

mediterranean
journal of
HUMAN RIGHTS

Volume 15 (Double Issue) 2011

Published by the Faculty of Laws of the University of Malta with the financial assistance of the University's Editorial Board, the Università degli Studi Kore di Enna and the Strickland Foundation. The contents of this document are the sole responsibility of the Faculty of Laws.

General Editors

SALVO ANDÒ; IAN REFALO; CIRO SBAILÒ

Executive Editor

DAVID E. ZAMMIT

Editorial Unit

ANSELMO ALICE; DANIEL BIANCHI; ARENA CATERINA CHANTAL;
SALVATORE CURRERI; STEFANO FILLETTI; JEANNE PIA MIFSUD BONNICI;
LORNA MIFSUD CACHIA; ALESSANDRO MORSELLI; KLEJDA MULAJ;
LUCA PEDULLÀ; CHRISTOPHER SOLER; J. J. CREMONA (*Reviews Editor*)

International Advisory Board

KEVIN AQUILINA (Malta); MOHAMMED BEDJAOUI (International Court of Justice);
ANOUSH EHTESHAMI (UK); RICHARD FALK (USA); VIRGINIA GAMBA (South Africa);
ABDELLAH HAMMOUDI (USA); UGO MATTEI (Italy); JOHN PACE (Australia);
MICHELE R. PISTONE (USA); PETER SERRACINO INGLOTT (Malta); RINO SICA (Italy);
ANTONIO TIZZANO (Italy); ANNA VALVO (Italy); VINCENZO ZENO ZENCOVICH (Italy)

Board of Contributing Editors

GUIDO ALPA (Italy); AHMED AOUED (Algeria); BASSAM BARAKE (Lebanon);
HATEM BEN SALEM (Tunisia); ABDELWAHAB BIAD (France);
SALVINO BUSUTTIL (Malta); VOJIN DIMITRIJEVIC (Serbia);
NOUR FARAHAT (Egypt); PETER FITZPATRICK (U.K.);
RENATE KICKER (Austria); GIORGIO LOMBARDI (Italy);
DIEGO MEDINA MORALES (Spain); TOM NAJEM (Morocco);
EMMANUEL ROUCOUNAS (Greece); FRANCOIS ROUX (France);

Administrative Coordinator

PAULA MUSCAT

Journal Secretary

DILETTA PETRALIA

The *Mediterranean Journal of Human Rights* is issued biannually. Articles are refereed and published in English Italian and French, with Arabic abstracts. Articles published in the Journal do not necessarily reflect the opinions of the editors or publishers, who accept no responsibility for the opinions expressed therein.

Journal Subscriptions should be addressed to: The *Journal Coordinator, Mediterranean Journal of Human Rights*, The Faculty of Laws, University of Malta, Msida MSD 2080, Malta. Tel: (356) 23402785; Fax: (356) 21324478; E-mail: mjhr@um.edu.mt or paula.muscat@um.edu.mt or diletta.petralia@unikore.it

Editorial Correspondence, including advertising, submitted articles and publications to be reviewed, should be addressed to: Dr. David E. Zammit Ph.D., The Executive Editor, *Mediterranean Journal of Human Rights*, Faculty of Laws, University of Malta, Msida MSD 2080, Malta. Tel: (356) 23402758; Fax: (356) 21324478; Email: mjhr@um.edu.mt or paula.muscat@um.edu.mt or diletta.petralia@unikore.it

Journal Homepage: Visit our web-site on: <http://home.um.edu.mt/mjhr>

Printed by Gutenberg Press Limited, Tarxien, Malta.

CONTENTS**Volume 15 (Double Issue) 2011**

Foreword: *Salvatore Andò* 3

Editorial

Administrative Offences in the Lights of Human Rights Law:
Kevin Aquilina 9

Articles

**United Nations Treaty Body Reform:
Human Rights are not Optional:**
Mary Ayad 11

**L'Ordinamento Italiano e il Fine Vita tra Bioteca e
Principi Costituzionali, a partire dal caso Englaro e attraverso
l'esperienza di alcuni ordinamenti stranieri:**
Maria Esmeralda Bucalo 61

Democrazia e tutela delle minoranze:
Salvatore Curreri 125

Le contenu du droit à la paix:
Aliaa Saraya 161

**Fundamental Rights between the European Court of Justice
and the new Powers of the French 'Conseil Constitutionnel':**
Fausto Vecchio 189

Comments

**The Impact of Criminality on the productivity of the
Southern Italian economy: A review of the empirical studies:**
Ferdinando Ofria and Domenica Farinella 215

**Should Matrimonial Unity be transplanted to
Medical Confidentiality?:**
Odunsi Sylvanus Babafemi and Oyelade Olutunji Sunday 239

The Rights of older persons and the International Covenant on Economic, Social And Cultural Rights: <i>Francesco Seatzu</i>	255
---	-----

La Minoranza Rom nell'Unione Europea: Un Quadro d'insieme: <i>Grazia Alessandra Siino</i>	279
--	-----

The problem of Universal Jurisdiction in curbing international crimes – A Case Study: <i>Hasanov Rahim Tashakkul</i>	307
--	-----

Book Review

Issues In Human Rights <i>Edited by Azizur Rahman Chowdhury, Md. Jahid Hossain Bhuiyan and Shawkat Alam</i>	325
--	-----

Abstracts in Arabic	333
---------------------	-----

Subscription Form	343
-------------------	-----

Note to Contributors	
----------------------	--

Inside back cover

FOREWORD

SALVATORE ANDÒ

Il processo di costruzione della democrazia, nei Paesi arabi che sono stati teatro delle rivolte della cosiddetta Primavera araba si sta rivelando tutt' altro che lineare, in considerazione del fatto che i governi transitori sono costretti, da un lato, a mediare con ambienti conservatori, in buona parte legati ai vecchi regimi ed in grado di controllare buona parte degli apparati dello Stato, dall'altro, a rispondere alle domande di cambiamento provenienti da un'opinione pubblica che chiede una forte discontinuità col passato. Cessate infatti le rivolte, non si sono dissolti i movimenti dei gruppi che per tanti mesi sono stati in grado di mobilitare la piazza; essi vogliono esercitare un forte controllo a basso sulla qualità dei cambiamenti che si stanno realizzando, e soprattutto che nessuno contiguità si venga a creare gravi e nuovi regimi e in nessun impurità venga assicurata ai vecchi leader e ai loro collaboratori che si sono resi responsabili di gravi crimini contro la popolazione durante le rivolte. In particolare il mondo giovanile appare in questo senso particolarmente esigente, ed è tornato a mobilitarsi anche contro i governi della transizione tutte le volte in cui sono emerse ambiguità e i loro comportamenti, o è emerso il tentativo di fare del governo transitorio governo definitivo. Ciò è accaduto in Egitto, dove i militari hanno cercato con ogni mezzo di prolungare la durata del governo provvisorio, magari spostando la data delle elezioni. Si ha l'impressione che dopo i fatti della Primavera araba si vada consolidando in molti paesi una sfera pubblica all'interno dalla quale e si assumano decisioni che tendono

a garantire un processo democratico che sia coerente con gli obiettivi di fondo che attraverso le rivolte si sono perseguiti. Se questa tensione rimarrà alta, nulla più in questi paesi sarà come prima; si avrà una reale distribuzione del potere che coinvolgerà settori della società sistematicamente esclusi, zia del potere politico e del potere economico.

Tenuto conto della complessità della situazione che si è venuta a creare e delle difficoltà i settori più liberali della società incontreranno sulla via della costruzione di un vero Stato di diritto, risulterà decisivo il ruolo dell'Occidente, e in primo luogo l'Europa, svolgerà per valorizzare con tutti i mezzi le straordinarie novità che sono emerse attraverso i movimenti di piazza, e in alcuni paesi hanno prodotto la caduta dei regimi, in altri un indebolimento molto serio di essi, in altre ancora un patto tra potere e società in forza del quale i rais hanno dovuto riconoscere alcune fondamentali libertà politiche.

L'Occidente cioè deve saper essere generoso e lungimirante nel sostenere l'attività dei governi transitori attraverso aiuti che consentano a Paesi in via di sviluppo di affrontare il futuro immediato dando risposte a popolazioni che sono provate dalle guerre civili, ma deve anche essere esigente nei confronti di questi governi, perché essi non vadano al di là del loro mandato né con riferimento ai poteri svolti, né con riferimento alla durata del governo transitorio. La transizione infinita infatti crea tensioni sociali e se ne è avuta una prova in Egitto attraverso i seguenti scontri seguiti a una partita di calcio, con le tifoserie scagliate una contro l'altra, probabilmente perché istigate da chi ha interesse a creare disordine per poter pescare nel torbido. Bisogna controllare l'operato dei governi provvisori perché la tentazione di fermare il processo democratico attraverso le tensioni o attività eversive commissionate da chi oggi detiene il potere può essere sempre molto forte. Bisogna evitare, in primo luogo, che si dia un giro di vite al regime delle libertà faticosamente riconosciuto quando la gente occupava le piazze, diffondendo una vera e propria ossessione securitaria, ed approfittando dell'allarme sociale per

ripristinare i vecchi presidi del governo autoritario. I governi autoritari con i quali per tanti decenni gli occidentali hanno stabilito rapporti di intensa collaborazione trovavano proprio nell'argomento della lotta al terrorismo e al fondamentalismo islamico e al terrorismo era continuo la legittimazione del proprio potere senza limiti temporali e senza confini sul piano di una equa divisione dei poteri. Occorre che l'Occidente non ripeta in questo senso gli errori del passato, alleandosi con chi trama nell'ombra per il ritorno ad un regime autoritario. Da questo punto di vista paiono confortanti giudizi espressi dal presidente Obama gli errori del passato, degli impegni assunti a non ripeterli considera e le complicità dell'Occidente sono alla base diffuso atteggiamento antioccidentale, che ha favorito la presa realizzata dal fondamentalismo su base settori sociali.

I risultati elettorali, laddove si è potuto votare avvalendosi delle garanzie che un voto libero richiede, dimostrano che le forze che stanno alle estreme degli schieramenti politico sono minoritarie e che i partiti religiosi, che hanno raccolto un largo consenso, non intendono creare guerre di religione, ma si candidano a governare rispettando il pluralismo religioso, e quello culturale in generale, quindi un percorso verso la democrazia che possa assomigliare a quello seguito dalla Turchia nel corso di decenni.

L'Europa di fronte a queste emergenze non può limitarsi a esprimere il proprio compiacimento per il risveglio democratico dei paesi della sponda sud, ma deve porre in essere azioni positive perché questo risveglio non sia soffocato dal prolungarsi dei conflitti interni, soprattutto di quelli che hanno un fondamento religioso, facendo così morire sul nascere le speranze di quanti confidano in un grande futuro per paesi che hanno finora conosciuto povertà e regimi autocratici. Occorre impostare in termini nuovi un discorso sullo sviluppo che non riproponga i vecchi equilibri eurocentrici che costituivano il vero limite delle politiche portate avanti dall'Europa nei paesi della sponda sud del mediterraneo. Ma

occorre anche che dove i fuochi della rivolta sono tutt'altro che spenti si assuma una forte iniziativa diplomatica per far sì che i governi contestati dalle popolazioni non possano indisturbati continuare a esercitare violenze di ogni tipo sulle folle inermi che chiedono più libertà e più giustizia.

Il pensiero corre alla Siria dove il regime di Assad da mesi ormai ordina i ai militari di sparare sulla folla. Si tratta di una situazione che non può essere tollerata dalla comunità internazionale. Si tratta di crimini contro l'umanità che nessuna real politique può giustificare. E' un fatto assai grave che il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite non abbia potuto prendere posizioni su questa vicenda per il veto opposto da Russia e Cina, paesi che storicamente hanno trovato nel regime siriano un alleato sul quale potere contare ciecamente.

Quel veto suona come una condanna del popolo siriano che combatte per conquistare la libertà. Si tratta di un voto che ci ricorda gli anni della guerra fredda, in cui Paesi comunisti difendevano i governi dittatoriali capaci di ogni efferatezza ai danni delle popolazioni invocando il principio della sovranità intangibile, anche quando essa confliggeva con i diritti dei popoli. Alla base di molte tragedie umanitarie, in quegli anni, vi è stato l'atteggiamento tenuto dai paesi comunisti in seno all'Onu, per difendere un sistema bipolare che affidava alle grandi potenze la decisione di stabilire quali popoli potevano essere liberi e quali invece dovevano rimanere soggetti a spietate dittature.

Viviamo in un tempo e in un mondo in cui ciò non può essere più tollerato e l'ordine internazionale deve basarsi su altri principi, e in primo luogo quello della indisponibilità dei diritti umani. E la difesa di questi principi non può non vedere in prima fila l'Europa, che è la patria dei diritti.

EDITORIAL:

ADMINISTRATIVE OFFENCES IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS LAW

KEVIN AQUILINA

A recent area which has emerged in Human Rights Law is the regulation of administrative offences from a human rights perspective. Although human rights have developed considerably in so far as criminal procedure is concerned, the same cannot be said with regard to administrative sanctions. This is because whilst the human rights principles of criminal procedure such as the *nulla poena sine lege*, the *nullum crimen sine lege*, the *ne bis in idem*, the principle against retroactive application of the criminal law and others have been with us for several years if not centuries administrative punishments are of very recent origin.

An interesting document dealing with the human rights aspect of administrative offences is Recommendation No R (91)1E of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions adopted by the Committee of Ministers on 13 February 1991.¹ It applies to any form of punitive administrative measure, be it pecuniary or otherwise. Outside the ambit of administrative sanctions contemplated by this Recommendation are 'measures which

¹ For the text of the Council of Europe's Recommendation see <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=34769&SecMode=1&Admin=0&DocId=392990>.

administrative 'authorities are obliged to take as a result of criminal proceedings' and 'disciplinary sanctions'. The Recommendation lays down eight principles which can be summarised as follows:

Principle 1: Administrative sanctions have to be laid down by law. This principle is the administrative law counterpart to the *nullum crimen sine lege* principle in criminal procedure.

Principle 2: Administrative sanctions cannot be retroactive. This is equivalent to the *lex non habet oculus retro* principle of criminal procedure. Principle 2 further provides that administrative sanctions cannot contemplate a more onerous sanction than the criminal offence which has been depenalised and administrative sanctions created following depenalisation should not burden the person on whom the administrative authority is considering imposing a sanction than s/he would have been burdened had the criminal offence not been depenalised.

Principle 3: No person may be penalised twice for the same act. Once again, the principle is reflecting the *ne bis in idem* principle of criminal procedure.

Principle 4: An action by an administrative authority has to be taken within a reasonable time and administrative proceedings have to be conducted with reasonable speed. This principle is based on Article 6(1) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

Principle 5: Any procedure capable of resulting in the imposition of an administrative sanction has to be terminated and cannot be left pending *ad infinitum*. Such principle ensures certainty of the law.

Principle 6: Persons faced with an administrative sanction

have to be informed of the charge against them; they are to be given sufficient time to prepare their case; their representative has to be informed of the nature of the evidence against them; they have the opportunity to be heard before any decision is taken. Once again, this principle is based on one of the principles of natural justice, the *audi et alteram partem* principle.

Moreover this principle further provides that an administrative act imposing a sanction has to contain the reasons on which it is based. The principles of natural justice contain also the duty to give reasons for decisions taken.

These principles – which are essentially mirroring Article 6(3) of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms – may be dispensed with, either in full or in part, in cases of minor importance only if the administrative sanction to be applied is a limited pecuniary penalty and the person charged consents thereto and such procedure is in accordance with the law.

Principle 7: The onus of proof shall be on the administrative authority. In other words, Principle 7 enshrines the maxim of *probatio incumbit ei qui dicit non ei qui negat*.

Principle 8: An administrative sanction shall be subject, as a minimum requirement, to control of legality by an independent and impartial court established by law. This is after all what the principle of legality is all about.

Although quite some time has passed since 1991 when the Recommendation under discussion was approved, there is no doubt that the Recommendation's guiding influence makes it more pertinent today than at the time of its adoption. This is because several states, including Malta, have developed a system of administrative offences parallel to a system of criminal justice. However, what seems to be missing are two things: in so far as state law is concerned, the adoption of

these human rights principles to administrative procedure and, in so far as international law is concerned, the adoption of an international convention which authoritatively lays down these principles within an international perspective. Perhaps the time has also come to add a new Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms dealing with the human rights aspects of administration offences very much on the lines of Recommendation No R (91)1E of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions adopted by the Committee of Ministers on 13 February 1991.

UNITED NATIONS TREATY BODY REFORM: HUMAN RIGHTS ARE NOT OPTIONAL

MARY AYAD

This in-depth analysis of the effectiveness of the UN system has generated four main thematic areas requiring major reforms: (1) budgetary, (2) procedural limitation, (3) inherent weaknesses and (4) difficulty with implementation and enforcement. Issues under discussion herein, to name a few are: the political will of States, the reservation system, the individual complaints system, the non-binding nature of the decisions and inaccessibility of the system to those most vulnerable. Recommendations for reforms in these areas as well as additional ones are proposed. The four thematic areas are interconnected.

Introduction

A brief overview of the legal and political mechanisms of the UN system that exist to protect Human Rights will be given. After extensive fieldwork, work experience and a critical literature review of both primary and secondary sources in the UN system spanning a combined time frame of two years, which integrated field research consisting of interviews and participant observation, the collected data was analysed using thematic analysis and grounded theory from which four major areas in need of reform emerged and were identified. These areas are grouped by themes:

- (1) Budget and financial limitations.
- (2) Inherent weaknesses: the political will of States, the non-neutrality of the experts, the non-binding nature of the treaties, the reservation system, the non-interventionist attitude of States (putting State Sovereignty and 'National Security' over and above Human Rights, and the lack of participation of all States.
- (3) Procedural limitations: problems with the lack of standardisation or harmonisation of the language and terminology of UN Human Rights instruments, the inaccessibility of the mechanisms to the general public or those most vulnerable to Human Rights abuses, the cumbersomeness of the individual complaints system, the limitation of using only one convention.
- (4) Implementation and enforcement problems.

Based on the four identified thematic areas of weakness leading to the ineffectiveness of the United Nations' mechanisms for the protection of Human Rights, recommendations to facilitate reforms addressing these problems will be made. It is important to note the interconnectedness of the problems facing the United Nations Human Rights protection mechanisms. The four aforementioned themes rendering the UN ineffective: budgetary, inherent weaknesses, procedural limitations and problems with implementation and enforcement were noted by the UN itself shortly after its founding. The need for reform is long overdue. At its inception, the United Nations has maintained a frank and transparent stance regarding its weaknesses, particularly those related to the inner workings of the Treaty Bodies that were set up largely for the protection of Human Rights. Accordingly,

"The United Nation's Commission of Human Rights already in 1947 declared itself incompetent to adopt

any measures regarding any type of complaint concerning Human Rights when confronted by the overwhelming flow of allegations from victims and non-governmental organizations; it refused to deal with individual petitions. Instead, the Commission confined itself to promotional activities providing guidelines to be followed by the secretariat.

At a later point in its early history, “unfortunately, during the greatest part of the ‘cold war’, the United Nations remained deaf and mute to the grave violations occurring in the world.”¹

More current to our generation, “according to the 2002 report by the UN Secretary General, *Strengthening the United Nations: An agenda for further change*, he identified modernisation together with crafting a more coordinated approach to treaty body activities, standardising their various reporting requirements, allowing each State to produce a single report on its adherence to all Human Rights treaties to which it is a party.”²

The themes of budget problems, problems with procedure in terms of lack of accessibility and problems of inherent weaknesses in terms of political will of States, have been previously identified:

“Several weaknesses exist in the follow up procedure, lack of publicity, lack of budget, lack of recognition as part of the treaty bodies’ activities, lack of clarity if the recommendations and replies indicate

¹ Prado, Jose L. Gomez, Extra Conventional Protection of Human Rights, in Isa, Felipe Gomez and de Feyter, Koen (eds) (2006) *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao: Deusto, pp. 285-356, at p. 285.

² OHCHR 1996-2006. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Enhancing the Human Rights treaty body system. <http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/reform.htm>.

compliance or non compliance, lack of planning regarding schedules, lack of domestic policies to support UN treaty bodies.”³

Additionally, “there is consensus among the treaty bodies that the follow up to their concluding observations by State parties is seriously flawed.”⁴ The problem with the follow up encompasses and overlaps several of the identified themes, namely; implementation and enforcement, procedure and inherent weaknesses. The lack of follow-up could be attributed to a number of causes, not limited to the political will of States and inherent problems with the system and procedural ambiguity.

The need for Treaty Body reform is thus an established fact; therefore it is now more productive to set forth a discussion outlining the ways and means towards reforming the United Nations Treaty Body system by providing recommendations that address the major Treaty Body weaknesses.

Reforms are proposed in the areas of: standardising language and streamlining the terminology, States’ reports, independent experts, and the non-binding nature of decisions.

1. Reform (1): Language; Standardise terminology

Our starting point will be with language. The terminology of the Human Rights instruments and mechanisms outlined in the Treaty Bodies are confusing. There are several terms with slightly different connotations referring to the same general principles. Several examples abound. The terms ‘applicant’, ‘author’, ‘complainant’, ‘petitioner’ all designate an identical

³ Alfredsson, Gudmundur *et al.* (eds). *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*. 2001 Kluwer Law International. Markus G. Schmidt. p.211.

⁴ *Ibid.*

concept: someone who wishes to make a complaint with the treaty bodies. The Convention against Torture uses the term 'complainant'. The terms 'application', 'communication', 'complaint' and 'petition' are used for the act of complaining, on paper. This is confusing. The terms change depending upon which Convention is referred to. It is proposed herein that only one term be chosen from each category, for example, 'complainant', and 'complaint', the two words that are the closest in meaning to the actual act and intent of the Treaty Body complaints system, and to maintain these two terms throughout all of the Treaty Body Conventions and Commissions.

Another set of confusing terms are 'Declaration', 'Declarations of Competence', and 'Reservation', referring to when a State party to a Convention makes legal definitions of certain provisions. The word 'Reservation' should suffice and is closest in meaning to the intent and action of the State; that the State has certain Reservations (against), or limitations of law of certain Convention provisions. Thus, the word 'Reservation' should be the only term used, and it should be the same term used throughout each Convention.

When a Committee has findings on the merits of individual complaints, they may be called a 'Decision', or an 'Opinion', or a 'View', depending on if it is for CAT (Convention against Torture), CERD (International Covenant on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination), or ICCPR (International Covenant on Civil and Political Rights) and CEDAW, (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination Against Women), respectively. "Follow up procedures to individual complaints are a mandate of a Special Rapporteur (SPR) for the follow up on views were created by the Committee in July 1990.⁵ These mandated follow-ups with different terminologies are not clear to those people outside of the UN system. One word with the intended

⁵ *Ibid.*

connotation should be chosen, and it should be chosen for all of the Conventions, throughout, perhaps, 'decision', as that term has a stronger and more binding connotation than the word 'view.' According to Professor Bayefsky, "A treaty may go by many different names, such as 'Convention', 'Covenant', and 'Protocol'."⁶ Why? It is confusing. If they have the same legal effects why use different names? All of these documents are legally binding in International Law. Thus, reform is recommended to the entire United Nations system by choosing one designated term for all legally binding contracts between States of a similar nature, for example, the use of the term 'Treaty', for any economic, legal, or security agreement, and 'Convention' for all Human Rights instruments to which States are signatories to, and have ratified. Or even better, designating as 'Treaty' for every inter-State legally binding document and eliminating other terms such as 'Convention', and so forth.

2. Reform (2): State Reports; isn't this naive?

The Convention obliges States parties to submit to the Secretary-General a report on the legislative, judicial, administrative or other measures that they have adopted to implement the Convention within a year after its entry into force and then at least every four years thereafter or whenever the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) so requests. These reports, which may indicate factors and difficulties in implementation, are forwarded to the CEDAW for its consideration. Since 1990, second and subsequent reports have been reviewed by a pre-session working group of five Committee members. The working group draws up questions to guide the full

⁶ Bayefsky, Anne F. (2003) *How to Complain to the UN Human Rights Treaty System*. The Hague: Kluwer Law International. Introduction to Professor Bayefsky's Book.

Committee's examination of the report. These questions are submitted to the country's representative in advance. The representative then meets with the Committee to respond to these questions and any others that members may wish to ask. Following consideration of each State Party report, the CEDAW Committee formulates concluding comments which outline factors and difficulties affecting the implementation of the Convention for that State party, positive aspects, principal subjects of concern and suggestions and recommendations to enhance implementation of the Convention.⁷

"State parties have to report to treaty bodies according to Art.40 of ICCPR, Art. 16 of the ICESCR, Art. 9 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), Art. 18 of CEDAW, Art. 19 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment (CAT), Art. VI of the International Convention on the Suppression and Punishment of the crime of Apartheid and Art. 44 of the Convention of the Rights of the Child (CRC)."⁸

In the ICERD,

"State parties undertake to submit... a report on the legislative, judicial, administrative or other measures which they have adopted and which gave effect to the provisions of this convention. (Art. 9.1.)"⁹ Furthermore, "to the same wording CEDAW adds: 'Reports may include factors and difficulties affecting the degree of fulfilment of obligations'. (Art. 18.2.)"¹⁰

⁷ United Nations Division for the Advancement of Women Department of Economic and Social Affairs. Homepage: <http://www.un.org/womenwatch/daw/>

⁸ *Ibid*, *Supra*, No. 3, at p. 189

⁹ *Ibid*. p.190.

¹⁰ *Ibid*. p191

In the CRC,

“Reports shall also contain sufficient information to provide the committee with a comprehensive understanding of the implementation of the convention in the country concerned. (Art. 44.2.)”¹¹

All State parties must submit regular reports to the Committee on the status of Human Rights in their respective countries. States must report initially after one year and every four years thereafter. The Committee examines each report and responds to the State with concerns; recommendations in the name of concluding observations. “Many problems are encountered by the Committee in the State reports submitted to it: ‘incomplete coverage, abstraction and formality that leads States to stress their formal constitutional or statutory provisions rather than to offer a realistic description of practices; and great delays in filing reports.’”¹²

Additionally,

“The great weakness of the reporting system lies in the failure of certain States, frequently the biggest violators of Human Rights, to submit their reports to the Committee in a timely fashion.”¹³ “Counter-reports to the State reports attempt to be made public but States may keep them from reaching the media and in confidential government files.”¹⁴ “For a treaty body to determine the veracity of the State reports, its members must use other sources for verification, such as “media reports, scholarly works,

¹¹ *Ibid.* p191

¹² Treaty Organs: The ICCPR Human Rights Committee, in Steiner and Alston (2000) (2nd ed), *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford: Oxford University Press, at p. 710.

¹³ *Ibid.*, at p. 713.

¹⁴ *bid, Supra*, No. 3 at p. 196.

and above all, reports of international governmental and non-governmental organizations, but this has sometimes been met with resolute objections from government representatives and some members of the treaty bodies, including admonitions by the Chair declaring the official use of non governmental material to be out of order. Additionally, experts in the treaty bodies collect their information on their own."¹⁵ The Committee lacks any power to force or only induce governments to submit their reports on time, to cooperate in a proper manner and to comply with its recommendations resulting from the examination of State reports or with its final views relating to individual communications. These decisions are neither legally binding nor politically enforceable. The inter-State complaints procedure, which is primarily designed to respond to gross and systematic Human Rights violations, provides even fewer prohibitions for effective action."¹⁶

Sometimes States submit the same reports as in previous years, and this does not represent an accurate view of the Human Rights situation in their country, especially when the report does not necessarily contain the entire picture. Also, States can submit a separate report for each treaty that they have signed and ratified. This further prevents an accurate picture of the Human Rights situation in their country from being clearly expounded, because it is submitted piecemeal. One reform already recommended by the UN is to make States submit one report for all of the Human Rights treaties they are signatories too. This will streamline the process and give a precise and comprehensive view of the Human Rights situation in their country. When States' reports are reformed

¹⁵ *Ibid*

¹⁶ Nowak, Manfred, *The International Covenant on Civil and Political Rights* by Manfred in Felipe Gomez Isa *et al* (eds) (2006) *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*. Bilbao: Deusto, pp. 138-153, at p. 152-153.

such that each State must write a single report for all Human Rights treaties to which it is a signatory, a truer depiction of its Human Rights record as a whole will come into view, and this will lend to a more powerful impetus for State reforms.

Relying on State reports is not enough. NGOs¹⁷ are also faced with serious limitations and thus other sources need to be integrated as well. Other sources of information should inform knowledge of Human Rights practices in States, including that provided by NGOs and field missions, for example:

“Field missions are a catalyst in raising awareness in civil society among NGO’s, churches, political parties, national Human Rights institutions, academic circles and the media. The likelihood to implement the recommendations elaborated by the mandate holders (geographic or thematic) after the mission to ameliorate the situation are extremely low despite the fact that the description of the Human Rights situation in the country constitute a valuable tool for the UN and the international community to lead their action. In this connection, it should be underlined that a number of field mission reports of experts contained valuable indicators for early warning. One could cite reports such as the one of the Special Rapporteur on summary executions

¹⁷ For an example of the vulnerability of person who suffers Human Rights violations at the hands of their government, when a person is tortured in a police station, the odds of reporting these Human Rights abuses are limited because they will be less likely to file a police report when it was the police against whom they seek a grievance, particularly in a State in which the government turns a blind eye or even encourages torture tactics by the police forces, therefore, if a particular NGO needs to rely on official police reports on the number of citizens tortured by the police, how likely are they to 1) locate such information and 2) publicise it. Additionally, anyone tortured by the police is not likely to report it out of fear and therefore, first hand accounts shared by those who experienced police torture are likely to be limited, with maybe only some NGOs knowing about these cases, and only NGOs that are able to work in the face of governmental suppression.

regarding the situation in Rwanda before the 1994 genocide had started.”¹⁸

Thus, any problem in implementation will naturally obstruct the effectiveness of the system. Fact finding missions are also recommended but it is important to keep in mind that any measures taken need to have follow-up mechanisms insuring implementation and enforcement. This point will be discussed further under the last recommendation in this paper. NGOs are also an important source of country information, especially if they are able to release information about the country or the country's government that is more truthful; thus supplementing or substituting State reports. However, because of constraints on NGOs, it is recommended that the UN set up a special body for the sole purpose of investigating Human Rights issues in countries. State reports are not enough, and independent experts as will be discussed in subsequent paragraphs are not necessarily enough, and fact finding or field missions oftentimes do face limitations.

Although it is the NGOs and not the United Nations that are more in touch with what is happening in a country, there are still limitations to relying solely on NGOs. When a UN expert receives Human Rights complaints regarding a particular country, he or she has to phone the NGOs, or organizations like Human Rights Watch, and Amnesty International to get specific country information to validate a complaint. They need for the information that they receive to be confirmed by an NGO. Another procedural weakness is in communications. Complaints maybe sent in by email and confidentiality of victims should be protected but in many cases there is a risk that the name of the sender gets forwarded along with the complaint.

A special body to research Human Rights situations in countries rather than relying on NGOs solves the problem

¹⁸ *Ibid*, *Supra*, No. 1, at p. 323.

caused by slowing down the process of following through on a complaint because the time spend on communicating with the NGO is excessive, and if there is political repression in the country in which the NGO is reporting on, the NGO may not be politically free to confirm if the complaint that it is being asked about by the UN Expert is in fact an issue. Since many NGOs are working against their own governments, there may be constraints against them. Much of the information they submit back to the UN Expert may be politicised or 'politically correct'. Thus, a special UN body to investigate Human Rights situations in countries, rather than relying on other flawed sources, needs to be created.

Another aspect of limitations is manifest by major gaps in the State reports submitted to treaty organs, for example, "Many problems are encountered by the Committee in the State reports submitted to it: 'incomplete coverage, abstraction and formality that leads States to stress their formal constitutional or statutory provisions rather than to offer a realistic description of practices; and great delays in filing reports.'"¹⁹ Additionally, "the great weakness of the reporting system lies in the failure of certain States, frequently the biggest violators of Human Rights, to submit their reports to the Committee in a timely fashion."²⁰

The issue of political will of States has negative implications for the reliability of State reports such that:

"The Committee lacks any power to force or only induce governments to submit their reports on time, to cooperate in a proper manner and to comply with its recommendations resulting from the examination of State reports or with its final views relating to individual communications. These decisions are neither legally binding nor politically enforceable. The inter-State complaints procedure,

¹⁹ *Ibid, Supra*, No. 12, at p. 710

²⁰ *Ibid*, at p. 713.

which is primarily designed to respond to gross and systematic Human Rights violations, provides even fewer prohibitions for effective action.”²¹

The reform of State reports is interconnected with the non-binding clauses of Human Rights instruments, making them seem optional and this point will be discussed further in the section on the political will of States.

3. Reform (3): ‘Independent’ (government representatives) Experts

Either a Special Rapporteur, Independent Expert or a working group of five members are affiliated with Special Procedures. The Commission deals with resolutions and is assisted by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, a working group and individual experts, representatives and Rapporteurs mandated to report on, examine and monitor on countries or Human Rights violations (thematic mandates). These are the Special Procedures of the Commission on Human Rights.²²

“The mandates given to special procedures mechanisms vary, but they usually are to examine, monitor, advise, and publicly report on Human Rights situations in specific countries or territories, known as country mandates, or on major phenomena of Human Rights violations worldwide, known as thematic mandates. Various activities can be undertaken by special procedures, including responding to individual complaints, conducting studies, providing advice on technical cooperation, and engaging in general promotional activities.”²³

²¹ *Ibid, Supra*, No. 16, at p. 153.

²² *Ibid, Supra*, No. 2.

²³ *Ibid*.

'Special Procedures' are the mechanisms of the Commission on Human Rights that deal with two separate categories, specific country situations or thematic issues throughout the globe. According to the OHCHR, there are currently 28 thematic and 13 country mandates. The OHCHR supplies the personnel and logistical aid to help them fulfil their mandates. The mandates generally examine, monitor, advise, and publicly report on Human Rights situations either by country or by theme. Special Procedures may respond to individual complaints, conduct studies, provide advice on technical cooperation and engage in general promotional activities. Resolutions create and define the mandates. These people do not receive salaries. Challenges confronting the system are delays in submission or consideration of reports, non-reporting, and duplication of reporting requirements among treaty bodies. These special *Rapporteurs*, representatives, envoys, experts are individuals of recognized international standing in the field of Human Rights. They serve in their personal capacity for a maximum period of six years during which they do not receive salaries or compensation for their work."²⁴

Many hold government jobs and are not independent of their governments' positions on given issues. Another example of the so-called independence of the experts is the following, "The Human Rights Committee for the ICCPR has 18 experts nominated and elected by State parties to the ICCPR who examine State reports."²⁵ A reform-minded committee should be created at once to investigate the so-called neutrality of State elected representatives. "A minority of members have continued to hold government (diplomatic and other) posts,

²⁴ *Ibid, Supra, No. 1* at p. 287.

²⁵ *Ibid, Supra, No. 6* at p. 14.

again qualifying the degree of possible independence from their governments' positions on given issues."²⁶ How can they be objective when they are elected by the State and represent the State? This must be reformed. They should be chosen not by the State but by a separate committee created especially for the purpose of examining State reports. They must not be government officials of States as this is clearly a conflict of interest. They should also be from countries different from the country of the State report which they will investigate, to further insure impartiality, neutrality, objectivity and fairness, as official State report examiners, not as country governmental officials.

State parties elect members or the UN Economic and Social Council (ECOSOC) elects member experts to perform functions in an independent capacity.²⁷ When it is the State parties doing the electing, is it not naïve to trust them? Wouldn't they choose someone who follows the status quo and makes their country look good? If this is the case, which much evidence supports, then how can they be independent? Especially when they are government officials? It is thus recommended to establish a reform minded committee which will oversee and carry out independent elections of an independent body of experts, along the same criteria as that set out in the above paragraph on State report examiners. According to Dr. Redondo, sometimes the experts cut and paste reports. Often, Special Rapporteurs use the media. By going to a country and finding and advertising violations of Human Rights and reporting them to the media in the official capacity as a UN Expert, the governments of States become upset. "For a treaty body to determine the veracity of the State reports, its members must use other sources for verification, such as "media reports, scholarly works, and above all, reports of international governmental and non-governmental organizations, but this has sometimes been met

²⁶ *Ibid, Supra*, No. 12, at p. 707.

²⁷ *Ibid, Supra*, No. 6, at p. 5.

with resolute objections from government representatives and some members of the treaty bodies, including admonitions by the Chair declaring the official use of non governmental material to be out of order. Additionally, experts in the treaty bodies collect their information on their own.”²⁸

The risks of relying on State censored media are real because “counter-reports to the State reports attempt to be made public but States may keep them from reaching the media and in confidential government files.”²⁹

4. Reform (4): Non-Binding nature; Human Rights are not Optional

One of the first implementation weaknesses of the United Nations in terms of protecting Human Rights has to do with the non-binding aspects of mechanisms in that, for example, a State has to be part of a treaty and has to have voluntarily agreed to bind itself with a protocol.

A State that is not a signatory to a treaty is thus not bound beyond the doctrine of *jus cogens*, understood as a general principle adhered to by all ‘civilised nations’. Although this doctrine should be legally binding, in the international community it is taken rather lightly by States, particularly in the area of Human Rights. A State that is not a signatory to a treaty is thus not technically legally bound although it may wish to appear to conform without the binding effect in order to simply save face, as the principle of *jus cogens* does factor in influencing the behaviour of States at times. Many States who are in gross violation of Human Rights are not signatories to the documents that would hold them accountable. Additionally, the system has many non-binding aspects.

A State may also be a member of a treaty, but not a signatory to an Optional Protocol. An Optional Protocol is “a

²⁸ *Ibid, Supra, No. 3* at p. 196.

²⁹ *Ibid, at p. 196*

separate treaty associated with a parent treaty, under which State parties to the parent treaty may choose to undertake additional obligations. Not all States which have ratified the original treaty may have ratified the Optional Protocol.”³⁰ Additionally, to treaties the CERD and CAT give States the option of being obliged to individual complaints. This means States not declaring their wish to be legally obligated are free from having individual complaints made against them. This should be reformed. Giving citizens the right to make individual complaints should not be optional, but should be enforced upon the State. Another case in point is the Second Optional Protocol for the ICCPR which allows States to ratify it if they want to abolish the death penalty. This means States can use the death penalty, a violation of Human Rights, with impunity, so long as they do not ratify the SOP. This must be reformed, as Human Rights are not optional. Many States who are in gross violation of Human Rights are not signatories to the documents that would hold them accountable.” For example: “In 1993, Canada, (a State party which abolished the death penalty exposed someone to the real risk of execution by means of extradition to the United States), was found in violation of Article 7 of the Covenant of the CCPR. However, since the United States has not ratified the First Optional Protocol to the Covenant, no individual complaints can be lodged directly against the US government.”³¹

The existence of the Optional Protocol is a major problem. In a sense, the protection of Human Rights is a zero sum equation. It is an all or nothing situation in that every State must comply, or else everyone loses. Although having some Human Rights protection is clearly better than none, it is not enough to have some because the existence of loopholes by some States undermines Human Rights protection for all States. This means that the involvement of more than one State in

³⁰ *Ibid, Supra*, No. 6, at p. 5.

³¹ *Ibid, Supra*, No. 16, at p. 138-139

violation of either the Covenant or the Optional Protocol, or is not a party to one or either seems to create dangerous loopholes that limit individual complaints. This was clearly proven by the example of the above quote. Furthermore, "many States in which gross and systematic Human Rights violations occur are not (yet) parties to the Covenant or the First Optional Protocol, and only a minority of State parties actually make convincing efforts to comply with their obligations under the Covenant and with the legally non-binding decisions of the Committee."³² Another issue regarding the Optional Protocol is that "delays in considering and disposing of cases under the Optional Protocol have become more common... by 1993, the average time taken from the initiation to the conclusion of a case was about three years."³³ Perhaps the major lacuna of UN Human Rights individual complaints procedures remains the absence of binding and legally enforceable decisions."³⁴ We all know well the validity of 'justice delayed is justice denied.'

The system has many non-binding aspects. For example,

"There is no provision setting forth the precise legal effect of 'views', surely no provision stating that the 'views' are binding, or setting forth what follow-up should take place if the committee's views indicating that a State should take particular action (such as payment of compensation or release of a prisoner) are ignored by that State... The Committee is the only competent organ and its procedure is not very elaborate. Its 'views' are not to be understood as strictly binding in law and cannot be enforced."³⁵

One of the weaknesses of the reporting system is that the reports can only make recommendations that are not

³² *Ibid*, at p. 140.

³³ *Ibid*, *Supra*, No. 12, at p. 742.

³⁴ *Ibid*, *Supra*, No. 16 at p. 201.

³⁵ *Ibid*, *Supra*, No. 12 at p. 739.

binding. "Control through individual complaints has been successful on the regional plane, most notably in Europe, but it has remained an exception at the universal level. The competence of relevant universal organs to receive individual complaints is optional and the examination results in non-binding decisions, such as 'suggestions and recommendations' or 'views'.³⁶ The final decision only offers 'views'. It is non-binding, unless a country has made it binding for its national court. A final comment regarding the non-binding nature of views, "there is no provision setting forth the precise legal effect of 'views', surely no provision stating that the 'views' are binding, or setting forth what follow-up should take place if the Committee's views indicating that a State should take a particular action (such as payment or compensation or release of a prisoner) are ignored by that State."³⁷

The non-binding nature of Human Rights protection is problematic for another reason:

"Many States in which gross and systematic Human Rights violations occur are not (yet) parties to the Covenant or the First Optional Protocol, and only a minority of States parties actually make convincing efforts to comply with their obligations under the Covenant and with the legally non-binding decisions of the Committee."³⁸

Another limitation related also to the politisation of the system is that: "Moreover, the system offers in most cases the possibility for State parties to introduce reservations which weaken the application of a given international instrument."³⁹

³⁶ *Ibid, Supra*, No. 3 at p. 186.

³⁷ *Ibid, Supra*, No. 12 at p. 739.

³⁸ *Ibid, Supra*, No 16, at p. 140.

³⁹ *Ibid, Supra*, No. 1 at p. 286.

Additionally:

"The international system of conventional mechanisms is slow and leaves outside its scope not only a number of States which are not parties to the two covenants and other international conventions but also types of violations which have not been foreseen in those instruments. Moreover, the optional quasi-judicial procedures in addition of being voluntarily are not foreseen in all the international Human Rights treaties. The Conventional mechanisms constitute a limited and imperfect system which improves progressively throughout the years but which still has a long way to go before it becomes truly universal."⁴⁰

The implications of the Optional Protocol, with the Reservation system lead to an overall situation of non-binding obligations which undermine the effectiveness of the UN system for the protection of Human Rights as well as lowering the incentive of States to remain accountable to Human Rights protection.

Another inherent weakness is demonstrated in an example of the Commission on Human Rights, now the Council on Human Rights, which has a sub commission composed of 26 experts, and functions to denounce Human Rights violations. For example, accordingly to the council dealt with the Tiananmen Square Massacres in China. It is limited as a think tank only. It has its own set of internal rules which are considered random. This is an expert body that can give ideas to the commission but who cannot and do not adopt resolutions to countries. This is a commission dealing with gross violations of Human Rights. Additionally, communications are sent to the appropriate committee or the special Rapporteur which has no legal basis, thus the non-

⁴⁰ *Ibid*, at p. 286.

binding nature of these communications is also an inherent weakness. It is also a well known fact that the competence of relevant entities to receive individual complaints is optional and review of these complaints can only result in what are usually called 'recommendations' or 'views', decisions which are in effect non-binding.

