni, della *sovereignty of Parliament*³⁴, con la quale devono scontrarsi i problemi di adattamento interno alla giurisprudenza di Strasburgo, che finiscono per spostarsi sul piano politico, esaltando la

di superare le incoerenze giurisprudenziali denunciate (in particolare con riguardo al problema dell' "hate speech").

³⁴ Su cui si rinvia, per una panoramica recente ed esaustiva delle problematiche, al dibattito ospitato dall'*International Journal of Constitutional Law* (Vol. 9, numero 1, del gennaio 2011) intitolato *The Changing Landscape of British Constitutionalism*, ed in particolare a R. Bellamy, *Political constitutionalism and the Human Rights Act*, ivi, 86 ss.; P. Craig, *Political constitutionalism and the judicial role: A response*, ivi, 112 ss.; N.W. Barber, *The afterlife of Parliamentary sovereignty*, ivi, p. 144 ss., A.L. Young, *Sovereignty: Demise, afterlife, or partial resurrection?*, ivi, 163 ss.



conflittualità tra organi elettivi e giurisdizionali, da un lato, e tra sistema interno e sistema sovranazionale³⁵, dall'altro.

Ma nel caso in questione vi è di più.

Il fatto da cui originano le decisioni in commento può essere considerato il "fatto politico" per eccellenza al tempo della crisi economica: non a caso, pur negando il giudice della *Queen's Bench Division* che la Corte possa entrare nel merito della protesta dovendosi limitare strettamente a tutelare il diritto alla manifestazione nelle forme giuridicamente consentite, si riconosce da parte della *Court of Appeal* la «very great political importance» dell'oggetto della protesta, in quanto in un'ipotetica classificazione dei possibili (e potenzialmente illimitati) oggetti della manifestazione, quella del movimento *Occupy LSX* occuperebbe il vertice³⁶. Ed in effetti, la protesta dei movimenti analoghi ad *Occupy LSX* diffusi in tutto il mondo occidentale ha una stretta connessione con i fondamenti del costituzionalismo, ponendo l'essenziale problema della sua stessa sopravvivenza dinnanzi a quella che sembra essere la sfida definitiva della globalizzazione³⁷: la fine del concetto di

³⁵ Cfr. C. Gearty, *Beyond the Human Rights Act*, cit., passim.

³⁶ Cfr. *The Mayor Commonalty and Citizens of London v Samede*, cit., paragrafo 41, che richiama a sua volta *City of London v Samede* (155), «we accept that it can be appropriate to take into account the general character of the views whose expression the Convention is being invoked to protect. For instance, political and economic views are at the top end of the scale, and pornography and vapid tittle-tattle is towards the bottom. In this case, the Judge accepted that the topics of concern to the Occupy Movement were "of very great political importance" [...] that was something which could fairly be taken into account».

³⁷ Sulla quale la letteratura è sterminata: ai fini del presente scritto, per un inquadramento generale e bibliografico della questione, sembra sufficiente rinviare a D. Zolo, voce *Globalizzazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., agg. II, Torino 2005, 383 ss.



Stato-nazione di westfaliana derivazione, da essere teorizzata da costituzionalisti e scienziati della politica, sembra divenire reale nella prospettiva del “fallimento” degli stessi in senso tecnico-finanziario.

L’approfondimento di tali temi esula gli scopi del presente scritto e necessita naturalmente di analisi di altro livello di approfondimento. Il richiamo tuttavia appare utile ad un completamento “politico-costituzionale” del discorso “giuridico-costituzionale” fin qui condotto. La recente esplosione della crisi economica con le sue ripercussioni più gravi, ha reso queste problematiche più che mai concrete e pressanti. Il problema del deficit democratico delle istituzioni europee, originariamente denunciato proprio nel Regno Unito e che al centro del dibattito da ormai oltre trent’anni³⁸, pur essendo in questo particolare momento strettamente legato ai problemi dell’unione monetaria³⁹ e alla *governance* economica dell’Eurozona, attualmente travalica le sole implicazioni costituzionali dell’adesione britannica all’euro⁴⁰: la questione sollevata dalla protesta dai movimenti *Occupy Wall Street*, dagli

³⁸ L’utilizzo dell’espressione “*democratic deficit*” è attribuito all’accademico e europarlamentare britannico David Marquand, che vi ricorse per la prima volta nel suo *Parliament for Europe* (Londra, Jonathan Cape, 1979), cfr. Y. Mény, *De la démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 41, 2003, pp. 1 ss.

³⁹ Sulla crisi dell’eurozona come conseguenza della disgiunzione di carattere costituzionale tra politica monetaria e politica economica e fiscale dei Paesi della moneta unica, si veda M. Rosenfeld, *Money and the constitution: Excesses and deficits*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, p. 299 ss.

⁴⁰ Cfr. L. Patruno, *Le implicazioni costituzionali dell’adesione britannica all’euro*, in A. Torre, L. Volpe (cur.), *La Costituzione britannica / The British Constitution*, Atti del Convegno dell’Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Bari, 29-30 maggio 2003, Torino Giappichelli, 2005, p. 1221 ss.



autodefinitisi “*indignados*”, e da tutte le forme analoghe di movimenti “antisistemici” fondati sull’“antipolitica”, che vanno sempre più affermandosi nelle democrazie avanzate con il protrarsi e l’acuirsi della crisi, prima ancora che nel caso di cui si discute, riguarda più in generale il ruolo di quegli attori che in questo momento più che mai influenzano, in misura determinante e manifesta, le decisioni politiche degli Stati in assenza di alcuna forma di controllo o legittimazione democratica (ci si riferisce principalmente agli istituti finanziari di qualsiasi genere di dimensioni sovranazionali), nonché la loro responsabilità nell’ambito dell’attuale crisi economica e le soluzioni per i gravi problemi che tale influenza comporta. Prima ancora che conseguenza della non adeguatezza di *governance* economica a livello europeo o della insostenibilità dei debiti sovrani degli Stati dell’Eurozona, l’attuale crisi economica trova il suo detonatore in una crisi di origine non europea, derivante da difetti di regolamentazione dei mercati finanziari⁴¹ e, dunque, di attori che operano in un regime differente da quello democratico, nel quale l’intervento della politica nelle sue forme ordinarie (e democratiche) è impossibile o inefficace. La sola risposta “politica”, consistente in interventi atti alla riduzione della spesa pubblica e nella

⁴¹ Si veda sul punto la ricostruzione di A. Bagnai, che analizza la questione dal punto di vista macroeconomico ed ha il merito di distinguere nettamente la problematica dei debiti pubblici (e, conseguentemente, affermare la dannosità dei vincoli costituzionali ai bilanci) dalle sue cause, derivanti dall’indebitamento privato, in A. Bagnai, *Crisi finanziaria e governo dell’economia*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 3, 2011 (11 gennaio 2012), reperibile online all’indirizzo <http://www.costituzionalismo.it/articoli/406/>



riduzione del debito mediante vincoli sempre più stringenti⁴², si esplica quindi in una ulteriore ed incisiva riduzione di spazi per l'intervento politico, che, peraltro, anziché risolvere i problemi per i quali vengono adottati, può contribuire ad aggravarli⁴³. Il fallimento dei mercati e dei soggetti che li governano sulla base di logiche avulse da quelle democratiche si è ormai pericolosamente trasformato in fallimento degli Stati e della politica, delle istituzioni rappresentative, cioè, più democraticamente legittimate: ed è estremamente significativo che il simbolo della protesta di questi movimenti sia la maschera del rivoluzionario Guy Fawkes nella sua moderna reinterpretazione⁴⁴, che rievoca un personaggio storico e letterario oggi simbolicamente ricordato per il suo ruolo in una piano mirante alla distruzione del Parlamento.

⁴² Si pensi alle recenti introduzioni della regola del pareggio di bilancio nelle Costituzioni tedesca, spagnola, italiana e francese o alle misure di rientro del debito previste dal Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria, il c.d. *Fiscal Compact*.

⁴³ Di estremo interesse sul punto è l'esperienza statunitense in materia di riforme costituzionali volte a vincolare le politiche fiscali a livello di governo statale e di municipalità locali, recentemente analizzata da R.C. Shragger in *Democracy and Debt*, in *Yale Law Journal*, Vol. 121, 2012, pp. 860 ss.

⁴⁴ La maschera di Guy Fawkes è tratta dal *graphic novel* di A. Moore e D. Lloyd *V for Vendetta* (pubblicata per la prima volta tra il 1982 e il 1985), il successo del cui adattamento cinematografico (del 2006) l'ha resa fin da allora nota e ampiamente diffusa in tutte le manifestazioni di protesta a livello mondiale. Cfr., in particolare relativamente agli *Occupy movements*, J. Jones, *Occupy's V for Vendetta protest mask is a symbol of festive citizenship*, su *The Guardian* del 4 novembre 2011; E. Lovett, *How Did Guy Fawkes Become a Symbol of Occupy Wall Street?*, in *Abc News Blogs*, 5 novembre 2011, reperibile online all'indirizzo <http://abcnews.go.com/blogs/headlines/2011/11/how-did-guy-fawkes-become-a-symbol-of-occupy-wall-street/>



anno II, n. 4, 2012

data di pubblicazione: 21 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

In questa prospettiva, si può quindi meglio cogliere il senso dell'articolato ragionamento e dell'attenzione mostrata verso le ragioni dei manifestanti nel caso *Occupy LSX*, e la «very great political importance», di cui si è detto, che, a dispetto delle affermazioni sull'insussistenza del peso politico della protesta oggetto della controversia, sembra invece essere la base sulla quale il *legal reasoning* della decisione viene costruito, in particolare per l'attenzione dedicata alla proporzionalità delle misure richieste dalle autorità cittadine nei confronti dei manifestanti e dalla minuziosa analisi del comportamento delle parti nel corso dell'intera vicenda. Tale attenzione sembra derivare dall'esigenza di comporre lo scontro che vede da una parte le istanze di una domanda democratica di sicurezza sociale che appare quanto mai compromessa, e che trovano in qualche misura un ultimo baluardo nelle affermazioni di primazia dei diritti umani nelle statuizioni che sono alla base del dibattito costituzionalistico degli ultimi decenni; e in cui dall'altra parte sono schierate le esigenze di tutela dell'ordine pubblico da parte di uno Stato la cui legittimazione democratica, come si è detto, sembra del pari quanto mai screditata; ed è ciò che probabilmente contribuirà a fare della decisione in commento un rilevante precedente in una casistica "senza precedenti".



anno II, n. 4, 2012
data di pubblicazione: 30 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

VIOLAZIONE PROCEDURALE DEL DIVIETO DI TORTURA

Nota a margine della sentenza della Corte EDU
Otamendi Eguiguren c. Espagne del 16 Ottobre 2012

Massimo Pellingra Contino

1. Introduzione

La sentenza della *European Court of Human Rights* che ivi si annota, relativa all'*Affaire Otamendi Eguiguren c. Espagne* del 16 ottobre 2012, impone una riflessione sulla c.d. violazione procedurale del divieto di tortura, così previsto dai vari accordi internazionali a protezione dei diritti umani, i quali vietano la tortura nonché ogni trattamento crudele, disumano o degradante.

Si tratta di accordi già da tempo, ad esempio, in vigore per l'Italia. Il divieto è previsto sia nella Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 3), sia nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 7); già la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 poneva il divieto, pur con delle limitazioni di non poco conto (morale, ordine pubblico, benessere generale di una società democratica).

Nel 1984, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvava la Convenzione per la prevenzione specifica della tortura e dei trattamenti disumani, crudeli e degradanti e, nel



anno II, n. 4, 2012
data di pubblicazione: 30 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

1987, gli Stati membri del Consiglio d'Europa adottavano la Convenzione europea per una eguale prevenzione mediante i meccanismi di controllo, sopralluoghi del Comitato europeo *ad hoc* intesi a verificare il trattamento delle persone in stato di detenzione al fine di rafforzare la loro protezione dalla tortura e da trattamenti crudeli.

Ora la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984 e in vigore dal 26 giugno 1987, vige per la Repubblica italiana dall'11 febbraio 1989, dopo il deposito dello strumento di ratifica del 12 gennaio di quell'anno.

La ratifica era preceduta dalla legge di autorizzazione del 3 novembre 1988; e quella stessa legge conteneva l'ordine di esecuzione d'uso per le norme della Convenzione già esaustive, così direttamente introdotte nell'ordinamento italiano.

L'ordine di esecuzione era peraltro insufficiente - pur introducendolo come principio nel nostro ordinamento - al rispetto dell'obbligo convenzionale, anzi del suo "nucleo" essenziale della Convenzione (art. 1 e art. 4 in combinato disposto); trattasi dell'obbligo per gli Stati di legiferare affinché qualsiasi atto di tortura (come pure il tentativo di praticare la tortura o qualunque complicità o partecipazione a tale atto) fosse espressamente e immediatamente contemplato come reato nel diritto penale interno, conformemente alla definizione di tortura prevista all'art.1 della Convenzione. Per di più il secondo paragrafo dell'art. 4 della Convenzione medesima prevede l'obbligo per ogni Stato parte di stabilire senz'altro per



il reato stesso pene adeguate in considerazione della sua gravità.

2. I rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento penale

Volgendo lo sguardo al rapporto tra ordinamento internazionale e ordinamento penale resta il fatto che di norme di adattamento ordinario all'obbligo precipuo della Convenzione di New York non v'è tuttora traccia in senso proprio nel diritto penale spagnolo, in particolare, tenendo conto degli artt. 5 e 7 della richiamata Convenzione, norme rivolte a far perseguire da ogni Stato parte la tortura ovunque e da chiunque commessa.

Non vi è alcun dubbio che il "legiferare" contempla l'esercizio della competenza legislativa delle Camere ai sensi della Costituzione spagnola, ma è pur vero che il principio generale del rispetto dei patti internazionali implica - quanto meno - l'obbligo d'iniziativa legislativa del Governo al fine dell'introduzione del reato di tortura nel diritto penale interno conforme alla Convenzione, sin dall'entrata in vigore della Convenzione. Le Camere avrebbero dovuto comunque essere richiamate alle conseguenze internazionali di una mancata approvazione interna di norme adeguate agli artt.1 e 4 della Convenzione e, in mancanza, al risultato di una condotta internazionalmente illecita.

A tal proposito, va precisato che la Convenzione all'art. 1 definisce puntualmente la nozione di tortura rilevante ai sensi e per i fini della Convenzione. Il termine "tortura" indica, infatti, «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al



fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione» qualora - sottolinea la Convenzione - «tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito».

Inoltre, ai sensi dell'art. 2, il divieto di tortura così menzionato è assoluto: nessuna circostanza eccezionale, quale essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altra situazione eccezionale, può essere invocata per giustificare la tortura escludendosene dunque qualunque limitazione.

Ora, se questo è il quadro convenzionale, è evidente che per i fini del rispetto dell'obbligo internazionale (art. 4, in combinato con l'art.1 della Convenzione di New York) s'impondeva senza possibilità di alternative l'emanazione di norme penali interne non potendo bastare, per i fini del rispetto della Convenzione, quelle "coperture" penali non specificamente volte alla repressione della tortura.

S'impondeva, dunque, l'emanazione di una nuova fattispecie criminosa definita con le parole dell'art.1 della Convenzione medesima e la fissazione di pene adeguate alla sua gravità, senza esimenti.

Innumerevoli, in via esemplificativa, sono stati invece in Italia invece i disegni di legge già assegnati alle Commissioni Giustizia dei due rami del Parlamento che hanno per oggetto



l'introduzione del reato specifico di tortura nel codice penale italiano, ad esempio, per i fini dell'adattamento alla Convenzione. Non si possono, infatti, ritenere sufficienti per il rispetto dell'obbligo internazionalmente assunto gli articoli 606 (arresto illegale), 607 (indebita limitazione di libertà personale), 608 (abuso di autorità contro arrestati o detenuti), 609 (perquisizione e ispezione personali arbitrarie); e nei reati di percosse e di lesioni personali manca la specificità dell'elemento soggettivo, tipico, invece, della tortura.

Quanto poi all'atteggiamento dell'Esecutivo italiano, in termini comparatistici, va detto che nel 2000 il Consiglio dei Ministri aveva approvato un disegno di legge recante "Norme in materia di tortura ed altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti" (28 luglio 2000). Si trattava - a ben vedere - di un progetto finalizzato non già all'introduzione del reato specifico di tortura, ma solo alla previsione di aggravanti per delitti non colposi contro la persona: nella relazione al disegno di legge tale scelta veniva motivata sulla base della considerazione che la previsione di aggravanti avrebbe comunque consentito «di sanzionare più efficacemente quelle gravi pressioni fisiche o morali volte al fine di intimidire, violare la dignità della persona», senza necessariamente pervenire all'introduzione di un reato specifico di tortura.

Ma va ribadito che per un compiuto adattamento alla Convenzione, la previsione del reato di tortura nel diritto penale interno nella fattispecie delineata all'art.1 della Convenzione resta scelta necessitata se ci si vuol conformare compiutamente all'impegno internazionale assunto, scongiurando l'illecito internazionale.