5. Reform (5): Being a Tattletale is good for Human Rights

Countries should simply be obliged to become signatories to Human Rights Conventions; to write reports and complain about each other. "A fourth mechanism permitting States to complain of violations of the treaties by one another has never been used."⁴¹ Thus, it is recommended that not only this fourth mechanism be employed forthwith, but also that its neglect shall carry sanctions against the State in some manner.

Undeniably, it is strikingly obvious that one of the deepest inherent weaknesses in the UN system and its ineffectiveness in protecting Human Rights has to do with the lack of use by States of complaints against each other. When States do not hold each other accountable and complain formally via UN mechanisms against each other the accountability of State governments to actively enforce Human Rights is weakened and swept away by other agendas. Thus, it is clear that the effectiveness of UN mechanisms for the enforcement of Human Rights becomes greatly undermined. It is recommended that States should police each other, but within the United Nations formal mechanisms for Human Rights.

The UN system should be the means through which States hold each other accountable. To illuminate this point further, it is recommended that not only should States complain against each other, but that it should be incumbent upon them, nay forced on them, that if they are signatories to a Treaty of Human Rights and are aware of Human Rights violations in another

⁴¹ *Ibid, Supra*, No. 6 at p. 3.

State, and do not complain, they *will* be held accountable for being accomplices, and negligent. The same principles that apply in criminal law against an individual who acts to incite a crime or assist in its execution, or to obstruct the investigation of justice, may consistently apply when that individual is also a 'State' especially if it is committing a crime. Violations of Human Rights are crimes, such as the crime of genocide, for example. Why should a State be exempt when an individual is not? Why should States be allowed to commit crimes? When a State is a party to a treaty it is bound by law to the provisions of that treaty. Thus if another State violates a treaty that the first State is bound by and to, the first State has a moral duty to demand accountability. This moral duty should become also a legal duty and be held enforceable. Additionally, it is important for all States to comply with the UN system, rather than try to 'take the law in their own hands' by holding another State accountable for Human Rights by going about it independently and without the consensus of the Security Council or official UN mechanisms. The analogy with criminal law holds again. An individual may not take the law in their own hands; they must refer the investigation and the question of justice to the appropriate enforcement agency. In this case the UN should be the enforcement agency of States.

Countries are afraid to intervene in other countries internal affairs because they do not want other countries to interfere with them. It then becomes a case of covering up for each other:

"The Human Rights Commission on Human Rights has double standards. Many countries do not want to change because of geographical issues or the number of members. If a country violates Human Rights and the General Assembly decides by a two-thirds vote that this is the case, they can suspend the country. However, because of politics, this is not always the case. The prime cause of the present crisis is the 'crisis of multilateralism', in other words

the 'lack of political will' of member States. Thus, a change in the political climate is needed before a real revitalization of the UN can be achieved."⁴²

If all countries are bound to complain about each other, knowing in turn that this opens the door to other countries complaining about them, the entire 'covering-up' dynamic and political games will cease, and Human Rights will finally have a real chance to be enforced, while investing the United Nations system with real authority and real legitimacy. This suggesting may appear naïve, but in fact it is not. What is naïve is to think that covering for each other will ever change Human Rights protection. If States were to report on each other, accountability would increase and our world would experience real changes in the area of Human Rights protection. It is naïve to think that not holding States accountable is satisfactory and it is naïve to think that holding States accountable would not succeed. It would create a real opportunity for Human Rights situations to be dealt with justly.

The politics affecting Human Rights implementation are related to relations between States in order to cover for each other or to prevent each other from interfering:

"The entitlements of individuals are formally not international: technically, if a signatory State denies a right, it "violates" a provision of the relevant treaty. Strictly speaking, this State is not internationally responsible to the victim of the violation but rather to other State parties. Under many national legal systems, the individual does not derive his/her rights from the treaty itself, but from the provision of internal law that conforms

⁴² Bertrand, Maurice, Chapter 9, at pp. 193-208, in Roberts, Adam and Kingsbury, Benedict (eds) (1998) *United Nations: Divided World. The UN's Roles in International Relations*, Oxford: Clarendon Press, Oxford, at p. 199.

in its content to the international norm. From the point of view of the beneficiaries this arrangement is not fully satisfactory. Namely, it is expected that the protectors of human beings in a given country are other, foreign States that have no links with them. As a rule, other contracting States will not spontaneously move to protest the violations of the provisions of a Human Rights treaty. More precisely, they will do so only if the stimulus is very strong and if action against another State party appears to coincide with other interests, or does not run counter to any of them. This is why foreign States will normally not make frequent use of their right under general international law or under Human Rights treaties, to insist on the international responsibility for violations of Human Rights qua violations of inter-State obligations. In other words, States have seldom been inclined to view the treatment of individual human beings as a breach of obligations towards other States, and not only the individual.”⁴³

Thus, because of the inherent nature of the system, unless States take responsibility for protecting Human Rights, individuals have fewer remedies available for them to protect each other. It is the State that must protect.⁴⁴

⁴³ *Ibid, Supra*, No. 3, at pp. 185-186

⁴⁴ The need for State protection is even more evident when the complaints system is analysed, for example, in, *ibid, Supra*, No. 1, “Furthermore, complaints cannot meaningfully be lodged if the relevant treaty or treaty provision is clearly only programmatic or provides for gradual implementation, where it is left to the discretion of the State party to determine at what pace the scope of the right and the circle of its beneficiaries will be expanded until the optimum is eventually reached,” and “Finally, many States are still reluctant to accept complaint mechanisms, with the result that concerned individuals have no means to raise the point of the respect of the relevant Human Rights treaty. Without this, the international community, i.e., the United Nations, can act only in drastic cases of gross and systematic violations of Human

The confidential sessions that take place with governments, especially governments who are implicated in gross Human Rights violations, are in need of reform. In cases of gross Human Rights violations there are confidential dialogues with the accused government. However, there are no other parties present and because the dialogue is confidential it may allow the State to admit more in terms of Human Rights violations but consequently because it is confidential it may go no further than admittances. This process still undermines accountability. Governments are given a chance to speak to other governments in a confidential session about what happens in their country. In being confidential, it may allow a country to 'confess' more, but also in being confidential, it provides for nothing more than 'naming and shaming', and since it is done in an atmosphere where most of the States are in the same boat it is doubtful that there is any shame occurring.

Rights." Thus, States are still able to control the rate of Human Rights reforms within their countries, as the sovereign entities, regardless of the need for reform. State protection is crucial. Another example: "How can an individual lodge a complaint because he/she has been the target of national, racial or religious hatred incitement to which State parties of the ICCPR are, under it Art.20.2, obligated to prohibit by law, if the State has failed to enact appropriate laws or if they have been ineffective because of strong social resistance?" State legislation, or enforcement of Human Rights, if not in conformity with Human Rights will remain an obstacle to effectiveness. The role of the State is critical. Yet another example: "It will be observed here that the bearer of the obligation is not only the State, but also society as Art. 24 of ICCPR provides that 'measures of protection required by his (the child's) status as a minor are expected from his 'family, society, and the State'. "Along the theme of social responsibility, "most painful and degrading practices to women are still imposed by religious and social groups, frequently in the face of strong opposition and criminalization by the State, as demonstrated by several Acts meant to protect women against harmful social practices which were passed by Indian legislature." In many of the examples we can thus see how the issues of State sovereignty and politics stand as impediments to the effectiveness of monitoring and implementing Human Rights internationally. Additionally, we see how procedural weaknesses in the State Reports system are caused by or influenced by politics.

"Historically, the 1503 confidential procedure represented when it was established a considerable advance in the protection of Human Rights. For the first time a mandate permitted an international permanent mechanism to examine individual complaints, in spite of the fact that the procedure was incomplete and had a number of limitations due to its confidential character and the strong criteria of admissibility. However, governments soon started to utilise this confidential procedure while at the same time they continue to violate Human Rights. Theo Van Boven, while responsible of the UN Division of Human Rights, did not hesitate to raise the question as to whether certain procedures were not in 'danger of becoming screens of confidentiality to prevent cases discussed thereunder from being aired in public?'"⁴⁵

The confidential sessions are in need of reform. There are mixed aspects of positive and negative factors, it may well provide a forum to promote honesty, but no reports are made of the sessions and no one can go inside. It has been recommended to make the procedure public. The confidential sessions occur after a pattern of gross violations has been established and this could take more than a year and a half to be established.

Related to this idea of State obligation to inform on each other is an even more important idea, the obligations of State parties themselves. Many of the 'views' are not legally binding. In fact, it is always up to the State if Human Rights will be enforced in any given country or not. Domestic laws and policy as well as social forces determine how far Human Rights will be protected in a country. Ideally, the system should be legally binding on all States; all States should become member States with a willingness to deal with Human Rights issues in their

⁴⁵ *Ibid*, *Supra*, No. 3, at p. 299.

countries. Some of the United Nations mechanisms are legal-treaties which are legally binding. Some of the mechanisms are political, such as the 'views' of the follow-up committee, or the idea that countries want to appear 'civilised' in front of the world and this is usually motivation enough for them to put into effect the non-legally binding 'views' of a committee. Even being a signatory to a treaty has been demonstrated insufficient due to the existence of tools like reservations or the flexibility given by the Optional Protocol.

Indeed, there is no superstructure above State sovereignty that can function as a world policeman, and no single country or group of countries should ever play this role. One needed reform connected to making the treaties legally binding means putting in place one United Nations mechanism that has the power to supersede countries' domestic laws and policies when they are clearly in violation of Human Rights. This means resolving the existing political crisis in the United Nations. Human Rights situations have sometimes reached crisis levels before UN Charter Bodies have been able to intervene. Thus it is recommended that the treaties be legally binding both upon individual States who sign a particular treaty and are in violation, as well as another State signatory to a treaty who is aware of another States' violation and thereby is not reporting it.

Another procedural weakness which could also be considered an inherent weakness has to do with politisation. Politisation has been discussed in terms of NGOs and UN Experts dealing with the media, but also has to do with relations between countries. Members of the Security Council may hamper the efficiency, particularly because of the power of the votes/vetoes they have. Also, countries are afraid to intervene in other countries internal affairs because they do not want other countries to interfere with them. It once again becomes a case of covering up for each other. The Human Rights Commission on Human Rights has double standards. Many countries do not want to change because of geographical issues or the

number of members. If a country violates Human Rights and the General Assembly decides by a two-thirds vote that this is the case, they can suspend the country. However, because of politics, this is not always the case. Accordingly, "The prime cause of the present crisis is the 'crisis of multilateralism', in other words the 'lack of political will' of member States. Thus, a change in the political climate is needed before a real revitalisation of the UN can be achieved."⁴⁶

Another dimension of the complexity of politics in affecting the UN mechanisms is highlighted by Vojin Dimitrijevic in saying,

"The entitlements of individuals are formally not international: technically, if a signatory State denies a right, it "violates" a provision of the relevant treaty. Strictly speaking, this State is not internationally responsible to the victim of the violation but rather to other State parties. Under many national legal systems, the individual does not derive his/her rights from the treaty itself, but from the provision of internal law that conforms in its content to the international norm. From the point of view of the beneficiaries this arrangement is not fully satisfactory. Namely, it is expected that the protectors of human beings in a given country are other, foreign States that have no links with them. As a rule, other contracting States will not spontaneously move to protest the violations of the provisions of a Human Rights treaty. More precisely, they will do so only if the stimulus is very strong and if action against another State party appears to coincide with other interests, or does not run counter to any of them. This is why foreign States will normally not make frequent use of their right under general international law or under Human Rights treaties, to insist on the

⁴⁶ *Ibid*, *Supra*, No. 42, at p. 199

international responsibility for violations of Human Rights qua violations of inter-State obligations. In other words, States have seldom been inclined to view the treatment of individual human beings as a breach of obligations towards other States, and not only the individual.”⁴⁷

Another way of viewing the lack of legally binding ethos:

“this sort of immunity comes from the system itself which serves to denounce violations occurring in certain countries but at the same time protects from a sanction some given countries with strong political allies. The system operates in several stages as a sieve which excludes given country situations... The sieve eliminates the great powers, and the regional powers but not the small and medium sized countries, which in the opinion of Dag Hammarskjöld should be protected.”⁴⁸

Another weakness in implementation due to politicisation is that sometimes special rapporteurs disappear.

6. Reform (6): Accessibility

“Justice begins with access to justice.”⁴⁹ Professor Anne Bayefsky has attempted to make clear the intricate complexity of the workings of the UN Treaty Bodies to the general public, based on the premise that unless the Treaty Bodies mechanisms are understood by laypeople, they lose their effectiveness. As Professor Bayefsky succinctly explains,

“The successful implementation of the Human Rights treaty standards, whether at the international or national level, depends on their accessibility to

⁴⁷ *Ibid, Supra*, No. 3 at. pp. 185-186.

⁴⁸ *Ibid, Supra*, No. 1, at pp. 326-327.

⁴⁹ *Ibid, Supra*, No. 6, at p. 3.

the victims of Human Rights abuse. This means both familiarity with the standards and access to remedial mechanisms.”⁵⁰

Human Rights protection cannot exist in reality if it is not available at the grassroots level to the very people it is intended to protect. When it is not, its value as an abstract concept is only on paper alone. It must be made accessible to those people most vulnerable and sadly, it is oftentimes those people who are most in need of Human Rights protection who have the least access to it, due to lack of education, poverty, political repression, lack of awareness, war conditions, and other reasons. Several reforms to counteract these forces and make Human Rights more accessible via the Treaty Bodies will be proposed and recommended. The importance of the treaties bodies is stressed by the fact that not only “are the UN Human Rights treaties at the core of the international system for the promotion and protection of Human Rights, but that every UN member State is a party to one or more of the seven major Human Rights treaties. It is a universal Human Rights legal instrument which applies to virtually every child, woman or man in the world.”⁵¹ It must be emphasised that without Treaty Body reform, Human Rights cannot reach the people who they most need to protect.

The limited availability or accessibility of information on the UN Treaty Body mechanisms for Human Rights protection for individuals, laypeople and victims of Human Rights violations is in need of serious reform.

Several recommendations to this end are proposed to reform this lack of availability of information:

- (1) International multimedia campaigns using T.V., radio, and newspapers advertisements should be

⁵⁰ The United Nations Human Rights Treaties. Bayefsky.com. <http://www.bayefsky.com/>.

⁵¹ *Ibid.*

created to distribute information about Human Rights in general and Treaty Body mechanisms to which those in need may avail themselves to.

- (2) Distribution of pamphlets to NGOs, including places of worship, community centres, schools, universities and grocery stores, (places that the 'average' person would have access to), should be put in place to provide the necessary information.
- (3) Volunteers giving presentations in outreach programs to local communities on a global scale, to raise awareness of Human Rights making the mechanisms for Human Rights protection accessible.
- (4) Simple, clearly written and unambiguous information on the procedures for reporting a Human Rights violation should be presented in brochures, advertisements, presentations and media clips world-wide, especially in developing countries disadvantaged by issues that impact quality of life and education negatively, such as conflict, war, poverty, and political repression.
- (5) Resource booklets with contact names, numbers, a local NGO directory and a basic outline of procedures for filing a complaint should be distributed globally.

These basic recommendations can be carried out by both NGOs and UN volunteers for very little financial and time costs, but with far-reaching effects if done systematically, consistently, thoroughly, and globally, with a concentration on the more vulnerable global areas. These recommendations, if implemented by a newly created UN body headed by a competent expert; one who understands fully the challenges as described herein, and one possessing strong diplomatic ability and the highest integrity and moral standards, will

make the UN system fully accessible at grassroots level and can also weaken the political blockages of States suppressing Human Rights.

Another example of a procedural weakness has to do with reforming treaty bodies. The case of Bayefsky illustrates this point. Bayefsky received one million US dollars from the Ford Foundation to study and reform the treaty bodies. Her report was heavily criticised because it was written by an outsider to the UN system. The obviousness of the need for Treaty Body reform is even more pronounced: if one can only understand the Human Rights mechanisms of the Treaty Bodies by working inside, then it is clear the mechanism is flawed and the very critique of Bayerfsky's report confirms that, "the successful implementation of the Human Rights treaty standards, whether at the international or national level, depends on their accessibility to the victims of Human Rights abuse. This means both familiarity with the standards and access to remedial mechanisms."⁵² Additionally, understanding of the process of Human Rights should be made assessable to the very people to whom Human Rights protection by the UN serves to protect. When the average person cannot understand the mechanisms, then how can someone in a poor, underdeveloped, war-torn country and lacking educational and economic resources ever appeal to the United Nation's system for Human Rights protections? This is also another reason why NGOs have tremendous power and value; they have insight of the procedures.

7. Reform (7): The Reservation System

The question of reservations is a point for further exploration. In what way and to what extent do reservations limit the scope of a treaty's obligations upon a State party?

⁵² *Ibid.*

"A complaint cannot be brought alleging the breach of an obligation under the relevant treaty if the State has indicated, through a reservation, that it does not consent to be bound by that obligation. Such complaints will be declared inadmissible."⁵³

Do they allow a State to evade responsibility by greatly limiting the obligations of a treaty to it? A fact finding commission should be created forthwith to analyse the full impact of the reservation system to see if it would be better to cancel it completely.

For example, what is known now about the reservation system is the following: "No reservation has yet been rejected by virtue of the objection of other State parties."⁵⁴ What an astounding statistic. It thus appears that States are simply giving each other license to make reservations freely. Perhaps they are afraid to intervene because they do not want intervention in their own affairs, as has been mentioned in previously in this paper. Essentially this is creating a situation in which all of them are going along with each other's Human Rights violations in guilty complicity and this must be reformed.

When State parties introduce reservations this weakens greatly the Human Rights protection instruments. Additionally,

"The international system of conventional mechanisms is slow and leaves outside its scope not only a number of States which are not parties to the two covenants and other international conventions but also types of violations which have not been foreseen in those instruments. Moreover, the optional quasi-judicial procedures in addition of being voluntarily are not foreseen in

⁵³ *Ibid, Supra*, No. 6, at p. 41.

⁵⁴ *Ibid*, at p.13.

all the international Human Rights treaties. The Conventional mechanisms constitute a limited and imperfect system which improves progressively throughout the years but which still has a long way to go before it becomes truly universal.”⁵⁵

8. Reform (8): Manipulations of ‘Public Emergency’, ‘Public Security’ and National Security to Suppress Human Rights

Restrictions on rights due to national security are frequently misused. This should be reformed. To expand the argument further clear distinctions must be made in the provisions that allow restrictions of certain rights. These restrictions can only occur due to legitimate instances in which national security is threatened. However, there are instances where States invoke national security as the name under which Human Rights violations are committed, with impunity. The reality may rather be that it is more of an issue of State repression for reasons other than legitimate national security protection. In these cases, emergency or other laws are in place, undermining treaties which legally should supersede domestic law. In fact, these emergency laws are used by countries to justify the sovereignty of emergency laws and place them even over their own domestic laws and constitutions which have laws protecting civil rights. This is a highly debated area but it is possible to maintain national security and State sovereignty without undermining Human Rights protection. It is therefore important to make refined distinctions. The first distinction is between a real state of emergency in which national security is truly threatened, in contrast to a situation of either political repression or maintaining the status quo using any means possible. The second distinction requires defining clearly between the means to uphold national security, or to create

⁵⁵ *Ibid, Supra*, No 1. at p. 286.

a state of fear among the citizens to maintain status quo or a political agenda. It is naïve to think otherwise. It is possible to defend national security without violating Human Rights. It is possible to employ legitimate legal means to prosecute in a fair manner those who threaten national security without suppressing an entire population and forcing them to live in fear of 'the government'.

For example, the ICCPR allows for derogable⁵⁶ rights, for example, in a state of emergency. However, some governments may declare a 'public emergency' for reasons that have absolutely nothing to do with national security. Other governments will hide under cover of 'public emergency' and 'national security' in order to gain impunity from acts which violate Human Rights and do nothing to protect the public or the nation's security.

9. Reform (9): Finances. It's all about the Money, Honey: hiring a good accountant

Previously mentioned was the fact that at its inception the United Nations suffered from budgetary and financial constraints. Several different sources in the literature attest to this fact. "The United Nations has not lived up to the ideal envisioned at its origin... its financial crisis, in large part the result of the anti-UN mood in the American congress, has encouraged the need for reform."⁵⁷

There is a serious lack of resources and programme reform is needed.

"Serious financial problems at the United Nations have reduced the Committees' Professional Support Staff and resulted in substantial delays in the translation of State reports, all of which affects

⁵⁶ *Ibid, Supra*, No. 6 at p. 13.

⁵⁷ *Ibid, Supra*, No. 42 at, p. 193.

the Committees' ability to discharge its mandate expeditiously."⁵⁸

Additionally, to emphasize this point further,

"The UN suffers from some structural deficiencies, mostly in the Secretariat and in some subsidiary intergovernmental organs which deal with programme and budget, which could be greatly ameliorated by the creation of a special committee to deal with these problems."⁵⁹

The United Nations financial situation is in need of reform. As a result of under funding, limited staff and resources, with cumbersome procedures, the complaints process takes more time and this needs to be reformed. It is thus recommended to create an entirely new Treaty Body called the Reform Treaty Body. This new Treaty Body will be a volunteer-based Body with its own commission to carry out the reform recommendations. It is important to note that thousands of college and even high school students dream of participating in an internship or volunteering with the United Nations. These energetic and inspired young people can implement the Reform Treaty Body's mandate. Several well-known mechanisms exist in the monitoring and implementation of Human Rights, for example, reporting, interstate complaint, and individual complaints. "However, while the activities have been growing, the regular budget resources to finance such activities have not kept pace. Thus, the office has had to resort to voluntary contributions to support its core functions stipulated in the UN Charter."⁶⁰

Thus, financial constraints hinder the effectiveness of the UN system. "Only 1.8 percent of the United Nations budget

⁵⁸ *Ibid, Supra*, No. 12, at p. 714.

⁵⁹ *Ibid, Supra*, No. 42, at p. 199.

⁶⁰ *Ibid, Supra*, No. 1, at p. 339.

goes toward Human Rights.”⁶¹ This is another staggering statistic. Even a small stipend to offer them compensation will cost the UN less than funding for wars and peace keeping missions when Human Rights violations escalate into war situations.

Another budgetary weakness, according to Dr. Redondo, is the fact that “there is only one unpaid expert who works on all torture cases with one assistant in Geneva. The committee consists of ‘ten experts of high moral standing and recognised competence in the field of Human Rights, who shall serve in their personal capacity’, Article 17, par. 1).” This was written when the committee was established.

According to Dr. Redondo, there is only one expert who covers all the Human Rights cases within a certain theme. This means that not only all the torture cases, to name just one common Human Rights violation (that occurs practically worldwide), of a single given country, but all torture cases world wide. This is a tremendously huge amount of case work that far exceeds the capacities of any single person to handle alone.

For example, in a case involving torture:

“In each single case the committee designates a rapporteur who most often together with the Secretariat will go over all documents in a case. Such documents are most often fairly extensive and not always written in one of the official UN languages. The Rapporteur then presents his view to the committee, which is seldom a divided view... The process leading to a decision on views takes time and may be painful to both the Rapporteur and to the Committee.”

So, if in fact there is only one expert on torture the matter is

⁶¹ Dr. Elvira Dominguez Redondo, former UN employee

further complicated and the process and resources are further limited.⁶²

There is a serious lack of resources and programme reform is needed. "Serious financial problems at the United Nations have reduced the Committees' Professional Support Staff and resulted in substantial delays in the translation of State reports, all of which affects the Committees' ability to discharge its mandate expeditiously."⁶³ Additionally, to elucidate further on this point, "the UN suffers from some structural deficiencies, mostly in the Secretariat and in some subsidiary intergovernmental organs which deal with programme and budget, which could be greatly ameliorated by the creation of a special committee to deal with these problems."⁶⁴ Here, the problem is not only finances but also 'structural' issues which require reform. Indeed, reform of the procedural weaknesses could in turn lend to a more effective system, leading to a streamlined use of the budgetary resources which previously have not kept pace with the activities, as established in previously sections of this article.

Another area for reform is when communications are sent to a working group. After establishing a pattern of gross Human Rights violations the working group forwards the communications to the plenary of Human Rights. The earliest response is one and one half years after the report is sent and no updates of the report in this time period are possible. The passage of this much time can allow severe Human Rights violations to occur before the plenary is aware of it, unless other measures are also undertaken.

10. Reform (10): Use of single conventions

Only one convention can be appealed to for any single case,

⁶² Sorensen, Bent, in, *Ibid, Supra*, No. 3, at pp. 181-182.

⁶³ *Ibid, Supra*, No. 12, at p.714.

⁶⁴ *Ibid, Supra*, No. 42, at p. 199.

thus, if one convention does not offer a strong case, all other paths are blocked, as one cannot appeal to another convention. A case can only go through one organ, except for one exception. Another procedural weakness is that each expert establishes his or her own method of work. The regulation that a complaint may appeal to only one single convention should be reformed. Many rights protected by some of the differing conventions also overlap in other conventions. Just because a case does not succeed in one convention does not mean that it would not have merit through another convention. A single complaint should be allowed to appeal to several conventions and their respective committees, at the same time, to increase the likelihood that their case will have a favourable outcome.

11. Reform (11): Individual Complaints

In addition to the seeming lack of accessibility of information, the process of individual complaints itself is difficult. Some of the problems of the complaints procedure:

“may be frustrating for individual users. Complaints may not be acknowledged quickly because of backlogs at UN offices. The limited number of languages which Complainants may use can delay the submission or registration of complaints. The process is entirely in writing; complainants are not entitled to explain their circumstances in person. Three to five years may pass before a decision is rendered. When the decision is made, States may not be willing to implement a result which indicates a violation of Human Rights.”⁶⁵

Another problem with the individual complaints system is that:

⁶⁵ *Ibid, Supra*, No. 6 at p. 3.

“Procedures based on individual complaints, although very important and laudable, cannot ensure full overview and control of the implementation of international norms on Human Rights. They cannot even give a true picture of the Human Rights record of a given State. The basic reasons for this are the following, individual complaints are pointless if the right provided is not justiciable. Traditionally, economic, social and cultural rights have been believed to belong to this category and this explains why there is no complaint mechanism provided for in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. (ICESCR).”⁶⁶

Although of course Human Rights are justicible, if a State does not make the domestic law in accord with Human Rights, protection is limited and it is the States’ role to provide protection. Please also see footnote number forty one for a discussion of the role of the State in protecting individuals.

It is therefore recommended to create internship positions with volunteers to help with the backlog and to help translate the documents into UN languages, as well as to make in-person interviews with complainants. Pressure on States to implement the views of the committee should be enforced, as mentioned in previous paragraphs.

12. Reform (12): The most important reform.

Full participation of all States as members to all the treaties and protocols must be the ultimate goal. The only way to ensure the full protection of Human Rights for every single global citizen is to ensure the full participation of each of citizens’ respective States in the UN system for Human Rights protection. This means the United Nations needs to create an entire campaign to bring every single nation as a

⁶⁶ *Ibid*, *Supra*, No. 3 at p. 186.

member State and party to all existing Human Rights treaties and protocols.

This can be done by making efforts specifically with the aim of educating government officials, ministers and heads of State in a Human Rights culture with an awareness campaign done by UN volunteers and employees. Other United Nations organs can cooperate with the Treaty Bodies to set up at least mandatory training targeting every country's government. Trainings that are powerful, effective and morally and intellectually moving and transformative, in order to expose government officials to a Human Rights culture that will influence and convince them to be bound by all the treaties without opting out of 'Optional Protocols' or maintaining reservations. Without such an active campaign, directed at the governments of States, with the aim of transforming their consciousness as well as their conscience to instill or indoctrinate them with a baseline of ethics and morality to underpin a foundation for Human Rights protection and the dignity of their citizens, many countries will either not be signatories to treaties, or will not ratify the optional protocols, and many, many citizens will be left out of the UN system for the protection of Human Rights, without recourse to protection. Further, in the absence of engaging their conscience, these leaders will not protect Human Rights even if they have signed treaties. Education and awareness are always extremely powerful tools, and now it is government officials; policy makers who are in need of such urgent training and a paradigm transformation. The United Nations system can only be fully effective if all States are members and if all States are legally bound to protect Human Rights. This is a noteworthy aim in the service of Treaty Body reform. This is also a well known method used by NGOs on the grassroots level. What is needed now is also to do advocacy and awareness education and training at the governmental levels of all countries.

There is another dimension to this weak ability to implement Human Rights mechanisms, in that rights which

are seen as having a lower status than other rights, such as economic, social and cultural rights wrongly ranking below civil and political rights render the individual complaint process as moot because if the right in question is 'unenforceable' in the eyes of the State, it is difficult to protect and even more difficult to monitor the abuses of those rights by the State. This is why there is no complaint mechanism provided for in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). When the treaty to which a State is party to leaves discretion of implementation up to the State in terms of the scope of the right and to whom is the designated recipient, complaints are therefore again rendered moot. It should never be up to the State to decide 'if and when' but rather, 'now and how'. Clearly States who engage in Human Right violations would therefore decline to volunteer to accept complaint mechanisms, preventing vulnerable people from being able to benefit from the treaty or gain international intervention. Therefore, the decision should never be left to the State parties themselves. The political will of States is a dangerous prohibition to the enjoyment of Human Rights protection. When States fail to create legislation prohibiting discrimination, and when the social climate goes against a Human Rights culture, it is very difficult for an individual to complain against the State. It is incumbent on States to enforce Human Rights protection on themselves and on the society if the society is also violating Human Rights. However, this is the very dilemma in question, to ask someone who is doing something wrong to also legislate against it is extremely naïve. Other forces must be imposed on the State in the interests of Human Rights, otherwise, Human Rights protection will always remain an elusive and illusory dream.

Along the theme of social responsibility many Human Rights abuses occur in the name of 'religion' and 'culture' and it is also the duty of the State to see that Human Rights protection is sovereign.

13. Reform (13): Implementation and Enforcement

Beyond making every State an *accountable* member, the issue of implementation and enforcement must be addressed. By only having Human Rights on paper, and not having a binding system in place, Human Rights are not really accessible. So it is not enough for all States to be members, there must be a real system for implementation and enforcement of Human Rights. This can be achieved by creating a court or further empowering the existing international courts that deal with international law and Human Rights. A supervisory administrative body with quasi-judicial or full judicial powers must be put into place in order to ensure implementation and enforcement of the treaties.

In non-European countries Human Rights are sometimes seen as a way to control domestic policies, as neo-colonialism. This erroneous view makes the protection of Human Rights via the United Nations difficult. An example of this may be taken from the case of Rwanda, in which the UN officers were not wanted because they were part of the UN system. African officers of the Peace Keeping Unit were accepted whereas United Nations officers in general were viewed with suspicion:

“On Rwanda, from the Human Rights point of view, the Human Rights Commission met in special session in May 1995 and adopted a resolution in which it established the mandate of a Special Rapporteur on the situation of Human Rights in Rwanda and requested the High Commissioner to put into place a team of Human Rights field officers to assist him in the discharge of his mandate. Public criticism of the start up of the operation has been severe. There was no pre-existing capacity or experience to recruit and deploy a large number of Human Rights Field Officers and the pace of deployment was constrained by lack of logistical support. The High Commissioner

did not receive funding but appealed for voluntary contributions from governments which were slow in being paid, logistic assistance took too long, and field training was inadequate. In fact, the question of access by Special Rapporteurs is central to the success of the programme and one of the principle challenges of the future.”⁶⁷

Implementation weaknesses are found as well. The final decision only offers ‘views’. It is non-binding, unless a country has made it binding for its national court.

The most serious implementation weakness can be demonstrated by the following case. The United Nations has no mandate because of the lack of permission to use force, as was the case in the Rwandan killings of the Tutsi by the Hutus. On the ground, when the Hutus were killing Tutsis in front of UN Peace Keeping Forces, the Tutsis were imploring the Peace Keepers to do something, to save them, but because there was no mandate for the Peace Keepers to use force in the case of Rwanda, the Tutsis were killed right in front of Peace Keeping officers who could do nothing, since the only mandate it had was to keep peace, but not to interfere. In the case of Rwanda, according to the point of view of those on the ground who were killed in front of UN Peacekeeping forces, these people feel the United Nations failed them in that it was unable to do what it was supposed to do, to protect Human Rights, and to prevent one of the biggest causes of Human Rights violations, war. Even as far back as 1988, eight years before the Hutu/Tutsi crises, Maurice Bertrand wrote, “The United Nations has not lived up to the ideal envisioned at its origin: its role in the maintenance of peace is minor and its influence on the solution of global economic and social problems very limited.”⁶⁸

⁶⁷ Mukherjee, Bhaswati in, *Ibid*, *Supra*, No. 3, at p. 399.

⁶⁸ *Ibid*, *Supra*, No. 42 at p. 194.

Constraints in procedure and budget are most likely a major reason why field missions are limited, to the detriment of prevention of Human Rights abuses:

“Field missions are a catalyst in raising awareness in civil society among NGO’s, churches, political parties, national Human Rights institutions, academic circles and the media. The likelihood to implement the recommendations elaborated by the mandate holders (geographic or thematic) after the mission to ameliorate the situation are extremely low despite the fact that the description of the Human Rights situation in the country constitute a valuable tool for the UN and the international community to lead their action. In this connection, it should be underlined that a number of field mission reports of experts contained valuable indicators for early warning. One could cite reports such as the one of the Special Rapporteur on summary executions regarding the situation in Rwanda before the 1994 genocide had started.”⁶⁹

14. Conclusion

It is an established fact that reform of the UN Treaty Bodies is in need. As the thematic analysis clearly established in this article, the interrelationship of several important factors, namely budgetary, procedural, implementation and political factors play an interrelated role in hampering the overall effectiveness of the United Nations system for Human Rights monitoring. It has been set forth clearly within the analysis of procedural weaknesses, how the Individual Complaints process as it now stands and the non-binding aspects of several procedures contribute to ineffectiveness, as well as the State reporting system. That the United Nations mechanisms in terms of protecting Human Rights are ineffective is clear.

⁶⁹ *Ibid, Supra*, No. 1.

The United Nations system has developed tremendously in the course of its existence and has made a difference; this is valued and cannot be denied. However, in the final analysis, the ineffectiveness remains a reality towards which serious reform in the future will hopefully remedy. In the view of the Rwandan victims of Genocide, it was not effective, but in other conflicts across other nations it has made a considerable difference in spite of its weaknesses.

In addition to streamlining the procedures and changing the political attitude of States, a system for enforcement and implementation is needed, as well as a body for fact finding. Political *naïveté* is one aspect of the problem that also needs to be addressed. Budget issues can be dealt with easily with volunteerism. The nature of the entire system needs also to be made binding so that people can really have their Human Rights, in fact and not only on paper.

Many of these weaknesses in the UN system have been already identified by the United Nations, for example.⁷⁰

This study found that the four emergent themes of budget issues, inherent weaknesses in the system, procedural dilemmas, and problems with implementation and enforcement cover the major areas of the problems facing the United Nations Human Rights protection mechanisms. The recommendations set out herein, if implemented would bring about significant reform to the system. The recommendations themselves are not optional, they are necessary. It is beyond the scope of this article to fully enumerate the steps needed to prevent Human Rights violations, although the section covering the political will of States has given practical suggestions, which,

⁷⁰ *Ibid, Supra*, No. 2: According to the 2002 report by the UN Secretary General, Strengthening the United Nations: an agenda for further change, he identified modernization together with crafting a more coordinated approach to treaty body activities, standardizing their various reporting requirements, allowing each State to produce a single report on its adherence to all Human Rights treaties to which it is a party.

if implemented would indeed put a dent in the frequency of Human Rights abuses.

Sources consulted

- Alfredsson, G., *et al.* (eds) (2001) International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller, The Netherlands: Kluwer Law International.
- Bayefsky, Anne F. (2003) How to Complain to the UN Human Rights Treaty System. The Hague: Kluwer Law International.
- Bertrand, Maurice, Chapter 9, at pp. 193-208, in Roberts, Adam and Kingsbury, Benedict (eds) (1998) United Nations: Divided World. The UN's Roles in International Relations, Oxford: Clarendon Press, Oxford.
- Nowak, Manfred, The International Covenant on Civil and Political Rights by Manfred in Felipe Gomez Isa *et al* (eds) (2006) International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges. Bilboa: Deusto, pp. 138-153.
- OHCHR 1996-2006. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Enhancing the Human Rights treaty body system. <http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/reform.htm>.
- OHCHR 1996- 2006 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Treaty Bodies. <http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm>.
- United Nations Division for the Advancement of Women Department of Economic and Social Affairs. Homepage: <http://www.un.org/womenwatch/daw/>
- Prado, Jose L. Gomez, Extra Conventional Protection of Human Rights, in Isa, Felipe Gomez and de Feyter, Koen (eds) (2006) International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges, Bilboa:Deusto, pp. 285-356.
- Treaty Organs: The ICCPR Human Rights Committee, in

Steiner and Alston (2000) (2nd ed), International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals, Oxford: Oxford University Press.

The United Nations Human Rights Treaties. Bayefsky.com.
<http://www.bayefsky.com/>.

APPENDIX A

The Mechanisms

The United Nations mechanisms for the protection of Human Rights may be divided according to whether they are classified as Charter bodies or Treaty Bodies.

There are four Charter Bodies: the Human Rights Council, the Commission on Human Rights, the Special Procedures established by the Commission on Human Rights, and the Sub-Commission for the Promotion and Protection of Human Rights. There are seven Treaty Bodies.

In addition to these and the seven Treaty Bodies there are other instruments. They are: the United Nations General Assembly, the Third Committee of the General Assembly, the Economic and Social Council and the International Court of Justice. Additionally, many United Agencies and Partners are responsible for promoting Human Rights.

The Commission deals with resolutions and is assisted by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, a working group and individual experts, representatives and *Rapporteurs* mandated to report on, examine and monitor on counties or Human Rights violations (thematic mandates). These are the Special Procedures of the Commission on Human Rights. The importance of the treaties bodies is stressed by the fact that not only, "are the UN Human Rights treaties at the core of the international system for the promotion and protection of Human Rights, but that every UN member State is a party to one or more of the seven major Human Rights treaties. It is a universal Human Rights legal

instrument which applies to virtually every child, woman or man in the world.”

It is important to include a brief overview of the Treaty Bodies. According to the OHCHR, “the Human Rights treaty bodies are committees of independent experts that monitor implementation of the core international Human Rights treaties. They are created in accordance with the provisions of the treaty that they monitor. The Human Rights Committee (HRC), which monitors implementation of the International Covenant on Civil and Political rights and its protocols, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), which monitors implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, which monitors implementation of the International Covenant on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, (CEDAW), which monitors implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, The Committee Against Torture (CAT), which monitors implementation of the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment, The Committee on the Rights of the Child (CRC), which monitors the implementation of the Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocols, and the Committee on Migrant Workers (CMW), which monitors the implementation of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. These Treaty Bodies perform a number of functions in accord with the provisions laid out in their treaties including: consideration of State parties’ reports, consideration of individual complaints or communications, and the publication of general comments on the treaties and organized discussions on related themes. In addition to the reporting procedure some of the treaty bodies may perform additional monitoring functions through three other mechanisms: the inquiry procedure, the examination

of inter-State complaints and the examination of individual complaints. The committees publish general comments and the treaty bodies hold annual meetings of chairpersons of Human Rights treaty bodies and inter-committee meetings.” (From OHCHR 1996-2006 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.) [Http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm](http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm).

L'ORDINAMENTO ITALIANO E IL FINE VITA TRA BIOETICA E PRINCIPI COSTITUZIONALI, A PARTIRE DAL CASO ENGLARO E ATTRAVERSO L'ESPERIENZA DI ALCUNI ORDINAMENTI STRANIERI

MARIA ESMERALDA BUCALO

Tremendous strides forward have been made in the law governing “End-of-life decision making” and jurists have to focus their attention on new scientific issues to which they were not used to. Legislators must provide society with a new legal landscape where rules and legal standards would be able to conform with these far-reaching and unexpected scientific and social changes. This article is written to enhance our understanding of the “Right to health care” as protected under article 32 of the Italian Constitution and to broaden this understanding by examining “End-of-life decision making” under a comparative law perspective.

SOMMARIO: - Premessa; 1.1. A partire dal caso Englaro. La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della Corte di Cassazione e la ricostruita volontà di non curarsi; 1.2. (segue) Valori e regole a confronto nell'età del conflitto fra potere politico e magistratura. Il ruolo della giurisprudenza ordinaria e della Corte costituzionale; 1.3 (segue) Il ruolo del Governo e della giurisdizione amministrativa, ovvero ‘l'atto di indirizzo’ del Ministro del Welfare e la sentenza del TAR Lombardia n. 214 del 26 gennaio 2009 sullo sfondo della teoria della fonti; 1.4 (segue) Il ruolo del Presidente della Repubblica nell'emanazione degli

atti normativi del Governo:: una 'lettura di mezzo' del potere di emanazione fra particolarità costituzionali del caso e prassi; 2. De iure condendo: il disegno di legge attualmente in discussione; 3.1. Uno sguardo fuori dall'Italia. Il fine vita negli Stati Uniti; 3.2 (segue) Il fine vita in Europa. La giurisprudenza e la legislazione olandese, belga e tedesca; 4. Riflessioni conclusive

1. Premessa

La questione del fine vita, che in questo lavoro si intende esaminare attraverso una prospettiva comparata, è tema difficile per il giurista, che qui deve imbattersi in problemi di natura tecnica ai quali non è avvezzo. Il progresso scientifico e tecnologico in ambito medico, infatti, insieme all'evoluzione di concetti naturali e sociali, consente oggi al medico, come allo scienziato, di 'controllare la natura' ed il giurista si trova ad indagare, sotto il profilo normativo, aspetti problematici di una realtà in continua evoluzione¹.

Il fatto stesso di analizzare in questo studio i casi in cui l'ordinamento deve disciplinare l'interruzione di terapie che assicurano le funzioni vitali di soggetti incapaci è l'evidente manifestazione dell'evoluzione di una realtà, che prima giuridicamente classificava la nascita e la morte come *fatti giuridici*, mentre oggi questi due eventi possono godere anche di una connotazione volontaristica prima loro sconosciuta². Come l'inizio della vita può essere prodotta artificialmente attraverso delle procedure tecniche, così allo stesso modo essa può essere prolungata.

¹ DI MARIA R., *Dalla morale all'etica, dall'etica alla morale e...ritorno*, in *Gruppi*, 2003, fasc. n. 1, p. 138.

² Cfr. la distinzione fra *atti e fatti giuridici* in BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 288-289.

La nuova frontiera del diritto è allora quella che si spinge in settori così delicati, per porre regole funzionali a garantire l'operatività concreta di principi in relazione a situazioni e relazioni sociali prima inverosimili³.