Per quanto attiene poi al divieto di trattamenti crudeli, disumani o degradanti non desumibili nell'ampia descrizione di tutte le ipotesi qualificate dall'art.1 della Convenzione di New York come "tortura", si sottolinea che la Convenzione stessa non li trascura. L'art. 16 impone ad ogni Stato parte di far valere effettivamente il divieto di «altri atti costitutivi di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti», ma che non siano atti di tortura qualora siano compiuti «da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisce a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito». La Convenzione non definisce peraltro tali fattispecie, né dispone, come è invece per la tortura, l'obbligo per gli Stati parte di sanzionare specificamente tali condotte.

La Convenzione è tuttavia esaustiva (*self-executing*¹) nell'imporre la proibizione di tali atti per cui è da dire che l'ordine di esecuzione italiano alla Convenzione ha già inserito l'obbligo nel nostro ordinamento. Obbligo pure di stretta vigilanza sulle pratiche di interrogatorio poste in essere nei confronti di persone poste in custodia o private della libertà e l'impegno di promuovere fra le forze dell'ordine (e più in generale fra le persone che possono intervenire nel corso della custodia) la più ampia consapevolezza del divieto per costoro di praticare trattamenti disumani, crudeli o degradanti. E in aggiunta, gli art.12 e 13 (richiamati dall'art.16) dispongono l'obbligo per gli Stati parte di predisporre meccanismi di tutela

¹ G. Tesaurò, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2010, pp. 268 ss.; G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea*, parte istituzionale, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 40 ss.; P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, pp. 268 ss.



anno II, n. 4, 2012
data di pubblicazione: 30 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

adeguata che si devono tradurre anche nell'esperimento di "inchieste imparziali" tese all'accertamento dei fatti nel caso violazione del divieto di trattamenti degradanti.

La Convenzione contro la tortura e i trattamenti disumani prevede poi l'istituzione di un Comitato cui possono rivolgersi gli Stati e gli individui. La Repubblica italiana, come altri paesi europei, è fra gli Stati che hanno dichiarato di riconoscere la competenza del Comitato ai sensi degli artt. 21 e 22. Gli individui possono pertanto rivolgersi al Comitato quando ritengano di esser vittime di una violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano, nel rispetto della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (effettivamente predisposti) e purché la stessa questione non sia stata o non sia all'esame di altra istanza internazionale, come la Corte europea di Strasburgo (per violazione del divieto di cui all'art.3 della Convenzione europea) o il Comitato sui diritti umani di cui al Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici (per violazione dell'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici). E sul punto si badi che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede, all'art.53, che nessuna delle sue disposizioni possa essere interpretata «in senso limitativo o pregiudizievole ai diritti dell'uomo che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o da accordi internazionali cui le stesse parti contraenti partecipino».

La richiamata disposizione esprime dunque, da un lato, una precisa connessione fra la Cedu e gli altri trattati (antecedenti ma anche successivi) in materia di diritti umani; dall'altro, che questi altri trattati andrebbero richiamati nel contesto convenzionale europeo sulla base di un'interpretazione



anno II, n. 4, 2012
data di pubblicazione: 30 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

sistematica dei trattati internazionali in materia di diritti umani. Resta infine da precisare che la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni rimane fuori causa (anche per la giurisprudenza della Corte europea), laddove l'illecita condotta legislativa omissiva precluda ogni rimedio giudiziario o amministrativo ai fini di una pure doverosa conformità agli artt. 1 e 4 della Convenzione di New York.

3. L'esame della sentenza

Alla luce di una sintetica analisi comparatistica, con riferimento in particolare all'Italia, l'esame della sentenza che ivi si annota consente di riflettere su come spesso i pregiudizi fanno percepire i fatti non come sono ma come sono interpretati liberamente. È quanto accaduto al direttore di un giornale basco su cui sono piombate pesanti accuse di presunte affiliazioni ad un gruppo terrorista. È il caso di Martxelo Otamendi Eguiguren, giornalista di origini basche, direttore del famoso quotidiano in lingua basca *Euskaldunon Egunkaria* (unico giornale che per trent'anni è stato pubblicato interamente in euskera).

Il 20 febbraio 2003 è stato arrestato dagli agenti della Guardia Civile, in relazione ad un'indagine su presunti crimini di appartenenza ed affiliazione ad un'organizzazione terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna, in spagnolo *País Vasco y Libertad*, letteralmente "Paese Basco e Libertà"), organizzazione armata terroristica basco-nazionalista separatista d'ispirazione marxista-leninista, il cui scopo è l'indipendenza del popolo basco.





anno II, n. 4, 2012

data di pubblicazione: 30 gennaio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza

Da qui iniziano le disavventure del ricorrente². Dopo l'arresto il giornalista basco viene collocato in isolamento,

² Cfr. sent. 8 gennaio 2013, con cui la Cedu ha deciso nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*, intervenendo in materia di sovraffollamento carcerario. Si tratta di una sentenza-pilota emessa ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, con cui la Cedu ha affermato che l'eccessivo affollamento degli istituti di pena italiani rappresenta un problema strutturale del nostro Paese. La vicenda trae origine dal ricorso presentato da sette ricorrenti, detenuti nelle carceri di Busto Arsizio e Varese, i quali avevano lamentato di essere reclusi in celle di ridotte dimensioni e scarsamente illuminate. La struttura carceraria di Piacenza, inoltre, risultava al tempo del radicamento del ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo, essere priva di acqua calda, e le celle risultavano altresì essere poco illuminate per le sbarre alle finestre. I fatti lamentati dai ricorrenti erano, peraltro, già stati accertati nel 2010 dal Tribunale di Sorveglianza di Reggio Emilia che, nell'accogliere il ricorso presentato da uno dei detenuti contro le condizioni cui era sottoposto nel carcere di Piacenza, aveva potuto verificare il sovraffollamento, in quanto i detenuti del carcere di Piacenza occupavano in due/tre le celle costruite invece per una sola persona. Lo stesso Tribunale di Sorveglianza aveva inoltre evidenziato che nel corso del 2010 l'istituto carcerario aveva ospitato tra i 411 e i 415 detenuti, nonostante la struttura fosse stata costruita per contenere 178 detenuti, con una capienza tollerabile di massimo 376 unità. Un valore, quest'ultimo, ben lontano dai livelli raggiunti dalla struttura carceraria e segnalati dal Tribunale di Reggio Emilia. Nel dispositivo della sentenza il Tribunale emiliano si era poi richiamato alla precedente pronuncia della Cedu nel caso *Sulejmanovic c. Italia* e aveva riconosciuto che i ricorrenti avevano subito trattamenti inumani per il fatto di aver dovuto condividere con altri due detenuti celle predisposte per una sola persona per lunghi periodi di tempo. Tale condizione detentiva costituiva, sempre secondo il Tribunale, anche motivo di discriminazione rispetto ai detenuti della stessa struttura carceraria che, invece, condividevano la cella con una sola persona. La Cedu in considerazione del crescente numero di ricorsi provenienti dal nostro Paese in materia di condizioni di detenzione, ha deciso di evidenziare nuovamente perché le condizioni di detenzione nelle carceri italiane integrano *ex se* il requisito del "trattamento inumano e degradante" previsto all'art. 3 della Convenzione. La Cedu si è richiamata ai principi individuati nella nota sentenza *Sulejmanovic*, ritenendo che via sia stata una violazione dell'art. 3 della Convenzione ed affermando non solo la



misura cautelare confermata successivamente dal giudice, e privato della facoltà di parlare con un avvocato, in forza dell'art. 527 del Codice Penale spagnolo.

Durante l'applicazione della misura, il detenuto è stato più volte visitato (quattro per la precisione) da un medico forense, che nei vari referti attesta di non aver riscontrato alcun segno di violenza o d'abuso psico-fisico; ma negli ultimi si evince, in particolare, il rifiuto del ricorrente ad essere visitato e le accuse di molestie e maltrattamenti³ che lamentava il giornalista nel periodo d'isolamento.

necessità di predisporre spazi adeguati per i detenuti, ma anche una diversa modalità di ricorso alla carcerazione. In tal senso, la Cedu ha ripreso la Raccomandazione n. (99) 22 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, affermando che l'ampliamento delle carceri e la costruzione di nuove strutture deve essere concepita come "misura eccezionale", cui ricorrere solo come *extrema ratio*. La Cedu ha quindi suggerito di implementare il ricorso alle misure alternative alla detenzione, diminuendo il ricorso alla carcerazione preventiva, scarsamente garantista in quanto anticipatoria della condanna. Conseguentemente la violazione dell'art. 3 della Convenzione nei confronti dei ricorrenti non deve considerarsi come un "caso isolato", ma come il "risultato di una disfunzione cronica propria del sistema penitenziario italiano, che ha investito ed è suscettibile di investire ancora in futuro numerosi soggetti". La Cedu ha quindi invitato l'Italia a risolvere entro un anno dall'emissione della sentenza Torreggiani la questione del sovraffollamento carcerario. La Cedu ha quindi condannato l'Italia a risarcire ai ricorrenti i danni morali subiti per un importo globale di circa 90.000 euro, riconoscendo a ciascun ricorrente la somma di 1.500 euro per spese e competenze legali.

³ Sul punto, analogamente, cfr. sent. della Grande Camera *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1311. È stato, tuttavia, sottolineato come la prassi applicativa conosca una serie di *eccezioni riconosciute* all'assolutezza della garanzia di cui all'art. 3 Cedu in questa seconda accezione: a) se, a determinate condizioni, l'uso della forza con esito letale è consentito, dev'esserlo *a fortiori* quello che conduce al ferimento (anche grave) della persona contro la quale la forza stessa è utilizzata; b)



In seguito Martxelo Otamendi Egiguren, dopo aver pagato la cauzione di 30.000 euro ed essere tornato in libertà, deposita un ricorso presso il Tribunale di Polizia di Madrid, nel quale denuncia i maltrattamenti che avrebbe subito nello stato di isolamento. Ma detto ricorso viene respinto e medesima sorte spetta anche al tentativo, del giornalista, di far valere le sue ragioni in appello.

Il 25 marzo 2003 il ricorrente ha presentato una denuncia presso il decano dei giudici di Madrid, sostenendo di essere stato maltrattato durante la sua detenzione in isolamento. Il n. 5 del Giudice di Madrid, a cui è stato assegnato il caso, ordina l'apertura di un'inchiesta. Ma dopo aver interrogato gli agenti e aver esaminato la documentazione decide di archivarlo.

Come ultima strada (interna) percorribile il ricorrente sceglie di adire la Corte Costituzionale sulla base degli articoli 24 (diritto di correttezza procedurale e d'uso di elementi di prova pertinenti) e 15 (diritto all'integrità fisica e morale) della Costituzione spagnola. La Corte Costituzionale spagnola, con la decisione del 10 marzo 2008, ha ritenuto il ricorso irricevibile a causa dell'assenza di elementi che giustificassero un giudizio di merito.

Successivamente, nella sentenza del 12 aprile 2010, dopo che si è tenuta un'audizione pubblica sul merito della causa, la

l'esigenza di prevenire l'evasione o il suicidio può talora giustificare l'adozione di misure contrarie all'art. 3 Cedu; c) la detenzione in condizioni normali non integra un trattamento degradante ai sensi di detta norma (pur potendo, in astratto, qualificarsi come "degradante"); d) il consenso della vittima può, in determinate circostanze, sottrarre all'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu alcune pratiche mediche.



prima sezione della Camera Penale della *Audiencia Nacional* ha assolto Martxelo Otamendi Eguiguren e altri quattro dal reato di appartenenza ad un gruppo terroristico di cui erano stati accusati e conclude che «le prove addotte dall'accusa non dimostravano alcuna relazione con ETA».

Il sig. M. O. Eguiguren, il 9 settembre 2008, deposita un ricorso presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo contro il Regno di Spagna lamentando la violazione dell'art 3 CEDU (Divieto della tortura), in particolare afferma che il suo ricorso «si basa solo ed esclusivamente sulla violazione degli aspetti procedurali dell'articolo 3 della Convenzione, ossia la mancanza di un effettivo accertamento da parte delle autorità nazionali dopo una denuncia di tortura e altri maltrattamenti».

L'Affaire in oggetto invita a riflettere sul divieto di tortura e di trattamenti e pene inumane o degradanti, principio rientrante nel nucleo fondamentale del diritto internazionale dei diritti dell'uomo quale espressione diretta dell'assiomatico valore della dignità umana. Il crimine internazionale di tortura trova dunque pieno riconoscimento nell'ampia profusione pattizia in materia di diritti dell'uomo che, sin dalla seconda metà del secolo scorso, ha apportato profonde innovazioni al c.d "ordinamento giuridico internazionale."

4. L'art. 3 CEDU: la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo

L'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 (norme e consuetudini di guerra) vieta nei confronti di coloro che non partecipino attivamente alle ostilità: «a) le violazioni contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture



e i supplizi; b) gli oltraggi alla dignità personale, in particolare i trattamenti umilianti e degradanti». Gli atti di tortura integrano violazioni delle norme e consuetudini di guerra, e di specifici articoli delle Convenzioni e dei suoi Protocolli (oltre all'art.3 delle quattro Convenzioni: art.12 delle Convenzioni II e II; art.50 della Convenzione I; art.51 della Convenzione II; artt. 17, 87 e 130 della Convenzione III; artt. 32 e 147 della Convenzione IV; art.75 del Protocollo I; art.4 del Protocollo II.)

Giova peraltro precisare fin da subito come il diritto di Strasburgo riconosca pacificamente alla norma in parola anche un ambito di applicazione "orizzontale", in relazione a condotte materialmente poste in essere da privati⁴. Non è, dunque, necessario che il trattamento contrario all'art. 3 Cedu sia stato posto in essere da un agente dello Stato, ben potendo l'*ill-treatment* essere perpetrato da privati (organizzazioni di tipo mafioso, clan rivali, gruppi terroristici, altri detenuti nel medesimo istituto carcerario, ecc.). Su ciascun Paese membro gravano infatti non soltanto *obblighi negativi* (di astensione), ma anche *obblighi positivi* (di intervento), e più precisamente – per quel che qui interessa – veri e propri *obblighi di protezione* a fronte di condotte contrarie all'art. 3 Cedu, sia nel caso in cui le stesse siano commesse da privati, sia laddove la vittima delle stesse sia un soggetto "affidato" alla custodia dello Stato nelle sue varie articolazioni (come accade quando la stessa si trova in carcere).

Quanto al ruolo dell'art. 3 Cedu, le più recenti applicazioni di detta norma – in relazione ad esempio alla sofferenza patita



dai familiari dei *desaparecidos* ceceni, in riferimento al trattamento medico effettuato senza consenso per finalità non terapeutiche, ecc. – mostrano come lo stesso articolo in commento sia diventato, in seno al sistema convenzionale, *la norma cardine per la tutela psico-fisica dell'individuo*. È possibile sostenere che il processo di graduale sovrapposizione alla garanzia sancita dall'art. 8 Cedu, sotto questo profilo, non si sia ancora del tutto completato. La Corte tende, invece, ad analizzare sempre più frequentemente le fattispecie in cui la vittima ha corso un *pericolo per la vita* sotto l'angolo visuale dell'art. 2 Cedu (del quale è stata a più riprese affermata l'applicabilità anche a *non-fatal cases*). Alla luce della relazione di "osmosi" tra gli artt. 2 e 3 Cedu, tuttavia, ciò non determina, a ben vedere, alcuna ricaduta pratica di rilievo, posto che i principi in tema di obblighi procedurali espressi dalla giurisprudenza di Strasburgo possono ormai dirsi acquisiti per entrambe. Un'ultima, necessaria, precisazione attiene alla tutela complementare offerta all'art. 3 Cedu dal Comitato di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti (CPT), istituito sulla base della *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti*⁵, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1987. Un

⁵ D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 69-70; A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008, pp. 225 ss. Il principio è stato affermato per la prima volta dalla Commissione nel parere reso l'8 luglio 1993 nel caso *Hurtado c. Svizzera* (§. 89). Sugli obblighi positivi, cfr. ancora A. Esposito, *cit.*, pp. 222-228; A.R. Mowbray, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford – Portland Oregon, 2004. Sugli obblighi che derivano in particolare dall'art. 3 Cedu, cfr.



comitato indipendente di esperti effettua visite periodiche “a sorpresa” nei luoghi di detenzione (non solo le carceri, ma anche i CIE, le stazioni di polizia, gli ospedali psichiatrici giudiziari, ecc.), segnalando alle autorità competenti le misure da prendere per migliorare le condizioni dei detenuti.

Di tali visite viene redatto un rapporto dettagliato, che può essere reso pubblico soltanto a richiesta dello Stato interessato. Qualora le autorità statali non collaborino, tuttavia il CPT può – come unica sanzione – «make a public statement on the matter», rompendo dunque il vincolo di segretezza che in genere caratterizza il suo operato. Il CPT, dunque, a differenza della Corte non svolge compiti giurisdizionali ma di prevenzione degli *ill-treatments*, contribuendo, dunque, a rendere il diritto di cui all’art. 3 Cedu non teorico e illusorio, ma sempre più concreto ed effettivo.