La precipua importanza del tema del *fine vita* è evidenziata dal suo periodico ritornare alla ribalta nel dibattito politico e giuridico in Italia, a causa, da un lato, dell'inattività del legislatore ordinario, dilaniato al suo interno da conflitti insanabili, dall'altro della conformazione della nostra società. A quasi due anni dall'epilogo della tragica vicenda di Eluana Englaro, a sua volta preceduta dal 'caso Welby', oggi il problema di una disciplina del *fine vita* torna all'attenzione dei giuristi, a causa della scelta, invero strumentalizzata del maestro Monicelli di concludere volontariamente la sua esistenza, oramai segnata dalla malattia. Sebbene sia chiaro si tratti di fattispecie assolutamente diverse⁴, il loro minimo comune denominatore è che la scelta sulla fine della vita a tutt'oggi avviene in Italia negli spazi lasciati liberi e vuoti dalla carenza legislativa sul tema.

Questo studio, partendo dall'analisi degli aspetti di stretto diritto costituzionale ed istituzionale coinvolti nella tragica vicenda di Eluana Englaro, si soffermerà sul concetto di diritto alla salute e alle cure così come disposto dalla Costituzione all'art. 32, in combinato disposto con gli art. 13 e 2, procedendo infine ad un esame comparato della disciplina del *fine vita* in altri ordinamenti.

³ SIMONCINI A., SNEAD O.C., *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. cost.*, 2010, n. 1, p. 7-8.

⁴ Piergiorgio Welby era cosciente e capace di intendere e di volere quando affermava con forza il suo volere a che gli venisse staccato il respiratore che lo teneva in vita; Eluana Englaro invece si trovava in stato vegetativo permanente e dunque del tutto incapace di esprimere il proprio volere; il maestro Mario Monicelli, malato di un cancro allo stadio terminale, ha scelto volontariamente di morire suicida, accelerando così il decorso della malattia.

1.1. A partire dal caso Englaro. La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della Corte di Cassazione e la ricostruita volontà di non curarsi

La vicenda Englaro nel suo svolgimento poco meno che ventennale è tristemente nota⁵. Essa si snoda attraverso tre diversi e consecutivi procedimenti e solo da ultimo si conclude con la storica sentenza della Corte di Cassazione⁶.

Il principio posto dalla Suprema Corte, del tutto innovativo rispetto alla giurisprudenza precedente afferma che, ove il

⁵ Eluana Englaro, com'è noto, rimasta in stato vegetativo permanente a causa di un incidente stradale occorso nel 1992 e la cui sopravvivenza era legata ad un trattamento di idratazione e alimentazione artificiale, era già stata dichiarata interdetta nel 1996, con contestuale nomina del padre a suo tutore.

⁶ Giudiziarmente il 'caso' prende le mosse nel 1999, anno in cui il padre, nonché tutore, promuoveva per la prima volta ricorso, affinché il giudice emanasse un provvedimento che disponesse l'interruzione della terapia di sostegno vitale, posto che erano accertati irreversibilità della patologia e l'inconciliabilità di tale stato di sopravvivenza con la concezione della vita e le convinzioni personali della stessa. Tale procedimento si conclude con decreto del Tribunale di Lecco del 2 marzo 1999, che dichiarava inammissibile il ricorso del tutore, perché incompatibile con la lettura dell'art. 2 Cost. come norma volta alla tutela assoluta della vita umana, e confermato dal decreto della Corte di Appello di Milano del 31 dicembre 1999, che rilevava una situazione di incertezza normativa tale da non consentire l'adozione di una decisione nel merito della questione.

Il secondo procedimento, si concluse con decreto di inammissibilità del Tribunale di Lecco del 26 febbraio 2002, sulla base di analoghe argomentazioni giuridiche del decreto del 1999, poi confermato dal decreto della Corte di Appello di Milano del 17 ottobre 2003. L'impugnazione straordinaria per Cassazione ex art. 111 Cost. di tale decreto fu dichiarata inammissibile per mancanza di un contraddittore necessario, individuato dalla S.C. nel curatore.

Il terzo procedimento, instaurato nel 2005, previa nomina di un curatore, si concludeva con decreto di inammissibilità del Tribunale di Lecco del 2 febbraio 2006, che dichiarava la carenza di legittimazione del tutore a esprimere siffatte scelte nell'interesse dell'incapace. Tale decreto fu riformato dalla Corte d'Appello di Milano con decreto del 16 dicembre 2006, il quale pur dichiarando la legittimazione del tutore, nel merito

malato giaccia da molti anni in stato vegetativo permanente, d'ora in poi SVP, clinicamente accertato, con conseguente incapacità di rapportarsi col mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita da sondino nasogastrico che provveda alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, nel contraddittorio col curatore, il giudice può *autorizzare* il distacco di tale presidio sanitario⁷, se e solo se la condizione di SPV è accertata come irreversibile, secondo standard scientifici, che non lascino presupporre la benché minima possibilità di recupero di alcuna forma di coscienza; e se tale istanza sia espressiva dei convincimenti univoci e chiari, dettati dalla voce del paziente o tratti da sue precedenti dichiarazioni o dalla sua personalità e dal suo stile di vita, prima di cadere in stato di incoscienza, i quali esprimano l'idea stessa di dignità della persona⁸.

A tale principio la Corte di Cassazione è pervenuta sulla base di un insieme di *rilievi interpretativi tutti costituzionalmente orientati*, relativi ai diritti fondamentali coinvolti nella vicenda.

rigettava la richiesta perché non riteneva che le idee espresse da Eluana, prima dell'incidente, fossero tali da comprovare la volontà della stessa contraria ai trattamenti che la tenevano in vita. Avverso tale decreto il tutore propone nuovamente ricorso per Cassazione, la quale si è pronunciata con sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748, cassando con rinvio il suddetto ultimo provvedimento della Corte d'Appello di Milano.

⁷ *Autorizzare* e non *ordinare*, perché, secondo la S.C., alimentazione e idratazione non sono forme di *accanimento terapeutico*, ma presidio proporzionato rivolto al "mantenimento del soffio vitale", pur comunque dovendosi essi considerare non trattamenti di sostegno vitale ma trattamenti sanitari, come tali rifiutabili ex art. 32.2 Cost.

⁸ Alla sentenza della Cassazione ha fatto seguito il decreto del 9 luglio 2008 della Corte d'Appello di Milano, che ha applicato il principio di diritto enunciato dalla S.C., ha provveduto nuovamente ad accertare la volontà presunta di Eluana ed infine ha accolto l'istanza di interruzione del trattamento di sostegno vitale proposta dal curatore, disponendo in modo cautelativo anche che la procedura di interruzione avvenisse in una struttura sanitaria adeguata e comunque con modalità che garantissero un adeguato e dignitoso accadimento accompagnatorio della paziente

Partendo infatti dal *principio del consenso informato*, del quale viene reperito il fondamento costituzionale negli art. 2, 13 e 32 Cost., la S.C. lega questo al *principio di autodeterminazione terapeutica*⁹, per il quale ciascuno non solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibili terapie, ma anche eventualmente di rifiutarle o deciderle di interromperle¹⁰. Tale correlazione è a sua volta conforme al *principio personalistico*, che anima la Costituzione e che vede nella persona umana un *valore etico in sé*, tanto che deve escludersi che l'*autodeterminazione terapeutica* trovi un limite, allorché da essa “consegua il sacrificio del bene della vita”, poiché l'unica limitazione disposta dalla Costituzione è quella di cui all'art. 32, che impone trattamenti sanitari obbligatori esclusivamente nei casi individuati dalla legge, solo e soltanto quando il danno alla salute del singolo possa arrecare danno anche alla salute di altri.¹¹

Compito di uno Stato, come il nostro, organizzato su una *pluralità di valori* è, dunque, non solo tutelare la scelta anche di coloro che “legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritengono che sia contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente, in una condizione che li priva di qualsiasi concezione del mondo esterno”¹². La garanzia della tutela di questi diritti, in assenza di una disciplina legislativa,

⁹ Principio fra l'altro espresso da giurisprudenza costante della S.C. Cfr. Cass., sez. III, 25 gennaio 1994, n. 10014; Cass., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364; Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444)

¹⁰ Ovviamente l'applicazione di tale principio passa per l'accertamento della relativa volontà del paziente, che, nel caso di specie, la Corte di Cassazione, ed è questo, come si vedrà poco più sotto, uno dei passaggi critici della pronuncia, ha ritenuto anche desumibile da testimonianze, che attestino la concezione della vita del paziente, espressa precedentemente al suo stato di incoscienza.

¹¹ Punto 6.1 dei motivi della decisione, che ribadisce anche come questa non sia una scelta di eutanasia, ma una scelta del paziente, affinché la malattia segua il suo decorso naturale.

¹² Punto 7.5 dei motivi della decisione.

non può che derivare dalle pronunce della giurisprudenza che, attraverso l'attività interpretativa sempre conforme a Costituzione, ne danno concreta attuazione nel rispetto delle particolarità delle fattispecie concrete.

L'analisi dell'art. 32 Cost.¹³, individuando nella tutela della salute un *diritto fondamentale*, evidenzia come in esso vengano meno le distinzioni accademiche fra *libertà positive e negative*, essendo fortemente intrecciati al suo interno sia il profilo di necessaria astensione, sia quello interventista da parte del potere pubblico, e fra *norma programmatica e norma precettiva*¹⁴.

Probabilmente è questa sua capacità di far saltare le “antinomie tipiche della cultura giuridica liberale”, a rendere questa disposizione elemento a tutt'oggi dirompente nel nostro ordinamento giuridico. Pur nell'assenza di una disciplina legislativa, che regoli compiutamente determinati aspetti della “cura della salute”, essa diviene facilmente il canone normativo fondamentale e completo, poiché assicura al diritto alla salute due forme di garanzia, l'una “passiva” risolvendosi nella pretesa che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, l'altra “attiva” che si ricollega alla pretesa positiva dell'individuo all'esistenza ed utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari¹⁵. Ed è proprio in questo secondo aspetto che rientrano gli aspetti relativi alle “cure”.

In realtà però, la dottrina maggioritaria afferma che anche il concetto di “cure” derivante dall'interpretazione dell'art. 32 Cost. si caratterizza per un'ampiezza tale da ricomprendere al suo interno tanto aspetti contrassegnati dai

¹³ Quella italiana è la prima fra quelle del dopoguerra a conferire valore costituzionale agli interessi collegati alla salute dei cittadini e a darne una disciplina compiuta. LUCIANI M., *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1.

¹⁴ SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, p. 657-658.

¹⁵ Come oggi nel caso del fine vita, ma come anche in passato per la fecondazione assistita o l'aborto.

cd. "diritti a prestazioni", quanto aspetti di libertà negative, immediatamente attivabili attraverso il "non intervento pubblico": in quest'ultimo caso rientra la cd. "libertà di cura"¹⁶, il diritto al consenso informato e la cd. "libertà di non essere curati o di rifiutare le cure"¹⁷, i quali insieme costituiscono la *libertà di scelta terapeutica*.

A tal fine l'art. 32 co.II Cost., letto congiuntamente all'art. 13, viene interpretato dalla dottrina maggioritaria nel senso che un determinato trattamento sanitario può essere imposto legislativamente solo nel caso in cui sia rischio lo stato di salute della collettività "giacché è proprio tale ulteriore scopo [...] a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce il diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"¹⁸. Non esiste dunque un obbligo di curarsi o di mantenersi in buona salute¹⁹, perché quando in gioco ci sia il diritto del singolo alla propria salute la Costituzione dà priorità assoluta al principio di autodeterminazione individuale, facendo prevalere quest'ultimo nel difficile bilanciamento col diritto alla vita²⁰.

A questa dottrina si oppone la tesi secondo la quale non esiste in Costituzione un diritto fondamentale e assoluto alla

¹⁶ Comprendente per esempio la scelta del medico e della terapia.

¹⁷ Così chiamata da TRIPODINA C., Art. 32, in BARTOLE S., BIN R. (A CURA DI), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 328.

¹⁸ CORTE COST., SENT. 307/1990.

¹⁹ Cfr. dà una completa rassegna delle tesi che sostengono l'esistenza di tale dovere costituzionale PELEGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, p. 20 e ss.

²⁰ SIMONCINI A., LONGO E., Art. 32, cit., p. 664-665; TRIPODINA C., Art. 32, cit., p. 328; CARAVITA DI TORITTO B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30; VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure 'non confermabile' dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 186; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 386; CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30, ROMBOLI R., *La relatività dei valori costituzionali per gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 565 e ss.; LUCIANI M., *Salute (diritto alla)*, cit., p. 9.

disponibilità del proprio corpo²¹ e che “il limite del rispetto della persona umana, posto dalla norma costituzionale, sostiene la configurazione di un diritto *alla* vita e non *sulla* vita” e di conseguenza esclude “un potere dispositivo di carattere assoluto del titolare del diritto”²².

Il tema del consenso informato, secondo tema fondamentale trattato dalla S.C., è considerato rilevante sul piano giuridico perché requisito necessario, affinché l'attività e gli interventi medici siano leciti. Sul piano più strettamente costituzionale, ai sensi dell'art. 32, il consenso del paziente ai trattamenti sanitari è di primaria importanza, perché gli consente di assumere consapevolmente ogni scelta, che coinvolga la propria salute ed il proprio corpo²³. Questa accezione, definita “attiva”, del consenso informato²⁴, non trova definizione esaustiva nel nostro ordinamento. Esso può essere reperito in una pluralità di fonti: l'art. 50 c.p. sulla non punibilità di chi lede un diritto o lo mette in pericolo col consenso di chi può validamente disporne; le disposizioni della legge n. 833/1978 che dispone che i trattamenti sanitari sono volontari e quindi revocabili, liberi e personali; le disposizioni del Capo IV del Codice deontologico medico. Ma la sua più completa definizione è data dagli artt. 5-10 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, laddove l'art. 5 dispone la regola generale per la quale

“un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero ed informato”
e che tale informazione debba essere “adeguata

²¹ Modugno F., *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 319.

²² CAMPANELLI G., *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in D'ALOIA (A CURA DI), *Bioteconologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 195 e ss.

²³ PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, p. 87.

²⁴ SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, cit., p. 667.

sullo scopo, sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze ed i suoi rischi"²⁵.

Sul piano della giurisprudenza costituzionale, la Corte aveva già categoricamente escluso che alcuno potesse essere sottoposto a un intervento sanitario non voluto, in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga, perché il *principio di autodeterminazione* è un diritto inviolabile rientrante fra i valori supremi, non diversamente dal diritto alla vita e alla integrità fisica, con i quali concorre 'a costituire la matrice prima di ogni altro diritto della persona', chiarendo che il diritto all'autodeterminazione sanitaria non ricopre una posizione subordinata rispetto al diritto alla vita²⁶. Da ciò deriva che non costituisce illecito del medico la morte del paziente derivante dalla sospensione del trattamento sanitario, dallo stesso autorizzata²⁷.

D'altro canto, la pronuncia della Cassazione si pone a completamento di un ampio movimento giurisprudenziale sul tema, trovando un suo immediato e noto precedente nella sentenza del GUP del Tribunale di Roma del 23 luglio 2007, che muove esattamente dagli stessi principi per dichiarare non

²⁵ È bene ricordare che la Convenzione di Oviedo non è stata ancora ratificata, ma ciò nonostante, in quanto accordo valido sul piano internazionale, ha funzione ausiliaria interpretativa, ai sensi dell'art. 10 Cost., così come anche l'art. 3 della Carta di Nizza, che individua nel principio del consenso informato un diritto fondamentale dei cittadini. Tale funzione ausiliaria interpretativa trova nelle pronunce della Corte costituzionale un valido appiglio giurisprudenziale. In C. cost. 19 febbraio 2004, n. 40, la Corte nel dichiarare ammissibili le richieste referendarie sull'alcune disposizione della legge sulla procreazione assistita affermava che l'eventuale vuoto normativo non si sarebbe in alcun modo posto in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo, implicitamente affermando che i suoi principi fanno già parte del nostro sistema.

²⁶ C. cost. sent. n. 238 del 1996, la quale perviene a tali enunciati grazie ad un'evoluzione giurisprudenziale continua che si è espressa fra le altre nelle sent. n. 45/65; n. 161/85 e n. 471/90.

²⁷ PIZZORUSSO A., *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007, p. 355 e ss.

punibile, per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere, il medico che il 20 dicembre 2006 aveva proceduto al distacco del respiratore che manteneva in vita P. Welby previa sedazione²⁸.

Anche in quella pronuncia il faro è il *principio di autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari*, il cui rango costituzionale non consente al giudice di lasciarlo senza tutela in assenza di una disciplina che ne consenta l'attuazione; anche lì l'art. 32 Cost. viene letto non come 'implicito riconoscimento costituzionale del suicidio', ma soltanto inesistenza giuridica dell'obbligo di curarsi, se non ai fini della salvaguardia della salute collettiva; anche lì il primato assoluto della volontà del paziente viene attestato nella *principio del consenso informato*, in base al quale il titolare può scegliere anche il rifiuto o l'interruzione delle terapie, ma che però necessita di un preventivo accertamento di tale volontà.

In realtà i profili problematici della pronuncia della Cassazione sul caso Englaro sono diversi da quelli summenzionati attinenti alla legittimità del principio di diritto in essa enunciato.

In primo luogo quello relativo alla "ricostruzione" della volontà della paziente incapace. Invero, ciò che ha lasciato incertezze nella maggioranza dei commentatori è stata l'assenza di manifestazione di volontà della Englaro: non c'era prova della volontà di interruzione dei trattamenti salvavita prima della prima dell'incidente occorso e non poteva più essercene alcuna espressione.

Procedendo per ragionamenti giuridici, il nostro

²⁸ Come si ricordava in premessa, la fattispecie era diversa da quella che qui ci impegna, perché il paziente era affetto da una forma di distrofia degenerativa che gli impediva di muoversi e di assolvere autonomamente a qualsiasi funzione vitale, respirazione inclusa, e rimanendo sempre cosciente, aveva espresso costantemente la volontà che gli venisse staccato il respiratore, dopo sedazione chimica. La sentenza è reperibile sul sito internet www.lucacoscioni.it

ordinamento conosce bene le situazioni giuridiche nelle quali siano coinvolti soggetti “incapaci di intendere e di volere”, per far fronte a queste situazioni gli art. 414-424 del codice civile si occupano dei procedimenti di interdizione e inabilitazione di soggetti non capaci di intendere e di volere, applicando loro, ai sensi dell’art. 424 c.c., le disposizioni sulla tutela dei minori, sulla base delle quali, fra l’altro ex art. 357 c.c., “il tutore ha la cura della persona del minore (*i.e.* interdetto), lo rappresenta in tutti gli atti civili [...]”²⁹.

In una situazione come quella della Englaro, il giudice avrebbe dovuto ordinare al tutore di sospendere i trattamenti di alimentazione artificiale solo nel caso in cui essi avessero configurato accanimento terapeutico. Per evitare ciò, preferendo muoversi nel solco del controllo della legittimità della scelta dell’“interesse del paziente”, la Corte, nel rilevare in modo alquanto troncante che l’alimentazione artificiale tramite sondino naso-gastrico è *trattamento sanitario*, ritiene, anche qui in modo eccessivamente rapido, che tale trattamento non configuri accanimento perché “proporzionato al mantenimento del soffio *vitae*”.

In secondo luogo, il principio di diritto enucleato dalla Cassazione, per il quale può essere autorizzata la richiesta del tutore di disattivare il presidio sanitario, muove da due presupposti: uno di natura oggettiva, l’altro di natura soggettiva³⁰. Il primo determinato dalla irreversibilità

²⁹ È noto che il codice civile è stato modificato dalla legge n. 6 del 2004, che ha introdotto la nuova figura dell’amministratore di sostegno, come figura alternativa al tutore o al curatore, il quale a fronte della lentezza e macchinosità delle procedure di interdizione e inabilitazione, ha il compito di proteggere “con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente”. Cfr. Art. 404 (*commento a*), in *Codice civile*, a cura di RESCIGNO P., Milano, 2006, tomo I, libri I-IV, p. 568.

³⁰ Definiti così da SIMONCINI A., SNEAD O.C., *Persone incapaci e decisioni di fine vita*, cit., p. 14 e da D’ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2010, p. 260.

dello stato vegetativo, accertata in base ad un “rigoroso apprezzamento clinico”; il secondo, invece, è che

“istanza sia espressiva dei convincimenti univoci e chiari, dettati dalla voce del paziente o tratti da sue precedenti dichiarazioni o dalla sua personalità e dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche, prima di cadere in stato di incoscienza, i quali esprimano l'idea stessa di dignità della persona”.

È ovviamente questo presupposto soggettivo a suscitare problemi interpretativi, perché dà a questa figura di diritto civile, al tutore, un enorme potere privato sulla persona, il “peso tragico” di “dare voce” alle determinazioni terapeutiche di un soggetto in stato vegetativo permanente³¹. In questo caso dunque, la rappresentanza legale dell'incapace può rilevare anche sul terreno degli interessi personalissimi dell'individuo, ma solo nell'esistenza di una condizione, invero anche questa affermata in modo troncante: il tutore dovrà decidere “non ‘al posto’, né ‘per’ l'incapace, ma ‘con’ l'incapace”, cioè ricostruendone la volontà sulla base dei citati “valori di riferimento”, giustificando ciò sulla base del pluralismo dei valori sui quali si fonda il nostro Stato costituzionale.

Nulla quaestio sul principio per il quale nel nostro sistema costituzionale convivono idee e valori diversi, ma appare ultroneo desumerne la conseguenza che un tutore possa accertare da ciò una volontà specifica sui trattamenti sanitari. Il riferimento allo “stile di vita” e ai “valori” dell'incapace, tende ad allargare eccessivamente le maglie della definizione

³¹ SIMONCINI A., SNEAD O.C., *op. loc. cit.* e D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, cit. p. 259.; nonché le osservazioni di TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del caso Englaro)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 2-3, 2009, p. 380 e ss. e di RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it

di una volontà che in casi come questi dovrebbe essere certa: si tratta di interrompere presidi sanitari vitali ed occorre un *quid pluris* che dimostri anche che da quei valori l'odierno incapace faceva dipendere la sua volontà di non essere sottoposto a quei trattamenti, cui poi si sarebbe trovato sottoposto. Se così non è, la linea sottile che distingue la volontà dell'incapace, sebbene "ricostruita", dalla volontà di un sostituto che decide per l'incapace, si assottiglia ancora di più.

Possono le testimonianze di amici, parenti e genitori sullo stile di vita ed i valori dell'incapace prima di pervenire in questo stato costituire quel *quid pluris*? Ne possono costoro, o il tutore, o il giudice garantirne l'attualità? Ed ancor di più, volendo anticipare la successiva trattazione, lo sarebbero le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento o il *living will* in qualsiasi forma? Garantirebbero l'attualità della volontà del paziente?

1.2. (segue) *Valori e regole a confronto nell'età del conflitto fra potere politico e magistratura. Il ruolo della giurisprudenza ordinaria e della Corte costituzionale*

La drammaticità, che ha caratterizzato la vicenda Englaro, ha reso ancora più stridenti i contrasti e le tensioni politiche esistenti fra i diversi poteri dello Stato, i quali già in condizioni di "normalità", faticano a farle confluire nel circuito politico costituzionale; gli stessi principi della separazione dei poteri e dello Stato di diritto sono apparsi del tutto incapaci di reggere l'impatto emotivo del caso.

Ciò fu palesato dalla proposizione da parte di entrambi i rami del Parlamento di due ricorsi per conflitto di attribuzione nei confronti del potere giudiziario e in particolare nei confronti della sentenza n. 21748 del 2007, dichiarati inammissibili *in limine litis* con ordinanza della Corte costituzionale n. 334 del 8 ottobre 2008³².

³² Inoltre, dopo la decisione della Corte di Cassazione, erano stati proposti,

In particolare il conflitto veniva configurato da entrambe le Camere ricorrenti sia come *vindicatio potestatis* che come *interferenza*, denunciando il fatto che la Cassazione avesse in realtà posto in essere un'attività di natura sostanzialmente legislativa, celandolo sotto la veste formale di un atto di natura giurisdizionale, ma anche che la stessa pronuncia provocasse, nella pendenza di diverse proposte di legge, una indebita interferenza nell'esercizio della funzione legislativa del Parlamento³³.

In effetti entrambi i ricorsi, ad un esame anche solo superficiale si rivelavano carenti del requisito oggettivo, nonché contrari in tutto il loro argomentare alla giurisprudenza costituzionale più stabile in tema di conflitti avverso atti del potere giurisdizionale³⁴.

Essa, infatti, com'è noto, pur ammettendoli, ha fissato per essi specifici limiti, essendo necessario che dell'atto venga contestata la sua riconducibilità alla funzione giurisdizionale o che sia contestata l'esistenza del potere giurisdizionale nei confronti del ricorrente. In ogni caso i conflitti di attribuzione avverso atti giurisdizionale non possono risolversi in mezzi di

da privati, associazioni di volontariato ed o.n.l.u.s., otto ricorsi contro l'Italia avanti la Corte E.D.U., che invocavano gli articoli 2, 3 e 6 della Convenzione e denunciavano la mancanza di equità del processo avanti la Cassazione, nonché la violazione degli art. 5 6 e 7 della Convenzione di Oviedo, nonché l'art. 25 della Convenzione O.N.U. sui diritti dei portatori di handicap. La Corte ha dichiarato irricevibili tutti i ricorsi (DEC. 16/12/2007 *A. Rossi e autres sept requetes c. Italie*), perché a nessuno dei ricorrenti era direttamente leso dalla sentenza della Cassazione e dunque carenti di legittimazione attiva.

³³ Così dai ricorsi della Camera e del Senato, non che dal 'ritenuto' di C. cost. ord. n. 334 del 2008. Analogamente rileva R. ROMBOLI, *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso evidente di inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, n. 1 e in www.associazionedeicostituzionalisti.it

³⁴ In proposito SALAZAR C., *Riflessioni sul 'caso Englaro'*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1, la quale definisce plateale tale mancanza e per questo ritiene i ricorsi 'costruiti a tavolino'; AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10 del 2008, p. 331 e ss.

impugnazione ulteriori rispetto a quelli previsti dalle legge, non essendo contestabili in questa sede *errores in iudicando*³⁵.

I ricorsi delle Camere, invece, sebbene formalmente rifiutando tale impostazione, sembravano muovere alla Cassazione proprio queste censure. Così, infatti, è evidenziato, scorrendo l'ordinanza n. 334 del 2008, dall'argomentare dei ricorsi, laddove, in particolare il Senato tenta di dimostrare che la S.C. ha 'fissato un principio di diritto debordando verso le attribuzioni del Legislativo', attraverso la critica del merito della decisione ed un controllo dei fondamenti giuridici della motivazione, nonché attraverso la prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo, contestando in primo luogo, il diritto del malato di conseguire l'interruzione di trattamenti sanitari, ed in secondo luogo, la non esistenza nel nostro ordinamento del potere del tutore di intervenire in tema di un diritto indisponibile quale è quello alla vita'. Si trattava, come è evidente, di contestazioni nel merito giuridico della decisione impugnata, che in forza della giurisprudenza sopra citata facevano facilmente prevedere una decisione di inammissibilità per carenza del requisito oggettivo³⁶.

L'ordinanza, emessa in sede di preliminare delibazione *inaudita altera parte*, senza contraddittorio e in camera di

³⁵ In tal modo la giurisprudenza costituzionale vuole garantire la posizione della magistratura nell'ordinamento costituzionale, la sua autonomia e la sua indipendenza (cfr. C. cost. n. 276 del 2003; non che le pronunce citate dalla stessa Corte n. 359 del 1999, e n. 2, n. 150, n. 222, n. 290 del 2007). Sul punto precisa e approfondita ricostruzione di P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. 'Cattivo uso' del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999, p. 105-121.

³⁶ Così ROMBOLI R., *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro*, cit., il quale ha definito 'quasi suicida' tali argomentazioni; si erano già espressi sulla palese inammissibilità del conflitto GROPPI T., *Come può Eluana dividere uno Stato?*, in *L'Unità*, 3 agosto 2008; RODOTÀ S., *Chi decide sul morire*, in *La Repubblica*, 25 ottobre 2008; R. BIN, *Se non sale al cielo, non sarà forse un raglio d'asino? 8° proposito dell'ord. n. 334/08*, in *www.forumcostituzionale.it*; S. ROSSI, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in *www.forumcostituzionale.it*; AINIS M., *Lasciamo Eluana al giudice*, in *La Stampa*, 29 luglio 2008, p. 10.

consiglio, fa immediatamente pensare ad una ampio consenso fra i giudici costituzionali sulla *palese* inammissibilità del conflitto, ma induce anche a ritenere che la Corte non abbia voluto prolungare ulteriormente una vicenda, di per sé già dolorosa e complicata, con una ulteriore fase processuale, di fatto inutile vista la carenza palese del requisito oggettivo. In questo modo la Corte ha asseverato l'idea che i conflitti siano giudizi su casi concreti e che "caso per caso" vadano decisi, sulla base di diversi gradi di penetrazione nelle singole controversie³⁷.

D'altra parte particolarmente decisivo risulta l'ultimo inciso dell'ordinanza in commento, nel quale la Corte rileva la assenza del requisito oggettivo del conflitto anche nella carenza di attualità e concretezza del "danno": il Parlamento infatti resta pienamente titolare della funzione legislativa, nonostante gli atti impugnati, potendo "in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, *fondata su adeguati punti di equilibrio* fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti". Con esso la Corte pare muovere un invito al Parlamento, a "rispettare le regole del gioco", ad esercitare la propria funzione prioritaria, quella legislativa, per riempire lacune così rilevanti nel nostro ordinamento, non utilizzando invece il conflitto che è (o dovrebbe essere) strumento residuale, per dirimere controversie non diversamente e non ulteriormente risolvibili.

L'ordinanza n. 334 del 2008 allora introduce anche ad una riflessione sul "ruolo" del giudice e su quello del Parlamento, nonché sul 'rispetto delle regole' dei loro reciproci rapporti.

L'esame dei due ricorsi evidenzia, infatti, immediatamente che essi furono redatti sulla base di un comune *leit motive*, causa invero della summenzionata dichiarazione di inammissibilità:

³⁷ Cfr. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte*, cit., p. 273, che rileva come nei conflitti sia la Corte a decidere dove può spingersi di volta in volta il suo sindacato, creando una sostanziale discontinuità degli strumenti decisorî e dei precedenti giurisprudenziali.

l'ecceppita inesistenza della natura creativa dell'attività interpretativa del giudice. In effetti falso problema, perché la dottrina consolidata e la manualistica più diffusa, definiscono la giurisdizione come "funzione parzialmente produttiva di diritto"³⁸. Se è un assunto del tutto ovvio che nessuna disposizione è di per sé autosufficiente, perché è impossibile per il legislatore disciplinare *ex ante* la molteplicità delle fattispecie concrete che possono concretamente realizzarsi³⁹; allora è impossibile pensare al giudice come esclusiva "bocca della legge", secondo la nota immagine montesquieviana, bensì egli sarà tenuto, in ragione del divieto del *non liquet*, a interpretare il diritto laddove esso si faccia oscuro o del tutto mancante⁴⁰. Così è del tutto ovvio che la questione fondamentale, coinvolta anche nel caso Englaro, non è quella dell'esistenza della *discrezionalità del giudice*, che piuttosto è un dato di fatto e che emerge con maggiore forza soprattutto nei casi più complessi, ma bensì è quella relativa a quali *limiti* incontra tale discrezionalità e quali sono le *precondizioni*, perché essa non crei contrasti col principio democratico⁴¹.

Ma anche a voler prescindere da tutte le argomentazioni relative ai poteri interpretativi del giudice⁴², pure la consolidata interpretazione del co. II dell'art. 101 Cost., avrebbe indicato la

³⁸ BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, p. 15.

³⁹ VIOLA F., ZACCARIA R., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 127.

⁴⁰ In questi casi, politica e giurisdizione rivestono ruoli fra loro del tutto autonomi e, affinché ciò accada, è necessario che il giudice decida non come 'politico', ma che le sue decisioni si muovano entro le categorie del diritto e del processo. Solo così la 'politica del giudice' non sarà la stessa del legislatore, ma 'politica del diritto del potere giudiziario' GAMBARO A., *Presentazione*, in BARACK A., *La discrezionalità del giudice (1989)*, (tr. it.) Milano, 1995, p. X.

⁴¹ Infatti, osserva anche PIZZORUSSO A., *Intervento*, in AA.VV., *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, p. 219 e ss., se l'atto legislativo produce diritto e impone una regola per il futuro, l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previdenti, con un effetto solo indiretto di produzione normativa; il primo

chiara inammissibilità dei ricorsi sovracitati. Esso nel ribadire che il giudice è soggetto soltanto alla legge, costituisce il nucleo essenziale del principio di indipendenza del giudice, inteso in un duplice senso: il primo, quello cd. "relazionale", per il quale, se nel decidere il giudice incontra il solo limite della legge, egli non potrà subire altri condizionamenti, né provenienti da altri organi esterni alla magistratura, né da altri giudici; il secondo, invece, è quello che interpreta la soggezione alla sola legge come causa di esclusione di ogni equivalenza fra "indipendenza del giudice nella decisione" e "arbitrio"⁴³.

Se così è, e se queste due letture dell'art. 101 co. II Cost. sono fra loro integrabili, allora ciò necessariamente implica non solo la possibilità che il giudice si formi il proprio libero convincimento sui fatti e sulle norme con cui è chiamato a confrontarsi, ma anche che esiste una 'riserva di funzione giurisdizionale', intesa quale spazio riservato alla interpretazione delle norme sottratto alla disponibilità e agli interventi di qualsiasi altro potere⁴⁴.

è fondato sulla volontà politica, il secondo sulla forza della ragione ed è 'fonte culturale'. Cfr. *apliter* ID., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998.

BARACK A., *La discrezionalità del giudice* (1989), (tr. it.) Milano, 1995.

⁴² Sul punto ROMBOLI R., *op. ult. cit.*

⁴³ ZANON N., PANZERI L., *Art. 101 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. III), Torino, 2006, p. 1962, D'ELIA, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 109 Cost.*, Milano, 2002, p. 59 e FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, p. 683-684.

⁴⁴ Cfr. in giurisprudenza C. cost., 40/1964, 234/1976, 440/1988 e 313/1990); ed in dottrina ANGIOLINI V., *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992 e GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995 e ID., *Art. 101*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A., *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.

D'altro canto 'soggezione alla sola legge' vuol dire anche sottolineare che il legislatore ha l'obbligo di circoscrivere i poteri discrezionali del giudice, attraverso l'esercizio del suo potere normativo (da cui anche l'inciso sul tema presente anche nell'ordinanza in commento). Così BIONDI F., *Art. 101*, in BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 917.

Se questi sono i presupposti logici e metodologici della attività giurisdizionale e parlamentare, parimenti concorrenti nella produzione del diritto, sebbene soggette a vincoli diversi⁴⁵, bisogna tener conto di quella parte della dottrina che, partendo dall'esame del caso Englaro, ha avuto modo di rilevare che la "la regola giurisdizionale", dettata in questo caso dalla Cassazione, ha goduto di "condizioni privilegiate", che l'hanno resa "rinforzata tanto nella forza politico-normativa, che nel contesto valoriale"⁴⁶. Ciò avrebbe svuotato di contenuto principi cardine del nostro ordinamento, come quello della dignità umana, suscettibile ormai di applicazioni contrastanti a seconda di specifiche contingenze e interessi.

Invero, sebbene questa affermazione appaia un po' troppo forte, ciò che di questa tesi è certo è che la competizione fra l'organo di decisione politica e l'organo di interpretazione giudiziale rende fluidi e poco netti i confini fra le due attività e la diversità delle loro funzioni resta solo un elemento formale che non riesce a tenerli realmente distinti.

La funzione giudiziaria ha ampliato le maglie del proprio ambito di competenza, rendendo ancora più stridenti i contrasti col potere politico; da parte sua il sistema politico, la cui crisi oramai è poco meno che ventennale, dopo aver lasciato ampi

⁴⁵ Sul punto Kelsen H., *Sulla teoria dell'interpretazione*, (trad. it. a cura di GERACI C.), in ID., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 159 e ss., il quale afferma che l'attività parlamentare di tipo sostanzialmente negoziale è soggetta a vincoli derivanti dai principi costituzionali, mentre quella giurisdizionale, di tipo sussuntivo e interpretativo, è soggetta agli stessi vincoli costituzionali, ma anche a quelli derivanti dalla legge.

⁴⁶ Così TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del caso Englaro)*, cit., p. 383, il quale ritiene che tali condizioni privilegiate derivino dalla "rivoluzione" giudiziaria legata alla fine della Prima Repubblica che ha opposto corpo sociale, mass media e giudici alla politica ed al Parlamento, sino a rendere la magistratura "vendicatrice dei diritti", rispetto al potere politico (l'A. cita a riguardo AMATO G., *Un governo nella transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 360 e ID., *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, 1994, spec. 175 e ss.

spazi alla prima, tenta ora di neutralizzarla, con qualsiasi tipo di strumento giuridico a sua disposizione.

1.3 (segue) Il ruolo del Governo e della giurisdizione amministrativa, ovvero l'atto di indirizzo' del Ministro del Welfare e la sentenza del TAR Lombardia n. 214 del 26 gennaio 2009 sullo sfondo della teoria della fonti.

Che il caso Englaro sia stato capace di evidenziare la conflittualità fra i poteri ed il cattivo funzionamento della separazione, è reso ancor più evidente dal fatto che essa non ha coinvolto solo il Parlamento e la magistratura ordinaria, ma, come si vedrà nel prosieguo anche tutti gli altri poteri.

Inusitato infatti apparve l'“atto di indirizzo” del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali del dicembre 2008 col quale si invitava le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano

“ad adottare misure necessarie affinché le strutture sanitarie pubbliche e private si uniformino ai principi esposti (nel parere approvato nella seduta plenaria del 30 settembre 2005 del Comitato nazionale per la bioetica⁴⁷) e a quanto previsto dall'art. 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità”.

⁴⁷ Il Comitato nazionale per la bioetica aveva infatti approvato in quella data un documento nel quale si ribadiva fra l'altro che l'idratazione e la nutrizione di pazienti in SVP vanno ordinariamente considerate alla stregua di sostentamento vitale di base', che la loro sospensione 'è da considerare eticamente e giuridicamente lecita quando sulla base di parametri obiettivi realizzi ipotesi di accanimento terapeutico' e che la stessa è illecita 'quando venga effettuata, non sulla base delle effettive esigenze della persona interessata, ma sulla base della percezione che altri hanno della qualità della vita del paziente'. È bene rilevare come tale documento non fu approvato all'unanimità, ma suscitò 19 voti favorevoli, 14 contrari ed un astenuto.

Intorno a tale atto ministeriale si sono registrate ampie critiche da un lato, dall'altro si è ritenuto invece trattarsi di esercizio di una potestà

Il provvedimento recava con sé la problematica di diritto costituzionale e teoria delle fonti, relativa alla sua collocazione nel sistema delle fonti, nonché quella della sua natura ed efficacia in relazione ad atti di natura giurisdizionale di carattere definitivo, quali per l'appunto quelli sopra esaminati.

Lasciando da parte i rilievi di diritto amministrativo, relativi alla inesistenza di tale categoria di atti, piuttosto che alla sua abnormità o inefficacia giuridica⁴⁸, ritorna nuovamente la dirompente capacità di incisione di tale atto sul principio della *separazione dei poteri*⁴⁹ come fondamento dello Stato di diritto.

Per quel che qui interessa e ricollegando a quanto sopra evidenziato in relazione all'art. 101 co. 2 Cost., la soggezione del giudice alla sola legge, contribuisce, nell'ambito di questo principio, a identificare il valore formale delle pronunce giurisdizionali e a distinguere la funzione giurisdizionale "neutrale" da tutte le altre. Così la sentenza differisce dagli atti di tutte le altre autorità, perché può essere revocata solo da altri provvedimenti giurisdizionali⁵⁰, in ragione di quella cd. "riserva di sentenza", desumibile dagli art. 102. 103 e 134 Cost., che esclude "ogni altro Potere dall'interferire con l'attività dei giudici e dall'operare sui loro pronunciati"⁵¹, salva ovviamente l'esperibilità degli strumenti di impugnazione previsti *ex lege*

ministeriale legittima. Cfr per tutti PICCOLILLO V., *'Ingerenza'. No atto correttep'. E adesso i giuristi si dividono*, in *Il Corriere della Sera*, 17 dicembre 2008.

⁴⁸ Sul punto BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura sul recente 'atto di indirizzo' ministeriale avente ad oggetto 'Stati vegetativi, nutrizione e idratazione'*, in *www.forumcostituzionale.it* e PIZZETTI F.G., *L'atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in *www.atrid-online.it*

⁴⁹ SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, e II, Milano, 1984; CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990.

⁵⁰ SILVESTRI G., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, XXIV, p. 702.

⁵¹ SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Segni*, IV, Milano, 1967, p. 257.

(per l'appunto) per la contestazione del giudicato. Vieppiù, in questo caso a cercare una inusitata "interferenza" col giudicato è in questo caso, non un atto legislativo, né un altro atto di natura giurisdizionale, ma un atto *amministrativo*.

Ancora, si tratta di *atto ministeriale* "rivolto a richiamare principi di carattere generale": ciò lo espone ad una serie di dubbi. Il primo è relativo all'organo che lo ha adottato, che risulta incompetente se si pone a mente che l'art. 95 Cost. e l'art. 2 l. n. 400/1988 affidano la funzione di *indirizzo politico*, della quale è espressione tale atto, al Governo, ed più in particolare al Consiglio dei Ministri.

Il secondo dubbio è relativo alla funzione di richiamo di "*principi di carattere generale*" svolta da questo atto, che si occupa di 'tutela della salute', la quale, com'è noto ai sensi del co. III dell'art. 117 Cost., è materia di competenza *legislativa concorrente*⁵². L'atto del ministro è atto amministrativo, non legislativo e, di conseguenza, nullo. La nullità dello stesso provvedimento è ancor più macroscopica, se solo si ricorda che la materia dei diritti fondamentali e delle libertà è coperta da riserva di legge⁵³. Spetta al Legislatore, quindi, non all'Esecutivo la competenza alla ricognizione di tali principi.

Infine, l'atto del ministro risulta lesivo anche del *principio di legalità*. In esso, infatti, si procede alla ricostruzione di principi generali dell'ordinamento in assenza di una disciplina di legge, sebbene tale compito in questi casi spetta al giudice e nonostante che il proprio potere di produzione normativa ('secondaria') debba essere esercitato, secondo il suddetto principio, sulla base della legge. Per la qualcosa, o l'atto di normazione secondaria promana dalla legge, o, in assenza della legge, esso dovrà conformarsi ai principi generali desumibili per implicito dall'ordinamento o, laddove vi siano, a quelli ricostruiti dalla giurisprudenza (come nel caso di specie).

⁵² BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura*, cit.

⁵³ CARLASSARE L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *www.costituzionalismo.it*, ritiene si tratti di riserva a legge formale ordinaria.

Tutti questi assunti sono stati fatti propri anche dalla sentenza del TAR Lombardia (Milano) n. 214 del 26 gennaio 2009⁵⁴, il quale era stato chiamato a esprimersi sulla legittimità del provvedimento del Direttore generale sanità della Giunta regionale della Lombardia, che negava al personale del servizio sanitario regionale di procedere all'interno delle strutture a sospendere il sostegno vitale di pazienti SVP. Nell'annullare l'atto il giudice amministrativo, dopo aver ribadito la propria giurisdizione sul rispetto del principio di legalità e dopo aver ripercorso la sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007 ed il principio di diritto in essa enunciato, conferma che è dovere del giudice decidere sulle richieste di accertamento dei diritti e per mezzo dell'attività ermeneutico-interpretativa trarre dall'ordinamento giuridico regole di diritto, che hanno lo stesso effetto di quelle promananti da fonti scritte. Per questo l'atto di indirizzo del Ministro del Welfare è per il TAR inidoneo, secondo i *principi generali sulle fonti*, ad intaccare il quadro del diritto oggettivo come ricostruito con la forza e con l'efficacia propri del provvedimento giurisdizionale⁵⁵. Tanto più che la sentenza della Cassazione ed il successivo decreto della Corte di Appello di Milano assumono la forza del giudicato, sebbene provvedimenti di volontaria giurisdizione. Infatti, secondo la giurisprudenza della Cassazione⁵⁶, anche le procedure camerali, che si esprimano con un provvedimento decisorio su contrapposte posizioni di diritto, possono acquistare la forza del giudicato, se non più impugnabili nel merito, se hanno ad oggetto diritti soggettivi di rango costituzionale⁵⁷.

⁵⁴ Reperibile in *www.giustizia-amministrativa.it*

⁵⁵ TAR Lombardia – Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, punto 5.2.

⁵⁶ Cfr. da ultimo Cass. 16 aprile 2003, n. 601.

⁵⁷ A rafforzare il convincimento che la decisione della Cassazione abbia la forza del giudicato anche il rilievo per il quale era stato giudicato ammissibile il ricorso ex art. 111 Cost., che implica che gli accertamenti di fatto presupposti siano divenuti definitivi ed immodificabili. Si tratta del principio processualciviltistico del *giudicato sostanziale*. Così PIZZETTI F.G., *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del 'caso Englaro': limiti della legge e 'progetto di vita'*, in *www.astrid-online.it*; CAPONE R.,

Fatto proprio l'accertamento del principio di diritto enunciato dalla Cassazione, per il quale, in certe condizioni, è un diritto costituzionalmente rilevante quello del malato di rifiutare le cure mediche, il TAR si spinge ancora più oltre, affermando che il rifiuto di ricovero in strutture del SSN a coloro i quali abbiano espresso tale volontà 'significa di fatto limitare indebitamente tale diritto fondamentale', in contrasto con i principi costituzionali di buon andamento, imparzialità e correttezza della p.a.

1.4 (segue) Il ruolo del Presidente della Repubblica nell'emanazione degli atti normativi del Governo: una 'lettura di mezzo' del potere di emanazione fra particolarità costituzionali del caso e prassi

Il rilievo per il quale il caso Englaro può essere assunto a *topos* entro il quale saggiare la inoperosità del principio della separazione dei poteri è evidente anche nel tentativo del Governo di disciplinarlo con decreto legge, che ha indotto delle necessarie riflessioni relative alla prassi costituzionale, nonché alla sua legittimità, soprattutto in considerazione del rischio di scontro istituzionale che la vicenda ha comportato.

Il Presidente della Repubblica aveva già manifestato l'intenzione di non emanare il decreto legge⁵⁸, che il Governo

PROTO PISANI A, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

ROSSI S., *Sull'esecuzione del decreto emesso dalla Corte di Appello di Milano nel caso Englaro*, in www.forumcostituzionale.it ritiene che non sia possibile negare che anche i provvedimenti di volontaria giurisdizione debbano essere messi in pratica, perchè in caso contrario si finirebbe per togliere significato all'intero procedimento.

⁵⁸ Il testo del decreto legge non emanato così recitava 'In attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi'

si accingeva ad approvare, in una “lettera di carattere personale e riservato”, inviata al Presidente del Consiglio il giorno precedente la relativa riunione del Consiglio stesso⁵⁹, espressiva di quella *moral suasion* che la dottrina e la prassi costituzionale riconoscono alla figura del Capo dello Stato⁶⁰. Nonostante ciò il Consiglio approvava il decreto del quale il Presidente rifiutava la firma⁶¹.

Dalla lettera del Presidente della Repubblica si può desumere che i motivi fondanti il rifiuto di emanazione del decreto erano tutti di natura tecnico-giuridica⁶² ed in concreto si identificavano nel “primato del Parlamento”⁶³ quale sede

⁵⁹ AINIS M., *La lumaca e l'elefante*, in *La Stampa*, 6 febbraio 2009, p. 1, rilevava peraltro che il decreto non era neppure all'ordine del giorno del Consiglio.

⁶⁰ GHIRIBELLI A., *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge: il 'caso Englaro'*, in www.giurcost.it e ALBANESI E., *Moral suasion presidenziale e giurisprudenza costituzionale in materia di logistica. La vicenda del cd. decreto sicurezza*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2 del 2008.

⁶¹ È bene rilevare che anche in questa sede lo “scambio di opinioni” fra Quirinale e Palazzo Chigi assunsero toni sempre più accesi, soprattutto in ragione della pubblicità data alla missiva personale del Presidente della Repubblica in sede di Consiglio dei Ministri, nonché della conferenza stampa del Presidente del Consiglio successiva al rifiuto di firma del decreto. Sul tema LANCHESTER F., *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in www.federalismi.it e AZZARITI G., *Un inquietante schiaffo al Quirinale*, in www.costituzionalismo.it. Alla asprezza dei toni la Presidenza della Repubblica rispondeva solo attraverso la pubblicazione della missiva, ormai non più personale, e della nota con la quale ‘preso atto con rammarico, della deliberazione del Consiglio dei Ministri del decreto legge relativo al caso Englaro’ ne veniva rifiutata l’emanazione. Documentazione disponibile in www.quirinale.it

⁶² Nel condividere l’ansietà del Presidente del Consiglio e del Governo rispetto alla vicenda Englaro, il Presidente affermava infatti di non potersi farsi guidare, nell’esercizio delle funzioni, ‘da altro che da un esame obiettivo della rispondenza (del decreto legge) alle condizioni specifiche prescritte dalla Costituzione’.

⁶³ Così lo definisce SPADARO A., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto legge? Le ‘ragioni’ di Napoletano*, in www.forumcostituzionale.it

naturale di disciplina di una materia così complessa ed incidente sui diritti fondamentali dei cittadini; la mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost., "se non l'impulso pur comprensibilmente suscitato dalla pubblicità e drammaticità di un singolo caso"; la sussistenza di un principio di diritto, individuato dalla giurisprudenza della Cassazione con sentenza nel merito definitiva e non ritenuto invasivo del potere legislativo del Parlamento da parte della Corte costituzionale, e conseguentemente i principi di separazione dei poteri e leale collaborazione fra gli stessi; le perplessità sulla possibilità di disciplinare per mezzo di decretazione d'urgenza le modalità di tutela di diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti⁶⁴.

Restringendo in questa sede l'analisi all'esame della legittimità del controllo presidenziale sui decreti legge⁶⁵, è necessario comunque dar conto brevemente della dottrina e della giurisprudenza che già si era espressa su tutte le summenzionate motivazioni presidenziali. In particolare, e senza soffermarci nel merito del concetto di necessità ed urgenza applicato al concreto "caso Englaro"⁶⁶, la dottrina aveva già approfondito i dubbi relativi alla possibilità di disciplinare con decreto legge la materia dei diritti fondamentali, facendo perno sulla *ratio* dell'istituto della riserva di legge che costituisca una

⁶⁴ Per una esame approfondito delle motivazioni del Presidente Napolitano SPADARO A., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi*, cit.

⁶⁵ Sul punto ALLEGRETTI U., *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, *www. astrid-online.it*; ROMBOLI R., *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, ivi; ONIDA V., *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti legge*, ivi; e LUCIANI M., *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge 8spunti a partire dal caso E.*, ivi.

⁶⁶ In proposito SPADARO A., *op. cit.*, SALAZAR C., *op. cit.*, GHIRIBELLI A., *Il potere del Presidente della Repubblica*, cit. si esprimono in modo fortemente critico dubitando della 'urgenza' di 'salvare' con atto con forza di legge, che dovrebbe avere carattere generale, una sola persona. *Contra* PEDULLÀ L., *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge 'Salva Eluana'*, in *www.forumcostituzionale.it*

“garanzia” sia per le minoranze dell’organo rappresentativo che approva l’atto legislativo, che per la pubblicità e articolazione del procedimento⁶⁷. Mentre la giurisprudenza costituzionale da parte sua, seppur con “orientamento ondivago” e non sempre del tutto deciso, ha avvocato a sé il compito di controllare la sussistenza nel decreto legge delle condizioni di necessità ed urgenza quali requisiti di costituzionalità, non solo di questo, ma anche della successiva legge di conversione⁶⁸, distinguendo comunque il proprio controllo, di tipo eminente giuridico, da quello del Governo e del Parlamento in sede di conversione, di tipo del tutto politico⁶⁹.

In questo contesto si pone allora il quesito sull’estensione del potere presidenziale di emanazione dei provvedimenti legislativi del Governo, alimentato dal combinato disposto degli art. 77 e 87 co. V Cost., conferendo il primo la responsabilità dell’adozione dell’atto al Governo, il secondo l’emanazione al Capo dello Stato.

Se, infatti, la natura del potere di emanazione è stata pacificamente individuata in termini di controllo, in forza della funzione di garanzia riconosciuta al Presidente e della sua estraneità alla funzione di indirizzo politico, distinguendolo così dalla promulgazione delle leggi⁷⁰, la dottrina ha invece

⁶⁷ CARLISSARE L., *La riserva di legge come limite alla decretazione d’urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paldin*, Napoli, p. 434 e ss.

⁶⁸ Cfr. C. COST. SENT. 29/1995, 171/2007 e 128/2008

⁶⁹ In dottrina si rivela maggioritario quel orientamento secondo il quale il Parlamento non svolge un controllo-verifica sull’attività del Governo, ma può modificarla attraverso la funzione legislativa, realizzando una ‘co-legislazione governativo-parlamentare’. In proposito *ex pluribus* PITRUZZELLA G., *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 245 e ss.; NASI C., *L’art. 96-bis del Regolamento della Camera ed il procedimento di conversione dei decreti legge*, in *Rass. Parl.*, n. 2/2001, p. 457 e ss. e DI MARIA R., *La vis expansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel “ruolo” degli atti aventi forza di legge*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, Torino 2010, p. 163-173.

⁷⁰ SALERNO G.M., MALAIS B., *Art. 87*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. II), Torino, 2006, p. 1697.

avuto modo di dibattere sull'esistenza di un potere di rinvio presidenziale in sede di emanazione degli atti con forza di legge, a causa del silenzio della Costituzione, la quale non lo prevede espressamente, come invece per la promulgazione delle leggi.

Secondo una prima interpretazione, il Capo dello Stato potrebbe rifiutarsi di emanare un decreto legge solo nelle eccezionali ipotesi di mancanza palese dei requisiti essenziali dello stesso o nel caso in cui l'emanazione integrasse uno dei reati di cui all'art. 90 Cost.⁷¹ Altra dottrina riconosce al Capo dello Stato il potere di opporsi definitivamente all'emanazione di atti con forza di legge laddove esso sia lesivo della Costituzione per qualsiasi vizio di legittimità o di merito⁷².

Una tesi intermedia ritiene invece che il potere di emanazione sia del tutto analogo a quello di promulgazione, per la qual cosa il Presidente della Repubblica potrebbe *provvisoriamente* rifiutare la firma, ma sarebbe poi tenuto ad emanare l'atto qualora il Governo, che resta *responsabile* dell'atto, insistesse nella sua determinazione⁷³. Se, infatti, l'art. 77 co. II Cost. affida alla responsabilità del Governo la adozione dei decreti leggi ed è politicamente responsabile solo il soggetto dotato di potere politico, il quale risponderà delle modalità attraverso le quali lo ha esercitato⁷⁴, allora solo l'Esecutivo avrà il potere di adottarli e definirne il contenuto.

⁷¹ BALDASSARRE A., *Il Capo dello Stato*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, vol. II, p. 240 e SALERNO G.M., MALAISI B., Art. 87, cit. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 157.

⁷² CIOCCONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società*, 1980, p. 559 e ss.; RESCIGNO G.U., Art. 87, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, p. 211 e BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 1976, p. 206.

⁷³ PALADIN L., *Presidente della Repubblica*, voce in *Enc. Dir.*, 1986, p. 2443 e ss., sul caso Englaro spec. SALAZAR C., *op. cit.* e SPADARO A., *op. cit.*

⁷⁴ PITRUZZELLA G., *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1997, p.163 e ss.

D'altro canto il fraseggio costituzionale in tema di forma di governo è coerente con questa visione, legando il Governo ed il Parlamento attraverso il rapporto di fiducia ed estraniando il Presidente della Repubblica dal circuito di decisione politica⁷⁵ ed affidandogli il ruolo di garante degli equilibri istituzionali così come determinati in Costituzione. Se così è, allora è vero che il Presidente della Repubblica può esercitare sulla bozza di decreto legge, inviatogli dal Governo per la emanazione, un controllo di costituzionalità, ma entro i confini determinati dalla sua posizione nel sistema istituzionale⁷⁶.

Bisogna rilevare inoltre che la tesi che sostiene l'obbligo presidenziale di emanazione del decreto qualora il Consiglio dei Ministri lo riapprovi nonostante un primo rifiuto, trova valido appiglio anche nella previsione per la quale, in sede di promulgazione delle leggi, il Presidente sia tenuto alla promulgazione di una legge già rinviata nel caso in cui il Parlamento la riapprovi nello stesso testo, reincanalando così le decisioni di natura politica, nel circuito rappresentativo-politico⁷⁷.

⁷⁵ PITRUZZELLA G., *Forme di governo e trasformazioni della politica*, cit., sostiene inoltre che ciò è ancor più evidente nella attuale conformazione della nostra forma di governo parlamentare in senso maggioritario, assumendo sempre maggior rilievo 'l'investitura popolare del Governo'.

⁷⁶ La giurisprudenza costituzionale in materia individua le differenze fra il controllo di costituzionalità da essa operato ed il controllo operato dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione e dal Parlamento in sede di conversione. Se infatti compito della Corte è controllare la rispondenza delle singole disposizioni del decreto legge alle norme costituzionali, ivi comprese la sussistenza delle condizioni legittimanti di cui all'art. 77 Cost., e se, quindi, essa svolge un *controllo di tipo eminentemente tecnico-giuridico*, esso si distinguerà da quello presidenziale e parlamentare, essendo il primo volto al *controllo della rispondenza del decreto ai complessivi equilibri costituzionali* ed al rispetto dei rapporti fra i poteri, il secondo di *natura eminentemente politica*, volto a verificare 'il merito' delle scelte operate in sede di decretazione. Cfr. già C. COST. SENT. n. 29/1995, cit.

⁷⁷ Salvo ovviamente lo strumento del conflitto di attribuzioni.

La prassi, invero, non aiuta alla definizione chiara del potere di emanazione presidenziale, non presentando alcuna omogeneità, nè dal punto di vista della procedura⁷⁸, né dal punto di vista degli esiti del rifiuto⁷⁹. Da essa può soltanto desumersi che i Presidenti hanno interpretato il potere di emanazione dei decreti legge ciascuno diversamente, affermando comunque in tale ambito i loro specifici poteri, sebbene non riconducibili uniformemente al 'potere di veto sospensivo' o alla 'richiesta di riesame'⁸⁰.

Nello specifico della 'vicenda Englaro', il messaggio del Presidente della Repubblica sembra conferire, nell'ambito del potere di emanazione dei decreti legge, un'interpretazione 'di mezzo' fra le tesi dottrinarie summenzionate, segno questo di equilibrio e saggezza istituzionale, senza però alcuna rinuncia ad una lettura più prettamente presidenziale e legata alla particolarità del caso.

La ricerca dell'equilibrio istituzionale generale fra Legislativo, Esecutivo e Giudiziario si desume infatti dall'individuazione della necessità di una disciplina legislativa della materia, condivisa fra tutte le forze politiche, e nell'individuazione del Parlamento come luogo di tale condivisione. Ancora, il rilievo del necessario rispetto dell'equilibrio delle sfere di attribuzione dei poteri si riflette

⁷⁸ Già il presidente Einaudi aveva fatto trapelare il suo dissenso all'emanazione di un decreto legge, che però non si risolse nel rifiuto di emanazione; analogamente il presidente Cossiga per il decreti n. 69 e 3 del 1988 e 119 del 1989

⁷⁹ Avendo a volte esiti definitivi, altre volte determinandosi il Presidente all'emanazione, ovvero determinando la trasformazione del d.l. in d.d.l. o modifiche preventive o addirittura rinunce da parte del Governo al d.l. Cfr. la prassi riportata da DIMORA F., *Art. 87*, in BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 782.

⁸⁰ Bisogna rilevare invero che il presidente Pertini ed il presidente Ciampi nell'ultimo periodo del loro settennato hanno affermato con forza l'intenzione di esercitare il loro controllo sugli atti del Governo, rivendicando il rispetto delle proprie prerogative e il loro ruolo garantista nei confronti della maggioranza.

anche nella considerazione che la fattispecie concreta dovesse considerarsi giuridicamente conclusa, per il tramite di un decreto non ulteriormente impugnabile nel merito del principio di diritto sancito dalla Cassazione⁸¹.

Inoltre, il Capo dello Stato mostra “gravi perplessità” in ordine alla violazione di principi costituzionali generali, che risultavano violati dalla bozza di decreto legge, quali gli artt. 3, 13 e 32 Cost., visto che la disciplina si riferiva esclusivamente a “persone non più in grado di manifestare la propria volontà in ordine ad atti costringenti di disposizione del proprio corpo”.

D'altra parte, si deve rilevare la volontà presidenziale di esercitare in modo stringente il controllo sui provvedimenti legislativi d'urgenza, attraverso un esame della loro rispondenza “alle condizioni specifiche prescritte dalla Costituzione” all'art. 77⁸².

L'adeguamento del Governo alle indicazioni presidenziali ha certo evitato che a dirimere il conflitto in corso fosse chiamata la Corte, ma ha in ogni caso lasciato aperti almeno due interrogativi di non poco momento. Il primo relativo a quale scelta avrebbe preso il Capo dello Stato in caso di riapprovazione del decreto legge da parte del Consiglio: avrebbe deciso di emanarlo, avrebbe nuovamente rifiutato aprendo al Governo la strada del conflitto di attribuzioni o avrebbe lui stesso sollevato il conflitto? Il secondo relativo alle motivazioni che hanno spinto il Presidente ad autorizzare la presentazione alle Camere sotto forma di d.d.l. di un

⁸¹ Il diniego di emanazione allora serviva anche ad evitare un altro scontro istituzionale, quello fra Governo e magistratura. PACE A., *L'inutile pratica della legge 'per' Eluana*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2009, p. 1 e in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁸² Successivamente al caso Englaro si rileva sempre in via di prassi un approfondimento del controllo presidenziale sugli atti normativi del Governo, nonché sui d.d.l. proposti. Sul punto si consenta di rinviare a BUCALO M.E., *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti fra Presidente della Repubblica Parlamento e Governo*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008*, cit., p. 139-153.

provvedimento governativo sul quale aveva già espresso forti dubbi di costituzionalità: qualora il Parlamento avesse approvato la legge, la avrebbe promulgata?

Forse una pronuncia della Corte in materia di potere di emanazione non sarebbe stata auspicabile dal punto di vista istituzionale e politico, ma certo avrebbe contribuito a delineare meglio le relative sfere di attribuzioni dell'Esecutivo e del Presidente della Repubblica.

2. De iure condendo: il disegno di legge attualmente in discussione

Dopo l'epilogo della vicenda Englaro e il ritiro del d.d.l. che aveva presentato dopo il rifiuto presidenziale all'emanazione del decreto legge, il 26 marzo 2009 il Governo ha approvato un nuovo disegno di legge in materia di "alleanza terapeutica, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento"⁸³. Sempre a prescindere dalle opinioni personali di chi scrive, se quello che ci si aspettava era un disegno di legge che davvero garantisse a ciascuno la libertà della proprie scelte e della propria volontà, in materie che riguardano esclusivamente la concezione personale che ciascuno ha della propria vita, è fuor di ogni dubbio che il d.d.l. in effetti delude sotto non pochi aspetti⁸⁴.

Già immediatamente l'art. 1 del d.d.l. sorprende per l'estrema apoditticità delle affermazioni che individuano gli scopi della disciplina: pur indicando il consenso informato come principio cardine nell'esecuzione dei trattamenti sanitari (art. 1, co. I,

⁸³ *Atti Senato, leg. XVI, doc. n. 10*. Trasmesso alla Camera dei Deputati il 31 marzo 2009, *Atti Camera, leg. XVI, doc. n. 2350*.

⁸⁴ PIOGGIA A., *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, la quale rileva in modo molto critico che lo stesso d.d.l. si pone in 'posizione recessiva rispetto all'avanzamento delle forme di garanzia del consenso informato finora riconosciute dalla giurisprudenza anche costituzionale'.

lett. D, e art. 2) trae come bene da tutelare esclusivamente il *diritto alla vita*, senza alcuna declinazione del diritto alle scelte terapeutiche che ognuno può operare in consonanza al proprio e personale *concetto di vita*⁸⁵.

La qualificazione legislativa dei trattamenti di idratazione ed alimentazione come “forme di sostegno vitale”, della quale il dibattito scientifico non ha ancora dato una definizione univoca, tradisce la reale intenzione del legislatore di non aderire al principio di cui alla sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007, che li riteneva invece trattamenti sanitari.

Inoltre il d.d.l. presenta una chiara violazione del principio di eguaglianza, determinato dal fatto che tali trattamenti possono essere imposti solo al paziente non più cosciente e non al paziente in grado di intere e volere ex art. 13 Cost.; aspetto molto dibattuto del d.d.l. è però quello dedicato alle dichiarazioni anticipate di trattamento, al loro valore e alla loro attuazione (art. 3).

I dubbi derivano immediatamente dalla lettera delle disciplina, la quale conferisce alla dichiarazione valore di manifestazione di “orientamento”, non di “volontà”, alla “attivazione o non attivazione” di trattamenti sanitari. Il carattere orientativo e non vincolante di esse è chiarito dal successivo art. 7 del d.d.l. che, nel disciplinare il ruolo del medico, conferisce allo stesso il “potere” di ‘prenderle in considerazione’ o meno, semplicemente annotando nella cartella clinica i motivi della scelta. A tal fine il legislatore pone obbligo al medico di valutare le scelte del paziente coniugandole col solo principio della “inviolabilità della vita

⁸⁵ Fra l'altro l'art. 2 co. VI dispone che il consenso informato di un soggetto interdetto sia prestato dal tutore ‘avendo come unico scopo esclusivo la salvaguardia della salute dell'incapace’, il che secondo VIGANÒ F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 23, pone nel nulla il principio di diritto sancito dalla Cassazione relativamente al ‘caso Englaro’.

umana e della tutela della salute”, adeguandosi alle norme giuridiche e di deontologia medica.

Le riflessioni che derivano dal disposto legislativo sono molteplici. Il carattere non vincolante delle dichiarazioni, pongono nel nulla il *principio di autodeterminazione e libertà del consenso del paziente*, che potrà vederlo facilmente vanificato dalle valutazioni del medico. Quest’ultimo a sua volta è vincolato dai canoni interpretativi imposti dal legislatore, che gli impongono, nel bilanciamento tra il “valore della vita” e la “volontà del paziente”, di far prevalere *sempre* il primo.

In altre parole, dunque, da un lato è posta nel nulla la determinazione del paziente, dall’altro è vanificata l’autonomia medica, la quale risulta legislativamente vincolata anche dalle norme di deontologia. Tale duplice vincolo, induce ad un’altra valutazione maggiormente tecnica, ma non meno rilevate. Le norme di deontologia sono contenute in codici di autoregolamentazione non aventi forza di legge: ad essi il professionista si adegua in osservanza del suo sentire morale ed etico, salvi risvolti disciplinari che avranno effetti all’interno della categoria di appartenenza. Sebbene il rapporto tra tali codici e le fonti del diritto necessiti di una maggiore analisi dottrina, è comunque possibile rilevare che rendere legislativamente obbligatorio tali ‘codificazioni’, comporta chiaramente la violazione del principio di gerarchia delle fonti ed si pone in contrasto col disposto costituzionale che impone alla legge e solo alla legge la possibilità di imporre trattamenti sanitari obbligatori, a tutela dell’interesse collettivo.

Ancora, la disciplina si occupa specificatamente dell’*attivazione o non attivazione* di trattamenti terapeutici, ma nulla dispone in merito alla loro sospensione, che comporterebbe la necessità di un “comportamento attivo” del medico e della struttura sanitaria, così come non solo il “caso Englaro”, ma anche il “caso Welby” hanno acclarato, e che la summenzionata sentenza del TAR Lombardia del 22 gennaio 2009 ha ritenuto fosse preciso dovere dell’amministrazione

garantire. Il silenzio del legislatore comporta una confusione fra 'l'adempimento di un dovere' (art. 51 c.p.), quale quello di agire nel rispetto del diritto del paziente di rifiutare le cure e sospendere i trattamenti sebbene ciò ne causerà la morte, e 'il divieto di uccidere un consenziente' (da cui il divieto di eutanasia, ex art. 579 c.p.) attraverso un intervento positivo senza il quale la morte non si verificherebbe. La differenza fra i due comportamenti risiede nel loro fine: nel primo esso è rispettare un diritto, nel secondo invece dare la morte⁸⁶.

Infine è evidente il "potere del medico curante", conferitogli dal legislatore, di porre nel nulla ogni determinazione di trattamento resa dal paziente nelle dichiarazioni anticipate, anche laddove egli abbia provveduto alla nomina di un fiduciario, il quale dovrebbe agire nel solo interesse del paziente, "sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente espresse nella dichiarazione" (art. 6). Le sue determinazioni, infatti, sono semplicemente "sentite" dal medico, che, sebbene agisca secondo la generica formula "in scienza e coscienza", deve applicare il principio di inviolabilità della vita. Avverso tale principio e le determinazioni sanitarie che necessariamente ne conseguono, non risulta vincolante neppure il parere del collegio di medici, al quale è sottoposta la valutazione in caso di contrasto fra fiduciario e medico, nonostante ciò dovrebbe rappresentare l'ultima e più autorevole voce scientifica in controversie di tal genere⁸⁷.

De iure condendo allora si può rilevare come la disciplina posta dal d.d.l. fallisca negli intendimenti che si proponeva.

⁸⁶ PIOGGIA A., *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit. e VIGANÒ F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente*, cit. p. 22.

⁸⁷ Sul punto C. SBAILÒ, *Testamento biologico alla Camera. Una 'navetta' decisiva*, in *www.forumcostituzionale.it*, il quale afferma che il legislatore sembra quasi scoraggiare la nomina di un fiduciario, il quale, laddove adottasse un comportamento omissivo, potrebbe facilmente essere accusato di aiuto al suicidio o omicidio del consenziente.

Infatti, se parte della dottrina addirittura ritiene non necessaria una legge sul cd. testamento biologico, perché una disciplina sulle scelte di fine vita può desumersi, attraverso l'interpretazione dei giudici, dalle norme costituzionali, dai codici di deontologia medica, dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta di Nizza⁸⁸, non si può negare che una corretta definizione legislativa delle dichiarazioni anticipate di trattamento e delle modalità attraverso le quali renderle, una regolamentazione puntuale della sospensione di trattamenti terapeutici già intrapresi, nonché una disciplina del rapporto medico/paziente (i.e. alleanza terapeutica) in siffatte ipotesi avrebbe certamente reso meno problematico il quadro dell'applicazione delle norme costituzionali, che in questi casi entrano in gioco.

L'insuccesso della disciplina, così come attualmente si conforma, deriva fundamentalmente da due elementi. In primo luogo, viene posta nel nulla la volontà del paziente espressa in una dichiarazione anticipata di "orientamento" non vincolante, dando prevalenza data in ogni caso alle valutazioni del medico curante o del tutore: di contro, rendendo vincolanti le "dichiarazioni anticipate di trattamento" si ridurrebbero e delimiterebbero i casi, come quello di specie, nei quali è consentita la determinazione presuntiva della volontà del soggetto divenuto incapace, limitandosi di conseguenza anche i casi in cui il tutore dovrebbe decidere per conto dello stesso. ma soprattutto dalla presunzione legislativa e assoluta della prevalenza del diritto all'integrità fisica rispetto al principio di autodeterminazione terapeutica.

In secondo luogo, la presunzione legislativa di assoluta prevalenza del diritto all'integrità fisica e rispetto al principio di autodeterminazione terapeutica, altera il bilanciamento fra gli interessi costituzionalmente coinvolti in casi del genere. In tal senso la dottrina ha espresso una forte critica nei

⁸⁸ Così PACE A., *L'inutile pratica della legge 'per' Eluana*, cit. e CARLISSARE L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, cit.

confronti del d.d.l., individuandovi la volontà del Parlamento di sostituirsi con le sue valutazioni di natura eminentemente politica a quella del singolo individuo, riappropriandosi del concetto di benessere del singolo e ridefinendo il rapporto fra questo ed il potere pubblico, attraverso una sostituzione integrale dello Stato alla persona⁸⁹.

Sembra, inoltre, inopportuno che, in un ambito come quello della salute, sempre soggetto al continuo progredire della scienza medica e della tecnologia, il legislatore decida di sostituirsi in tutto alla scienza. La stessa Corte costituzionale ha ribadito più volte che le scelte legislative in questo ambito non posso essere frutto delle “pure valutazioni di discrezionalità politica”, non prendendo in considerazione gli indirizzi derivanti dalle conoscenze scientifiche e dalle evidenze sperimentali acquisite da organismi a ciò deputati⁹⁰.

Invero, del provvedimento approvato in prima lettura in Senato quasi due anni fa —e che ora giace insabbiato alla Camera— oggi non si dibatte più, tranne quando viene momentaneamente richiamato all'attenzione dal verificarsi di “scelte di fine vita” estreme di grandi esponenti della nostro panorama culturale: evidente allora appare la sua natura di “regolamento di conti” fra Parlamento e potere giudiziario, sull'onda delle polemiche sollevate dal controverso “caso Englaro”⁹¹. Esso, in ogni caso, faceva emergere un legislatore che “vuole far da sé”, il che, com'è ovvio, crea delle gravi conseguenze sulla capacità della legge di rispecchiare il quadro sociale e culturale sul tema alquanto articolato e complesso.

Nel campo della bioetica, dove i problemi che si pongono riguardano la scienza biologica e la tecnologia medica, insieme alla vita e alla salute delle persone, il diritto non può avere la

⁸⁹ PIOGGIA A., *op.ult.cit.* e CARLASSARE L., *op. ult. cit.*

⁹⁰ C. COST. SENT. n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003.

⁹¹ D'ALOIA A., *op. cit.*, p. 265.

pretesa di arrivare per primo, di procedere da solo, nella più totale indifferenza e senza un “dialogo” con le prime⁹².

Sarebbe allora auspicabile che la disciplina legislativa attualmente in discussione alla Camera, pur nella necessaria definizione dell’assetto normativo del fine vita, da un lato individui strumenti che garantiscano ai pazienti la libertà di esercitare il proprio indiscusso diritto di autodeterminazione terapeutica, attraverso il riconoscimento della vincolatività delle scelte operate, qualunque esse siano e sebbene revocabili in ogni momento e regoli le modalità attraverso le quali garantire l’effettività delle scelte; dall’altro consenta ai medici di agire autonomamente, nel rispetto delle scelte del malato e secondo i propri intendimenti e le proprie concezioni etiche, senza alcuna coercizione definitoria pregressa; il tutto nell’ambito dei principi dello Stato sociale, che garantiscono, l’assistenza sanitaria a tutti i cittadini, a prescindere dall’opzione terapeutica effettuata.

3.1. Uno sguardo fuori dall’Italia. Il fine vita negli Stati Uniti

Come è chiaro, il tema del “fine vita” vive in un quadro di riferimento alquanto incerto per il giurista, a causa dell’inesistenza di un univoco protocollo scientifico e perché la autonomia e la responsabilità del medico sono valutate alla luce dei divieti vigenti nella legislazione nazionale improntata alla “tutela del diritto alla vita”.

Tale incertezza si accentua ancora di più se si guarda nella prospettiva comparata di diversi Paesi, in cui le divergenze sono dovute, sia alla situazione ordinamentale che prevede differenziate soluzioni di assunzione delle decisioni

⁹² AGOSTA S., *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 5.

terapeutiche, che ai diversi atteggiamenti culturali, filosofici, sociali, difficilmente riconducibili ad unità.

Negli Stati Uniti, dove la Costituzione del XVIII sec. ovviamente non contiene al suo interno alcuna disposizione sul tema, ma viene interpretata in via evolutiva, casi sul diritto di rifiutare le cure si verificano dai primi anni 70. In particolare a dare avvio ad un filone di pronunce sul tema delle direttive anticipate è una sentenza della Corte Suprema del New Jersey del 1976⁹³ e riguardava la vicenda di Karen Quilan, ridotta in stato vegetativo persistente e i cui genitori chiedevano l'autorizzazione a staccare il ventilatore artificiale. Tale richiesta si fondava su un giudizio di fatto dei richiedenti che accomunavano la cura del paziente in stato vegetativo persistente all'accanimento terapeutico, in considerazione dei pareri scientifici e medici sostenevano che la ragazza non avrebbe mai più riacquisito coscienza.

La Corte, nell'accogliere la richiesta, ne reperiva il fondamento giuridico nel diritto alla *privacy*, che comprende anche il diritto a rifiutare le cure, del quale non è privato il paziente in stato di totale incoscienza e che, in questi casi, viene esercitato dai genitori o dal tutore (*substitute judgement standard*).

Dopo il caso *Quilan*, la Corte del New Jersey si premurò di precisare la sua dottrina, nei casi *Conroy* e *Jobes*⁹⁴, nei quali, rifacendosi alla dottrina *Quilan*, precisa che il *substitute judgement standard* è la decisione che avrebbe preso il paziente in condizioni di coscienza; tale volontà può essere espressa in un *living will* (testamento biologico) o con l'istituzione di un *durable power of attorney* (la nomina di un rappresentante speciale per le decisioni sanitarie).

Ma il caso che negli Stati Uniti ha costituito un passo decisivo nell'evoluzione della giurisprudenza sul tema delle decisioni terapeutiche di fine vita è stato il caso *Cruzan*

⁹³ *In re Quilan* 355 A.2d 647 (1976).

⁹⁴ *In re Conroy* 486 A.2d 1209 (1985) e *In re Jobes* 529 A.2d 404.

deciso dalla Corte Suprema Federale nel 1990⁹⁵. Con questa pronuncia, la Corte Suprema, nel confermare la decisione della Corte del Missouri, nega ai genitori del paziente l'autorizzazione a staccare l'alimentazione artificiale, per la prima volta esprimendosi sulla questione se la Costituzione USA riconosca ai pazienti incapaci il *right to die*.

La Corte Suprema esclude che il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, come appunto l'alimentazione e idratazione artificiale, sia da ancorare alla *privacy*, riconoscendone invero il fondamento nel XIV emendamento, il quale esclude che nessuno Stato possa privare un uomo della propria vita, senza un *due process of law*.

Le scelte sul fine vita, dunque, sono profondamente personali (*deeply personal decision*) e possono essere accertate solo attraverso prove chiare e convincenti (*clear and convincing evidence standard*) che il paziente avrebbe fatto determinate se cosciente. Poiché i genitori possono

“essere mossi da forti sentimenti [...] ma non c'è nessuna automatica garanzia che il giudizio dei familiari più stretti sia necessariamente lo stesso che avrebbe effettuato il paziente [...] lo Stato può

⁹⁵ *Cruzan v. Director*, 497 US 261 (1990). Per il commento SANTUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro. It.*, IV, 1991, p. 66 e ss. e PONZANELLI G., *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti ed il "right to die"*, ivi, p. 72 e ss. Nancy Cruzan si trovava in stato vegetativo permanente a seguito di un incidente e veniva alimentata e idratata artificialmente. Accertata l'irrecuperabilità del suo stato, i genitori chiesero alla *trial court* del Missouri l'autorizzazione al distacco dell'alimentazione, ricevendo l'accoglimento della richiesta. Tale decisione venne poi ribaltata dalla Corte Suprema dello stesso Stato, la quale riconobbe nella legge del Missouri sul testamento biologico una chiara scelta politica in favore della conservazione della vita e che i genitori del paziente non avrebbero potuto esercitare il *substituted judgement* in assenza di *prove chiare e convincenti* che la paziente, se cosciente, avrebbe scelto in tal senso. nonché da quella federale, con la decisione della quale si dà conto.

riferirsi solo alla volontà di questo, piuttosto che confidare sulle decisioni dei familiari”.

Infine, nel caso *Glucksberg*⁹⁶, nel quale il diritto del paziente sulle decisioni di fine vita, da suffragarsi solo attraverso prove certe e attendibili della sua volontà, non può trasformarsi in “diritto ad essere assistito nel commettere suicidio”, poiché lo Stato ha, da parte sua, “l’interesse a proteggere l’integrità e l’etica professionale”. Il suicidio assistito è fondamentalmente incompatibile con il ruolo terapeutico del medico, il quale deve solo rendere il paziente informato sul trattamento, restando estraneo alle sue decisioni ultime.

Alla luce della summenzionata giurisprudenza, ogni Stato si è dotato di una corposa legislazione in materia, anticipata nel 1990 dal *Federal patient Self-Determination Act*, che, dopo il caso *Cruzan*, aveva lo scopo di imporre agli ospedali e nelle strutture ospedaliere che ricevono fondi federali, la conoscenza della legislazione statale in materia e di informare i pazienti al momento dell’ammissione della possibilità di compilare un *living will*⁹⁷.

Infatti, gli strumenti predisposti dalla legislazione americana sul tema delle decisioni di fine vita sono due: il *living will* (testamento biologico) e gli *health care power of attorney statues* (i rappresentanti speciali in materia di trattamenti sanitari).

Il *living will* è un atto scritto attraverso la persona, esprime il suo dissenso rispetto a certi tipi di cura, per lo più provvedimenti di sostegno vitale, con effetti vincolanti

⁹⁶ *Washington et al. v. Glucksberg et al.*, 117 S.Ct. 2258 (1997), riportata in *Foro it.* 1999, IV, 76, con nota di PONZANELLI G., *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del “right to assisted suicide”*.

⁹⁷ NEPI L., *Testamento biologico: una critica dell’esperienza statunitense*, in *Arch. Giur.*, n. 1, 2009, p. 106 afferma che questa legge che ha suscitato un ampio dibattito, perché spesso viene percepita dai pazienti come uno strumento per ridurre la spesa sanitaria, piuttosto che come una forma di tutela della autonomia individuale.

nei confronti del medico, anche qualora il soggetto cadesse in stato di incapacità⁹⁸.

In effetti, l'istituto del testamento biologico, non ha avuto grande successo negli Stati Uniti, perché la manifestazione di volontà in esso espressa non è più attuale nel momento in cui è destinata a produrre effetti: non si può essere certi che la volontà del paziente incapace nel frattempo sia rimasta invariata. Inoltre la cogenza della dichiarazione compromette spesso la qualità del rapporto medico-paziente: il primo indotto a non imbarcarsi in trattamenti non espressamente richiesti, anche se ritenuti utili alla salute del paziente; il secondo finisce per considerare il medico sempre incline all'accanimento terapeutico.

L'*health care power of attorney statute*, invece, è l'atto scritto col quale il dichiarante individua un soggetto, un fiduciario, il quale, in caso di sopravvenuta incapacità, diventerà suo rappresentante speciale capace di prendere per il paziente qualsiasi decisione in ambito terapeutico, vincolante per il medico. Ovviamente, poiché un diritto personalissimo non può essere esercitato dalle scelte di un altro, il diritto americano ricorre ad una finzione giuridica per la quale, una volta nominato con atto scritto, il fiduciario agisce tramite il *substituted judgement test*, ricostruendo la volontà del paziente dalle sue direttive, oppure laddove non siano espresse tenendo conto della sua personalità e del suo stile di vita. Solo quando non sarà possibile operare tale ricostruzione si ricorrerà al criterio del *best interest*, prendendo le decisioni più confacenti gli interessi del malato.

Anche questo istituto presenta dei risvolti non del tutto positivi. Infatti, nel caso in cui non siano presenti direttive del malato, è di tutta evidenza che, il fiduciario agirà da solo fondando il proprio giudizio sulla qualità della vita del malato stesso. Mentre anche laddove ci siano delle direttive

⁹⁸ La prima legge sul punto è il *Natural Death Act* dello Stato della California del 1976, nato sull'onda emotiva del caso *Quilan*.

impartite dal malato, esse non si sottraggono agli stessi dubbi di attualità posti per il *living will*.

In realtà, gli studi condotti sull'applicazione del *living will* hanno evidenziato come questo sia uno strumento poco utilizzato⁹⁹ e come nel 80% dei casi a prendere queste decisioni sia il tutore o fiduciario se nominato. Ciò perché, se la salute è un bene appartenente alla sfera più intima della persona, la scelta di curarsi o no è personalissima e può anche essere soggetta ad una "pianificazione anticipata delle cure"¹⁰⁰, ma la pianificazione è tutt'altra cosa della attualità. Il testamento biologico ha ad oggetto livelli di cognizioni e di disponibilità di scelte terapeutiche, che possono facilmente variare nel tempo a seconda delle idee del soggetto, come anche del progresso della scienza e della tecnica medica.

3.2 (segue) *Il fine vita in Europa. La giurisprudenza e la legislazione olandese, belga e tedesca*

In Europa, escludendo l'art. 3 della Carta di Nizza sul principio del consenso informato, non esiste una disciplina uniforme per tutti gli Stati membri sul fine vita, ma singoli stati si sono dotati di discipline alquanto diversificate sul tema.

La linea di demarcazione fra la posizione della giurisprudenza statunitense e quella continentale risiede nel fatto che la prima valorizza a pieno autodeterminazione del paziente, il quale istituisce col medico un rapporto contrattuale al quale il medico è obbligato ad adeguarsi; la seconda invece valorizza la valutazione tecnico scientifica del sanitario, nell'ambito della quale assume sempre maggior rilievo la posizione delle famiglie¹⁰¹.

⁹⁹ SIMONCINI A., SNEAD O.C., *op. loc. cit.*, p. 24.

¹⁰⁰ PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 69.

¹⁰¹ CASTORINA E., *Concezioni bioetiche e principi costituzionali*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n.2-3, 2009, p. 338, il quale nota che all'interno

Archetipo di questa posizione continentale è il caso *Airedale NHS Trust v. Bland* (House of Lords 1993), nella cui risoluzione viene lasciato al medico, nell'oggettivo esame tecnico del caso clinico, la valutazione di convenienza ed appropriatezza del trattamento da somministrare in presenza di una qualche prospettiva di recupero anche di parte delle funzioni vitali, non avendo quest'ultimo "l'obbligo giuridico di somministrare trattamenti che siano inutili secondo un'accreditata valutazione medica della condizione di vita del paziente e che non corrispondano al suo migliore interesse".