Se, come si è detto *ut supra*, l’art. 3 Cedu costituisce la norma cardine a tutela dell’integrità fisio-psichica dell’individuo, non tutte le condotte lesive dell’integrità fisica integrano automaticamente, tuttavia, una violazione dell’art. 3 medesimo. La giurisprudenza consolidata della Corte richiede, infatti, il superamento di una *soglia minima di gravità*, individuata caso per caso, in relazione alle *circostanze oggettive del fatto* (la durata del trattamento e la gravità dello stesso) ed alle *qualità soggettive*



della vittima (l'età, il sesso, le condizioni psicologiche della vittima, ecc.)⁶.

Il carattere assoluto della proibizione sancita dall'art. 3 Cedu – si è spesso sostenuto, valorizzando la circostanza che la norma appartiene al cd. “nocciolo duro” della Convenzione – imporrebbe all'interprete di ritenerne sussistente la violazione solo a fronte delle forme più gravi di *mistreatments*, onde evitare una “bagatellizzazione” della stessa⁷. La giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, si assesta di frequente su posizioni meno rigorose⁸.

⁶ B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 746 ss. Anche quando la Corte fa riferimento alle qualità soggettive della vittima vengono, dunque, in rilievo condizioni di carattere obiettivo, quali appunto l'età, la presenza di disturbi psichici, ecc. Recentemente, nondimeno, i giudici di Strasburgo hanno preso in considerazione, ai fini della valutazione sul raggiungimento della soglia minima di gravità, condizioni di natura soggettiva, quali l'appartenenza della vittima a un gruppo “svantaggiato e vulnerabile” (cfr. sul punto la sentenza Oršuš e altri c. Croazia del 16 marzo 2010) o la sua qualità di richiedente asilo.

⁷ Cfr. sul punto la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky nella sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia* (ric. n. 22635/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1941-1942.

⁸ Esempio paradigmatico le recenti pronunce in tema di sovraffollamento carcerario e quelle in cui il giudice europeo ha ritenuto che l'effettuazione di una visita ginecologica in presenza di agenti uomini integrasse un *misbehaviour* suscettibile di ricadere entro l'ambito applicativo dell'art. 3 Cedu. Anche nelle pronunce più recenti, tuttavia, non paiono ravvisabili forzature tali da far ritenere attuale il pericolo di una bagatellizzazione dell'art. 3 Cedu. Nella sentenza *Sevastyanov c. Russia*, ad esempio, la Corte, a fronte della doglianza del ricorrente lamentava le condizioni detentive cui era stato sottoposto il giorno dell'udienza d'appello) ha escluso che la permanenza per poche ore in una cella, per quanto piccola e priva di areazione, integrasse un trattamento suscettibile di ricadere entro l'ambito di applicazione della norma in commento; nella sentenza *Mutlag c. Germania*, relativa all'espulsione



5. La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York nel dicembre del 1948, sancisce all'art.5: «Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizioni crudeli, inumani o degradanti». Le posizioni di disaccordo e le difficoltà emerse nel corso dei lavori preparatori ostacolarono l'introduzione di una definizione giuridica del crimine di tortura nell'ambito dell'art. 5. La Dichiarazione non è dotata di un carattere giuridico vincolante, ma da oltre mezzo secolo rappresenta un modello di riferimento per gli ordinamenti giuridici della comunità internazionale post-bellica. Sulla base di quanto disposto dall'art. 5 della Dichiarazione Universale nasce la Convenzione per l'abolizione della tortura e dei trattamenti o delle punizioni crudeli, inumani o degradanti adottata nel 1984 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Allo stesso modo nell'art. 5 della Dichiarazione Universale dei

in Giordania di un "quasi cittadino" tedesco, la Corte ha ritenuto che la soglia minima di gravità non fosse stata raggiunta, riscontrando tuttavia la violazione dell'art. 8 Cedu (che, come si è accennato in precedenza, rappresenta per molti versi una norma sussidiaria e complementare a quella in esame). Piuttosto, i recenti approdi giurisprudenziali si mostrano del tutto in linea con l'interpretazione evolutiva dell'art. 3 Cedu che la Corte ha dichiaratamente adottato a partire dalla sentenza *Selmouni c. Francia del 2000*, alla stregua della quale "gli standard più elevati richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali comportano, corrispondentemente e inevitabilmente, una maggior fermezza nel valutare la gravità delle violazioni dei valori essenziali nelle società democratiche".



diritti dell'uomo (e nella successiva Convenzione ONU contro la tortura) trova la sua matrice prima di riferimento il divieto di tortura contenuto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, l'art. 3 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del Consiglio d'Europa e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura del 1987.

L'art. 5 della Dichiarazione Universale ha costituito modello di riferimento anche per il divieto di tortura contenuto nella Convenzione americana dei diritti dell'uomo (art. 5 par.2), e per la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, approvata nel 1981 in Gambia dai Paesi membri dell'organizzazione dell'Unità Africana⁹, che sancisce all'art.5: «Ciascun individuo deve avere il diritto al rispetto della sua dignità in quanto essere umano ed al riconoscimento del suo status legale. Tutte le forme di prevaricazione e mortificazione dell'uomo e particolarmente la schiavitù e la sua tratta, la tortura, le pene ed i trattamenti crudeli, disumani o degradanti, dovranno essere proibite».

Secondo il medesimo impianto generale il crimine di tortura è codificato anche in Convenzioni internazionali a carattere regionale quali la Dichiarazione del Cairo sui diritti dell'uomo nell'Islam adottata dalla IX Conferenza islamica dei Ministri

⁹ C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Milano, 2008, pp. 50 ss.. Cfr. Sent. 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania* (ric. n. 40601/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 772. Cfr. Sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia* (ric. n. 25803/94). Cfr. sul punto J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit. p. 70.



degli Affari Esteri al Cairo nel 1990, o la Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'Uomo del 1981.

Tra le Convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo¹⁰ quella che ha contribuito maggiormente alla definizione ed allo sviluppo della moderna giurisprudenza in materia di divieto di tortura è indubbiamente la Convenzione elaborata dal Consiglio d'Europa: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma nel 1950.

L'attività degli organi deputati alla salvaguardia ed alla vigilanza del pieno rispetto degli articoli della Convenzione da parte degli Stati firmatari (la Corte europea dei diritti dell'uomo e, prima della sua abolizione, la Commissione europea) rappresenta, anche oltre l'ambito regionale europeo, un punto di riferimento nell'esegesi del crimine internazionale di tortura. È opportuno precisare che la sistematica redazionale della Convenzione europea, secondo lo schema tipico del *drafting* internazionalistico moderno, ha escluso il ricorso al c.d. "automatismo semantico" in base al quale le espressioni semantiche comuni o tecnico-giuridiche contenute nella Convenzione rappresenterebbero la migliore armonizzazione possibile delle nozioni in uso in ambito nazionale. Al contrario il contenuto "prescrittivo" dell'articolato pattizio ha una veste lessicale che nasce e vive su un piano pattizio intergovernativo e che dunque non è suscettibile di essere riletta alla luce degli strumenti dell'ermeneutica interpretativa classica intesa quale

¹⁰ A. Cassese, *L'incidence des droit international sur le droit interne*, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 2002, p.555 ss.



decostruzione del dato letterale non nazionale alla luce degli strumenti interpretativi nazionali.

6. L'art. 3 CEDU tra teoria e prassi

Lo sviluppo applicativo dell'art.3 della Convenzione, che codifica il divieto tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti¹¹, è risultato nel corso degli anni sempre più complesso ed articolato.

¹¹ Paradigmatica, invece, la qualificazione come inumano e degradante del trattamento subito dal ricorrente in *Ashot Harutyunyan c. Armenia*: egli lamentava di essere stato tenuto, durante le udienze del giudizio d'appello, in una gabbia metallica; ciò che, da un lato, aveva leso la sua dignità e, dall'altro, aggravato la pena che nei suoi confronti provavano i familiari e gli amici presenti in aula. La Corte ha, in quell'occasione, concluso per la violazione dell'art. 3 Cedu, evidenziando in particolare come l'uso della gabbia risultasse del tutto sproporzionato alla luce della natura non violenta dei reati di cui il ricorrente era accusato (truffa, falsificazione di documenti, evasione fiscale). Ancora, vale la pena di segnalare come la giurisprudenza della Corte sia ormai costante nel ritenere che ammonti a trattamento inumano e degradante la *sofferenza prolungata patita dai familiari di soggetti scomparsi* dei quali per anni non si è avuta più alcuna notizia: i casi nei quali tale principio viene affermato riguardano pressoché sempre le sparizioni di cittadini ceceni ad opera di militari dell'esercito russo. Perché la sofferenza dei familiari possa essere qualificata come trattamento inumano e degradante, ad ogni modo, è necessario che la stessa abbia carattere permanente e non meramente transeunte: i giudici europei lo hanno ribadito nella 18 Sent. 16 giugno 2009, *Gurgurov c. Moldavia* (ric. n. 7045/08). Cfr., analogamente, Sent. 5 gennaio 2010, *Paduret c. Moldavia* (ric. n. 33134/03). Sent. 4 novembre 2010, *Aleksandr Sokolov c. Russia* (ric. n. 20364/05). Sent. 13 luglio 2010, *Carabulea c. Romania* (ric. n. 45661/99), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1817. Sent. 15 giugno 2010, *Harutyunyan c. Armenia* (ric. n. 34334/04). Cfr sentenza 2 dicembre 2010, *Dzhabrailova e Dzhabrailova c. Russia* (ric. n. 15563/06).