Il ruolo che nella giurisprudenza europea viene riservato al medico è stato evidenziato anche da una più recente pronuncia dell'Alta Corte di Giustizia di Inghilterra, che ha avuto modo di esprimersi su un caso di eutanasia passiva nel caso *B. c. NHS Hospital Trust*¹⁰².

Una donna tetraplegica, paralizzata dal collo in giù e tenuta in vita solo attraverso un sistema di respirazione artificiale, riesce ad ottenerne lo spegnimento, nonostante l'opposizione dell'ospedale in cui era curata, sulla base di una decisione fondata sull'applicazione di alcuni principi consolidati nel diritto inglese.

In primo luogo il principio dell'autodeterminazione dell'individuo, dal quale deriva il diritto del paziente capace di intendere e di volere di rifiutare le cure anche se ciò potrebbe portarlo alla morte. Tale principio entra in conflitto col diritto alla vita, che tuttavia nella giurisprudenza inglese non ha carattere assoluto e deve cedere di fronte all'autodeterminazione del paziente.

della comunità medica si percepisce una sensibile difficoltà a recepire il modello nordamericano, in un tessuto socio-sanitario nel quale è radicata la convinzione che il medico sia tenuto a curare nel miglior interesse del paziente assecondando in tal modo in impegno "ippocratico" nei confronti di quest'ultimo.

¹⁰² *Alta Corte di Giustizia di Inghilterra*, 22 marzo 2002, *B. c. NHS Hospital Trust*.

In secondo luogo, tali affermazioni possono essere surrogate solo dalla capacità di intendere e di volere del paziente, la verifica della quale spetta ai medici ed è comunque dipendente dall'atto che il paziente vuole compiere: tanto più la decisione è ricca di conseguenze, tanto maggiore dovrà essere la capacità richiesta per adottarla.

Invero, il paese europeo più attivo nella riflessione sul fine vita è stato l'Olanda. Il codice penale olandese prevedeva in effetti prevedeva due norme sull'omicidio del consenziente e sull'aiuto al suicidio (art. 293 e 294). Tuttavia già nel 1973, la giurisprudenza adoperava l'art. 40 dello stesso codice penale che disponeva la scriminante della forza maggiore, al fine di rendere non punibili le fattispecie di cui sopra. Gradualmente la giurisprudenza poi individuò alcuni criteri atti a guidare il comportamento di medici e pazienti nei casi di scelte di fine vita: l'eutanasia passiva era praticabile senza incorrere in azione penale se il paziente fosse un malato terminale, afflitto da intollerabili dolori fisici e psichici, e se lo stesso avesse fatto richiesta di essere liberato dal suo dolore. Il soggetto abilitato a porre in essere pratiche eutanasiche poteva essere solo un medico e la morte del paziente doveva comunque essere imminente.

Nel 1994 in Olanda entra in vigore la prima legge che cristallizza in disposizioni chiare i suddetti criteri, aggiungendo, per depenalizzare i reati di cui agli art. 293 e 294 del codice penale, che è necessario che l'intervento eutanasico può avvenire solo previa consultazione con un altro medico che confermi il fondamento delle richieste del paziente.

A questa si aggiunge nel 1995 la legge sul consenso informato anche del paziente incapace; in particolare, poiché il medico non può senza il consenso del paziente praticare alcuna terapia, ancorchè ritenuta necessaria, veniva impedito anche che un malato venisse mantenuto in vita contro la sua volontà.

Infine la legge del 2001 conclude il percorso cominciato nel 1993. In particolare vengono riformulati gli art. 293 e 294 del

codice penale, rendendo le pratiche eutanasiche legali e viene proceduralizzata per legge l'attività che porti alla fine della vita del paziente, anche tramite l'istituzione di cinque commissioni regionali che regolino l'esercizio dell'azione penale in questi casi, facendo da filtro alle azioni del pubblico ministero e a quelle dell'ispettore sanitario verso l'ordine dei medici.

Alla base delle considerazioni del legislatore olandese sta la conoscenza di un fenomeno sommerso, prodotto dal potere dei medici nel rapporto col paziente. Si tratta di una scelta coraggiosa, tuttavia è evidente che di fronte agli enormi problemi di carattere etico, più che scegliere una strada teorica generale a suffragio delle sue tesi, si è preferito trovare delle soluzioni ai problemi attraverso una regolazione empirica, costruita sulla base della stratificazione di uniformi interventi giurisprudenziali e legislativi., realizzando un compromesso fra le diverse idee politiche ed etiche.

In Belgio l'attivismo giurisprudenziale e legislativo in tema di fine vita è più recente e risale alla seconda metà degli anni 90, ma la legge adottata nel 2002 risulta ancora più liberale di quella olandese, espressione del pluralismo etico e culturale che fonda la società belga. L'art. 2 definisce l'eutanasia come "un acte, pratiqué par tiers, qui met intentionnellement fin a la vie d'une personne a la demande de celle-ci"; in tal modo si operava una forzatura anche nei confronti della componente cattolica che in Parlamento aveva cercato di limitare in tutti i modi l'intervento del legislatore.

L'art. 3 si occupa di disciplinare le procedure attraverso le quali il medico deve dar corso all'intervento eutanasico, avendo cura che la domanda venga formulata per iscritto dalla persona cosciente, tra la richiesta e l'intervento deve ricorrere un mese, nel quale la richiesta viene esaminata da un secondo medico indipendente.

In caso di incapacità del paziente, non in grado di agire da solo, la domanda può essere fatta da un maggiorenne, parente o tutore del paziente, il quale però perde ogni diritto a ricevere

alcun beneficio dalla morte del paziente. In tale richiesta saranno indicati i motivi dell'incapacità del paziente, ferma restando la possibilità di quest'ultimo di revocarla in ogni momento.

La legge regola anche le possibili dichiarazioni anticipate di trattamento da parte dei pazienti, stabilendo una validità non superiore a cinque anni e la istituzione di una commissione federale di controllo sulle pratiche eutanasiche, alla quale il medico dovrà entro sette giorni inviare tutta la documentazione relativa alla morte del paziente.

Infine gli art. 14 e 15 si occupano rispettivamente di disciplinare l'obiezione di coscienza del medico e di disporre che coloro che si sottopongono a pratiche eutanasiche sono da ritenuti deceduti di morte naturale.

Ciò che appare evidente allora dall'esame delle legislazioni belga e olandese è che questi legislatori non si sono sottratti alla necessità di dover disciplinare comportamenti, divenuti diffusi nella società, al fine di evitare zone d'ombra che mettano a rischio l'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali. Essi dimostrano una grande maturità e la volontà di circoscrivere un fenomeno, che ha un enorme impatto nel comune sentire sociale, sapendo separare il concetto di eutanasia da quello di accanimento terapeutico.

In questa prospettiva il livello di queste legislazioni si caratterizza dal punto vista della tecnica giuridica adottata, perché nasce da una significativa collaborazione fra legislatore e giurisprudenza, la quale ha svolta prima della definizione legislativa della fattispecie, una attività di supporto che il legislatore ha utilizzato quale valido strumento per raccogliere esigenze e stimoli provenienti dalla società¹⁰³.

¹⁰³ CIMBALO G., *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, V, 2003, p. 32 e ss.

Il mosaico alquanto composito della legislazione e della giurisprudenza dei paesi europei¹⁰⁴ si arricchisce anche dell'esperienza di paesi come la Germania che hanno approvato una normativa sul fine vita, soltanto da breve tempo e si trovano ad affrontare ora giurisprudenzialmente l'applicazione della stessa.

In particolare è bene ricordare il recente caso che si è trovata a dirimere la Camera penale del *Bundesgerichtshof*. Prima di dar conto del caso, bisogna ricordare che il 1° settembre del 2009 è entrata in vigore in Germania la “terza legge per la modifica dell'amministratore di sostegno”, la quale ha integrato l'art. 1901 BGB, introducendo il *Patientenverfugung* (disposizioni del paziente), di natura vincolante. La disciplina distingue il caso in cui vi sia una dichiarazione del paziente, relativa al consenso ad un determinato trattamento da far valere in caso di sopravvenuta incapacità ad esternare la propria volontà, da quello in cui tale volontà non sia espressa. Nel primo caso, l'amministratore di sostegno è chiamato a valutare se le disposizioni presenti nella dichiarazione del paziente si riferiscano alle condizioni attuali e di salute dell'amministrato e, in caso affermativo, lo stesso amministratore è tenuto a farle rispettare. In assenza di tale dichiarazione, l'amministratore di sostegno è tenuto ad accertare la volontà presunta dell'amministrato e prendere su tali basi la decisione di accettare o rifiutare un determinato trattamento. La volontà presunta dell'amministrato deve essere accertata in base a indizi concreti, tratte da precedenti dichiarazioni orali dello stesso, dalle sue convinzioni etiche e religiose. L'accertamento di volontà del paziente incapace si fonda su una serie di atti procedimentalizzati che vanno dal colloquio fra medico e amministratore, alla possibilità di pronunciamento dei parenti e di altre persone di fiducia del paziente.

¹⁰⁴ Sul punto CANESTRARI S., CIMBALO G., PAPPALARDO G. (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003 e GALOFARO F., *Eluana Englaro. La contesa sulla fine della vita*, Roma 2009, p. 91 e ss.

Il caso recentemente risolto dal BGH¹⁰⁵, nasce dal ricorso promosso da un avvocato, condannato in primo grado per tentato omicidio, per aver consigliato alla sua assistita, figlia e amministratrice di sostegno di una donna in coma dal 2002, di tagliare il sondino che la alimentava e idratava, al fine di assecondare la volontà espressa in tal senso dalla paziente prima che cadesse in stato di incoscienza. Tale atto era l'ultimo di una vicenda che vedeva opposti l'amministratrice e il medico, favorevoli all'interruzione del trattamento, e la casa di cure che, dopo aver inizialmente acconsentito, aveva disposto poi il ripristino del trattamento stesso¹⁰⁶.

Il BGH, decidendo difformemente dal tribunale di primo grado, si pronuncia per l'assoluzione del avvocato, proprio in considerazione della intervenuta modifica alla disciplina dell'amministratore di sostegno. Si consolida così un orientamento costante della giurisprudenza tedesca sulla liceità del *passive Steberhilfe* nel caso di soggetti incapaci.

Tale orientamento per la prima volta si afferma con una sentenza della stessa Camera penale del BGH nel 1994, in un caso noto come "*Kempter fall*"¹⁰⁷. In esso la Corte si trova a decidere dell'interruzione dell'alimentazione ed idratazione di un incapace a seguito di danni cerebrali irreversibili. In quel caso, pur non trattandosi di vera e propria eutanasia passiva, perché la malattia del paziente non lo avrebbe condotto alla morte, il BGH ritenne che viste le particolarità del caso, in via eccezionale non fosse da escludersi a priori la possibilità di lasciare morire il paziente per mezzo dell'interruzione della cura medica, purché potesse evincersi una volontà presunta

¹⁰⁵ BGHSt, 25 giugno 2010, 2 StR 54/09.

¹⁰⁶ Determinazione fra l'altro ritenuta illegittima sia dal giudice di primo grado che dal BGHSt, in base a consolidata giurisprudenza che non autorizza il proseguimento della nutrizione e idratazione artificiale su un paziente in stato vegetativo permanente, contro la sua volontà espressa anche attraverso l'amministratore di sostegno, per violazione dell'art. 2, c. 2, de GG, che tutela l'integrità fisica e costituisce il fondamento del diritto del rifiuto delle cure nell'ordinamento tedesco.

¹⁰⁷ BGHSt, 13 settembre 1994, 40, 257.

del paziente in tal senso, dovendosi in ogni caso rispettare il diritto alla sua autodeterminazione.

Dieci anni dopo¹⁰⁸, la stessa Corte torna sul tema, discostandosi in parte dalla sentenza *Kempter*. Infatti l'interruzione del trattamento di alimentazione e idratazione ad un paziente in stato vegetativo permanente viene ritenuto ammissibile, ma solo subordinatamente al caso in cui sia accertato che lo stato patologico abbia un decorso mortale irreversibile.

Se, dunque, il punto di partenza delle due pronunce è identico, cioè il principio per il quale il trattamento compiuto nei confronti dell'incapace, in quanto invasivo della sua sfera corporea, necessita di una legittimazione, che è reperibile solo nella volontà, anche presunta, dello stesso, molto diverso invece è il rilievo attribuito allo stato della malattia, che rende il *passive Steberhilfe* ammissibile o meno.

A sanare queste divergenze interpretative è intervenuta oggi la modifica dell'art. 1901 BGB, il quale afferma chiaramente che le disposizioni del paziente si applicano *indipendentemente* dalla natura e dallo stadio della malattia, creandosi così un quadro giuridico volto a tutelare prioritariamente la volontà del paziente, sia che essa sia espressa in dichiarazioni anticipate di trattamento, sia che essa sia ricostruita ad opera della figura dell'amministratore di sostegno.

Nella sentenza del 2010 la Corte ha dunque gioco facile nell'affermare l'ammissibilità dell'interruzione del trattamento, soprattutto in presenza, come nel caso di specie, di una volontà espressa¹⁰⁹, ma si premura anche di condurre alcune riflessioni sulla natura dell'atto che comporta l'interruzione, ai fini della sua qualificazione fra le fattispecie lecite o meno di eutanasia.

¹⁰⁸ BGHSt., 8 giugno 2005 (XII ZR 177/03)

¹⁰⁹ In ogni caso la stessa Corte precisa che anche laddove la volontà della paziente non fosse stata espressa, la riforma del BGB ha posto un *iter* procedurale che ne garantisce la ricostruzione della volontà sulla base di indizi concreti.

Qui si reperisce, invero, il punto di distacco dalla precedente giurisprudenza che distingue l'eutanasia passiva da quella attiva solo sulla scorta della natura commissiva o omissiva dell'azione¹¹⁰. La Corte ritiene si tratti di una finzione inammissibile, perché l'atto di spegnimento si configura come un comportamento naturalisticamente attivo, come anche la mera interruzione delle cure si sostanzia in una serie di azioni attive, in un *facere*, che difficilmente può configurare un omissione o un comportamento passivo.

È un nuovo "concetto superiore normativo-valutativo" a rendere ammissibile la sospensione del trattamento. Tale concetto si compone di un elemento oggettivo, determinato dalla natura della azione che porta all'interruzione della cura, e di un elemento soggettivo, determinato dalla volontà del paziente. Tale ammissibilità rende giustificate le azioni non solo del medico e/o dell'amministratore, ma anche di soggetti terzi, come nel caso di specie l'avvocato dell'amministratore, purchè coinvolti dai primi due.

¹¹⁰ Anche la Corte E.D.U. si è espressa nel 2002 sull'inammissibilità dell'eutanasia attiva e dell'omicidio del consenziente nel caso *Pretty c. Regno Unito*. Il caso era quello di una donna inglese, ancora cosciente e capace, affetta da una grave malattia degenerativa delle cellule motorie del sistema nervoso centrale, che l'aveva paralizzata e che l'avrebbe condannata ad una morte dolorosa nei mesi successivi, avrebbe voluto scegliere come e quando morire al fine di risparmiarsi le sofferenze dello stadio terminale della malattia da cui era affetta. Impossibilitata a compiere il gesto da sola a causa della paralisi, si era rivolta al Director of Public Prosecutions affinché non perseguisse penalmente il marito che la avrebbe aiutata nel suicidio. La donna si vide respingere la richiesta, sia da questi, che dalla Divisional Court, che dalla House of Lords, tutti motivando sulla base dell'esistenza nel diritto inglese del divieto di suicidio assistito. Da qui il ricorso della donna alla CEDU perché dichiarasse l'incompatibilità delle norme inglesi rispetto agli art. 2, 3, 8, 9 e 14 della Convenzione. *Corte europea dei diritti dell'uomo*, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, 194

4. Riflessioni conclusive

Il dibattito sulla eutanasia attraversa la società, fin dal 1605, anno in cui Francis Bacon nel suo saggio *Il progresso della Conoscenza*¹¹¹ introdusse per la prima volta il termine, auspicando che i medici imparassero “l’arte di aiutare gli agonizzanti a uscire da questo mondo con più dolcezza e serenità”.

Oggi il progresso della ricerca biologica e genetica consente all’uomo la possibilità di ricreare l’inizio della vita e di prolungarla, aldilà degli eventi naturali dell’invecchiamento e della malattia, aldilà di ogni aspettativa e di ogni ragionevole motivo. Vieppiù, la classe medica può anche decidere della “qualità della vita”, non solo della sua durata, ma altresì delle modalità della morte e dei suoi tempi. L’eutanasia oggi assume dunque anche il significato di strumento per contrastare l’accanimento terapeutico e l’eccessivo potere della medicina sull’uomo, ripristinando “l’ordine naturale”.

Sovviene a questo punto una suggestione proveniente dal pensiero di Binding¹¹², il quale riteneva che l’eutanasia fosse un atto terapeutico che non dovesse essere proibito. L’A., infatti, riteneva che esistessero vite, che non fossero degne di essere vissute e che, in quanto tali, il bene giuridico vita non meritasse più di essere protetto dall’ordinamento. È stato osservato da alcuni commentatori¹¹³ come l’A. non parlasse più di essere umani, né di persone, ma di vite o esseri viventi, in ciò operando una distinzione cruciale tra “vite dotate di valore” e che meritano di essere protette e vite senza valore dunque “senza diritti”. Soggiaceva, come è evidente a questa filosofia l’idea che tendeva a subordinare il “valore delle

¹¹¹ BACON F., *The advancement of learning*, Modern Library, New York, 2001.

¹¹² BINDING K., *Die Normen und ihre Ubertretung*, Band 1, 2 Aufl., Leipzig, 1890.

¹¹³ DEFANTI C.A., *La qualità della vita, le decisioni di fine vita e l’argomento della “deriva nazista” della bioetica*, in *Filosofia politica*, n. 3 2009, p. 372.

persone” al “valore di un ordine superiore”, quello dello Stato e del popolo.

È chiaro allora che il concetto di “valore” da assegnare alla vita di un uomo, che resta uomo a prescindere dalle condizioni fisiche e mentali nelle quali si trova, è oggi del tutto inaccettabile, soprattutto in considerazione del seguito che il pensiero di Binding ebbe in Germania, messo in pratica dal regime nazista con esiti disastrosi e proprio sulla base del concetto di valore.

Certo è che nella tematica del fine vita, anche oggi almeno nel panorama italiano, “due opposte fazioni” si fronteggiano, ed è evidente il “carattere aggressivo e gerarchico dei valori”, che già Schmitt metteva in luce in un dei suoi saggi¹¹⁴. L'A. ricordava che il concetto di valore, nato in economia, solo alla fine dell'Ottocento era entrato a far parte della riflessione filosofica in concomitanza con le cosiddette “filosofie della vita”, facendo così scomparire la distinzione fra valore come prezzo e valore come “dignità”. Il termine valore tende ad assommare in sé una vasta gamma di concetti, come il bene, il vero, il bello e come anche la dignità, ma in questa vasta gamma “la logica dei valori” è il loro carattere “aggressivo” e gerarchico: essi tendono alla loro realizzazione e a entrare in conflitto ed il “valore di rango inferiore” cede di fronte a quello “superiore”.

Si riscontrano, allora, strane le similitudini fra queste idee e le modalità dell'odierno dibattito sul fine vita, il quale sembra essersi dimenticato di un assunto fondamentale nella nostra cultura, quello cioè che ogni essere umano è dotato di eguale valore morale e dignità, qualsiasi siano le sue opinioni su come gestire la propria vita, in qualunque condizione essa venga vissuta, e che uguale rispetto meritano tutti, perché la dignità è “un attributo categoriale che coincide con l'uomo e che lo distingue dagli altri esseri viventi¹¹⁵”.

¹¹⁴ SCHMITT K., *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.

¹¹⁵ DEFANTI C.A., *La qualità della vita, le decisioni di fine vita e l'argomento della “deriva nazista” della bioetica*, cit., p. 377.

Ed è dalla idea della eguaglianza nella dignità fra tutti gli uomini che il legislatore italiano dovrebbe partire laddove volesse disciplinare le scelte terapeutiche di fine vita.

Ciò sarebbe possibile solo se la politica abbandonasse quella dialettica *amico/nemico* di impronta schmittiana¹¹⁶ che la caratterizza in modo palese nei momenti di grave crisi sociale, istituzionale ed economica.

Di più e sempre sulla scorta del pensiero dello studioso tedesco, è stato evidenziato di recente in dottrina¹¹⁷, e con tale rilievo si concorda, come l'atteggiamento manifestato dalla politica in relazione al caso concreto del quale qui si è discusso, sembra ripercorre pericolosamente la via del *decisionismo giuridico*, sintetizzabile nell'assunto per cui *“la decisione*

¹¹⁶ In realtà la teoria schmittiana tutta subì una manipolazione dovuta ai tragici eventi storici del secolo passato e che il dualismo *amico/nemico*, nella sua originaria formulazione, non era configurato nello stesso modo in cui oggi si atteggia. Secondo Schmitt infatti uno dei criteri propri della politica era la coppia *amico/nemico*, ma tale contrapposizione non era astratta o ideologica, non era basata su finzioni morali, etiche o giuridiche, ma reale. L'A. infatti, non poteva fare a meno di constatare nella realtà che 'i popoli si raggruppano in base a [tale] contrapposizione', dove il '*nemico* non è il *concorrente* o l'*avversario* [...] è solo un insieme di uomini [...], che si contrappone ad un altro gruppo umano dello stesso genere [...] è l'*hostis*, non l'*inimicus*'. Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 101 e ss., spec. p. 110-120. Lo Stato a sua volta assumeva in sé la caratteristica di sopprimere al proprio interno tale distinzione, tanto che lo Stato costituzionale e di democrazia pluralista non la ha espunta dalla politica, ma pacificata. Così J. FREUND, *L'amico e il nemico: un 'presupposto' del politico* (1965), trad. it., in ID., *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del politico*, a cura di A. CAMPI, Milano, 1995, il quale, dopo l'affermazione delle democrazie pluralistiche, ha individuato nella coppia *amico/nemico* e nel conflitto che ne deriva la condizione costitutiva dell'essenza della politica, ma introducendo una distinzione fondamentale relativa alla qualità del conflitto.

¹¹⁷ G. SORRENTI, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)*, in www.forumcostituzionale.it

¹¹⁸ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *le categorie del politico*, cit., p. 261.

produce diritto indipendentemente dalla sua adesione alla regola, perché se per il *normativismo* *la decisione adeguata alla norma deriva la sua forza giuridica* —i.e. legittimazione— *dalla norma stessa*, per il *pensiero giuridico fondato sulla decisione*, *la decisione contraria alla norma deriva la sua forza solo da sé medesima, dalla sua contrarietà alla norma*”¹¹⁸. L’atteggiarsi del rapporto politica-magistratura oggi si attiene a tali canoni: sivilta la portata della norma giuridica, si sivilisce anche la distinzione e la separazione fra politica e giurisdizione, per l’esaltazione della portata *decisionistica* di entrambe¹¹⁹.

Il secondo dato, necessariamente collegato al primo, è quello che rileva che neppure nell’ambito di tematiche così delicate, come quella determinata dalla necessità di una disciplina certa sul fine vita, la conflittualità fra i poteri riesca ad essere incanalata lungo la strada della risoluzione politica, ma sfoci sempre, o quasi sempre, per i toni oltremodo accesi del dibattito, in conflitti di attribuzione avanti la Corte. Nell’ambito del caso Englaro infatti, non solo è stato incardinato un conflitto fra potere legislativo e giudiziario, ma forti tensioni hanno attraversato anche i rapporti fra Governo e magistratura, nonché, ancora più gravemente, fra Governo e Presidenza della Repubblica, tensioni queste ultime, fortunatamente concluse sulla via della mediazione e del buon senso politico, ma che pongono all’attenzione degli studiosi come la conformazione attuale dei rapporti istituzionali non si ispiri alla leale collaborazione.

L’esperienza comparata degli ordinamenti olandesi e belgi ha infatti evidenziato come una fruttuosa collaborazione fra i poteri sia la base sulla quale è possibile costruire una legislazione sul fine vita, che oggi si rivela necessaria non solo a causa del progredire della scienza e della tecnologia, ma anche perché la materia costituisce uno di quegli argomenti

¹¹⁹ Così anche C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 75 e ss.

intorno ai quali si verificano quei “mutamenti sociali”, che lo Stato di democrazia pluralista deve essere capace di accogliere senza conflittualità.

Certo gli strumenti attraverso i quali porre questa disciplina sono i più diversi. Le esperienze ordinamentali straniere hanno evidenziato come in alcuni casi il *living will* non funzioni, perché non garantisce l'attualità della dichiarazione di volontà, e come tale attualità non sia garantita neppure dall'attribuzione ad un tutore o amministratore del potere di decidere attraverso la ricostruzione della volontà del paziente oramai incosciente. Il nostro ordinamento costituzionale ha dimostrato, come evidenziato dalla giurisprudenza esaminata, di possedere disposizioni come l'art. 32, 13 e 2, che interpretate alla luce delle odierne esigenze del diritto, consentono da sole di dirimere le questioni relative alle scelte di fine vita. Ma poiché tale esperienza non è ritenuta sufficiente, una disciplina legislativa del fine vita si rende necessaria.

Tenendo conto, da un lato, della conformazione la società italiana, e, dall'altro, della impossibilità attuale di realizzare il circolo virtuoso fra giurisprudenza e legislatore, che in Olanda, in Belgio e infine in Germania, ha portato alla approvazione di leggi sul fine vita così all'avanguardia dal punto di vista degli strumenti attraverso i quali sia garantita al paziente la autonomia della scelta, la quadratura del cerchio potrebbe trovarsi in una legge che disponga i principi generali e gli strumenti, attraverso i quali assicurare che ciascuno scelga, se vuole, la fine della sua vita, secondo la propria coscienza e senza alcuna coartazione etica, morale o giuridica, sia che tale scelta comporti la difesa della propria vita e della propria integrità fisica, sia che si esiga la tutela libertà personale, intesa come libertà di disporre autonomamente, anche in casi estremi, del proprio corpo, poiché entrambi tali diritti sono fondanti il nostro ordinamento costituzionale¹²⁰.

¹²⁰ Concordi F.P. CASAVOLA, *Tragica occasione*, in *Il Messaggero*, 10 febbraio 2009 e V. CERAMI, *Tragica occasione*, ivi.

BIBLIOGRAFIA:

- AGOSTA S., *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza. terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 5.
- AINIS M., *La lumaca e l'elefante*, in *La Stampa*, 6 febbraio 2009, p. 1.
- AINIS M., *Lasciamo Eluana al giudice*, in *La Stampa*, 29 luglio 2008, p. 10.
- ALBANESI E., *Moral suasion presidenziale e giurisprudenza costituzionale in materia di logistica. La vicenda del cd. decreto sicurezza*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2 del 2008.
- ALLEGRETTI U., *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, *www.astrid-online.it*.
- ANGIOLINI V., 1992, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova.
- AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10 del 2008, p. 331 e ss.
- AZZARITI G., *Un inquietante schiaffo al Quirinale*, in *www.costituzionalismo.it*.
- BACON F., 2001, *The advancement of learning*, Modern Library, New York.
- BALDASSARRE A., *Il Capo dello Stato*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, vol. II, p. 240.
- BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 1976, p. 206.
- BARACK A., 1995, *La discrezionalità del giudice (1989)*, (tr. it.) Milano.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 386.
- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, p. 15.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 288-289.

- BIN R., *Se non sale al cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. n. 334/08)*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- BINDING K., 1890, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Band 1, 2 Aufl., Leipzig.
- BIONDI F., Art. 101, in BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 917.
- BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura sul recente 'atto di indirizzo' ministeriale avente ad oggetto 'Stati vegetativi, nutrizione e idratazione'*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura*, cit.
- BUCALO M.E., *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti fra Presidente della Repubblica Parlamento e Governo*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008*, cit., p. 139-153.
- CAMPANELLI G., *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in D'ALOIA (A CURA DI), *Bioteconologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 195 e ss.
- CANESTRARI S., CIMBALO G., PAPPALARDO G. (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003 e GALOFARO F., *Eluana Englaro. La contesa sulla fine della vita*, Roma 2009, p. 91 e ss.
- CAPONE R., PROTO PISANI A., *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.
- CARAVITA DI TORITTO B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30.
- CARLASSARE L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *www.costituzionalismo.it*.
- CARLASSARE L., *La riserva di legge come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paldin*, Napoli, p. 434 e ss.
- CASTORINA E., *Concezioni bioetiche e principi costituzionali*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n.2-3, 2009, p. 338.

- CERRI A., 1990, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Roma.
- CIMBALO G., *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, V, 2003, p. 32 e ss.
- CIOCCONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società*, 1980, p. 559 e ss.
- CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30.
- D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2010, p. 260.
- DEFANTI C.A., *La qualità della vita, le decisioni di fine vita e l'argomento della "deriva nazista" della bioetica*, in *Filosofia politica*, n. 3 2009, p. 372.
- DI MARIA R., *Dalla morale all'etica, dall'etica alla morale e... ritorno*, in *Gruppi*, 2003, fasc. n. 1, p. 138.
- DI MARIA R., *La vis expansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel "ruolo" degli atti aventi forza di legge*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, Torino 2010, p. 163-173.
- FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, p. 683-684.
- GAMBARO A., *Presentazione*, in BARACK A., *La discrezionalità del giudice (1989)*, (tr. it.) Milano, 1995, p. X.
- GHIRIBELLI A., *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge: il 'caso Englaro'*, in *www.giurcost.it*.
- GROPPI T., *Come può Eluana dividere uno Stato?*, in *L'Unità*, 3 agosto 2008.
- GUASTINI, 1994, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995 e ID., *Art. 101*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A., *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma.
- J. FREUND, 1995, *L'amico e il nemico: un 'presupposto' del politico (1965)*, trad. it., in ID., *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del politico*, a cura di A. CAMPI Milano.

- KELSEN H., *Sulla teoria dell'interpretazione*, (trad. it. a cura di GERACI C.), in ID., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 159 e ss.
- LANCHESTER F., *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in *www.federalismi.it*.
- LUCIANI M., *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge 8spunti a partire dal caso E.*, in *www.astrid-online.it*.
- LUCIANI M., *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1.
- MODUGNO F., *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 319.
- NASI C., *L'art. 96-bis del Regolamento della Camera ed il procedimento di conversione dei decreti legge*, in *Rass. Parl.*, n. 2/2001, p. 457 e ss.
- NEPI L., *Testamento biologico: una critica dell'esperienza statunitense*, in *Arch. Giur.*, n. 1, 2009, p. 106.
- ONIDA V., *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti legge*, in *www.astrid-online.it*.
- PACE A., *L'inutile pratica della legge 'per' Eluana*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2009, p. 1 e in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.
- PALADIN L., *Presidente della Repubblica*, voce in *Enc. Dir.*, 1986, p. 2443 e ss.
- PEDULLÀ L., *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge 'Salva Eluana'*, in *www.forumcostituzionale.it*
- PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, p. 87.
- PICCOLILLO V., *'Ingerenza'. 'No atto correttep'. E adesso i giuristi si dividono*, in *Il Corriere della Sera*, 17 dicembre 2008.
- PIOGGIA A., *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*.
- PITRUZZELLA G., *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1997, p.163 e ss.

- PITRUZZELLA G., *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 245 e ss.
- PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 69.
- PIZZETTI F.G., *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del 'caso Englaro': limiti della legge e 'progetto di vita'*, in *www.astrid-online.it*.
- PIZZETTI F.G., *L'atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in *www.astrid-online.it*
- PIZZORUSSO A., *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007, p. 355 e ss.
- PIZZORUSSO A., 1998, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari.
- PIZZORUSSO A., *Intervento*, in AA.VV., *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, p. 219 e ss.
- PONZANELLI G., *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del "right to assisted suicide"*, in *Foro it.* 1999, IV, 76.
- PONZANELLI G., *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti ed il "right to die"*, *Foro. It.*, IV, p. 72 e ss.
- RESCIGNO G.U., Art. 87, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, p. 211.
- RODOTÀ S., *Chi decide sul morire*, in *La Repubblica*, 25 ottobre 2008.
- ROMBOLI R., *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso evidente di inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, n. 1 e in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.
- ROMBOLI R., *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in *www.astrid-online.it*
- ROMBOLI R., *La relatività dei valori costituzionali per gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 565 e ss.

- ROSSI S., *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in www.forumcostituzionale.it.
- ROSSI S., *Sull'esecuzione del decreto emesso dalla Corte di Appello di Milano nel caso Englaro*, in www.forumcostituzionale.it
- RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it
- SALAZAR C., *Riflessioni sul 'caso Englaro'*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1.
- SALERNO G.M., MALAISI B., Art. 87, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. II), Torino, 2006, p. 1697.
- SALERNO G.M., MALAISI B., Art. 87, cit. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 157.
- SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Segni*, IV, Milano, 1967, p. 257.
- SANTUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro. It.*, IV, 1991, p. 66 e ss.
- SBAILÒ C., *Testamento biologico alla Camera. Una 'navetta' decisiva*, in www.forumcostituzionale.it.
- SCHMITT K., *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.
- SCHMITT K., *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 101 e ss., spec. p. 110-120.
- SCHMITT K., *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 75 e ss.
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, e II, Milano, 1984.
- SILVESTRI G., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, XXIV, p. 702.
- SIMONCINI A., LONGO E., Art. 32, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, p. 657-658.
- SIMONCINI A., SNEAD O.C., *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. cost.*, 2010, n. 1, p. 7-8.

- SORRENTI G., *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)*, in www.forumcostituzionale.it
- SPADARO A., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto legge? Le 'ragioni' di Napoletano*, in www.forumcostituzionale.it.
- TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del caso Englaro)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 2-3, 2009, p. 380 e ss.
- TRIPODINA C., Art. 32, in BARTOLE S., BIN R. (A CURA DI), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 328.
- VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure 'non confermabile' dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 186.
- VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. 'Cattivo uso' del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999, p. 105-121.
- VIGANÒ F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in www.forumcostituzionale.it, p. 23.
- VIOLA F., ZACCARIA R., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 127.
- ZANON N., PANZERI L., Art. 101 Cost., in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. III), Torino, 2006, p. 1962, D'ELIA, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 109 Cost.*, Milano, 2002, p. 59.

DEMOCRAZIA E TUTELA DELLE MINORANZE

SALVATORE CURRERI

It is not accidental that in the last few years the theme on the protection of minorities has once more become the object of a quite heated juridical as well as political debate. There are several reasons for this renewed attention: cultural, political, social, economical and religious ones. They all however converge into new considerations on a classical issue. Principles embedded in the social and cultural conscience of the western democracies such as that of equality of social dignity of every human being and the respect of his inviolable fundamental rights, are now submitted to new tensions, to the extent of reconsidering them in depth. The juridical treatment of the "new minorities" is today a momentous challenge. In this challenge, however, the constitutionalist finds something both ancient and new because the question is once again to reconcile equality and diversity, how to detect the border beyond which a reasonable differentiated treatment becomes illegitimate and unjustified disparity. The border between the "right to equality" and "right to the difference", between "social integration" and "exploitation of the differences", is a shifting border that needs continuous verification and normative adjustments to avoid "equality" becoming disguised "inequality". The article intends therefore to return to the enlightened principles of constitutionalism to find the correct synthesis and a reasonable balance between such different and sometimes opposed demands.

1. La tutela delle “nuove minoranze” tra consolidate radici e nuove sfide.

Non è un caso se in questi ultimi anni il tema della tutela delle minoranze è tornato ad essere oggetto di un serrato dibattito giuridico e, ancor prima, politico. Le ragioni di questa rinnovata attenzione sono diverse; tutte però convergono nel sollecitare nuove riflessioni su un argomento sì classico, ma in cui principi che sembravano ormai acquisiti e consolidati nell'ordinamento giuridico e, ancor prima, nella coscienza sociale e culturale delle democrazie occidentali, come quello dell'uguaglianza in nome della pari dignità sociale di ogni persona umana e del rispetto dei suoi diritti fondamentali inviolabili, sono oggi sottoposti a tensioni inedite, fino al punto da rimetterli profondamente in discussione.

Innanzitutto in una società che già è e che sempre più sarà - nonostante le restrittive politiche migratorie - multietnica e multiculturale, in cui convivono gruppi che provengono da civiltà e che professano fedi religiose eterogenee, siamo e sempre più inevitabilmente saremo chiamati a confrontarci con persone di razza, lingua, cultura e religione diverse da quelle tipicamente occidentali¹. Le democrazie costituzionali si trovano quindi oggi ad affrontare una sfida nuova, e per certi versi impreveduta, che impone loro di ripensare le ragioni ultime del loro essere tali². Loro obiettivo è l'individuazione di quella sottile, eppur essenziale, linea di confine che deve intercorrere tra il riconoscimento di quei diritti e di quelle libertà

¹ Secondo il rapporto curato dall'*Open Society Institute* i musulmani che vivono stabilmente in Europa sono più di 20 milioni e si identificano sempre di più con il paese in cui vivono (v. *The Times*, 13 dicembre 2009).

² Da ultimo v. C. PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, relazione al Convegno dell'Università di Cassino su “I diritti fondamentali nella società multiculturale: verso un nuovo modo di intendere la Costituzione?”, 27-28 novembre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 16 dicembre 2009.

fondamentali che spettano ad ogni persona e la repressione di quanto si pone irriducibilmente in contrasto con tali diritti e libertà, anche quando rivendicato in nome della propria identità culturale e religiosa. Da qui il periodico e, in un certo senso, inevitabile oscillare del potere politico tra allargamento dell'inclusione e rinnovamento della chiusura³. È in quest'ottica che si pone e va risolto l'ulteriore problema dell'opportunità, ai fini di una migliore integrazione, dell'introduzione di una tutela di tali minoranze a livello collettivo, che si vada ad affiancare, senza ovviamente sostituire, le garanzie individuali di coloro che ad esse si sentono di appartenere per tradizioni culturali e religiose. È in quest'ottica, inoltre, che la tutela di tali minoranze assume particolare delicatezza allorquando si tratti di estendere e garantire i diritti democratici a coloro che, per tradizioni, fede o cultura, non li condividono e per questo sono avvertiti come una potenziale minaccia per l'ordinamento democratico. Alimentato, talora strumentalmente, dal preteso scontro di civiltà, il tema di tale tutela lievita fino a lambire, e talora pericolosamente confondersi, con quello altrettanto classico e delicato dell'individuazione dei meccanismi di protezione che le democrazie possono adottare per difendersi dal totalitarismo senza diventare esse stesse totalitarie. La necessità che diritti e libertà non siano formulati in modo così assoluto da consentire ai loro avversari, in loro nome, di negarli agli altri è la prima condizione per evitare che la democrazia dia ai suoi nemici mortali gli strumenti con cui essere distrutta.

Ma, a fianco di quelle basate su etnie, culture e fedi religiose diverse, vi sono altre "nuove minoranze" che bussano alla porta del potere politico per ottenere riconoscimento giuridico, a livello individuale e, eventualmente, collettivo. Il che costituisce ulteriore dimostrazione della inesauribile virtualità del principio d'eguaglianza, le cui tradizionali categorie

³ Cfr. J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998, 142 s.

– il sesso, la razza, la lingua, la religione, la nazionalità, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali, le tradizioni culturali – si arricchiscono oggi di significati inediti, alla luce del connesso principio personalista. Così, da un lato, il divieto di discriminazioni per ragioni di sesso viene oggi invocato da nuove soggettività (omosessuali, lesbiche, transessuali), le cui rivendicazioni sollevano delicati problemi, soprattutto quando dirette a forme di riconoscimento giuridico della loro affettività pari o simili a quella finora riservate ai coniugi di sesso diverso. Dall'altro lato il superamento in gran parte delle democrazie occidentali delle tradizionali fratture – sociali, ideologiche, religiose – che le percorrevano in nome di una condivisa cultura politico-costituzionale ha determinato la trasformazione dei sistemi parlamentari da consensuali a maggioritari, basati su un assetto politico tendenzialmente bipolare, se non bipartitico, che permette agli elettori di designare, e talvolta eleggere direttamente, al vertice dell'esecutivo il *leader* dello schieramento più votato. Conseguentemente è mutato il ruolo delle minoranze politiche non facenti parte della maggioranza di governo: un tempo esse tendevano a condizionarne l'operato, per riuscire ad ottenere benefici a favore delle classi o categorie rappresentate, in vista di un futuro rovesciamento a loro favore degli equilibri parlamentari nel corso della legislatura; oggi invece esse tendono a contrapporsi stabilmente alla maggioranza di governo, svolgendo una costante e radicale funzione oppositoria allo scopo di proporsi come valida e credibile sua alternativa nelle successive elezioni politiche. Il rafforzamento del *continuum* maggioranza parlamentare – governo pone allora il problema del potenziamento degli strumenti di controllo a disposizione delle minoranze politiche che ad esso si contrappongono e, in particolare, della maggiore di essa, cioè dell'Opposizione, in ragione del suo porsi come unica o principale alternativa di governo in un'ottica bipolare e competitiva.

Il trattamento giuridico di tali nuove diversità, nel senso sopra chiarito di diversa declinazione delle tradizionali

categorie dell'eguaglianza, costituisce oggi "una delle sfide epocali per il diritto in epoca contemporanea"⁴. In questa sfida, però, il costituzionalista coglie al contempo qualcosa di antico e nuovo perché si tratta ancora una volta di conciliare uguaglianza e diversità, individuando il confine oltre cui il ragionevole trattamento differenziato si traduce in illegittima ed ingiustificata disparità. Quello tra diritto all'eguaglianza e "diritto alla diversità", tra integrazione sociale e valorizzazione delle diversità è infatti un confine mobile che necessita di continue verifiche ed aggiustamenti normativi per evitare che l'uguaglianza si traduca in assimilazione e la differenza in separazione, segregazione o, più semplicemente, in diseguaglianza mascherata⁵. È quindi, ancora una volta, agli illuminanti principi del costituzionalismo che occorre risalire per trovare la corretta sintesi ed il ragionevole bilanciamento tra tali diverse e talora opposte esigenze.

2. La tutela delle minoranze: principio democratico e pluralista.

La tutela delle minoranze è uno dei limiti che in democrazia incontra l'esercizio della sovranità popolare. Diversamente, essa s'identificherebbe con una sola sua parte, quella maggioritaria, la cui volontà potrebbe imporsi *sempre e comunque* sulla restante parte, quella minoritaria. Il principio democratico quindi in un certo senso trascende la sovranità popolare, senza identificarsi esclusivamente con esso, perché evita che la volontà della maggioranza si traduca nell'illimitato suo potere di decidere tutto e su tutto. Democrazia significa infatti prevalenza ma non dominio della maggioranza sulle minoranze. Il principio maggioritario viene *naturaliter* temperato, affinché non si traduca in quella "dittatura della

⁴ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, 1.

⁵ Cfr. F. PALERMO, J. WOELK, *Op. cit.* 265 s.

maggioranza" che era alla base della corrosiva critica leninista alla nozione borghese di democrazia:

"la democrazia è lo Stato che riconosce la sottomissione della minoranza alla maggioranza, cioè l'organizzazione della violenza sistematicamente esercitata da una classe contro un'altra, da una parte di popolazione contro l'altra"⁶.