La Corte europea, attraverso un percorso interpretativo che ormai ricopre l'arco temporale di quasi mezzo secolo, ha connotato il contenuto dell'art. 3 sia "in ampiezza" che "in profondità". La giurisprudenza di Strasburgo ha delineato il contenuto dell'art. 3 cercando di circoscrivere, sulla base di parametri normativi di carattere empirico, l'ampiezza massima e minima che la condotta deve assumere per integrare le tre diverse forme di violazione: il trattamento degradante, il trattamento inumano, la tortura. L'elaborazione giurisprudenziale se da un lato ha tenuto distinti i profili tipici delle tre diverse violazioni, dall'altro le ha ricondotte in un unico solco, quello che le accomuna in quanto tutte costituenti espressione di un *vulnus* al principio fondamentale del rispetto della dignità umana.

Di conseguenza, diversa è la profondità che caratterizza le condotte integranti le tre violazioni. A parere della Corte EDU, infatti, necessariamente una condotta che integra il crimine di tortura contiene in sé tutti gli elementi del trattamento inumano oltre, chiaramente, un *quid pluris* idoneo ad elevare la violazione al grado superiore di tortura. Ogni trattamento inumano contiene in sé gli elementi del trattamento degradante, e, *ex adverso*, la configurazione di un trattamento degradante non è detto che abbia in sé tutti gli elementi necessari ad integrare un trattamento inumano. Secondo la Commissione: «It is plain that may be treatment to which all these descriptions apply, for all tortures must be inhuman and degrading treatment, and inhuman treatment also degrading. The notion of inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which



in the particular situation, is unjustifiable. [...] The word torture is often used to describe inhuman treatment, which has a purpose such as obtaining of information or confession, or the infliction of punishment, and it is generally an aggravated form of inhuman treatment. Treatment or punishment of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience. In this report the expression torture or ill-treatment will be used for sake of brevity to describe generally acts prohibited by article 3" (caso greco)».

Nel delimitare la portata applicativa dell'art. 3 la Corte EDU ha fatto ricorso al meccanismo giuridico della c.d. "soglia minima di gravità". Per giungere a configurazione la condotta criminosa prevista dall'art. 3 della Convenzione deve raggiungere un livello minimo di gravità. Il criterio della c.d. "soglia minima di gravità" elaborato dalla Corte europea non solo individua e circoscrive il *focus* applicativo dell'art.3 della Convenzione, ma rileva anche ai fini della distinzione nell'ambito delle tre condotte illecite contemplate dall'art.3: trattamento degradante (soglia minima), trattamento inumano (soglia intermedia) e tortura (soglia superiore). La soglia minima di gravità (che configura l'illecito meno grave ossia il trattamento degradante), la soglia intermedia inferiore (che distingue il trattamento degradante dal trattamento inumano) e quella intermedia superiore (che distingue il trattamento inumano dalla tortura), non sono ancorate a parametri fissi di riferimento normativo, ma hanno carattere relativo e dunque mobile.



Come emerge dai più recenti lavori di codificazione a carattere internazionale in materia di diritti fondamentali dell'individuo (sic la Carta di Nizza dell'Unione europea), principi generali quali la dignità dell'individuo racchiudono diritti che la moderna dottrina giuspubblicistica definisce "diritti aperti" ossia diritti che si fondano su un continuo interscambio con l'evoluzione e lo sviluppo che connotano il bene oggetto di tutela sul piano socio-giuridico. Ne deriva una conseguente necessità di contestualizzazione spazio-temporale della norma nel corso della fase applicativa. Una condotta, dunque, che in un dato contesto storico-sociale sia idonea ad essere qualificata tortura in un mutato e diverso contesto può divenire trattamento inumano o degradante oppure può essere ritenuta di contenuto non equivalente né superiore alla c.d. "soglia minima" di gravità e dunque divenire condotta lecita. Afferma la Corte europea di Strasburgo che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è «uno strumento vivente, che deve essere applicato alla luce delle condizioni di vita attuali» (caso *Tyler c. Regno Unito*).

23

L'art. 3 della Convenzione europea pone un divieto in termini assoluti di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti. Attraverso un riferimento normativo puntuale la Convenzione europea ha configurato il divieto di tortura come uno dei diritti fondamentali dell'individuo appartenente alla categoria "blindata" dei c.d. diritti inderogabili.

In linea generale la Convenzione europea ammette la derogabilità da parte degli Stati contraenti di alcuni suoi articoli qualora ricorrano particolari condizioni di assoluta urgenza,



sempre che tali clausole di deroga siano necessarie e non contrastino con altri obblighi internazionali. Esistono tuttavia alcuni principi contenuti nelle disposizioni della Convenzione che non sono assolutamente passibili di deroga, la loro ampiezza non può subire limitazioni di carattere temporaneo, né essi incontrano il limite esterno della sussistenza di “stato di urgenza” (la nuova rubrica aggiunta dal Protocollo n. 11 recita all’art.15 co.1: «In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contrasto con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale»).

La disposizione contenuta nell’art. 3 della Convenzione rientra tra questi principi assolutamente inderogabili, secondo quanto dispone espressamente l’art. 15 al comma 2. La giurisprudenza degli organi di salvaguardia della Convenzione europea ha dato applicazione all’art.15 comma 2 della Convenzione secondo una interpretazione costante e estensiva dell’ «assoluta inderogabilità» dell’art. 3. Secondo la Corte europea di Strasburgo «l’obbligo enunciato dall’art.3 della Convenzione europea di non sottoporre nessuno a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti consacra un valore fondamentale della società democratica e costituisce il contenuto di una norma imperativa del diritto internazionale generale» (caso *Al-Adsani c. Regno Unito*).



7. Il divieto di tortura come *jus cogens*

Il valore assoluto ed inderogabile del divieto di tortura e di trattamenti e pene inumane e degradanti, codificato nell'art.3 della Convenzione europea, appare in piena armonia con la tesi (ormai maggioritaria) della dottrina che ritiene esistente una norma di diritto internazionale generale in materia di tortura. Il divieto di tortura è oggi considerato *jus cogens*, dunque principio appartenente al diritto internazionale generale, valevole per tutti gli Stati della comunità internazionale indipendentemente da una espressa previsione pattizia. L'analisi della prassi degli accordi internazionali dimostra come il divieto di tortura sia un principio di diritto internazionale generale, ossia sia riconosciuto esistente dagli Stati indipendentemente dalla ratifica di precise disposizioni pattizie in materia. Secondo la Corte europea di Strasburgo: «l'obbligo enunciato dall'art. 3 della Convenzione europea di non sottoporre nessuno a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti consacra un valore fondamentale della società democratica e costituisce il contenuto di una norma imperativa del diritto internazionale generale». Il valore di *jus cogens* del divieto di tortura emerge anche dalla giurisprudenza internazionale in materia di diritti umani.

Il rispetto della dignità dell'uomo, che è sotteso al carattere assoluto di divieto di tortura trattamento o pena inumano o degradante, risulta essere non una semplice trasposizione sul piano intergovernativo di un principio di diritto nazionale che le parti contraenti si impegnano a rispettare nell'ambito di un vincolo pattizio di reciprocità. L'art. 3 è qualcosa in più: esso contiene uno dei principi fondamentali su cui si fonda la



comunità d'intenti che dal piano politico si è poi tradotta in ordinamento giuridico internazionale a carattere regionale, dando vita al Consiglio d'Europa.

La violazione dell'art. 3 della Convenzione configura, dunque, non la semplice violazione di un diritto elaborato sul piano convenzionale, ma un atto di violazione dell'«ordine pubblico europeo» (così la Commissione nel primo caso *Grecia*, decisione del 24 gennaio 1968). Inoltre, attesa la “natura fluida” della soglia di gravità, nonché il valore assoluto ed inderogabile dell'art. 3 della Convenzione, il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti risulta essere fortemente legato anche allo sviluppo della prassi giuridica in materia di diritto internazionale dei diritti umani («condotte altre volte qualificate trattamenti inumani e degradanti e non tortura potranno ricevere una diversa qualificazione in futuro perché il maggior livello di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali oggi richiesto implica inevitabilmente una maggiore fermezza nella valutazione delle violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche» (Corte EDU, caso *Selmouni*)).

Poiché il contenuto e l'estensione del divieto di cui all'art.3 della Convenzione è direttamente dipendente dallo sviluppo che esso compie sul piano sociale e poiché la prassi giuridica in materia di diritti umani¹² ha proprio il compito di riportare sul piano giuridico internazionale le trasformazioni dei più rilevanti profili socio-culturali in materia, la giurisprudenza

¹² A. Cassese, *Guantanamo: i principi della civiltà' americana e gli imperativi del diritto internazionale*, in *I Diritti dell'Uomo* n. 2/3 2001 p. 46-48.



della Corte europea nei casi di richiamo ad elementi normativi internazionalistici esterni alla Convenzione¹³ si è lasciata fortemente orientare dalla prassi internazionale in materia, oltre che dal dato normativo positivizzato in altre convenzioni internazionali. L'analisi della prassi internazionale in materia di tortura e trattamenti e pene inumani o degradanti e delle Convenzioni diverse dalla Convenzione europea mostra come il limite della soglia minima di gravità tracciato dalla giurisprudenza della Corte europea sia tendenzialmente più basso rispetto a quello desumibile dall'esegesi degli altri strumenti internazionali sul tema. Tuttavia, la giurisprudenza di Strasburgo ha allineato il crimine di tortura alla prassi internazionale. La gran parte di casi prospettati alla Corte europea - quali violazioni dell'art. 3 della Convenzione - sono stati ricondotti, dunque, entro le forme dei trattamenti inumani o degradanti ed in proporzione sono ben poche le violazioni accertate ricondotte nel crimine di tortura¹⁴.

27

Nel richiamato caso "greco" la Commissione analizza la denuncia avverso atti perpetrati dalle forze di polizia integranti, a parere del denunciante, la fattispecie di tortura. La Commissione europea dei diritti dell'uomo nell'analizzare tale caso definisce la tortura quale trattamento inumano avente lo scopo di ottenere informazioni o confessioni o di infliggere una

¹³ A. Cassese, "A new approach to human rights : the European Convention for prevention of torture" in *American Journal of International Law*, vol. 83 1989 p. 150; R. Clayton, H. Tomlinson, *The laws of human rights*, Oxford 2001 p. 71-85.

¹⁴ A. Cassese, "L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux", in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, Paris 2002, p.143 ss.



condanna. Trattamento inumano viene considerato quel trattamento o castigo che abbia una natura tale da provocare volontariamente gravi sofferenze mentali o fisiche e che, in tale particolare condizione, non può essere giustificato¹⁵. Trattamento degradante, invece, è considerato il trattamento che abbia il fine di umiliare in modo estremamente vile l'individuo davanti ad altre persone ovvero lo spinge ad agire contro la sua volontà.

Le indicazioni contenute nel caso greco sono state sviluppate e parzialmente modificate dalla Corte europea nel caso Irlanda contro Regno Unito ove la tortura viene definita come un trattamento inumano che viene deliberatamente inflitto e che provoca sofferenze molto gravi e crudeli. Il trattamento o pena inumano¹⁶ è invece il modo per infliggere una intensa sofferenza fisica o mentale, ed trattamento degradante¹⁷ viene considerato quel trattamento crudele che abbia una natura tale da creare nella vittima sentimenti di paura, di angoscia e di inferiorità con lo scopo di umiliare, avvilire ed eventualmente spezzare la sua resistenza fisica o morale. In tale ultima sentenza la Corte europea chiarisce ulteriormente il criterio della soglia minima di gravità introdotto dalla Commissione

¹⁵ J. Barret, *The prohibition of torture under international law (part.1)* in *The International Journal of Human Rights*, vol. 5 n.1 spring 2001 p.1 ss.

¹⁶ M. Henzelin, *Le principe e l'universalità in droit penal International*, 2000; G. Vassalli, *La Giustizia internazionale penale. Studi*. Milano 1995, *passim*; M. Virgilio, *Verso i principi generali del diritto penale internazionale* in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia* (a cura di) G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio, Torino 2000, p. 41ss.

¹⁷ Y. Arai-Yokoi, *Grading Scale of degradation: identifying in Netherlands Quarterly of Human rights*, 11/2003, pp. 40 ss..



nel caso greco, ancorandolo ad indici di carattere relativo. Difatti la gravità del comportamento *sub judicio* deve essere ricostruita sulla base di elementi di carattere relativo¹⁸ che cioè possono assumere rilevanza diversa da soggetto a soggetto: la Corte fa riferimento ad elementi quali il sesso, l'età, a sentimenti quali la paura e l'angoscia.

Il carattere di "strumento vivente" della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo¹⁹, continuamente aperta all'interscambio con l'evoluzione socio-giuridica che ne ispira e sottende i principi assiomatici generali, si evidenzia segnatamente attraverso l'analisi esegetica della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per presunte violazioni dell'art. 3, giurisprudenza caratterizzata dalle peculiari modulazioni interpretative²⁰ che di volta in volta integrano la c.d. "soglia minima di gravità" ed il contenuto delle condotte illecite ivi sanzionate. Lo studio di questo percorso giurisprudenziale conseguentemente non può ignorare i canali attraverso i quali la Convenzione "vive".

Con riguardo al divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani o degradanti²¹ un ruolo di riferimento importante per

¹⁸ M. A. Baderin, *Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in International Human Rights and Islamic Law* Oxford 2003 p.75-85.

¹⁹ H. Forteau, *L'application de l'art.3 de la Convention CEDU dans le droit interne des Etat membres*, ed. LG, 1996.

²⁰ P. Alston, *A framework for comparative analysis of Bills of Rights in Promoting Human rights Through Bill of Rights*, 1999, passim.

²¹ Cfr. J.H. Burgers- H. Danelius *"The United Convention against torture: a handbook on the Convention against torture and other inuman or degrading treatments"* Dordrecht, the netherlands Martinus Nijhoff publishers, 1988 p.159; E.



la giurisprudenza di Strasburgo è svolto dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura che – attraverso l’attività di *reporting* del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti esercitata entro le aree di riferimento della Convenzione – pone in essere un meccanismo non-giudiziario complesso a cui frequentemente si richiamano le sentenze del giudice di Strasburgo²². Il meccanismo di sorveglianza regolato dalla Convenzione per la prevenzione della tortura si attua attraverso delle visite che un Comitato istituito può operare nei luoghi di detenzione degli Stati contraenti. Parte della dottrina internazionalistica già durante i lavori preparatori della Convenzione contro la tortura aveva sostenuto la fondamentale inutilità di istituire un ulteriore strumento pattizio collegato al Consiglio d’Europa e deputato a sovrapporre le proprie competenze a quelle della Corte EDU e della Commissione. Questo pericolo di sovrapposizione è stato scongiurato riportando l’attività degli organi della Convenzione per la

De La Place, *La torture*, in *Droit international penal*, (sous la direction de) H. Ascensio - E. Decaux - A. Pellet. Pe, Paris, 2000 p. 372 ss.. Y. Sandoz, *Penal aspects of international humanitarian law*, in *International al law*, 1999, p.393; H. Trigoudja - I. K. Panoussis, *L’interdiction de la torture et des traitements inhumains et degradants* in *La Court Interamericaine des droits de l’homme*, 2003, p.196-204; L. Tassone, *Il caso Ocalan all’esame della Corte di Strasburgo*, in *I Diritti dell’Uomo*, 2/20004, p.85.

²² D. H. Derby, *Torture*, in *International criminal law*, 1999, p.705 ss.; C. Di Filippi - D. Bosi, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Giuffrè, 2001; P. De Stefani, *Profili di diritto penale internazionale nella prospettiva dei diritti umani*, in *Quaderni*, Padova 2000, n.1.



prevenzione della tortura in un ambito non giudiziario²³. Difatti l'attività del Comitato europeo²⁴ per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti ha carattere preventivo²⁵. Secondo il preambolo della Convenzione per la prevenzione della tortura²⁶ «la protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti delle persone private di libertà potrebbe essere rafforzata da un sistema non giudiziario di natura preventiva, basato su sopralluoghi²⁷».

In più di un'occasione l'attività giurisprudenziale della Corte europea di Strasburgo è stata influenzata dalle conclusioni riportate dall'attività di *reporting* del Comitato²⁸, sia

²³ J. Barret, *The prohibition of torture under international law (part.2)* in *The International Journal of Human Rights*, vol.5 n.2 summer 2001 p.1 ss.