Anzi si può dire che quanto più si estenda l'ambito di applicazione del principio maggioritario, da semplice regola di decisione dei rappresentanti a regola di accesso alla stessa rappresentanza⁷, tanto più occorre precisare i diritti che sono ad esso sottratti perché essenziali alla natura democratica dell'ordinamento⁸. Al di là di tale sfera intangibile, che coincide con l'essenza della democrazia, non esistono verità assolute da imporre a tutti, anche con la forza, anche perché non è sempre vero che la volontà della maggioranza corrisponda all'interesse generale della comunità o che quanto deciso sia giusto ed opportuno⁹.

La nostra Costituzione, del resto, è ben consapevole di tali pericoli quando, dopo aver sancito la natura democratica della Repubblica, afferma che "la sovranità appartiene al popolo", il quale però la deve esercitare "nelle forme e nei limiti" da essa previsti, così da scongiurare i due opposti pericoli dell'autoritarismo, basato su regole senza consenso, e del

⁶ V. I. LENIN, *Stato e rivoluzione*. La dottrina marxista dello Stato e i compiti del proletariato nella rivoluzione, ed. it., Mosca, 1949, 41.

⁷ Sulla distinzione tra principio maggioritario come principio di rappresentanza che "ci dice chi ha da esserci intorno al tavolo dove si decide" e "come principio funzionale [che] ci dice chi, a quel tavolo, è essenziale che concorra alla decisione perché questa si ritenga formata" v. per tutti G. AMATO, *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, n.2, agosto 1994, 172 e, ancor prima, E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*. Profilo storico, Milano, 1976,

⁸ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 45.

⁹ Cfr. F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, XII ed., Milano, 2003, 96.

populismo, basato sul consenso senza regole, in nome di una concezione assoluta, quasi sacrale, della volontà popolare. Da qui la previsione di una serie di garanzie sottratte alla volontà della maggioranza di turno:

- l'inviolabilità dei diritti fondamentali;
- la rigidità costituzionale;
- i quorum speciali;
- la non elettività popolare degli organi costituzionali di garanzia;
- l'indipendenza della magistratura;
- le autonomie territoriali e, per l'appunto,
- la tutela delle minoranze, il cui diritto ad esistere è il presupposto del diritto della maggioranza a decidere¹⁰.

L'esigenza di una siffatta tutela vale particolarmente per le minoranze che sono destinate a rimanere tali nel tempo, perché formate da gruppi sociali basati su elementi di diversità (principalmente etnico, linguistico, religioso, sessuale) che sono sociologicamente condivisi da pochi. Va precisato, infatti, che in democrazia l'unico fattore che può essere ammesso per qualificare giuridicamente una minoranza come tale è quello numerico. Qualunque altro fattore che prescinda da esso, e che permetta ad una minoranza numerica di essere nondimeno in posizione di superiorità politica sulla maggioranza (si pensi al caso dell'*apartheid*), non può al contrario essere ritenuto ammissibile perché finirebbe per porre a fondamento di essa giustificazioni di diversa natura (storiche, etiche, politiche, linguistiche, economiche, culturali) in stridente contrasto con il principio democratico maggioritario. È vero, piuttosto, che il concetto di minoranza è sempre relativo, nel senso che esso va sempre riferito spazialmente, perché si può essere

¹⁰ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, Bologna, 1955, 13.

numericamente inferiori rispetto ad un dato ambito territoriale ma maggioritari se invece tale ambito viene ristretto¹¹.

Ciò precisato, di tali minoranze considerate permanenti si fa parte o per carattere obiettivi, a prescindere quindi dalla propria volontà (ad esempio, il colore della pelle), oppure per scelta volontaria d'appartenenza (l'adesione ad esempio ad una confessione religiosa), talora esplicitata in una apposita dichiarazione insindacabile e modificabile (come quella ad esempio rilasciata in sede di censimento in riferimento all'appartenenza ad una comunità linguistica)¹². A differenza delle minoranze occasionali che, come quelle politiche, trovano la loro principale, ma non esclusiva, garanzia nei confronti della maggioranza nel possibile rispettivo rovesciamento dei ruoli, e cioè nella possibilità di diventare maggioranza, trasformando quella attuale in minoranza, secondo la regola dell'alternanza¹³, tali minoranze permanenti, non possono coltivare tale prospettiva e sono perciò meritevoli di maggior tutela giuridica¹⁴.

La nostra Costituzione ha scelto quindi la strada del pluralismo e non del totalitarismo¹⁵. Anziché optare per una forzata quanto fittizia totale identificazione tra maggioranza e minoranza, secondo una concezione monista della sovranità popolare d'ispirazione tipicamente roussoviana in nome di un bene comune, inteso in termini razionali e quindi oggettivi, come avveniva in Unione Sovietica con la dittatura del proletariato¹⁶, il costituente ha all'opposto inteso favorire il pluralismo, in

¹¹ Cfr. F. PALERMO, J. WOELK, *Op. cit.*, 14 ss..

¹² Cfr. A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 64 s.

¹³ Cfr. C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in *Studi Romano*, Padova, 1940, I, 301 ss.

¹⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Op. cit.*, 45 ss.

¹⁵ Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, 1998, 262

¹⁶ Un esempio di regime democratico totalitario fondato sulla dittatura della maggioranza, che non prevedeva l'esistenza di minoranze, era configurato dalla Costituzione sovietica del 1936 dove la logica dello "Stato socialista degli operai, dei soldati e dei contadini" (art. 1), fondato sulla "completa eliminazione della divisione della società in classi" (art. 3) portava alla

tutte le sue espressioni come fattore di arricchimento e di crescita, in nome di una visione non monolitica ma pluralista dell'assetto sociale, in cui le diverse identità di ognuno e delle comunità in cui è inserito, anziché essere ignorate, represses o uniformate a quelle nazionali, sono riconosciute, tutelate e valorizzate nell'ambito dell'unità della Repubblica in cui sono chiamate a convivere¹⁷. Senza esagerare, si può dire che il pluralismo costituisce lo sviluppo coerente e, ad un tempo, la pre-condizione essenziale di ogni ordinamento in cui lo Stato voglia porsi in funzione della tutela e dello sviluppo della persona umana, superando le concezioni statolatriche che vogliono invece la persona in funzione dello Stato.

Il pluralismo pervade tutta la Costituzione, fin dal riconoscimento dell'esistenza di quelle formazioni sociali in cui ogni uomo svolge la propria personalità (art. 2 Cost.): è pluralismo culturale (artt. 17, 18 e 21. rispettivamente sulla libertà di riunione, associazione e espressione), etnico e linguistico (art. 6), religioso (art. 19), sindacale (art. 39), ideologico e politico (art. 49). Ma è anche un pluralismo istituzionale laddove prevede l'articolazione dell'ordinamento della Repubblica in enti territoriali autonomi (artt. 5 e 114 ss.).

Le minoranze rientrano quindi a pieno titolo tra quei "mondi vitali" che si pongono tra persona e Stato. La strutturazione delle minoranze in formazioni sociali le trasforma in "centri di imputazione di interessi che la Costituzione ha ritenuto meritevoli di tutela" ai sensi dell'art. 2 Cost. laddove tutela "i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle

previsione di una "dittatura del proletariato" (art. 9). Di tale dittatura si parlava anche nel preambolo della Costituzione sovietica del 7 ottobre 1977 che pure attribuiva al popolo, senza distinzioni interne, "tutto il potere nell'URSS" (art. 2.1), e nell'articolo 1 della Costituzione cinese del 1° marzo 1978. Infine l'art. 1.1 della Costituzione della Repubblica democratica tedesca faceva riferimento alla "guida della classe operaia".

¹⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Op. cit.*, 53; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, IX ed., Torino, 2008, 91.

formazioni sociali ove si svolge la sua personalità". È vero che non vi è piena coincidenza tra le nozioni di minoranza e formazione sociale, non avendo la prima una propria struttura associativa ed un'organizzazione giuridico-formale. Ciò non toglie, però, che gli appartenenti alla minoranza siano, al pari di ogni "comunità intermedia", legati da interessi comuni appositamente tutelati dall'ordinamento giuridico¹⁸:

"l'esistenza di siffatti interessi, operanti quali fattori aggregativi del gruppo composto da coloro che se ne sentono partecipi, conferisce al medesimo carattere di 'formazione sociale', e la tutela ad esso accordata consente appunto ai suoi componenti quel pieno spiegamento della loro personalità che altrimenti potrebbe riuscire compromesso..."¹⁹.

La tutela delle minoranze costituisce quindi espressione specifica dell'esigenza più generale di valorizzare quelle formazioni sociali in cui si manifesta il pluralismo²⁰, a sua volta condizione essenziale di ogni democrazia. È dunque in questo contesto che s'inserisce la tutela dei diritti delle minoranze, sia come singoli, sia come entità collettive.

3. Tutela individuale e tutela collettiva delle minoranze.

Le considerazioni sopra svolte dimostrano come una democrazia è tale quando, anziché negare l'esistenza delle minoranze, le riconosce e le tutela. Sotto questo profilo emerge però subito il doppio grado di tutela e quindi la duplice valenza

¹⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 533; Id, *Minoranze e maggioranze*, cit., 65.

¹⁹ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, Padova, 1975, 1218, con specifico riferimento alle difficoltà che deriverebbero dalla mancata padronanza della lingua ufficiale del paese o comunque dal mancato mantenimento delle proprie tradizioni linguistiche.

²⁰ Cfr. G. ROLLA, *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Torino, 1998, 385 s.

che tale "diritto alla diversità" può assumere, a seconda che si ponga l'accento sulla sua dimensione individuale o collettiva.

La dimensione individuale concerne il riconoscimento dei diritti di libertà di cui ciascuna persona come tale è titolare e che possono essere esercitati sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui egli svolge la sua personalità.

La dimensione collettiva riguarda invece il diritto della minoranza cui il singolo appartiene ad essere giuridicamente riconosciuta come tale e poter conseguentemente preservare ed esprimere la propria identità e perseguire i propri interessi collettivi attraverso forme particolari di tutela. La nozione di minoranza presuppone pertanto una forte rivendicazione identitaria da parte di un gruppo sociale che viene recepita e tutelata in modo particolare a livello pubblico. Per appartenere ad una minoranza occorre pertanto "che tale appartenenza sia riconosciuta e voluta da chi a tale gruppo ritiene di appartenere, da chi a tale gruppo già appartiene, e dall'ordinamento giuridico"²¹.

Le ragioni di tale ulteriore tutela collettiva vanno ricercate storicamente nella nascita degli Stati nazionali, allorquando ci si accorse che il problema della tutela delle minoranze nazionali presenti al loro interno non poteva essere risolto soltanto attraverso la tutela dei diritti individuali del singolo (XIX secolo), ma richiedeva un'apposita tutela collettiva delle minoranze in quanto tali per risolvere i problemi derivanti dalla rinascita dei movimenti nazionalisti (XX secolo)²². Anche a livello internazionale, mentre nel secondo dopoguerra si era preferito proteggere i diritti di libertà dei singoli individui, affermando i principi di eguaglianza e non discriminazione per motivi attinenti alla lingua utilizzata dalle persone²³, successivamente – e soprattutto a partire

²¹ Cfr. F. PALERMO, J. WOELK, *Op. cit.*, 17.

²² Cfr. A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 176 ss.

²³ Da qui l'assenza di norme a tutela delle minoranze nella Carta delle Nazioni Unite del 26 febbraio 1945, nella Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite adottata il 10 dicembre 1948 e nella

dagli anni Novanta a causa dell'esplosione in Europa di conflitti etnici a seguito del crollo del regime sovietico²⁴ - si è introdotta una tutela delle minoranze come entità collettive, soprattutto per quel che riguarda le minoranze linguistiche, etniche e religiose²⁵, sicché oggi può ben dirsi che il diritto delle minoranze sia oggi multilivello, frutto dell'interazione e del processo di omogeneizzazione tra disciplina sub-nazionale, nazionale, sovranazionale ed internazionale, in cui alla

Convenzione europea per la salvaguardia per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950.

²⁴ V. gli artt. 75-81 della nuova Costituzione della Serbia dedicati alla tutela delle minoranze linguistiche, con il sotteso intento di risolvere così la questione del Kosovo (ai quali è stata data attuazione con la legge del 31 agosto 2009 istitutiva dei Consigli delle minoranze nazionali) e la legge approvata l'8 febbraio 2007 in Estonia, il preambolo della cui Costituzione è stato modificato il 12 aprile 2008. Da ultimo, ovviamente in altro contesto, v. il nuovo art. 75-1 della Cost. francese per cui "le lingue regionali appartengono al patrimonio della Francia".

Il fenomeno peraltro non è solo europeo: v. per il Canada il *Labrador Inuit Land Claims Agreement* entrato in vigore il 1° dicembre 2005 a tutela degli *Inuit* e la mozione approvata il 27 novembre 2006 che riconosce il Quebec come "nazione in seno al Canada unito". In Giappone il Parlamento il 6 giugno 2008 ha approvato all'unanimità una risoluzione che sollecita il Governo a riconoscere agli Ainu lo status di popolazione indigena in coerenza con la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene, prevedendo la creazione di una Commissione al fine di individuare le misure più adatte per la protezione della minoranza etnica.

²⁵ Il primo documento internazionale del secondo dopoguerra in cui si fa riferimento alla dimensione collettiva dei diritti delle minoranze (etiche, religiose e linguistiche) è il Patto internazionale sui diritti civili e politici approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 19 dicembre 1966. Ispirandosi all'art. 27 di tale Patto, il 18 dicembre 1992 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha approvato la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche. Il primo trattato europeo sulla tutela delle minoranze linguistiche è la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie (ECRML) adottata dal Consiglio d'Europa il 5 novembre 1992 e non ratificata però dall'Italia che, invece, ha ratificato (legge 28 agosto 1997, n. 302) la successiva Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali (FCNM), firmata a

internazionalizzazione del diritto costituzionale corrisponde la costituzionalizzazione del diritto internazionale²⁶.

Sebbene presentino diversi punti di contatto, in ragione della loro comune finalità, i due livelli di tutela – individuale e collettiva – vanno tenuti distinti, essendo il secondo conseguenza importante ma non necessaria del primo.

A livello individuale, emerge il diritto di coloro che sono diversi a vedere riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili che sono propri della persona umana, in nome della pari dignità sociale di ciascuno. Da qui il diritto ad essere trattati in modo eguale, senza subire discriminazioni per quei motivi (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) indicati nel primo comma dell'art. 3 Cost. e che possono essere alla base del loro essere minoranza.

Sotto il profilo collettivo emerge invece il diritto di coloro che sono trattati in modo eguale ad essere *inoltre* trattati in modo diverso, così da mantenere, rivendicare ed esprimere la propria peculiare diversità. La tutela delle minoranze come entità collettiva, quindi, si va ad aggiungere e non a sostituire alla tutela individuale, la quale della prima costituisce anzi il necessario presupposto. I diritti delle minoranze, quindi,

Strasburgo il 1° febbraio 1995, unico trattato multilaterale al mondo sui diritti delle minoranze. Infine va segnalato che l'OSCE – Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa - ha istituito nel 1992 l'Alto Commissario per le minoranze nazionali con il compito di controllare gli sviluppi normativi e politici in materia di tutela delle minoranze negli Stati aderenti per prevenire possibili conflitti etnico-nazionali. La Carta dei diritti fondamentali de l'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 ed ora parte integrante del Trattato europeo di Lisbona, entrato in vigore l'1 dicembre 2009, prevede il divieto di discriminazioni per ragioni di colore di pelle, origine etnica o sociale, lingua, religione, appartenenza ad una minoranza nazionale (art. 21), limitandosi poi ad affermare che "l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica" (art. 22). Infine si veda la Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali, firmata a Parigi il 20 ottobre 2005 e ratificata dal nostro Stato con legge 19 febbraio 2007, n. 19.

²⁶ Cfr. F. PALERMO, J. WOELK, *Op. cit.*, 77 ss.

costituiscono attuazione e non deroga dei diritti fondamentali dell'uomo.

Rispetto alla tutela dei diritti fondamentali del singolo, il riconoscimento delle minoranze come entità collettiva costituisce un passo ulteriore e non di per sé necessario, la cui opportunità va comunque attentamente valutata per evitare pericolose eterogenesi delle finalità d'integrazione perseguite. Ciò vale in particolare per le nuove minoranze (etniche, sessuali, politiche) cui abbiamo accennato all'inizio e che, a differenza di quelle storiche, ambiscono innanzi tutto non ad un trattamento differenziato come collettività, ma alla non-discriminazione e, quindi, all'uguaglianza. Esse vanno quindi tutelate primariamente nei diritti dei singoli individui che la compongono, e non come collettività per evitare il rischio che, in tal modo, anziché integrarle, si finisca al contrario per segregarle.

Da qui la tesi, risalente alla dottrina americana, per cui basterebbe tutelare i diritti dei singoli e non quelli delle minoranze a cui sentono di appartenere, cosicché esse, anziché chiudersi in se stesse, nella gelosa difesa delle proprie particolarità, si integrino nella società statale da cui far scaturire nuova nazionalità, ricca dell'apporto di tutti (*melting-pot*). Tale tesi, però, rischia di cadere nell'opposto pericolo di costringere le minoranze a rinunciare alle proprie diversità in nome di una superiore e sincretista identità nazionale. Per questo essa, più che negare la tutela delle minoranze in quanto tali, quali componenti di uno Stato pluralista, è valsa ad evidenziare il pericolo, sempre presente, che essa possa risolversi in un fattore di separazione e di disgregazione sociale. Per questo motivo è inevitabile che, nel disciplinare tale materia, il legislatore sia chiamato a contemperare una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti e che le sue scelte vadano sempre soggette ad un duplice tipo di controllo. Innanzi tutto sul piano della loro costante efficacia politica, così da correggere o addirittura abolire misure quando esse abbiano esaurito la loro funzione e risultino pertanto non più

necessarie, ed anzi contrarie, allo scopo perseguito. In secondo luogo, le scelte del legislatore sono soggette al controllo di legittimità della Corte costituzionale, la quale dovrà valutarne la rispondenza ai principi costituzionali che vengono in considerazione²⁷, primo fra tutti quello di non manifesta irragionevolezza e di proporzionalità²⁸.

4. Tutela delle minoranze e principio di eguaglianza.

Tali forme di tutela particolare delle minoranze, laddove implicino un trattamento differenziato mediante l'approvazione di "apposite norme" (così espressamente l'art. 6 Cost. a proposito delle minoranze linguistiche) in loro favore in ragione degli elementi che le identificano (la lingua, la religione, il genere, l'appartenenza politica) può sembrare in contrasto con il principio d'eguaglianza formale che vuole tutti i cittadini avere pari dignità sociale ed essere uguali dinanzi alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Tali due principi, apparentemente in contrasto, sono in realtà perfettamente complementari.

Il principio d'eguaglianza formale, infatti, vieta al legislatore di discriminare per le ragioni anzidette (tutela negativa). In tal modo si garantisce a tutti i cittadini l'eguale libertà di lingua, di religione, di espressione politica, di sesso e quindi

²⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 406/1999, punto 3.2 cons. dir.

²⁸ Il Tribunale costituzionale spagnolo, ritenendo l'obbligo di conoscenza della lingua basca per l'accesso alla funzione pubblica una forma di discriminazione positiva costituzionalmente legittima in nome del principio di tutela delle minoranze linguistiche e di uguaglianza sostanziale, ha però evidenziato come in tal caso "la valutazione da compiere non può limitarsi alla constatazione del fatto che la misura è finalizzata alla tutela della minoranza, ma dovrà risolversi anche nell'accertamento dell'adeguatezza della misura al soddisfacimento dell'esigenza, che la giustifica e quindi nel rispetto, oltre che del principio di eguaglianza inteso in senso formale e sostanziale, anche del principio di proporzionalità"; cfr. A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 144.

il diritto di coloro che si pongono sotto questi profili in modo diverso dalla maggioranza (perché non parlano l'italiano, non professano la religione cattolica, sono omosessuali o transessuali) ad avere un eguale trattamento, senza subire discriminazioni. In tal modo è tutelato il diritto ad essere eguali, ancorché minoritari.

Il principio d'eguaglianza sostanziale, invece, mira ad evitare il pericolo che tale diritto all'eguaglianza si traduca in un egualitarismo che finisca per omologare la minoranza alla maggioranza, impedendo ad essa di conservare le proprie peculiarità che sono a fondamento della loro identità personale, storica e culturale. Per evitare ciò la Repubblica, impegnata a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana" (art. 3.2 Cost.) deve con apposite norme determinare un trattamento specifico differenziato (tutela positiva) che consenta di superare le situazioni di fatto da cui possano derivare conseguenze discriminatorie per tali minoranze (eguaglianza sostanziale) (cfr. Corte cost. sentenze nn. 15/1996, 159/2009)²⁹.

È, quindi, il diritto non solo ad essere uguali ma anche - una volta eguali - a restare diversi. Un doppio livello di tutela, quindi: il primo, realizzatosi come tale anche storicamente attraverso l'abbattimento di quelle discriminazioni negative che impedivano ai singoli appartenenti alla minoranze di avere pari diritti rispetto agli altri cittadini; il secondo che impone forme particolari di tutela in positivo che introducano trattamenti specificamente differenziati (cfr. Corte cost., sentenze nn. 86/1975 e 312/1983). Se per il principio d'eguaglianza formale l'essere minoranza non deve essere frutto di una condizione subita, implicante svantaggi rispetto alla generalità dei consociati, per il principio d'eguaglianza

²⁹ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, 2005, 172; P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Torino, 2004, 444.

sostanziale esso deve invece essere frutto di una scelta volontaria implicante invece vantaggi in virtù del particolare *status* giuridico riconosciuto da "apposite norme"³⁰. Mentre quindi per le minoranze discriminate l'obiettivo è il pari ed effettivo godimento dei diritti di libertà e di uguaglianza formale, per le minoranze volontarie invece tali diritti costituiscono il presupposto necessario per realizzare forme collettive di tutela positiva più avanzata in nome del principio di eguaglianza sostanziale³¹.

È del resto insito nel principio d'eguaglianza rettemente inteso che esso non si traduca in un egualitarismo che ipocritamente ignori e forzatamente livelli ogni differenza ma che invece comporti il trattamento diverso di situazioni ragionevolmente diverse e uguale di situazioni ragionevolmente eguali. Da questa prospettiva, la tutela particolare apprestata in favore delle minoranze, lungi dal costituire un'eccezione al principio di non discriminazione, apparentemente discriminatrice, risponde invece pienamente a quei presupposti di oggettiva diversità che rendono ragionevole e non arbitraria una disciplina giuridica differenziata che ristabilisca l'eguaglianza delle condizioni di partenza. Le disposizioni costituzionali a favore delle minoranze (linguistiche: art. 6; religiose: art. 8; di genere: artt. 51 e 117.7 Cost.; politiche: artt. 64, 79, 83, 90 e 138 Cost.) non fanno altro che attuare e specificare, più che derogare³² o porsi come eccezione³³ rispetto a quanto già

³⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 530, ove nota come le minoranze volontarie, al contrario di quelle necessarie, tendono a non essere assimilate alla maggioranza.

³¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., 53 e 127 s.

³² Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 46/1961, 128/1963, 213/1998 e 159/2009 (3.1.1 cons. dir.); in dottrina in tal senso v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1997, 341.

³³ Per L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 576 s. l'art. 6 prevede "qualcosa di diverso e di più" rispetto alla tutela negativa ex art. 3.1 Cost. per cui la tutela delle minoranze linguistiche risulterebbe "lesiva del principio generale di eguaglianza, se il supporto dell'art. 6 non consentisse (o non imponesse, almeno a certi effetti) di trascendere la mera parità formale";

desumibile dall'art. 3 Cost.³⁴ Se da un lato, infatti, si vietano diversità di trattamento in base alle differenze di lingua, sesso, religione, dall'altro per ragioni di eguaglianza sostanziale si consente in positivo a tali minoranze il "mantenimento dei caratteri propri dei gruppi stessi"³⁵.

Piuttosto il principio d'eguaglianza formale, come avviene per gli altri fattori di discriminazione elencati nel primo comma dell'art. 3, vale ad evitare il rischio delle c.d. *reverse discrimination*, cioè che misure dettate dall'intento di tutelare e proteggere le minoranze finiscano per penalizzare la maggioranza andando oltre il loro scopo e quindi riproducendo, a posizioni stavolta rovesciate, quelle forme di discriminazione dal cui superamento esse muovono e traggono giustificazione costituzionale. C'è il pericolo, infatti, che disposizioni mosse dall'intento di superare talune discriminazioni di fatto a danno delle minoranze, se mantenute dopo aver raggiunto lo scopo, finiscano per risultare lesive dei diritti fondamentali della maggioranza, ricreando quei conflitti che avrebbero dovuto rimuovere. Il pensiero inevitabilmente corre al referendum approvato in Nebraska il 4 novembre 2008, lo stesso giorno dell'elezione di Obama alla Presidenza degli Stati Uniti, tramite cui è stato abrogato il programma di discriminazione positiva lanciato nel 1961 da Kennedy che riservava alle minoranze etniche e di genere quote di posti di lavoro nel settore pubblico a scapito della maggioranza bianca e maschile.

L'unico criterio per distinguere tra discriminazioni negative e azioni positive e per mantenere in equilibrio eguaglianza

v. anche A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 83 s., per cui l'art. 6 Cost. esprime l'esigenza di tutelare l'eguaglianza non solo in negativo, vietando le discriminazioni ingiustificate, ma anche in positivo, tramite azioni positive che consentano di compensare lo stato di minoranza in cui esse si trovano

³⁴ Per C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1986, 869, "la tutela delle minoranze linguistiche si risolve, soprattutto, in una particolare applicazione del principio di eguaglianza, non solo e non tanto formale, quanto sostanziale".

³⁵ C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1218.

e tutela delle minoranze, è "la tutela della persona umana, la quale costituisce l'obiettivo principale da perseguire anche quando si tratta di regolare i rapporti fra i gruppi" per cui solo le misure applicative del principio di eguaglianza che valorizzano la persona umana vanno considerare come discriminazioni positive attuative del principio di eguaglianza mentre se risultano lesive della dignità umana vanno considerate discriminazioni negative³⁶:

"se il principio di eguaglianza non esclude, come abbiamo visto, l'impiego di misure specifiche e derogatorie nei confronti della disciplina che risulterebbe altrimenti applicabile in vista del perseguimento dei fini connessi alla tutela delle minoranze, è però chiaro che il perseguimento di questi fini non può giustificare qualunque tipo di deroga di tal fatta, ma solo quelle che siano proporzionate e la proporzione si stabilisce mediante la comparazione dei vantaggi che le misure derogatorie recano in vista della tutela minoritaria con gli inconvenienti che derivano dal sacrificio di altri diritti fondamentali dei cittadini"³⁷.

In tal senso il principio di proporzionalità si arresta dinanzi alla tutela della dignità delle diverse lingue e culture in cui invece vige in modo rigoroso il principio di parità³⁸.

5. La tutela delle minoranze nell'ordinamento italiano.

È nota la classificazione degli ordinamenti a seconda che, nei confronti delle varie diversità collettive:

³⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 86.

³⁷ *Ivi*, 150 s.

³⁸ *Ivi*, 151.

- a) le neghino ufficialmente (repressivi);
- b) rimangano indifferenti, tutelando piuttosto i diritti dei singoli mediante l'eliminazione delle diseguaglianze formali (agnostici);
- c) le garantiscano e tutelino mediante diritti individuali ad esercizio collettivo finalizzati ad un'eguaglianza sostanziale (promozionali);
- d) riconoscano loro diritti pari alla maggioranza, di fatto quindi inesistente (paritari)³⁹.

Alla luce di tale classificazione, l'ordinamento italiano può certamente essere annoverato tra quelli promozionali, al pari di quanto avviene nel resto d'Europa⁴⁰. Esso infatti, non solo riconosce l'esistenza di gruppi minoritari, ma ne promuove la diversità prevedendo in loro favore un trattamento giuridico distinto che si va ad aggiungere a quello a cui coloro che vi appartengono hanno già diritto come singoli. Sotto questo profilo non si può non cogliere la diversità di impostazione rispetto alla precedente epoca statutaria che invece, secondo l'ottica tipicamente formale propriamente liberale, ci si limitava a prendere atto dell'esistenza delle minoranze ed a tollerarle, senza apprestare alcun trattamento differenziato in loro favore.

A livello collettivo la nostra Costituzione tutela espressamente solo le minoranze linguistiche (art. 6 Cost.)

³⁹ Cfr. G. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette. Modelli costituzionali comparati*, in T. Bonazzi e M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle società multiculturali*, Bologna, 1994, 273 ss.; F. PALERMO, J. WOELK, *op. cit.*, 39 ss.

⁴⁰ Si tratta di un fenomeno ormai proprio del costituzionalismo europeo se è vero che su 46 Costituzioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa, 23 contengono disposizioni su minoranze nazionali o etniche, 18 garantiscono loro diritti linguistici, 16 diritti culturali, 13 disposizioni specifiche per le minoranze in materia di istruzione e 7 garantiscono le minoranze religiose o la partecipazione politica; v. F. PALERMO, J. WOELK, *op. cit.*, 185.

mentre le minoranze di altro genere, pur non espressamente qualificate come tali, sono ugualmente protette in altre disposizioni costituzionali: così le minoranze religiose, che sono tutelate in base agli artt. 8, 19 e 20 Cost.; le minoranze di genere attraverso la tutela promozionale all'accesso alle cariche pubbliche elettive (artt. 51.1 e 117.7 Cost.); le minoranze politiche in tutte quelle disposizioni che aggravano il principio maggioritario in materia di: adozione dei regolamenti parlamentari (art. 64 Cost.); approvazione delle leggi di amnistia ed indulto (art. 79 Cost.); elezione e messa in stato di accusa del Capo dello Stato (artt. 83 e 90 Cost.); seconda deliberazione sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale (art. 138 Cost.); elezione dei giudici costituzionali (art. 3 legge cost. 22 novembre 1967, n. 2).

Nella prospettiva pluralista che caratterizza il nostro ordinamento, le anzidette disposizioni costituzionali che tutelano determinate minoranze vanno considerate espressione del principio generale di tutela della diversità che discende come visto dai principi personalista, pluralista e d'eguaglianza su cui si fonda il nostro ordinamento (v. Corte cost., sentenze nn. 312/1983, 289/1997, 768/1988, 62/1992, 159/2009). Per questo motivo le minoranze previste – espressamente o meno – in Costituzione non debbono ritenersi un numero chiuso, ma possono essere suscettibili di ampliamento da parte del legislatore nell'esercizio della sua ragionevole discrezionalità.

Nell'impossibilità per ragioni di spazio di trattare in modo specifico ed adeguato tutte le anzidette minoranze, ci occuperemo in particolare di quelle linguistiche, unica minoranza espressamente tutelata in Costituzione, e di quelle religiose, concentrandoci in particolare sui recenti profili problematici sollevati dalla loro tutela.

5.1 (segue) Le minoranze linguistiche.

Le minoranze linguistiche, sebbene non esplicitamente connotate dal costituente in senso etnico – così da evidenziarne

i profili culturali anziché politico-nazionali⁴¹ —, sono dal nostro ordinamento equiparate ai gruppi etnici⁴², in quanto la lingua è per sua natura il principale e fondamentale elemento d'identificazione, d'appartenenza e di rivendicazione etnico-culturale di una minoranza ("elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare" lo ha definito la Corte costituzionale)⁴³. L'aggettivo "etnico", peraltro, compare negli statuti del Trentino Alto Adige e del Friuli Venezia Giulia, per cui "da un punto di vista pratico (...) la portata delle due formule non appare molto diversa"⁴⁴.

La scelta del costituente di dedicare un apposito articolo alla protezione delle minoranze linguistiche fu dettata, oltreché dalla volontà di riconoscere tale principio fondamentale per propria libera scelta e non per obbligo internazionale, dalla consapevolezza dell'insufficienza della semplice tutela negativa, basata sulla libertà di lingua e sul divieto di discriminazioni per le ragioni da essa derivanti, e dall'esigenza, quindi, di affiancare ad essa una positiva, che

⁴¹ La medesima preoccupazione indusse il costituente spagnolo a far riferimento alla "sovranità nazionale" (art. 1.2 Cost. spagnola). Con essa, infatti, non si sono volute certamente richiamare le limitazioni che tale teoria pone al dispiegamento del principio della sovranità popolare, quanto piuttosto, più semplicemente, affermare l'unità dello Stato spagnolo, come unica Nazione, contro ogni tentativo separatista promosso da quelle forze politiche - parlamentari e no - basche e catalane di stampo nazionalista che rivendicavano, allora come oggi, la sovranità dei popoli di quei territori facendo leva sul principio della sovranità popolare e sul connesso diritto all'autodeterminazione. La Spagna è, quindi, un'unica Nazione, sebbene composta di un pluralità d'identità nazionali; v., in tal senso, gli artt. 3 - sul pluralismo linguistico, la cui ricchezza "è un patrimonio culturale che deve formare oggetto di rispetto e protezioni speciali" - e 46 - sul compito dei pubblici poteri di garantire la conservazione e di promuovere l'arricchimento "del patrimonio storico, culturale ed artistico dei popoli della Spagna" - Cost. spagnola.

⁴² Cfr. F. PALERMO, J. WOELK, *op. cit.*, 162 s.

⁴³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 15/1996; v. anche le sentenze nn. 261/1995 e 768/1988.

⁴⁴ A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, cit., 546.

consentisse un trattamento differenziato delle minoranze linguistiche, quale specificazione del principio d'eguaglianza sostanziale e del principio pluralistico⁴⁵. Pertanto la nostra Costituzione tutela l'uso della propria lingua a livello sia individuale che collettivo.

Sotto il primo profilo il libero uso della propria lingua è diritto inviolabile di ogni persona, connesso alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), essendo la lingua strumento essenziale per la sua espressione nel relazionarsi con gli altri in ambito privato⁴⁶. Da qui anche il divieto per coloro che non parlano l'italiano – lingua ufficiale per disposizioni costituzionali (v. artt. 38 St. Valle d'Aosta e 99 St. Trentino Alto Adige) – di subire discriminazioni che si traducano in uno stato giuridico di soggezione che impedisca loro d'integrarsi pienamente nella vita politica e sociale della comunità in cui vivono e così essere parificati agli altri.

Sotto il secondo profilo, la lingua viene considerata elemento fondamentale della identità di un gruppo sociale meritevole di tutela giuridica in ambito pubblico attraverso l'attribuzione ad esso di specifici diritti nella misura in cui essa non risulti lesiva di altri beni ed obiettivi e sia territorialmente circoscritta⁴⁷. Sotto questo profilo emerge il diritto delle minoranze linguistiche, quali formazioni sociali in cui si svolge la personalità (art. 2 Cost.)⁴⁸, di vedere tutelate la loro identità storica e culturale. Da qui la tutela collettive delle minoranze linguistiche (art. 6 Cost.) che consente a coloro che parlano una lingua diversa dall'italiano di utilizzarla

⁴⁵ Cfr. A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 545 s.; A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., 83.

⁴⁶ Cfr. C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Napoli, 2009, 194

⁴⁷ Cfr. F. PALERMO, J. WOELK, *op. cit.*, 164 ss.

⁴⁸ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, IX ed. a cura di G. Silvestri, Milano, 1997, 815. Anche per A. PIZZORUSSO, *Art. 6*, in *Comm. della Costituzione*, a cura di G. Branca, 820 le minoranze linguistiche rientrano tra le comunità intermedie tra Stato ed individuo e le formazioni sociali a carattere non necessariamente associativo.

nell'area territoriale di pertinenza⁴⁹ nei rapporti non solo interpersonali ma anche con i pubblici uffici (amministrativi e giurisdizionali), i cui impiegati hanno quindi l'obbligo di conoscerla. Inoltre sono riconosciute forme particolari di autonomia territoriale – sia normativa che amministrativa – (in questo senso l'art. 6 Cost. si lega al precedente art. 5) che consentano alla minoranza di diventare maggioranza in quel territorio oppure, pur restando minoranza, di godere di alcuni diritti speciali (festività religiose o civili, diverso giorno di riposo settimanale). A ciò si ricollega la possibilità che gli stessi pubblici poteri si organizzino di modo che tali minoranze siano presenti e rappresentate (distribuzione proporzionale dei posti di lavoro negli uffici pubblici; ripartizione delle cariche elettive in base al gruppo linguistico; apposite sezioni giurisdizionali). Infine la lingua viene protetta come bene culturale attraverso il diritto all'utilizzo della lingua madre da parte dei messi di comunicazione o al suo insegnamento mediante corsi separati nella stessa scuola pubblica o l'istituzione di apposite scuole separate pubbliche, oltretutto ovviamente private, oppure tramite appositi istituti (musei, biblioteche, scuole specializzate, centri culturali)⁵⁰.

Come più volte ribadito dalla Corte costituzionale, la tutela delle minoranze linguistiche costituisce un principio supremo fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, come tale non derogabile, (tra le molte v. sentenze nn. 768/1988, 62/1992, 271/1994, 261/1995, 15/1996, 289/1997, 159/2009);

⁴⁹ Sulla natura territoriale e non personale della tutela delle minoranze linguistiche v. Corte costituzionale, sentenze nn. 214/1988, 406/1999; v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1997, 342; F. PALERMO, *La Corte "applica" il Titolo V alle minoranze linguistiche e chiude alle Regioni*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 16 dicembre 2009, p. 7 del paper

⁵⁰ Cfr. art. 14.1 della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali, su cui v. F. PALERMO, J. WOELK, *op. cit.*, 177 ss.; su tale diritto v. Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, sentenza 3.3.2009 (*Temel ed altri vs. Turchia*).

esso "rappresenta un superamento delle concezioni dello Stato nazionale chiuso dell'ottocento e un rovesciamento di grande portata politica e culturale, rispetto all'atteggiamento nazionalistico manifestato dal fascismo" (v. sentenze nn. 312/1983, 289/1997, 768/1988, 62/1992, 159/2009). Di conseguenza, tale principio è stato ritenuto di per sé idoneo ad apprestare «una tutela minima, immediatamente operativa, sottratta alla vicenda politica e direttamente determinabile attraverso la interpretazione costituzionale dell'ordinamento» (Corte cost., sentenza n. 15/1996, ma vedi anche le precedenti nn. 28/1982 e 62/1992). Ciò anche per evitare che, in attesa che il legislatore statale approvasse le "apposite norme" previste dall'art. 6 Cost. (attesa protrattasi fino all'approvazione della legge n. 482/1999), esso restasse privo d'attuazione, stante l'orientamento inizialmente negativo della Corte costituzionale circa la possibilità d'intervento regionale in materia in ossequio al principio d'eguaglianza⁵¹.

⁵¹ Cfr. sentenze nn. 32/1960, 1/1961, 46/1961, 128/1963, 14/1965. Oggi la Corte ammette che le regioni e le province autonome possano disciplinare il fenomeno delle lingue minoritarie «anche al di là degli specifici casi espressamente indicati dallo statuto regionale», ma sempre nel pieno rispetto di quanto determinato in materia dal legislatore statale (Corte cost., sentenze nn. 28/1982, 312/1983, 289/1987, 242/1989, 290/1994, 261/1995 e 15/1996). Cfr. E. PALICI DI SUNI, *Intorno alle minoranze*, Torino 1999). Piuttosto oggi il problema è se, dopo la riforma del Titolo V, le regioni e province autonome abbiano competenza esclusiva in materia di minoranze linguistiche, non essendo essa annoverata tra quelle che l'art. 117 Cost. riserva alla potestà legislativa statale esclusiva o concorrente (su tale dibattito v. L. A. MAZZAROLLI, *La tutela delle minoranze linguistiche nella Costituzione del nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 726 ss.). Contra tale conclusione si è fatto appello all'interesse nazionale (v. V.E. BOCCI, *La salvaguardia delle minoranze linguistiche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: ancora sulla permanenza dell'interesse nazionale*, in www.forumcostituzionale.it, 7 novembre 2001) oppure alla trasversalità di tale materia (v. F. PALERMO, *Titolo V, minoranze e norme d'attuazione degli Statuti speciali*, in www.forumcostituzionale.it, 10 novembre 2001; F. PALERMO, J. WOELK, *op. cit.*, 255). A favore di quest'ultima tesi v. ora Corte costituzionale sentenza n. 159/2009, 2.3 cons. dir.

5.2 (segue) *Le minoranze religiose.*

La nostra Costituzione, dopo aver sancito che tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato e in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume (art. 19), garantisce a tutte le confessioni religiose eguale libertà davanti alla legge (art. 8.1), tutelando espressamente le confessioni religiose diverse dalla cattolica, le quali hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti purché non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano (art. 8.2). Pertanto, le confessioni religiose sono certamente formazioni sociali ma non comunità intermedie, visto che sono indipendenti ed autonome dallo Stato. Infine, i loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge non unilateralmente ma sulla base di intese con le relative rappresentanze (art. 8.3).

Alla tutela individuale della libertà religiosa si affianca dunque quella delle confessioni religiose nella loro dimensione collettiva di rapporti con il potere pubblico. Anche sotto questo profilo, il nostro ordinamento anziché reprimere o restare indifferente di fronte al fenomeno religioso, considerandolo un fatto privato, ne tutela e promuove la dimensione pubblica, riconoscendo pari libertà a tutte le confessioni religiose, per cui non è possibile graduare diversamente la libertà delle istituzioni di culto. Né la stipula di intese o le diverse modalità con cui esse possono regolare i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose possono incidere sui pari diritti dei loro membri.

Il problema della tutela delle minoranze religiose si pone con particolare riferimento per quei culti – ieri i Testimoni di Geova oggi soprattutto i musulmani – che prevedono come obblighi religiosi comportamenti di dubbia compatibilità con i diritti fondamentali sanciti dal nostro ordinamento: si pensi al rifiuto delle emotrasfusioni per i minori figli di Testimoni di Geova oppure alla rivendicazione da parte degli islamici (per

i quali va però aggiunto il serio problema della identificazione della rappresentanza unitaria) di pratiche particolari (quali l'obbligo di indossare il burqa, di sottoporsi all'infibulazione o la poligamia), che costituiscono a loro volta espressioni di uno *status* d'inferiorità della donna che si scontra irrimediabilmente con la cultura occidentale che si fonda sull'eguaglianza di genere. Da qui il ritorno del fattore religioso come fattore d'identità e, di conseguenza, come elemento non di diversità ma di potenziale separazione, se non anzi di preteso scontro di civiltà.

È bene sin d'ora precisare che occorre rifuggire dalla facile e, purtroppo, ricorrente tentazione di ridurre la cultura islamica alla rappresentazione sommaria e caricaturale che di essa viene spesso data, enfatizzando e generalizzando le visioni estremiste e conflittuali che sono proprie sono di una parte di esso così da alimentare quella cultura islamofobica che propugna l'infausta tesi del conflitto di civiltà. Solo una visione strumentalmente estremista può sottovalutare come tra Corano e Dichiarazione dei diritti dell'uomo non ci sia contraddizione⁵², come dimostra la *Charta Islamica* approvata nel febbraio 2002 dal Comitato centrale dei musulmani in Germania e la Dichiarazione di intenti irrinunciabili sottoscritta il 23 aprile 2008 dagli otto esponenti della Consulta islamica italiana, tra i quali la laicità, la libertà religiosa, l'assoluta eguaglianza tra uomo e donna, la condanna di ogni fondamentalismo, il rifiuto delle ingerenze straniere, la regolamentazione delle moschee e dei requisiti per la scelta degli imam, finora nominati senza alcun requisito. Il nostro Stato ha tra l'altro già stipulato un'intesa, ancora non ratificata, con una religione (Buddisti) non di tradizione giudaico-cristiana ed un altro Stato (la Spagna) con

⁵² V. al riguardo l'interessantissimo intervento di N. ABU-ZAYD, *La legge talebana non è quella del Corano* (in www.resetdoc.org, 25 maggio 2009) a seguito dell'appello di G. AMATO a seguito dell'approvazione della legge afgana contro i diritti delle donne (*Il coraggio che chiediamo agli islamici non radicali*, in *Il Sole - 24 Ore*, 5 aprile 2009, 1).

un sistema di relazioni giuridiche con le confessioni religiose molto simile al nostro ha già stipulato un accordo con l'Islam sin dal 1992. Del resto, alcuni problemi sono facilmente risolvibili: la macellazione rituale; il venerdì come giorno di particolare preghiera; il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio purché monogamico (piuttosto il problema è se l'imam che lo celebra debba essere cittadino italiano); le aree cimiteriali e per le moschee; l'uso del velo nei documenti purché sia assicurata la conoscibilità⁵³; il riconoscimento di alcune festività; l'assistenza religiosa in carceri e ospedali; la nomina di imam (e se a lui, quale ministro di culto, vada riconosciuto il segreto professionale); l'insegnamento dell'Islam a scuola in termini culturali e non catechistici⁵⁴.

Ciò doverosamente precisato, il fronte in cui maggiormente si avverte la profonda diversità tra costituzionalismo occidentale e parte della cultura islamica è la questione femminile⁵⁵. È, infatti sui diritti delle donne, sia come singole sia all'interno delle comunità sociali in cui vivono – in primis la famiglia ma anche la loro minoranza etnica - che si registrano infatti le maggiori frizioni con la cultura occidentale. Pare innegabile, dunque, che quello della condizione della donna costituisca comunque un problema con cui i paesi islamici dovranno comunque confrontarsi se vorranno procedere nella strada verso la democrazia. E' un problema la cui dimensione – come giustamente notato – non si esaurisce nel riconoscimento di pari diritti civili e politici rispetto ai maschi, ma che investe

⁵³ Il 24 luglio 2009 la Corte suprema canadese ha ritenuto non lesivo della libertà religiosa il regolamento adottato dalla Provincia dell'Alberta che impone a tutti coloro che possiedono una patente di guida di esporre sulla stessa una propria fotografia e contestato dai membri di una comunità religiosa che interpreta il II comandamento (Non ti farai alcuna immagine...) come se proibisse di portare con sé la propria fotografia.

⁵⁴ Cfr. S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi, società multietniche*, Bologna, 2001, 158 ss.

⁵⁵ Cfr. S. ANDÒ, *La questione femminile al centro dell'incontro tra le civiltà*, in *Il Filangieri. Quaderno 2006*, Napoli, Jovene, 2007, 77 ss.

anche e soprattutto la dimensione familiare del rapporto della donna con il marito e con i figli, oggi caratterizzato spesso da un rapporto di soggezione anziché di eguaglianza nel campo dei diritti⁵⁶. Sotto questo profilo se pare condivisibile la prudente gradualità ed il pragmatico realismo con cui l'Occidente deve sollecitare questi processi nei paesi musulmani, accompagnandoli senza accelerazioni o forzature (ché imposizioni sarebbero considerati i diritti e le libertà umani perché non richiesti e non graditi perché considerati in contrasto con la propria religione⁵⁷ imposizioni, così da far maturare quei germi di democrazia presenti nella cultura islamica⁵⁸, non altrettanto si può dire per i musulmani che invece vivono in Occidente, i quali non possono rivendicare in nome della libertà religiosa usi e costumi che si pongono in contrasto ancor prima che con i valori del costituzionalismo occidentale, con la dignità di ogni essere umano ed il rispetto che in quanto tale gli si deve. Così, ad esempio, il trapianto della famiglia poligamica in Occidente non solo incontra quegli ostacoli che di fatto consentono alla donna di essere meno dipendente dall'uomo (politiche sociali, mezzi contraccettivi, lavoro), ma si pone in radicale contrasto con il principio di eguaglianza tra i coniugi che scaturisce dalla reciproca pari dignità e che del resto lo stesso Profeta aveva indicato come fine, giustificando la poligamia come istituto transeunte posto a tutela, e non a svantaggio, delle donne più deboli come alternativa all'abbandono ed alla povertà.

Sotto questo profilo quindi, almeno per quel che riguarda l'integrazione nell'Occidente, non dovrebbe valere la tesi per

⁵⁶ Così S. ANDÒ, *op. cit.*, 83 s. che fa riferimento alle questioni riguardanti l'eredità, il matrimonio, il ripudio, l'affidamento dei figli, l'esercizio della patria potestà ed il valore della testimonianza.

⁵⁷ Cfr. S. ANDÒ, *op. cit.*, 84 ss. con riferimento, in particolare, alla questione della poligamia.

⁵⁸ Così ancora S. ANDÒ, *op. cit.*, 81 che parla di "predisposizione islamica alla democrazia"

cui “il rispetto delle specificità culturali deve sapere prevalere anche sull’indignazione per i diritti umani violati”⁵⁹. Per quanto ammantati da motivazioni religiose, i reati commessi restano tali. I purtroppo non infrequenti fatti di sangue che vedono vittime non uomini ma donne, non madri ma figlie che, nate e cresciute secondo gli stili di vita occidentali, vogliono emanciparsi da tradizioni ed usanze misogine sussunte a precetti religiosi – espressione di un conflitto non solo etnico ma anche generazionale - non possono essere mai giustificati in nome di un malinteso rispetto della loro cultura e del loro credo⁶⁰.

Non si tratta qui di rivendicare in modo sprezzante la superiorità del modello culturale occidentale quanto piuttosto di affermare in modo sereno ma fermo la universalità dei diritti dell’uomo perché intimamente connessi alla sua dignità contro chiunque che in nome di una visione ideologica e religiosa distorta volesse conculcarli. Quei diritti che vanno riconosciuti allo straniero non in forza delle norme e dei trattati internazionali in conformità di cui la legge deve regolarne

⁵⁹ Così. S. ANDÒ, *op. cit.*, 90. Contra C. PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, relazione al Convegno dell’Università di Cassino su “I diritti fondamentali nella società multiculturale: verso un nuovo modo di intendere la Costituzione?”, 27-28 novembre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 16 dicembre 2009, 12 s. per cui, alla luce di talune sentenze, la famiglia poligamica potrebbe annoverarsi tra le formazioni sociali ex art. 2 Cost. poiché la donna in quanto madre avrebbe il diritto di ricongiungersi alla famiglia poligamica in nome del diritto dei figli alle cure materne. Più in generale, anche in riferimento ad altri fenomeni (matrimoni forzati, mutilazioni genitali) anziché la soluzione repressiva penale l’A. ritiene preferibile in una prima fase un atteggiamento di comprensione delle loro radici culturali (p. 15 s.).

⁶⁰ V. da ultimo Cassazione penale, sentenza n. 48272 del 17 dicembre 2009 che, nel confermare la condanna per maltrattamenti di un padre d’origine marocchina nei confronti del proprio figlio – ha sancito che le credenze religiose o le consuetudini culturali del paese di provenienza non possono mai giustificare la violazione di quei diritti fondamentali che fanno parte del patrimonio etico e culturale della Nazione.

la condizione giuridica (art. 10.2 Cost.)⁶¹, ma della natura inviolabile dei diritti che – per consolidata giurisprudenza costituzionale⁶² oggi recepita a livello legislativo⁶³ – vanno riconosciuti ad ogni essere umano in quanto intimamente connessi alla sua dignità di essere libero (art. 2 Cost.) e del

⁶¹ Così quella dottrina che, ritenendo insuperabile il riferimento testuale ai soli cittadini sia del principio d'eguaglianza (art. 3 Cost.), che del titolo della Parte prima della stessa Costituzione in cui sono disciplinati i diritti e doveri, ritiene tuttora vigente la clausola di reciprocità ex art. 16 disp. prel. c.c., la quale potrebbe essere superata solo per autonoma e discrezionale scelta del legislatore, il quale ex art. 10.2 Cost. potrebbe quindi estendere i diritti riconosciuti ai cittadini agli stranieri, ora in via implicita per i diritti civili, ora in via esplicita per quelli sociali e politici: v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale, I ed. 1984, III ed., Padova, 2003, 315 ss. ed ora in Id., *Libertà e diritti di libertà*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 27 luglio 2009, 5 e ivi nt. 14 del paper.

⁶² Per la Corte costituzionale allo straniero ed all'apolide vanno riconosciuti i diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 Cost. (così sin dalla sentenza n. 11/1956), riguardo ai quali stranieri ed apolidi sono eguali rispetto al cittadino (v. sentenze nn. 120/1967, 2° cons. dir.; 104/1969, 177/1974, 19/1991, 87/1992, 110/1993, 62/1994, 4° cons. dir., 320/1995). Agli stranieri dunque la Costituzione riconosce e garantisce il diritto alla vita (artt. 2 e 27.4 Cost.; v. Corte cost. sentenze nn. 54/1979 e 223/1996 sull'incostituzionalità dell'estradiizione per reati sanzionati con la pena di morte); il diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.; v. Corte cost., sentenze nn. 62/1994, 105/2001, 222/2004 e 223/2004, le ultime tre in tema di espulsioni); la libertà di domicilio (art. 14 Cost.); la libertà ed alla segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.); la libertà di religione (art. 19 Cost.); la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.); il diritto alla tutela giurisdizionale dei propri diritti ed interessi legittimi (art. 24 Cost., su cui v. Corte cost., sentenze nn. 50/1972 sul diritto all'assistenza di un interprete nei procedimenti giudiziari, 177/1974; 353/1985, 198/2000, 222/2004, 223/2004); il diritto al giudice naturale (art. 25.1 Cost.), il diritto alla irretroattività della legge penale (art. 25, commi 2 e 3), il diritto al lavoro (Corte cost. sentenza n. 454/1988); il diritto alla salute (art. 32.1 Cost.; v. Corte cost. sentenze nn. 105/2001, 252/2001, 432/2005); diritto all'assistenza sociale (art. 38 Cost., v. Corte cost. sentenza n. 306/2008).

⁶³ Secondo l'art. 2 D. Lgs. n. 380/1998 e successive modificazioni ed integrazioni - Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina

valore non solo soggettivo ma anche oggettivo del principio d'eguaglianza (art. 3 Cost.) che vuole eguali non solo i destinatari della legge ma anche il suo contenuto, ammettendo disparità di trattamento degli stranieri rispetto ai cittadini solo se ragionevoli o rispondenti a preminenti interessi statali in nome di altri valori costituzionali parimenti meritevoli di tutela⁶⁴.

dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) "allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti" (primo comma); a lui inoltre "è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge" (quinto comma).

Riprendendo il dettato costituzionale il citato D. Lgs. n. 380/1998 garantisce agli stranieri regolar i seguenti diritti sociali: il diritto all'assistenza sanitaria (art. 34), anche se non iscritti al Servizio sanitario nazionale e irregolari (art. 35) ed a *fortiori* se indigenti ex art. 32.1 Cost.; all'esercizio professionale (art. 37); allo studio, anche mediante l'obbligo scolastico (art. 38) e l'accesso alle università (art. 39); all'abitazione (art. 40). Inoltre è garantito il diritto all'unità familiare (art. 28).

⁶⁴ Del resto è la stessa nostra Costituzione a limitare tale equiparazione in nome della forza naturalmente espansiva dei diritti fondamentali allorquando espressamente garantisce ai soli cittadini taluni specifici diritti – la libertà di circolazione (art. 16 Cost.); i diritti a contenuto politico: di riunione (art. 17 Cost.), di associazione (art. 18 Cost.), specie se in partiti (art. 49 Cost.); di voto (art. 48 Cost.), di petizione (art. 50 Cost.) ed accesso alle cariche pubbliche (art. 51 Cost.); di assistenza sociale (art. 38.1 Cost.) -, il cui godimento da parte degli stranieri il legislatore conseguentemente non deve ma può ragionevolmente differenziare, senza però mai del tutto negare; v. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 564 s.; F. CUOCOLO, *Istituzioni*, cit., 643; A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, V. ed., Bologna, 1997, 308; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, VI ed., Padova, 1998, 526; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 756. V. Corte cost. sentenze nn. 54/1969, 104/1969, 144/1970, 109/1974, 46/1977, 129/1995.

In ogni caso i reati di cui talvolta si rendono protagonisti singoli fedeli in nome della loro religione non comportano di per sé un giudizio di illiceità dei fini associativi perseguiti tale da impedire la stipula di intese con tali confessioni, a riprova ancora una volta della necessità di saper sempre distinguere tra dimensione individuale e collettiva delle minoranze.

BIBLIOGRAFIA

- ABU-ZAYD N., *La legge talebana non è quella del Corano*, in www.resetdoc.org. 25 maggio 2009.
- AMATO G., *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, n.2, agosto 1994.
- AMATO G., *Il coraggio che chiediamo agli islamici non radicali*, in *Il Sole – 24 Ore*, 5 aprile 2009. ANDÒ S., *La questione femminile al centro dell'incontro tra le civiltà*, in *Il Filangieri. Quaderno 2006*, Napoli, 2007, 77 ss.
- BARBERA A., COCOZZA F., CORSO G., 1997, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, V. ed., Bologna.
- BIN R., PITRUZZELLA G., 2008, *Diritto costituzionale*, IX ed., Torino.
- BOCCI V.E., *La salvaguardia delle minoranze linguistiche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: ancora sulla permanenza dell'interesse nazionale*, in www.forumcostituzionale.it, 7 novembre 2001.
- CARETTI P., 2005, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino.
- CARETTI P., DE SIERVO U., 2004, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Torino.
- CECCANTI S., 2001, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi, società multietniche*, Bologna.
- CUOCOLO F., 2003, *Istituzioni di diritto pubblico*, XII ed., Milano.

- DE VERGOTTINI G., 1997, *Diritto costituzionale*, Padova.
- ESPOSITO C., *La rappresentanza istituzionale*, in *Studi Romano*, Padova, 1940, I, 301 ss.
- FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, VI ed., Padova, 1998, 526.
- HABERMAS J., 1998, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano.
- KELSEN H., 1955, *Essenza e valore della democrazia*, Bologna.
- LAVAGNA C., 1986, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino.
- LENIN I., 1949, *Stato e rivoluzione. La dottrina marxista dello Stato e i compiti del proletariato nella rivoluzione*, ed. it., Mosca.
- MARTINES T., 1997, *Diritto costituzionale*, IX ed. a cura di G. Silvestri, Milano.
- MAZZAROLLI L. A., *La tutela delle minoranze linguistiche nella Costituzione del nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 726 ss.
- MORTATI C., 1975, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, Padova.
- PACEA., *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte generale*, I ed. 1984, III ed., Padova, 2003, 315 ss. ed ora in Id., *Libertà e diritti di libertà*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 27 luglio 2009.
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, 1998, 262.
- PALERMO F., *La Corte "applica" il Titolo V alle minoranze linguistiche e chiude alle Regioni*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 16 dicembre 2009.
- PALERMO F., *Titolo V, minoranze e norme d'attuazione degli Statuti speciali*, in www.forumcostituzionale.it, 10 novembre 2001.
- PALERMO F., WOELK J., 2008, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova.
- PALICI DI SUNI E., 1999, *Intorno alle minoranze*, Torino.
- PINELLI C., *Società multiculturale e Stato costituzionale*, relazione al Convegno dell'Università di Cassino su "I diritti fondamentali nella società multiculturale: verso un nuovo modo di intendere la Costituzione?", 27-28 novembre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 16 dicembre 2009.

- PIZZORUSSO A., 1993, *Minoranze e maggioranze*, Torino.
- PIZZORUSSO A., 1976, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano.
- ROLLA G., 1998, *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Torino.
- ROSSANO C., 2009, *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Napoli.
- RUFFINI E., 1976, *Il principio maggioritario*. Profilo storico, Milano.
- TONIATTI G., *Minoranze e minoranze protette. Modelli costituzionali comparati*, in T. Bonazzi e M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle società multiculturali*, Bologna, 1994, 273 ss.

LE CONTENU DU DROIT À LA PAIX

ALIAA SARAYA

This paper aims at critically evaluating the content of the right to peace, one of the rights that raise debates, or in other words its significance. It tries to identify not only other human rights but also other international texts, besides the Declaration on the right of peoples to peace adopted by the United Nations on the 12th of November 1984, that are related to this content. The two fundamental ideas that form its essence are the rejection of aggression and the consolidation of the value of tolerance.

Introduction

Les droits de l'homme, comme notion de philosophie politique, sont des 'droits essentiellement attachés à l'humanité de l'homme (et non à des caractéristiques contingentes)'¹. Bien qu'ils comprennent des droits divers, ils peuvent être divisés en plusieurs types, notamment et à titre d'exemple droits civils, politiques, économiques, sociaux, et culturels, ou droits individuels et collectifs. De plus, la littérature sur les droits de l'homme², qui ont été reconnus progressivement au cours des siècles, souvent distingue entre trois générations de droits de

¹ Philippe, Raynaud et Stéphane, Rials (sous la direction de) (2003) *Dictionnaire de philosophie politique*. Paris: Presses universitaires de France, p. 190.

² Peter R., Baehr (2001) *Human rights - universality in practice*. Great Britain: Antony Rowe Ltd, Chippenham, Wiltshire, p. 6.

l'homme dont chacune regroupe un ensemble de droits. Si la première comprend les droits civils et politiques, la deuxième comprend les droits économiques, sociaux et culturels. Quant à la troisième, elle comprend les droits de solidarité comme le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le droit au développement et le droit à la paix.

Au niveau international, les Nations unies, préoccupées par les droits de l'homme dès leur création en 1945 et commençant à adopter des textes en la matière dès 1948, n'ont reconnu le droit à la paix que vers le milieu des années quatre-vingt malgré les atrocités de la deuxième guerre mondiale. En effet, dans le contexte de la guerre froide les deux premiers textes adoptés en la matière, notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée le 9 décembre 1948 et entrée en vigueur le 12 janvier 1951 et la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948, se préoccupent de *la paix* et non pas du *droit à la paix* bien que ce dernier est lié au sujet du premier texte et peut faire partie des droits de l'homme qu'on consacrerait juridiquement. Si les textes onusiens adoptés en la matière se sont, ensuite, multipliés, ce n'est que vers la fin de la guerre froide, notamment le 12 novembre 1984, que les Nations unies adoptent la Déclaration sur les droits des peuples à la paix³.

Cette reconnaissance internationale relativement tardive du droit à la paix peut s'expliquer, ne serait-ce que partiellement, non seulement par la multiplication des conflits armés qui ont vu le jour dans le contexte de la guerre froide malgré la proclamation de plusieurs types de droits de l'homme, mais aussi par le développement considérable des technologies des armes pouvant être utilisées en cas de guerre. Cela se dévoile

³ En effet, quatre vingt douze Etats étaient pour l'adoption de la Déclaration sur le droit des peuples à la paix et au moment où aucun Etat n'a voté contre son adoption trente quatre se sont abstenus. Informations tirées de: Vojin, Dimitrijevic (1998) "Human rights and peace," in Janusz Symonides, ed. Human rights: new dimensions and challenges. England: Dartmouth publishing company limited, p. 51.

par le texte même de cette déclaration dans lequel l'Assemblée générale exprime

'le désir et la volonté de tous les peuples d'éliminer la guerre de la vie de l'humanité et surtout, de prévenir une catastrophe nucléaire mondiale'.

Egalement, elle déclare, en son sein, être

'consciente que, en cette ère nucléaire, l'instauration d'une paix durable sur la Terre est une condition primordiale de la préservation de la civilisation humaine et de la survie de l'humanité'.

Reconnaissant ce droit aux peuples en tant que « droit sacré », cette déclaration met l'accent sur son exercice qui devrait être assuré non seulement par les Etats mais aussi par les organisations internationales. Cela différencie, entre autres, la proclamation, à la même époque, de ce droit aux peuples par les Nations unies de celle par l'Organisation de l'Unité africaine qui est devenue en 2001 l'Union africaine. En effet, c'est dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981 par l'Organisation de l'Unité africaine et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, qu'il a été reconnu. Toutefois, il a fallu attendre la fin de la guerre froide pour que la Commission des droits de l'homme des Nations unies, créée en 1946 et remplacée en 2006 par le Conseil des droits de l'homme, le promeuve en adoptant, notamment le 25 avril 2001, la résolution 2001/69.

Parallèlement, des débats émergent sur le droit à la paix et plus généralement sur les droits de la troisième génération. Afin de restituer les termes de ces débats, notons, en premier lieu, que l'utilisation du terme « génération » lui-même est contestée⁴. Certains auteurs, en second lieu, refusent totalement la classification des droits de l'homme en trois

⁴ Peter R., Baehr. *Op.cit.*, p. 6-7.

générations en la qualifiant de « trompeuse »⁵ ou de « fausse et dangereuse »⁶. Mettant carrément en cause les droits de la troisième génération, quelques auteurs avancent, en troisième lieu, qu'il ne s'agit que de « faux » ou de « pseudo-» droits de l'homme⁷. Cela n'empêche que des questions sont soulevées, en quatrième lieu, sur la nature⁸ des droits de solidarité, sur l'organisation de leur exercice par les individus⁹ et sur leur mise en œuvre¹⁰. Des auteurs, en cinquième lieu, se penchant plus particulièrement sur le droit à la paix reconnu par cette déclaration aux peuples, soulèvent toutefois la question de son titulaire¹¹, celle de son exercice¹² et celle de la 'conséquence juridique supplémentaire [que sa] proclamation (...) pourrait comporter'¹³.

S'inscrivant dans le cadre de ces débats, la recherche s'interroge sur le contenu du droit à la paix c'est-à-dire sa signification. En effet, elle part de l'idée défendue par Patrick Wachsman selon laquelle les droits de solidarité, comme le droit à la paix, révèlent des 'aspects essentiels de l'existence de l'humanité'¹⁴. De plus, elle considère qu'avoir le droit à la paix comme tout autre droit de l'homme signifie, comme le souligne Eligio Resta, 'qu'il y a un domaine intouchable et inviolable qui ne peut être susceptible d'un dégagement,

⁵ Frédéric, Sudre (1999) *Droit international et européen des droits de l'homme*. Paris: Presses universitaires de France, p. 168.

⁶ Thomas, Buergenthal et Alexandre, Kiss (1991) *La protection internationale des droits de l'homme*. Strasbourg: Engel, p. 131.

⁷ Danièle, Lochak (2002) *Les droits de l'homme*. Paris: La découverte, p. 47.

⁸ Frédéric, Sudre. *op.cit.*, p.168-169.

⁹ Patrick, Wachsman (1999) *Les droits de l'homme*. Paris: Dalloz, p. 57.

¹⁰ Thomas, Buergenthal et Alexandre, Kiss. *op.cit.*, p. 131.

¹¹ Peter R., Baehr. *op.cit.*, p. 6. Frédéric, Sudre. *op.cit.*, p. 181-182. Vojin, Dimitrijevic. *op.cit.*, p. 52.

¹² Peter R., Baehr. *op.cit.*

¹³ Patrick, Wachsman. *op.cit.*

¹⁴ *Ibid.*

d'une cession ou d'une réduction'¹⁵. Il s'agit aussi 'd'obliger quelqu'un de faire ou de s'abstenir de faire un acte'¹⁶. Egalement, la recherche retient une définition de la notion de paix qui met l'accent sur ses deux aspects: 'la paix négative'¹⁷ c'est-à-dire 'l'absence de guerre'¹⁸ et 'la paix positive, celle qui, selon la formule spinoziste, « naît de la force de l'âme », de la concorde et de la justice'¹⁹. En outre, elle tente d'identifier non seulement d'autres droits de l'homme mais aussi d'autres textes internationaux auxquels le contenu du droit à la paix peut être lié. Deux idées fondamentales constituent son essence notamment le rejet de toute hostilité qui se manifeste aussi bien par l'abandon de la violence que par l'entretien des bonnes relations et l'ancrage de la valeur de la tolérance qui se manifeste aussi bien par l'acceptation de l'autre que par l'admission de la divergence.

1. Le rejet de toute hostilité

Proclamé au sein de la Déclaration sur les droits des peuples à la paix en tant que droit collectif, la première idée fondamentale qui constitue l'essence du droit à la paix révèle toutefois sa 'dimension individuelle et collective'²⁰ évoquée par Burns H. Weston. En effet, cela renvoie au rejet de toute hostilité non seulement à l'égard des peuples mais aussi des individus. La communication envisagée et/ou établie est censée être ainsi caractérisée quel que soit son auteur. A cet égard, l'on peut parler d'une communication entre des peuples

¹⁵ Eligio, Resta (1998) "Rights versus powers," *Mediterranean journal of human rights*, Vol. 2. No. 2., p. 6.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Philippe, Raynaud et Stéphane, Rials (sous la direction de). *Op.cit.*, p. 301.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Burns H., Weston (1984) "Human rights," *Human rights quarterly*, Vol. 6 No. 3., p. 266.

appartenant à différents Etats mais à la même nation ou à différentes nations. Elle peut aussi être une communication entre des individus d'un même Etat, ou de différents Etats mais de la même nation ou de différentes nations. Ces individus sont insérés dans des communautés ou des groupes d'appartenance, à titre d'exemple ethniques, linguistiques, religieux et professionnels, pouvant être différents. Ce qui permet de parler d'une communication entre des groupes composés d'individus vivant ou pas sur un même territoire. Dans tous les cas, le rejet de toute hostilité se manifeste aussi bien par l'abandon de la violence que par l'entretien des bonnes relations.

1.1 L'abandon de la violence

Le contenu du droit à la paix n'est sans révéler que l'auteur d'une communication est censé s'efforcer, au prime abord, d'abandonner la violence. Cette dernière est 'un agir nuisible, délibérément infligé à autrui contre sa volonté et en faveur de l'auteur de l'action'²¹. Elle 'implique donc un *agent*, individu ou collectivité, agissant *pour soi* et un *patient*, individu ou collectivité, subissant *par autrui*'²². De plus, le mal de la violence peut être un mal physique et/ou moral²³.

'exige la concurrence des deux éléments du pour soi et du par autrui, qui exclut du domaine de la violence soit les événements naturels soit le mal causé à autrui pour le sauver d'un péril'²⁴.

L'abandon de la violence est censé s'effectuer à partir du moment où l'idée traverse un esprit jusqu'à l'accomplissement

²¹ Philippe, Raynaud et Stéphane, Rials (sous la direction de). *Op.cit.*, p. 845.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

d'un acte violent en passant par la menace de violence et l'incitation à la violence quels que soient leurs motifs. Outre la violence passionnelle et la violence calculatrice²⁵, cela concerne deux types de violence pouvant être identifiés notamment la violence verbale et la violence physique. Ainsi, le contenu du droit à la paix s'avère lié au droit de ne pas être torturé et au droit à la sûreté.

En effet, le droit de ne pas être torturé, dont la jouissance permet de mettre un terme à la violence, est consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme et davantage par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté en décembre 1966 et entré en vigueur en mars 1976. Egalement, se penchant sur le phénomène de la violence, le texte de la Déclaration et du programme d'action de Vienne adopté le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme s'est préoccupé de ce droit. Toutefois, la définition de la torture, conséquence potentielle de la violence, figure au sein du premier article de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée en décembre 1984 et entrée en vigueur en juin 1987. Cet article stipule:

- (1) Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une

²⁵ *Ibid.*

telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

- (2) Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large'.

Quant au droit à la sûreté, dont la jouissance permet à l'homme d'être à l'abri de la violence, il est consacré par ladite déclaration. De plus, bien que l'article vingt dudit pacte ne mentionne pas le droit à la sûreté, il interdit certains actes qui compromettent sa jouissance. En effet, cet article stipule:

- (I) Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.
- (II) Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi'.

Si la violation des dispositions de cet article ouvre la voie à la violence, cette dernière est aussi

'liée à l'émergence du fondamentalisme religieux dans plusieurs Etats qui est en contradiction avec l'essence des religions'²⁶ comme le souligne Boutros Boutros Ghali. Selon l'auteur, 'cela mène au conflit des fondamentalismes et à l'émergence de certaines

²⁶ Boutros Boutros, Ghali (janvier 2009) "Asr hoqouq el insan bémtiaz," *El siassa el dawleya*, No. 175., p. 43.

notions comme la haine de l'autre, l'intolérance, le fanatisme et même le nettoyage ethnique²⁷. Il ajoute que 'la violence voit le jour au nom de la religion, ou du patriotisme, ou du nationalisme, et des ethnies, ou des tribus, ou des doctrines religieuses et même dans le cadre d'une religion'²⁸.

Ainsi, la violence, dont les motifs, les degrés et les victimes sont différents, peut se produire à partir du moment où un différend surgit dans un lieu donné jusqu'au déclenchement d'une guerre, civile ou internationale, et dans son cadre. Il est à noter que le texte de la Déclaration et du programme d'action de Vienne s'est attaqué particulièrement à la violence à l'égard de la femme. De plus, selon Dorothy Q. Thomas et Michele E. Beasley, l'Etat est devenu responsable de « la violence domestique »²⁹. De la sorte, le contenu du droit à la paix est lié au droit à la vie puisque la violence qu'il convient d'abandonner peut y porter atteinte. Consacré par ladite déclaration, le droit à la vie a été davantage consacré par ledit pacte. Si le texte de la Déclaration et du programme d'action de Vienne condamne le génocide et le nettoyage ethnique, le contenu du droit à la paix est aussi lié à un autre texte qui insiste sur la mise à terme de la violence notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette dernière définit le génocide, au sein de son deuxième article, comme suit:

²⁷ *Ibid.*, p. 43-44.

²⁸ *Ibid.*, p. 44.

²⁹ En effet, les auteurs soulignent que 'la notion de responsabilité de l'Etat a été élargie pour comprendre non seulement les actions commises directement par les Etats mais aussi leur échec systématique à poursuivre les actes commis par le niveau inférieur ou par les para-agents de l'Etat ou par les acteurs privés'. Dorothy Q., Thomas and Michele E., Beasley (february 1993) "Domestic violence as a human rights issue," *Human rights quarterly*, Vol. 15 No. 1., p. 41.

'Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe'.

1.2 L'entretien des bonnes relations

Abandonnant la violence, l'auteur d'une communication est censé s'efforcer, ensuite, d'entretenir des bonnes relations puisque ne vivant pas seul au monde. Autrement dit, s'il peut être séparé naturellement des autres sans considération de territoire ou s'il choisit d'être ou se trouve en rupture avec d'autres, il ne peut être isolé. Il est, en effet, inséré dans un réseau de relations, quelle que soit son étendue, avec d'autres. A cet égard, il convient de noter que le malade et le prisonnier sont également entourés ne serait que par ceux qui s'en occupent. D'où l'existence, dans ces deux cas, d'une certaine communication mais relativement restreinte. Si certaines relations sont inévitables, par exemple les relations familiales, ou de voisinage ou encore professionnelles, d'autres sont devenues possibles vu le développement considérable des moyens de télécommunication même si ces derniers³⁰, selon

³⁰ Marie-Claude Smouts (1996) "Le soi, le nous et l'autre dans les brumes de la mondialisation," in Bertrand Badie et Marc Sadoun, sous la

Marie-Claude Smouts, ne sont pas nécessairement accessibles d'une manière égalitaire au sein des sociétés et sur la scène internationale. A cet égard, elle souligne que, dans le contexte de la mondialisation, 'l'Autre est celui avec lequel on se connecte pour construire un Nous virtuel plus ou moins éphémère'³¹. 'Hors du réseau, tous les autres...' ³², ajoute-t-elle.

Quels que soient leurs types et leurs fins, les relations qu'il convient d'entretenir sont censées être bonnes comme le dévoile le contenu du droit à la paix. Mais, les bonnes relations ne vont pas nécessairement de pair avec la sympathie, l'affection et l'accord même si elles peuvent en découler. De plus, 'la proximité à l'Autre n'induit pas pour autant une harmonie'³³ comme le souligne Ariane Chebel d'Appollonia. En effet, les bonnes relations, quelles que soient leur durée, leur profondeur et leurs parties, sont principalement basées sur le respect d'autrui. Egalement, elles peuvent prendre plusieurs formes qui elles-mêmes prennent des degrés différents. Ainsi, les bonnes relations vont-elles du bon voisinage jusqu'à la coopération en passant par celles entreprises dans un esprit de fraternité et les relations amicales.

De la sorte, le contenu du droit à la paix est lié à plusieurs textes onusiens à commencer par la charte fondatrice de cette organisation internationale vu leur promotion des bonnes relations. Cela se manifeste, tout d'abord, au sein du préambule de cette charte, signée en juin 1945 et entrée en vigueur en octobre 1945, dans lequel les peuples des Nations unies déclarent être résolus, entre autres, 'à vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage'. Ensuite, les

direction de. *L'autre- études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, p. 284.

³¹ *Ibid.*, p. 284-285.

³² *Ibid.*, p. 285.

³³ Ariane, Chebel d'Appollonia (1996) "Les morales de l'autre- les identités nationales," in Bertrand Badie et Marc Sadoun, sous la direction de. *L'autre-études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, p. 139.

Nations unies se sont fixées pour objectif, selon cette charte et entre autres, de développer des relations amicales entre les nations et de réaliser la coopération internationale.

A l'instar de ladite charte, deux autres textes onusiens mettent l'accent sur les relations amicales entre les nations notamment: la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui se préoccupe aussi des bonnes relations entre les êtres humains qui 'doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité' selon son premier article; et le texte de la Déclaration et du programme d'action de Vienne qui insiste aussi sur les relations pacifiques entre les nations. Egalement, ces deux textes se préoccupent de la coopération internationale promue aussi par cette charte comme d'autres textes onusiens. Il s'agit surtout du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté en décembre 1966 et entré en vigueur en janvier 1976, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée en décembre 1979 et entrée en vigueur en septembre 1981, de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée en novembre 1989 et entrée en vigueur en septembre 1990 et de la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus adoptée en décembre 1998.

Si l'entretien des bonnes relations requiert de veiller à leur non-détérioration, il ne garantit pas l'absence des tensions et des différends entre leurs parties. Dans ce cas et afin de les régler, ces dernières ne sont pas censées recourir à la force mais à des moyens pacifiques comme le dialogue et/ou à la justice aussi bien au niveau national qu'international. A l'exception des relations inévitables, cela n'aboutit pas nécessairement à la reprise des bonnes relations puisque cette dernière dépend de la volonté des parties. En fait, l'on peut préférer la prise de distance ou la rupture à la

reprise des bonnes relations. Cela ne se contredit pas avec le contenu du droit à la paix puisque l'on ne peut être en contact avec tous les autres. Quant aux relations inévitables, la reprise des bonnes relations même involontaire est possible puisque l'entretien des bonnes relations ne requiert pas une implication intense de la part de ses parties.

2. L'ancrage de la valeur de la tolérance

Outre celle renvoyant au rejet de toute hostilité, une deuxième idée fondamentale constitue l'essence du droit à la paix notamment l'ancrage de la valeur de la tolérance. Elle révèle un trait commun censé se trouver non seulement au sein des différentes cultures mais aussi des différentes sous-cultures. A cet égard, il convient de noter que les différentes cultures et les différentes sous-cultures peuvent toutes influencer ne serait-ce que partiellement les diverses visions et les divers comportements aussi bien des individus que des groupes et des peuples sans considération de territoire. En effet, la tolérance qui y est censée être ancrée, grâce à l'éducation à titre d'exemple, va de pair³⁴ avec la différence. Autrement dit, elle 'va inévitablement de pair avec le pluralisme des idées, des comportements et souvent aussi avec un conflit'³⁵. Elle soulève, dans ce cas, la question de 'la prédisposition d'accepter même avec difficulté'³⁶. Ainsi, la tolérance désigne 'une attitude qui permet à la personne d'accepter une manière de penser ou d'agir des autres qui est différente de la sienne'³⁷. De plus, 'la tolérance, dans sa plus simple et plus fondamentale forme, consiste à reconnaître le droit des autres d'être respectés en

³⁴ Claudio, Zanghi (1998) "Human rights and tolerance," in Janusz Symonides, ed. *Human rights: new dimensions and challenges*. England: Dartmouth publishing company limited, p. 205.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

tant que personnes et pour leurs identités'³⁸. Dans ce sens, l'ancrage de la valeur de la tolérance en leur sein se manifeste aussi bien par l'acceptation de l'autre que par l'admission de la divergence.

2.1 L'acceptation de l'autre

Le refus de l'autre pouvant être parmi les motifs des conflits armés et non armés ainsi que des conflits nationaux et internationaux, le contenu du droit à la paix n'est sans dévoiler que l'on est censé accepter l'autre. Il convient de noter que 'l'Autre peut désigner la figure familière, souriante ou souffrante, devant laquelle je consens à m'effacer'³⁹, comme le soulignent Bertrand Badie et Marc Sadoun. De plus, ces derniers ajoutent que 'l'Autre plus souvent est celui auquel je ne m'identifie pas et que je tiens pour extérieur à ma communauté'⁴⁰.

Accepter l'autre signifie assumer l'autre volontiers tel qu'il est ou le supporter tel qu'il est. L'autre dont il est question d'accepter n'est pas seulement l'individu mais aussi le groupe et le peuple sans considération de territoire et sans distinction aucune, fondée à titre d'exemple sur le sexe, la race, l'ethnie, la langue, la religion et l'opinion. De plus, l'identité de l'autre est préservée et sa manière de vivre et de penser est respectée. Il est donc hors question de changer à son gré voire de tenter de modifier ne serait-ce que partiellement tous ou quelques traits distinctifs des individus, des groupes minoritaires et majoritaires et des peuples. Mais, il est parfois question de déployer un effort supplémentaire dans le sens de l'acceptation

³⁸ *Ibid.*, p. 206.

³⁹ Bertrand, Badie et Marc, Sadoun (1996) "Introduction," in Bertrand Badie et Marc Sadoun, sous la direction de. *L'autre- études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, p.17.

⁴⁰ *Ibid.*

de l'autre. Cela implique de refuser l'uniformisation et de respecter les particularismes culturels.

Cette attitude qu'il convient d'adopter rejoint le cœur de la définition de la tolérance figurant dans la Déclaration de principes sur la tolérance adoptée par l'Unesco en novembre 1995. En effet, selon le deuxième paragraphe de son premier article consacré à la signification de la tolérance:

'La tolérance n'est ni concession, ni condescendance, ni complaisance. La tolérance est, avant tout, une attitude active animée par la reconnaissance des droits universels de la personne humaine et des libertés fondamentales d'autrui. En aucun cas la tolérance ne saurait invoquée pour justifier des atteintes à ces valeurs fondamentales. La tolérance doit être pratiquée par les individus, les groupes et les Etats'.

Non seulement à ce texte mais aussi à un autre texte notamment la Déclaration du Millénaire adoptée par les Nations unies en septembre 2000 est lié le contenu du droit à la paix. En effet, la tolérance est une des valeurs sur lesquelles ladite déclaration met l'accent, dans son sixième article, en soulignant que 'les différences qui existent au sein des sociétés et entre les sociétés ne devraient pas être redoutées ni réprimées, mais vénérées en tant que bien précieux de l'humanité'.

C'est également à deux autres textes qui promeuvent aussi la diversité notamment celui de la Déclaration et du programme d'action de Vienne et celui de la Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle adoptée en novembre 2001 qu'est lié le contenu du droit à la paix. En effet, le premier en mettant l'accent, dans son préambule, sur les droits des peuples autochtones insiste sur le respect de 'la valeur et la diversité de leurs cultures et leur identité'. Examinant la diversité culturelle dans le contexte de la mondialisation, le second souligne, dans son préambule, que

‘le processus de mondialisation, facilité par l’évolution rapide des nouvelles technologies de l’information et de la communication, bien que constituant un défi pour la diversité culturelle, crée les conditions d’un dialogue renouvelé entre les cultures et les civilisations’.

Cela permet d’avancer que le contenu du droit à la paix est lié au droit à la différence dont le respect permet de protéger les spécificités contre les tendances assimilatrices et uniformisatrices. Ainsi, ce contenu est également lié à la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones adoptée en septembre 2007 qui reconnaît à tous les peuples le droit d’être différents. À cet égard, il convient de noter que Howeida Adly Roman estime que

‘la tolérance politique et l’acceptation du droit à la différence, au sein d’une société pluraliste marquée par les conflits politiques et intellectuels, deviennent une nécessité nationale voire inévitable afin que la société puisse survivre et puisse être équilibrée’⁴¹.

De plus, Moustapha Al Filali, abordant la question de la relation avec l’autre, évoque ‘le rapprochement qui ne fait pas disparaître les spécificités’⁴². A toute époque et dans toutes les sociétés, le droit à la différence reconnu et respecté rend le vivre ensemble en harmonie et la coexistence sans conflits même sans la moindre sympathie possibles.

Accepter l’autre implique de rejeter la xénophobie qui peut être remplacée si elle surgit par l’indifférence. Cela ne se

⁴¹ Howeida Adly, Roman (janvier 1999) “Haq al éktélaf bayna al thakafa al arabéya wa al thakafa al oropéya,” *Rowaq arabi*, No. 13., p. 16.

⁴² Moustapha, Al Filali (août 2005) “Nahnou wa al akar,” *Al mostaqabal al arabi*, No. 318., p. 12.

contredit pas avec le contenu du droit à la paix car n'exigeant pas de communiquer avec tous les autres et permettant de garder ses distances et même de définir les limites des bonnes relations. Accepter l'autre implique également de ne pas adopter les visions basées sur la négation de l'autre, et de ne pas favoriser les comportements et les politiques racistes, comme l'apartheid, et discriminatoires basés à titre d'exemple sur la religion. Ainsi, le contenu du droit à la paix est lié à tous les textes internationaux qui les condamnent comme le texte de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée en novembre 1973 et entrée en vigueur en juillet 1976, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou les convictions, adoptée en novembre 1981, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée en décembre 1965 et entrée en vigueur en janvier 1969.

2.2 L'admission de la divergence

Outre par l'acceptation de l'autre, l'ancrage de la valeur de la tolérance au sein des différentes cultures et des différentes sous-cultures se manifeste aussi par l'admission de la divergence. Cette divergence résulte de la reconnaissance des droits spécifiques à des groupes spéciaux et leur exercice d'une part, et, d'autre part, de l'exercice de quelques libertés reconnues à tout homme sans distinction aucune et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Admettre la divergence, quelle que soit son étendue, signifie permettre son existence qui provient de la proclamation et de l'exercice de quelques droits et libertés. Cette admission est accordée à tout individu, groupe et peuple sans distinction aucune, fondée à titre d'exemple sur l'appartenance nationale, la race, l'ethnie,

la religion et l'opinion, entre les titulaires de ces droits et libertés. Autrement dit, il s'agit d'une égalité de traitement. Si l'on n'admet pas volontiers cette divergence, il convient de s'adapter, sans conflits et aussi grande soit-elle, à son existence incontournable.