²⁴ A. Byrnes, "The Committee against torture" in P. Alston "The United Nations and Human Rights: a critical appraisal" Oxford Clarendon press 1992 p.511-12.

²⁵ J. Barret, *The prohibition of torture under international law (part.1)* in *The International Journal of Human Rights*, vol.5 n.1 spring 2001 p.1 ss.

²⁶ A. Esposito, *Proibizione della tortura*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di) S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, 2001, p. 49 ss.; M. Evans R. Morgan, *The European Convention for the prevention of the torture: operation practice in International Community Law Quarterly*, vol.41 1992 p. 591. M. Evans R. Morgan, *Preventing torture*, Oxford University Press, 2001; S. Mathews, *Torture as tort: comparative prospective on the development of transnational human rights litigations in Human Rights Quarterly*, n.1 2/2003, p.67/74; J.C. Merrellis - A.H. Robertson, *Art.3: freedom from torture in Human Rights in Europe*, 2001, p.35-60.

²⁷ M.C. Bassiouni, *La fonte e il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp. 35 ss.; F. De Vittor, *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento per la definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kurnac in Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, p.427.

²⁸ M. Evans R. Morgan, *The European torture Committee: membership, issues in European Journal of International Law*, 5, 1994 p.249-258; J. Murdoch, *The work*



nell'accertamento dei fatti oggetto di contestazione che nella interpretazione applicativa del contenuto dell'art. 3 della Convenzione europea²⁹.

8. Conclusioni

Ciò premesso, dopo un sintetico *excursus* in materia, la Corte di Strasburgo – nel caso che ci occupa – dopo aver ritenuto ricevibile il ricorso ed aver analizzato il caso, riscontrando che le indagini nel caso di specie non erano sufficientemente complete ed efficaci per soddisfare i requisiti dell'art. 3 della Convenzione, condanna la Spagna a versare al ricorrente la somma di 20.000 euro a titolo di danno non patrimoniale e 4.000 euro a titolo di rimborso per spese processuali.

In particolare la Corte, analizzando il contenuto dell'art. 3, ritiene che «quando una persona solleva una cesura, asserendo di aver subito per mano della polizia o di altri agenti dello Stato un abuso dei propri diritti, il dispositivo dell'articolo 3 combinato con l'obbligo generale di rispettare i diritti dell'uomo³⁰ da parte dello Stato previsto all'articolo 1 della

of the Concil of Europe's torture Commitee, in European journal of international law, 5, 1994, p.220-48.

²⁹ Jacobs - White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, University Press, 2000 pag. 58-89; R. Kuhner - O. Adrysek, *Torture*" in *Encyclopedia of public international law*, 2000 p. 868-880; A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 979 ss.

³⁰ D. Gomien, *Diritti dell'uomo: vademecum dei cittadini d'Europa*, (a cura di), ed. multimediali, 2002, *passim*; *I diritti umani, oggi* (a cura di E. di Giovanni), Università degli studi di Palermo, Facoltà di Scienze della Formazione – Scuola di Specializzazione in "Istituzioni e politiche di tutela dei diritti umani", in particolare, M. Manno, *Universalità e storicità dei "diritti umani"*, pp.



Convenzione, richiede implicitamente che ci sia un'indagine ufficiale efficace. Questa indagine, come quella risultante dall'art 2, deve portare all'identificazione e alla punizione dei responsabili³¹».

Un caso paradossale se teniamo conto che il reato addebitato al ricorrente neanche persisteva; il ricorso non è stato mosso per denunciare abusi fisici, ma l'assenza da parte degli organi competenti di un'indagine ufficiale ed efficace (aspetto procedurale dell'art 3 CEDU³²), che avrebbe potuto fare chiarezza, molto prima, sul caso specifico.

29-42, ed. Aisthesis, Milano, 2005; M. Iacometti, *Il caso Pinochet e la competenza della magistratura spagnola in materia di reati di genocidio terrorismo e tortura in Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/1999, pag.657-77; S. Zappalà, *Tortura e offesa alla dignità*, in *Diritto penale e processo*, 3/99.

³¹ R. Bank, *International efforts to combat torture and inhuman treatments: have the new mechanism improved the protection?* in *European Journal of International Law* vol.8 1997 p. 634. Più diffusamente, S. Basile, *Valori superiori*, in E. Garcia De Enterría, A. Predieri, *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, *passim.*; P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Manuali Laterza, 2011, pp. 264 ss.; P. Biscaretti Di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, pp. 40 ss.; G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, VI ed., Padova, 2004; E. Alvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, I, II, v ed., Madrid, 2005; R. L. Blanco Valdes, *Introducción a la Constitución española de 1978*, II ed., Madrid, 2006.

³² Addo – Grief, *“Is there a policy behind the decision and judgment relating art. 3 of European Convention on Human Rights?”* in *European Law Review*, 1995, pag.178; M. Oreja, *The implementation of the European Convention for the prevention of torture*, in *Human Rights Law Journal*, vol.10 (1-2), 1989, p.137; A. Renucci, *Droit européenne des droits de l'homme*, 1999 Paris p.72-74 ; F. Sudre, Article 3, in *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, (sous la direction de E. Pettiti E. Decaux P. Himbert), Paris, 1999, p. 159-161 ; F. Sudre, *Droit international européenne des droits de l'homme*, Paris, 1997, p.187-190.



RECENSIONI

UGO VILLANI, *Dalla Dichiarazione Universale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Bari, Cacucci Editore, 2012, pp. 152.

Il volume raccoglie una serie di saggi pubblicati da Ugo Villani dopo il 2008 ed è corredato da un'appendice contenente i testi della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il testo fornisce sinteticamente una disamina delle linee evolutive della tutela dei diritti umani nel quadro delle Nazioni Unite e della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Uno dei saggi è dedicato alle tendenze giurisprudenziali in materia di riserve ai trattati sui diritti umani. Con l'emersione della *severability doctrine* una riserva inammissibile è considerata come non apposta, secondo il principio *vitiatur sed non vitiat*, con lo scopo di tutelare in maniera più ampia e diffusa l'individuo. L'Autore, inoltre, focalizza la sua attenzione sul valore della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Dopo l'adozione nel 1948 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, lo sviluppo dei diritti umani, attraverso la proliferazione dei trattati e la tutela di nuove "generazioni" di diritti, è così massiccio da risultare evidente anche ai non addetti ai lavori. L'A. nel suo studio non si limita ad una mera elencazione di convenzioni: in primo luogo, pone in evidenza la formazione di norme internazionali consuetudinarie, vincolanti per gli Stati a prescindere dalla loro volontà; in secondo luogo, registra l'affermazione di veri e propri obblighi di rispetto dei

diritti umani attraverso il divieto delle *gross violations of human rights* e la formazione di molteplici organismi di controllo regionali ed universali.

Un giudizio complessivamente positivo, seppur con alcune riserve, viene espresso sull'attivismo del Consiglio di sicurezza che, dopo la conclusione della guerra fredda, ha adottato innumerevoli misure non implicanti l'uso della forza e misure *ex capitulo VII* della Carta delle Nazioni Unite, attraverso missioni di *peace-keeping*. Villani, tuttavia, non nasconde le sue perplessità e preoccupazioni circa l'effettività del rispetto dei diritti umani, in considerazione delle continue violazioni ad opera non solo dei Paesi governati da regimi dittatoriali, ma anche da parte degli Stati "democratici", basti pensare alla vicenda di Guantanamo.

Molto attuale e di grande interesse è il saggio dal titolo: *L'intervento militare in Libia: responsibility to protect o... responsabilità per aggressione?* Infatti, nonostante le critiche di alcuni Stati, la responsabilità di proteggere è una prassi emergente nell'ambito delle Nazioni Unite. L'A. analizza la conformità della risoluzione n. 1973 del 17 marzo 2011 alla Carta delle Nazioni Unite e al diritto internazionale vigente. A detta risoluzione, contenente l'autorizzazione a prendere "tutte le misure necessarie", è conseguito l'intervento militare in Libia che, secondo Villani, non è stato rispettoso degli scopi e dei limiti imposti dal Consiglio di sicurezza. L'obiettivo preposto era la protezione dei civili, l'intervento si è invece concretato nel supporto alle forze ribelli per il rovesciamento del governo di Gheddafi; intervento che non può certamente essere inquadrato nell'ambito della tutela dei diritti umani



Recensioni

fondamentali. Si è trattato, dunque, secondo l'A. di un atto di aggressione, di un'ingerenza illecita nell'organizzazione interna della Libia, avente come scopo la sostituzione del governo effettivo.

Giulia Colavecchio