Cela rejoint les termes du troisième paragraphe du premier article de la Déclaration de principes sur la tolérance, adoptée par l'Unesco et à laquelle le contenu du droit à la paix est lié, consacré à la signification de la tolérance et qui stipule:

'La tolérance est la clé de voûte des droits de l'homme, du pluralisme (y compris le pluralisme culturel), de la démocratie et de l'Etat de droit. Elle implique le rejet du dogmatisme et de l'absolutisme et conforte les normes énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme'.

En ce qui concerne l'admission de la divergence qui résulte de la reconnaissance des droits spécifiques à des groupes spéciaux et leur exercice, elle soulève la question du droit dans son rapport à l'autre. En effet, c'est en tenant compte de la différence de situation qu'ont été proclamé, au niveau international, des droits spécifiques à des groupes spéciaux comme la femme, l'enfant, les réfugiés, les minorités, les peuples autochtones et les défenseurs des droits de l'homme. Se prononçant sur cette question, Danièle Lochak met l'accent sur les effets discriminatoires qui peuvent se produire de l'application uniforme de la même règle à tous⁴³: l'entérinement des inégalités de fait ou le placement de

'certains individus; en raison de leur appartenance à un groupe minoritaire, dans l'impossibilité d'exercer

⁴³ Danièle, Lochak (1996) "L'autre saisi par le droit," in Bertrand Badie et Marc Sadoun, sous la direction de. *L'autre- études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, p. 180.

effectivement des droits théoriquement reconnus à tous⁴⁴.

Afin de remédier à ces inégalités, le droit, selon l'auteure, est censé reconnaître des droits spécifiques aux membres de groupes minoritaires⁴⁵. En effet, la différence de traitement qui en résulte est censée aller de pair avec la différence de situation. De plus, il convient de désigner l'autre, comme le souligne l'auteure, 'auquel on accepte d'accorder un statut particulier'⁴⁶. Il est donc légitime de reconnaître des droits spécifiques à des groupes spéciaux que l'on désigne et qui peuvent les exercer. La divergence, par rapport à la même règle, aussi bien juridiquement que pratiquement, qui en résulte est, par la suite, bien fondée. Ce qui permet d'avancer qu'elle est censée être admise.

De la sorte, le contenu du droit à la paix est lié à un ensemble de textes onusiens qui consacrent des droits spécifiques à des groupes spéciaux et dont l'adoption et le respect de leurs dispositions qui doit en découler ne sont sans révéler une admission de ladite divergence. Citons à titre d'exemple la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention relative aux statuts des réfugiés, adoptée en juillet 1951 et entrée en vigueur en avril 1954, la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée en décembre 1992, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones et la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus et le texte de la Déclaration et du programme d'action de Vienne.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

Quant à la divergence qui résulte de l'exercice de quelques libertés reconnues à tout homme sans distinction aucune et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, elle soulève la question de la différence dans la manière de penser et d'agir des hommes et des peuples. Cette dernière demeure soulevée même si des hommes et des peuples ont des traits communs et/ou la même culture et/ou la même sous-culture et/ou les mêmes traditions, et/ou ont reçu la même éducation et/ou leurs expériences se ressemblent. Certes, l'exercice de ces libertés, surtout la liberté de pensée, de conscience, de religion, d'opinion, et d'expression, connaît des limites qui proviennent à titre d'exemple de la loi, de la religion, de la morale et de la conscience. Egalement, cet exercice doit être dans le respect des libertés des autres. A cet égard, il convient de noter que Claudio Zanghi souligne qu'il 'n'y a pas une culture, une nation, une religion etc. qui contrôle totalement la connaissance et la vérité'⁴⁷.

Sur un pied d'égalité, les hommes en exerçant leurs libertés et les peuples en exerçant leur droit à disposer d'eux-mêmes, dans le domaine politique, économique, social et culturel, font des choix différents et agissent plus ou moins différemment. Si ces choix et ces actes peuvent partiellement se ressembler, ils ne sont guère à tout moment identiques et peuvent même être contradictoires. La divergence, des choix et des actes, qui résulte de l'exercice de quelques libertés reconnues aux hommes sans distinction aucune et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est, par la suite, bien fondée. Ce qui permet d'avancer que cette divergence est censée être admise.

De la sorte, le contenu du droit à la paix est lié à un ensemble de textes onusiens qui consacrent ces libertés et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et dont l'adoption et le respect de leurs dispositions qui doit en découler ne sont sans révéler une admission de ladite divergence. Il s'agit notamment

⁴⁷ Claudio, Zanghi. *Op.cit.*, p. 208.

de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du texte de la Déclaration et du programme d'action de Vienne.

Il est à noter que le premier pacte pose des limites à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions et à la liberté d'expression respectivement au sein de son dix-huitième et de son dix-neuvième article. En effet, ces limites, précisées par le dix-huitième article et reprises par le dix-neuvième, renvoient aux restrictions définies par la loi. De plus, le premier souligne que ces restrictions doivent être nécessaires 'à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui'. Quant au second, il souligne qu'elles doivent être nécessaires 'au respect des droits ou de la réputation d'autrui' et 'à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques'.

3. Conclusion

Emergeant progressivement bien avant sa reconnaissance internationale aux peuples vers la fin de la guerre froide et reflétant le débat sur la question de son titulaire, le contenu du droit à la paix renvoie essentiellement à deux idées fondamentales notamment le rejet de toute hostilité par l'auteur d'une communication et l'ancrage de la valeur de la tolérance au sein des différentes cultures et des différentes sous-cultures. La première, qui révèle que le droit à la paix peut être considéré non seulement comme un droit collectif mais aussi comme un droit individuel, se manifeste aussi bien par l'abandon de la violence que par l'entretien des bonnes relations. Quant à la seconde qui révèle un trait commun censé se trouver au sein des différentes cultures et des différentes sous-cultures, elle se manifeste aussi bien par l'acceptation de l'autre que par l'admission de la divergence. Le contenu

du droit à la paix a pu ainsi être défini même si, comme le souligne Paul Löwenthal,

‘des cultures ou religions différentes vivant des situations différentes donneront aux divers droits de l’homme à la fois des contenus spécifiques différents et des priorités différentes’⁴⁸.

A ces deux idées fondamentales qui constituent l’essence du droit à la paix sont liés quelques droits de l’homme sans s’y réduire. En effet, le contenu du droit à la paix est lié à des droits civils, des droits politiques, des droits spécifiques reconnus à des groupes spéciaux et à un droit des peuples notamment leur droit à disposer d’eux-mêmes. Cela ne signifie guère que le droit à la paix peut être conçu en s’appuyant sur l’idée avancée par Janusz Symonides selon laquelle ce droit est un ‘dénominateur commun d’un ensemble de droits de l’homme qui existent déjà’⁴⁹. Mais, cela veut dire que la signification du droit à la paix ne peut être précisée sans référence à cet ensemble de droits de l’homme.

En premier lieu, le rejet de toute hostilité se manifestant, entre autres, par l’abandon de la violence, le contenu du droit à la paix est lié au droit de ne pas être torturé, dont la jouissance permet de mettre un terme à la violence, le droit à la sûreté, dont la jouissance permet à l’homme d’être à l’abri de la violence, et le droit à la vie auquel la violence peut porter atteinte. En second lieu, l’ancrage de la valeur de la tolérance se manifestant, d’une part, par l’acceptation de l’autre,

⁴⁸ Paul, Löwenthal (janvier 2008-décembre 2009) “Ambiguïtés des droits de l’homme,” *Droits fondamentaux* (revue électronique: <http://www.droits-fondamentaux.org>), No. 7., p. 13.

⁴⁹ Janusz, Symonides (1998) “New human rights- dimensions, obstacles and challenges: introductory remarks,” in Janusz Symonides, ed. *Human rights : new dimensions and challenges*. England: Dartmouth publishing company limited, p. 9.

le contenu du droit à la paix est lié au droit à la différence dont le respect permet de protéger les spécificités contre les tendances assimilatrices et uniformisatrices. De plus, le droit à la différence, reconnu et respecté, à toute époque et dans toutes les sociétés, rend le vivre ensemble en harmonie et la coexistence sans conflits même sans la moindre sympathie possibles.

En troisième lieu, l'ancrage de la valeur de la tolérance se manifestant, d'autre part, par l'admission de la divergence, le contenu du droit à la paix est lié à des droits et des libertés, dont la reconnaissance et l'exercice mènent à cette divergence. Il s'agit notamment des droits spécifiques reconnus à des groupes spéciaux comme la femme, l'enfant, les réfugiés, les minorités, les peuples autochtones et les défenseurs des droits de l'homme. Cela renvoie aussi à quelques libertés reconnues à tout homme sans distinction aucune, surtout la liberté de pensée, de conscience, de religion, d'opinion, et d'expression, et au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Si le contenu du droit à la paix est par la suite lié à de textes internationaux qui consacrent ces droits, il est également lié à d'autres qui mettent partiellement et différemment l'accent sur l'une des deux idées fondamentales qui constituent son essence. A ces deux catégories de textes internationaux auxquels le contenu du droit à la paix est lié s'ajoute une troisième notamment celle qui regroupe les textes internationaux qui non seulement consacrent certains de ces droits mais également mettent partiellement et différemment l'accent sur les deux idées fondamentales qui constituent l'essence du droit à la paix. Ainsi, dix neuf textes internationaux auxquels le contenu du droit à la paix est lié, comprenant ceux qui sont et ceux qui ne sont pas contraignants juridiquement aux Etats qui les ratifient, se situant dans ces trois catégories ont pu être identifiés.

Comprenant le plus petit nombre de ces textes internationaux notamment quatre, la première catégorie regroupe notamment la Convention contre la torture et autres

peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention relative aux statuts des réfugiés, la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques et la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. Quant à la deuxième, elle regroupe le double de sa devancière. Elle renferme notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Charte des Nations unies, la Déclaration de principes sur la tolérance adoptée par l'Unesco, la Déclaration du Millénaire adoptée par les Nations unies, la Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou les convictions et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Enfin, la troisième catégorie regroupe un nombre important de ces textes internationaux et plus précisément sept. Il s'agit notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du texte de la Déclaration et du programme d'action de Vienne, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de la Convention relative aux droits de l'enfant et de la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus.

Il convient de noter que dix de ces textes internationaux auxquels le contenu du droit à la paix est lié ont été adoptés pendant la guerre froide ou antérieurement à l'adoption, vers la fin de la guerre froide, de la Déclaration sur les droits des peuples à la paix. Quant aux neuf autres textes internationaux, ils ont été adoptés après la fin de la guerre froide ou postérieurement à l'adoption de cette déclaration. Cela permet d'avancer que les Nations unies se sont préoccupées

de promouvoir quelques idées et de reconnaître certains droits de l'homme non seulement depuis l'adoption de leur charte fondatrice mais aussi après l'adoption de ladite déclaration. Ces idées et ces droits ont à la fois émergé depuis des siècles et sont liés aux deux idées fondamentales qui constituent l'essence du droit à la paix.

Outre la continuité de cette préoccupation internationale, un changement relatif au titulaire du droit à la paix s'est opéré au niveau international. En effet, aux peuples comme premier titulaire du droit à la paix selon ladite déclaration ont été ajoutés deux autres titulaires par deux textes internationaux adoptés après la fin de la guerre froide et auxquels le contenu du droit à la paix est lié. Il s'agit notamment de la Déclaration de principes sur la tolérance adoptée par l'Unesco en novembre 1995 et de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones adoptée en septembre 2007. S'ils ne se focalisent pas sur le droit à la paix, ces deux textes internationaux mentionnent ce droit. En effet, le premier, reconnaît, au sein du quatrième paragraphe de son premier article, le droit à la paix aux êtres humains tandis que le second le reconnaît, au sein de son septième article, à titre collectif spécifiquement aux peuples autochtones.

Bibliographie

Ouvrages

- Baehr, Peter R. (2001) *Human rights - universality in practice*. Great Britain: Antony Rowe Ltd, Chippenham, Wiltshire.
- Buergenthal, Thomas et Kiss, Alexandre (1991) *La protection internationale des droits de l'homme*. Strasbourg: Engel.
- Lochak, Danièle (2002) *Les droits de l'homme*. Paris: La découverte.
- Raynaud, Philippe et Rials, Stéphane (sous la direction de) (2003) *Dictionnaire de philosophie politique*. Paris: Presses universitaires de France.

- Sudre, Frédéric (1999) *Droit international et européen des droits de l'homme*. Paris: Presses universitaires de France.
- Wachsmann, Patrick (1999) *Les droits de l'homme*. Paris: Dalloz.

Articles de périodiques

- Al Filali, Moustapha (août 2005) "Nahnou wa al akar," (nous et l'autre) *Al mostaqabal al arabi*, No. 318., pp. 6-33.
- Ghali, Boutros Boutros (janvier 2009) "Asr hoqouq el insan bémthiaz," (l'époque des droits de l'homme par excellence) *El siassa el dawleya*, No. 175., pp. 42-44.
- Löwenthal, Paul (janvier 2008-décembre 2009) "Ambiguïtés des droits de l'homme," *Droits fondamentaux* (revue électronique: <http://www.droits-fondamentaux.org>), No. 7., pp. 1-29.
- Resta, Eligio (1998) "Rights versus powers," *Mediterranean journal of human rights*, Vol. 2. No. 2., pp. 3-16.
- Roman, Howeida Adly (janvier 1999) "Haq al éktélaf bayna al thakafa al arabéya wa al thakafa al oropéya," (le droit à la différence entre la culture arabe et la culture européenne) *Rowaq arabi*, No. 13., pp. 16-39.
- Thomas, Dorothy Q. and Beasley, Michele E. (february 1993) "Domestic violence as a human rights issue," *Human rights quarterly*, Vol. 15 No. 1., pp. 36-62.
- Weston, Burns H. (1984) "Human rights," *Human rights quarterly*, Vol. 6. No. 3., pp. 257-283.

Contributions à des ouvrages

- Badie, Bertrand et Sadoun, Marc (1996) "Introduction," in Bertrand Badie et Marc Sadoun, sous la direction de. *L'autre- études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.
- Chebel d'Appollonia, Ariane (1996) "Les morales de l'autre-les identités nationales," in Bertrand Badie et Marc Sadoun,

- sous la direction de. *L'autre-études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.
- Dimitrijevic, Vojin (1998) "Human rights and peace," in Janusz Symonides, ed. *Human rights: new dimensions and challenges*. England: Dartmouth publishing company limited.
- Lochak, Danièle (1996) "L'autre saisi par le droit," in Bertrand Badie et Marc Sadoun, sous la direction de. *L'autre-études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.
- Smouts, Marie-Claude (1996) "Le soi, le nous et l'autre dans les brumes de la mondialisation," in Bertrand Badie et Marc Sadoun, sous la direction de. *L'autre-études réunies pour Alfred Grosser*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.
- Symonides, Janusz (1998) "New human rights- dimensions, obstacles and challenges: introductory remarks," in Janusz Symonides, ed. *Human rights: new dimensions and challenges*. England: Dartmouth publishing company limited.
- Zanghi, Claudio (1998) "Human rights and tolerance," in Janusz Symonides, ed. *Human rights: new dimensions*.

FUNDAMENTAL RIGHTS BETWEEN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE NEW POWERS OF THE FRENCH 'CONSEIL CONSTITUTIONNEL'

FAUSTO VECCHIO

One of the thornier issues confronting European regulations that include mechanisms for constitutional control is that of "double reference for a preliminary ruling". A recent case came to be of interest after it was subject to a reference ex art. 267 TFEU by the French Court of Cassation and was concluded only after the intervention of the Court of Justice. Thus, with the objective to understand the possible ramifications of the French constitutional reforms on the entire European system, this paper shall explore what appear to be the new elements of the French system regarding the primacy of European law.

1. Premise. The risk of an increase in the possibility of "double reference for preliminary ruling".

One of the thornier issues confronting European regulations that include mechanisms for constitutional control is certainly that of "double reference for a preliminary ruling".

¹ For further research into the problems of double prejudicial enquiries see M. Cartabia, (1997) "Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale", *Foro italiano*, N.5., pp. 222-225.

This situation exemplifies those circumstances in which, due to the peculiar configuration of the relationships between Court of Justices and internal judicial systems, significant legislation aimed at resolving original contentious issues simultaneously enters in conflict with European regulations and the constitution. Situations of this type are caused by the unclear relational configurations between the various legal systems and, when they find their way into actual court cases, can force ordinary judges to decide between referring to the Court of Luxembourg for preliminary rulings, or internal institutions whose jurisdictions include constitutional control². It should be noted that a hypothesis such as this, while not in itself particularly problematic, can create interference owing to a certain intrusiveness that as much characterises judgments regarding constitutional parameters, which will often result in the direct involvement in the original controversy, as those relating to European conformity which, as well as invading the jurisdiction of the first judge, tends to imply innate constitutional control. In virtue of these circumstances, judges can be called upon to enact two substantially different norms.

Therefore, the choice of the sequence of the referrals can result in situations where the final judicial institution that intervenes can in some measure influence the choice of the other. On the other hand, the judicial institution that has pronounced first is that which, owing to the undeniable weight of the preliminary ruling and above all to the precautionary nature of judicial bodies, hands down the solution that is

² M. Cartabia, *op. cit.*, p.222 emphasizes that, given the circumstance for which the both the European regulations and the national regulations find themselves in the situations in which the same internal judge composes the conflict between the ordinary legislation and the parameter (common law or constitutional), not all the configurable cases of the abstract hypothesis of double prejudicial referencing demand double retrials and therefore, before choosing the order in which to execute the hearings, the judge must verify that they are both actually necessary.

materially applied to the normative conflict. The sequence can therefore be fundamental for both avoiding dangerous and embarrassing contrasts between the sentences of the judicial institutions involved in the original case, and for arriving at concrete decisions³.

The issue is therefore destined to become more delicate and be subject to increasing circumstances in which the two systems can come into contact with each other and, in this respect, recent developments in European treaties seem destined to produce a significant increase in litigious situations. This is already the case in the juridical arena where the full acknowledgment of the legal value of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the forecast future adhesion of the European Union to the system of guaranteed protection by the European Convention of Human Rights, above and beyond the normative mechanisms created to define the respective fields of competence, open the possibility of European judicial participation in areas traditionally presided over by national constitutional courts⁴. Furthermore, in a situation in which the constitutional judges continue to claim jurisdiction to execute *ultra vires review*⁵, even the traditional expansive tendency of European jurisprudence can, at least potentially, create jurisdictional tensions. A perfect example here is the borderline case of *Mangold*, recently confirmed or even

³ It is what could have happened as a result of the two decrees with which the Court of Milan had arranged the separated transmission of the acts to the constitutional Court and the Court of Justice, without referencing the contexts for a double preliminary ruling. For further reference to the case in question see F. Vecchio, "Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di «doppia pregiudizialità»: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti", in *www.giustamm.it*.

⁴ It is that which had already been argued by M. Cartabia; A. Celotto, (2002) "La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza", *Giurisprudenza costituzionale*, N.6., pp.4477- 4508.

⁵ For further information regarding *ultra vires review* refer to F. Vecchio, "Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?", in *www.diritto.it*.

exceeded by *Kücükdeveci*⁶, which extends the borders of European regulations and could induce internal constitutional courts to retaliate indirectly against the lack of respect of the limits imposed by the attribution of competencies⁷.

It is evidently a matter that, due to its nature being entirely, and perhaps optimistically, exclusively dependant on the loyal collaboration of the judges, it is always susceptible to change and for this reason also requires continuous monitoring. A recent case became of particular interest after it was subject to reference for a preliminary ruling *ex art.* 267 TFEU by the French Court of Cassation that, albeit indirectly, also involved the *Conseil Constitutionnel* and was concluded only after the intervention of the Court of Justice. In order to avoid sanctions from the highest European judicial institution the French constitutional body, recently given the power to exercise *a posteriori* checks for constitutionality, interpreted the new disposition in *art.* 61 – 1 of the national Constitution and supplied its own version of the relationships between ordinary jurisdiction, constitutional jurisdiction and European jurisdiction.

Thus, with the objective of attempting to understand the possible ramifications of the French constitutional reforms on the entire European system, and the implications for Italian regulation, this paper shall rapidly review the consolidated method with which the Italian and European jurisprudence resolves the age old problem of double referencing for preliminary rulings and will introduce those which seem to be the new elements of the French system regarding the acknowledgment of the primacy of European law. The intention is to affirm that, in spite of the attempt of the *Conseil Constitutionnel* to

⁶ Sentence C – 555/07, *Kücükdeveci*, 19th January 2010.

⁷ Even if under a partly different profile V. Sciarabba, “La sentenza *Kücükdeveci* e le prospettive della giustizia costituzionale europea”, in *www.astrid-online.it* exemplify situations creating interference between the European judge and the national judges and they require a rethinking of the system of relations between the juridical systems.

diminish the anti European connotations of the new norms, the ambiguity of the French legislation and the precaution of the European Court of Justice, besides potentially reopening a season of tension between the constitutional and European jurisdictions, leaves open questions that could go as far as to debate the ways in which Italian legislation interacts with its European counterpart.

2. The German solution: from *Solange* to *Banamarket*.

Despite some ambiguous decrees with which the *Bundesverfassungsgericht* has accepted the implications of the direct effect and the primacy of European legislation over statute⁸, there is no doubt that the *Solange I* case represents the first true reaction of the German judges to the revolutionary doctrines with which the Court of Justice builds a European judicial system and attempts to impose itself as the last word on the interpretation of law in Europe⁹. In fact, with this decision pronounced in reaction to the sentence *Internationale Handelgesellschaft* in which the Court of Justice attempts to affirm itself as the exclusive arbitrator of the relationships between the juridical systems¹⁰, the magistrates of Karlsruhe affirm the notion of an internal foundation in the European process and, while acknowledging the intangibility of European law, on the basis of this renationalisation of the juridical system propose an initial model of judicial cooperation

⁸ See the decisions of *Bundesverfassungsgericht* tedesco *BVerfGE*, 22, 134, *Re tax on Malt Barley* of 5th July 1967; *BVerfGE*, 22, 293, *EWG-Verordnungen*, 18th October 1967 e *BVerfGE*, 31, 145, *Milchpulver*, of the 9th June 1971.

⁹ Sentence of the German *Bundesverfassungsgericht*, *BVerfGE*, 37, 271, *Solange*, of the 29th May 1974. For a commentary see I. Feustel, (1976) "Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza italiana e tedesca", *Rivista di diritto europeo*, N.1., pp.187-226.

¹⁰ For a reconstruction of the entire hearing see Alter, Karen (2001) *Establishing the supremacy of European law*. New York, USA: OUP, pp.86-92.

that entrusts the European judge with the interpretation of European legislation and the German judge with a definition of the limits in which the *Grundgesetz* confines the phenomena of supranational integration. Defining such jurisdictional reserve, they refuse to consider constitutional control as being absorbed by the control of European conformity. Instead, in order to resolve the hypotheses of contemporary relevance of the supranational and constitutional parameters, they propose a system in which the first judge must, having subsequently resorted to the mechanism of referencing for a preliminary ruling as per *art. 177* of the EEC Treaty (today *art. 267* TFEU), conform to the deliberations of the European judge even going as far as to disallow the national law contrary to European law. The same judge is, however, required to activate a second referral to the Court of Karlsruhe, each and every time there is reason to believe that the solution handed down in Luxembourg could be harmful to the fundamental principles of the national Constitution¹¹.

Even though German constitutional jurisprudence has reviewed its position in matters relating to European law many times, the choice to refer constitutional questions following decisions pronounced by European judges represents a characteristic element of the German model for the resolution of issues relating to "double referencing for preliminary ruling". Thus, while acknowledging the progress made by European juridical system in matters relating to the protection of fundamental rights and while introducing a relative presumption of convergence between constitutional guidelines and European prescriptions, the *Solange II* decision does not refute the idea that constitutional control

¹¹ It should be specified that the constitutional judges reserve their right to intervene not for any type of contrast between European law and German Constitution, but for only the very limited process of *identity review*, that is in case of contrast between constitutional norms that expresses the constitutional identity of the system.

is executed after the control of conformity¹². The *Maastricht* sentence similarly, while extending constitutional control to the hypotheses of damaging the principle of attribution by the European institutions, is still based on the notion that it is up to the judges of Karlsruhe to verify the control deliberated by their colleagues in Luxembourg¹³. Finally, even the *Bananenmarktordnung* sentence in rejecting the question of unconstitutionality confirms the right to the last word of the national constitutional system¹⁴.

While also certainly stemming from an initial desire to maintain some form of national control of European rulings by the Court of Justice and more importantly in consideration of the extreme precaution with which constitutional jurisprudence has admitted decrees, or direct appeals, against the implicative decisions of European judges, it seems difficult to deny that this choice has not brought about significant consequences beyond maintaining serious theoretical divergence and has instead produced substantial convergence in the positions emerging from European affairs¹⁵. Thus, between a system that presumes the absorption of constitutional control into the control of European conformity and a system that anticipates

¹² Sentence of the German *Bundesverfassungsgericht*, *BVerfGE*, 73, 339, *Solange II*, of 22nd October 1986.

¹³ Sentence of the German *Bundesverfassungsgericht*, *BVerfGE*, 89, 155, *Maastricht*, of 12th October 1993. For relevant commentary see, amongst the many, D. Grimm, (1996) "Una Costituzione per l'Europa?", in J. Luther et al., eds. *Il futuro della Costituzione*. Bari, IT: Laterza, pp.340-368 and J. Habermas, (1996) "Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm", in J. Luther et al., eds., *op. cit.*, pp. 369-375.

¹⁴ Sentence of the German *Bundesverfassungsgericht*, *BVerfGE*, 102, 147, *Bananenmarktordnung* of the 7th June 2000. For a reconstruction of the controversial episode and respective commentary see G. Itzcovich, (2004) "L'integrazione europea tra principi e interessi. Giudici nazionali e Corte di Giustizia nella "guerra delle banane", *Materiali di storia della cultura giuridica*, N.2., pp.358-424 e K. Alter, *op. cit.*, pp.110-117.

¹⁵ Only recently has the *Bundesverfassungsgericht* begun to declare the unconstitutionality of acts deriving from the execution of European

the rulings of the European judges but never takes corrective action and always conforms to their material decisions, the difference seems largely virtual in nature.

3. The Italian solution: from *Frontini* to *Granital*.

Compared to their German colleagues, the Italian constitutional judges have demonstrated even greater reluctance to accept the implications of the doctrine of the *primauté* and with the *Costa* case, while recognizing the direct effect of European law, initially flatly refusing to recognize that European dispositions can prevail over their national counterparts¹⁶. The Italian participation in the process of European integration cannot put into question the criterion for the temporal succession of the laws and therefore a norm subsequent to the ratification law prevails over the contrasting European regulation¹⁷.

Only with the *Frontini* case, in a certain sense anticipated by the *Acciaierie San Michele* case¹⁸, did the judges decide to abandon this rigid perspective and, in recognizing the supremacy over statute, pose the possibility of a prevalence

law, see *BVerfGE*, 113, 273 of the 18th July 2005. For commentary regarding the historical decision refer to F. Palermo, "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo", in *Quaderni costituzionali*, N.4., 897–904. For something more recent see the decision adopted by the same court the 2nd March 2010.

¹⁶ Sentence of the Italian Constitutional Court 14/64 of 7th March 1964. For a reconstruction of the intricate hearing (that gave rise to a consequent deliberation by the Court of Justice) see G. Itzcovich, (2006) *Teorie e ideologie del diritto comunitario*. Torino, IT: Giappichelli, pp.210–214.

¹⁷ According to the effective formula used by the Italian judges, even as a result of the Italian participation in the integration process, the relationship between execution laws and internal laws remain solidly associated with the "empire of the retroactive laws".

¹⁸ Sentence of the Italian Constitutional Court 98/1965 of 16th December 1965. For further commentary see M. Mazziotti di Celso, (1973) "Osservazioni alla sentenza del 27 dicembre 1965", *Giurisprudenza costituzionale*, N.3., pp.1329–1342.

of supranational guidelines over internal equivalents chronologically successive to the ratification law¹⁹. As in the *Solange* case, the Constitutional Court established the acknowledgment of primacy on the basis of national regulations and reserves the exceptional right of intervention in cases where the application of the principle in question violates the fundamental principles of national regulation. Owing to the principle of national supremacy it is presumed to be the exclusive competence of the national judge to administer its application.

As opposed to their German colleagues, in the *Frontini* case the Italian judges did not specify the procedural profiles relating to the primacy of European law and only with the *ICIG* pronouncement did they clarify their position regarding the issue²⁰. Specifically, when faced with the rather abstract situation of guaranteeing supremacy via disapplication by the first judge or through the declaration of unconstitutionality, the constitutional judges opted for the second solution with the 1975 decision. In doing so they wove a system in which conflict resolution between European legislation and national law, configured as a conflict between two internal laws with at least one covered by *art. 11* of the Constitution, requires that the first judge, after having used the mechanism provided for in *art. 177 TCEE*, invoke the Italian Constitutional Court²¹.

¹⁹ Sentence of the Italian Constitutional Court 183/73 of 27th December 1973. You see also the considerations of P. Barile, (1973) "Il cammino comunitario della Corte", *Giurisprudenza costituzionale*, N.6., pp.2406 – 2419.

²⁰ Sentence of the Italian Constitutional Court 232/75 30th October 1975. For further see A. Tizzano, (1976) "Sull'«incostituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari", *Foro italiano*, N.6., pp.2229–2315.

²¹ Ensuring that the Constitutional Court can exercise its role as filter between the regulatory bodies as per the "controlimiti" principle is deemed so necessary that with decree 206/76 of 28th July 1976 the constitutional judges, having doubts regarding the existence of a contrast between European and national law and refusing to directly invoke the Court of Justice, push as far as to impose referencing for preliminary

After having initially manifested indifference towards the procedures adopted at a national level in order to guarantee *primauté*, the Court of Justice with the *Simmenthal* sentence posed this model, where the Italian Constitutional Court was positioned as a review body for the decisions of the European judges²², into question. In full contrast with the dispositions of the Roman magistrates, this deliberation established that the first judge has been obliged to immediately misapply the contrasting internal legislation regardless of any national constitutional control in order to avoid the subsequent undermining of European uniformity arising from differing national applications of law.

The Italian Constitutional Court, under pressure from the supranational judicial institution, changed the control mechanism behind the *Frontini* decision completely, almost totally aligning itself with the system proposed by the *Bundesverfassungsgericht*. Thus, while confirming the national foundation of European law and the idea of the separation of the juridical systems, the Italian constitutional judges via the *Granital* sentence recognized the disapplication procedure available to the first judge and reserved the right in exceptional circumstances to intervene when the decisions of the European judges threaten the fundamental principles of national regulation thereby violating the only remaining

ruling *ex art.* 177 CEE on the judge *a quo* and to invite the same to re-propose the constitutionality incident only after the deliberations of their Luxemburg colleagues. Instead, with decision 163/77 of 29th December 1977 the judges of the Constitutional Court formally decree the unconstitutionality by violation of *art.* 11 of a national law successively declared (with decision C - 70/77 *Simmenthal* of the 28th June 1978) by the judges of Luxemburg not contrasting with European law.

²² Even authors traditionally favorable to the application of the supremacy like M. Berri (1978) "Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria", *Giurisprudenza italiana*, N.6., pp.1153-1156 express strong criticism to the pronouncement.

limitation imposed by the national legal system against the advancing tide of integration²³.

Following the indications deriving from this declaration, which have never officially been rebuked²⁴, it seems feasible to confirm that, while following a more laborious route divided into many phases, even the Italian Constitutional Court, in a similar fashion to its homologous Karlsruhe, ends up defining its relationships with the Court of Luxembourg in a way that in theory allows constitutional judges to review the rulings of European colleagues, but, in practice, whether due to the very narrow application in which this type of control is foreseen, or the absolute rigidity with which constitutional judges regard this area of intervention, or to the reluctance of judges to actuate double referencing, has favoured the stance of the Court of Justice positioning itself as the sole judge of the relations between the regulatory bodies²⁵.

4. The new control *a posteriori* of constitutionality in France.

With the Constitutional Review Law n. 2008 - 724 of the 23rd July 2008²⁶ and the backdrop of a total reorganization of the equilibrium between the powers of the fifth Republic,

²³ Sentence of the Italian Constitutional Court 170/84 of the 5th June 1984. For a comment regarding the decision see A. Tizzano, Antonio (1984) "La Corte costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo...", *Foro italiano*, N.6., pp. 2063-2074.

²⁴ While having applied the European law as the judgment criteria, the Italian Constitutional Court continues to pursue its line of argument based on the separation of regulatory bodies and the internal foundation of European law. For further observations on this matter see G. Itzcovich, *op. cit.*, pp.236-242.

²⁵ *Cfr.* the sentence of the Italian constitutional Court, 232/89, of the 13 April 1989, (for a comment on the decision see M. Cartabia, (1989) "Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, N.3., pp.1012-1023).

²⁶ For a reconstruction of the path followed by the project of constitutional reform refer to F. Fabbrini, "Il progetto di riforma costituzionale del

France has also partially overcome the so-called transalpine “exceptionalism”²⁷ introducing an incidental and *a posteriori* review of constitutionality²⁸.

Given the necessity of joining the new authority to the older duties of the *Conseil Constitutionnel*, and above all with the actions of first judges and European judges, the reform of organic law n. 2009 - 1523 of 10th December 2009 art. 61 - 1²⁹ details a highly articulated procedure³⁰. Thus, in order to coordinate the review of constitutionality *a posteriori* with the preliminary review and ordinary jurisdiction, the law establishes that in the event that one of the parties of a jurisdictional procedure wishes to present the judge a request, with a doubt relating to the conformity between a legislative provision and the rights and the freedoms guaranteed by the national Constitution, the judge, after having reviewed the relevance, novelty and seriousness of the issue³¹, refers the

Comité Balladur e la proposta di introdurre in Francia un controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori”, in *www.forumcostituzionale.it*.

²⁷ The expression is used in T. Groppi, “Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?”, in *www.astrid-online.it* to indicate some anomalies, not completely overcome by the reform, that have traditionally characterized the French system of parliamentary justice.

²⁸ According to the first codicil of art. 61-1 of the French Constitution “In the case of a jurisdictional procedure, it is presumed that a law compromises the rights and the freedoms guaranteed by the Constitution, the constitutional Council can be invoked on such issue on referral by the Council of State or the Court of Cassation, that is pronounced within an established time limit”.

²⁹ According to the second codicil of art. 61-1 of the French Constitution “The conditions of application of the present article are established with organic law”.

³⁰ With respect to the examination of the procedure relative to the approval of the organic law under investigation refer to F. Fabbrini, (2010) “La loi organique sul controllo di costituzionalità in via incidentale e lo scrutinio preventivo del Conseil constitutionnel”, *Quaderni costituzionali*, N.1., pp.123-126.

³¹ See art. 23-2 of the *Ordonnance* n. 58-1067, on the problems relative to the profile of the novelty - clearly introduced in a posteriori order

proceedings to the final appeals judge who conducts further review and finally refers to the *Conseil Constitutionnel*³² within the time limit of three months³³. Conversely, when regulating the relationships regarding European jurisdiction and the control of conformity to international agreements, *in primis* the European Human Rights Convention, that are exercised by first judges³⁴ according to art. 55 of the Constitution and art. 23 - 2 and 23 - 5 of *Ordonnance n. 58 - 1067*- introduced via organic law n. 2009 - 1253, no longer reserving the requirements deriving from French participation in the European Union³⁵, they limit themselves to coordinating the procedural priority of the review of constitutionality³⁶.

to coordinate the control of constitutionality with that a priori - see F. Fabbrini, "La loi organique", cit., p.125.

³² It should be noted that according to art. 23-10 of *Ordonnance n. 58-1067*, the *Conseil constitutionnel* has a term of three months in order to pronounce itself.

³³ See art. 23-4 e 23-5 of *Ordonnance n. 58-1067*.

³⁴ According to art. 55 "On condition of reciprocity, the Treaties or agreements regularly ratified and approved have, once published, supremacy over the laws". The *Conseil constitutionnel* traditionally has refused to execute the conventionality control in order to verify if the laws are consistent to the international agreements assumed by France: arguing that the norm in issue only imposes that in the hierarchical scale the treaties enjoy a higher ranking to that of ordinary law, the constitutional judges have proposed that from this does not derive the constitutional illegitimacy of a control exercised by common judges, in place of a centralized control exercised by the same *Conseil*. For further reference on this characteristic element of the French system of adaptation of the French legislation to European and international law see, M. Calamo Specchia, "Il Conseil Constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité" in *www.astrid-online.it*.

³⁵ F. Fabbrini, "La loi organique", cit., p.125 signals that in the parliamentary passage of the text the reference - present in the bill introduced by the government - of art. 88 - 1 of the Constitution, is missing.

It should be remembered that the law in question is commonly recognized as the basis of the effects of European law in France and that it specifies that "the Republic participates in the European Community and the European Union, constituted from States that have chosen freely, in virtue of the treaties that they have instituted, to exercise some of their competences in common.

Now, if due consideration is given to the fact that the new third codicil of *art. 62* establishes that “against the decisions of the Constitutional Council no form of appeal is admitted *and that* they are obligatory for the public authorities and all the administrative and jurisdictional authorities”, the problems of conformity to European law produced by this reform become immediately evident. Thus, following the logic emerging from the combined dispositions of *art. 62* of the Constitution and of *art. 23 - 2* and *23 - 4* of the *Ordonnance*, the impression is given that in a case having simultaneous relevance to European and constitutional parameters the judge is obliged to raise the constitutional issue immediately, and once the ruling of the *Conseil* has been obtained the judge must oblige without further questioning the decision of the national constitutional body. The literal tone of the reform hence permits a reconstruction for which, in absolute contrast with that stipulated in the *Simmenthal* decision, the review of constitutionality of the provision excludes the control of conformity from international agreements and therefore, even more boldly than the *Frontini* sentence that in relation limited itself only to requiring the obligatory participation of the Italian Constitutional Court but had not excluded the possibility of the participation of the European judge, precludes the route for participation of the Court of Justice each and every time a constitutional question comes to light³⁷.

Participation to the European Union exists according to the conditions previewed by the treaty of Lisbon signed 13 December 2007, that modifies the treaty of the European Union and the institutive treaty of the European Community”.

³⁶ See *art. 23-1* e *23-5* of *Ordonnance n. 58-1067*.

³⁷ Emphasizing an at least theoretical possible interpretation of this type F. Fabbrini, “La loi organique”, cit., p.125 e V. Sciarabba, *op. cit.*.

5. The war of the French judges.

The subversive potential of an interpretation such as we have just seen explains why the laws relating to the new constitutional control have been at the centre of a right and proper judicial *querelle*.

The *Conseil Constitutionnel*, aware of the compatibility problems with European law, uses the opportunity presented by the preventative control of constitutionality of the law n. 2009 – 1523 and immediately concerns itself with circumscribing the anti European effects of the new reform³⁸. More precisely, while declaring the constitutionality of the provision, the French constitutional body, by reintroducing the clause protecting the international agreements introduced by the Government in the original reform project, recognized that the priority attributed to constitutional control has the single purpose of confirming the superiority of the Constitution in the hierarchy of the sources and can not in any way be taken as a renegotiation of the assumed international responsibilities of the country³⁹.

The reassurances of the *Conseil Constitutionnel* have not convinced the French Court of Cassation, however, who with a decision on the 16th of April put the entire system of constitutional justice⁴⁰ into question. Charged with

³⁸ See the decision 595 DC of 3 December 2009.

³⁹ The decision reads: "imposing the priority of the control of constitutionality on the control of conformity of the law to the assumed international engagements by France, the organic law is meant to guarantee the respect of the Constitution and its position of superiority, in internal legislation; that the priority has as its only scope to guarantee the order of examination of the issues introduced to the Court; that, once carried out the control of constitutionality, this does not limit the possibility of guaranteeing the respect and the superiority of the laws of the treaties or of ratified or regularly approved agreements of the laws of the Union; it is possible to conclude that the dispositions under investigation violate neither article 55 of the Constitution, nor article 88-1 [...]".

⁴⁰ Decision 12003 of the 16 Aprile 2010. For a comment on the decision see P.

determining the relevance of a constitutional issue raised by the Court of Lille, the supreme transalpine jurisdictional body, rather than making a deliberation on the whether the claim was founded, as envisioned in *art. 23 - 4 of Ordonnance n. 58 - 1067*, preferred instead to resort to the procedural tool found in *art. 267 TFEU* and asked the Court of Justice if a national regulation that limits the possibility of the first judge to refer to the European judge for preliminary review is compatible with European law. Now, if on one hand it is without doubt that the Court of Cassation has operated this referral in order to be able to take advantage of the “alternative use of the prejudicial competence⁴¹”, it seems equally certain that, notwithstanding the result of the corrective intervention of the constitutional body, the system is characterized by significant numbers of fundamental ambiguities.

The desire to clarify the terms of legislation before a concrete intervention of the Court of Luxembourg has stimulated the *Conseil Constitutionnel* to review the problems arising from constitutional reform and organic law⁴² with a certain immediacy. Thus, taking advantage of the opportunity offered by a preventative review of constitutionality of a law regarding the liberalization of gambling management, the French institution has tried to respond to the perplexities raised by the Court of Cassation and has clarified its interpretation of the relationship between the control of constitutionality and of conformity to international and European treaties. According to the *Conseil*, as opposed to Italy and Germany, the problems relating to eventual conflicts between a legislation norm and the obligation deriving from an international or European agreement cannot be defined as constitutional issues in

Costanzo, “Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)”, in *www.giurcost.org*.

⁴¹ See P. Costanzo, *op. cit.*.

⁴² See the decision 2010-605 DC of 12 May 2010.

France⁴³ and therefore remain under the jurisdiction of the first judge⁴⁴ which are free to give prevalence to international dispositions even over internal dispositions that have passed any review of constitutionality⁴⁵, in accordance with the *Simmenthal* doctrine. The only exception to this establishment of relationships between ordinary jurisdiction and constitutional jurisdiction is the control of the correct enactment of the directives that according to a consolidated jurisprudence of the same judicial organ is defined as under constitutional control⁴⁶. French constitutional judges, furthermore, claim that the rapid review time and the availability to the first judge of all the suitable preliminary instruments to guarantee

⁴³ According to the decision "it can therefore be concluded that, if in relation to the envisaged conditions, this disposition [*art. 55 of the Constitution*] confers to the treaties a superior effectiveness to that of the law, it does not prescribe nor implies that the respect of this principle must be guaranteed from the control of conformity of the law to the Constitution". In the same sense a little afterwards it is asserted that "it can therefore be asserted that the incompatibility of the law with international and European engagements of France cannot be considered as a violation of the Constitution".

⁴⁴ According to the decision "the competence is up to the ordinary judge and the administrative judge to control an eventual violation of the law of the European Union".

⁴⁵ In this sense the decision explicitly asserts that "the effectiveness conferred from article 62 of the Constitution to the decisions of the constitutional Council do not hinder the possibility that the administrative judge and the ordinary judge can, also in the event in which the law has been declared constitutional, guarantee the prevalence of the international engagements over the internal laws".

⁴⁶ On this point the decision under investigation, the *Conseil* after having emphasized that "the transposition of a directive cannot go against an inherent rule or a principle French constitutional identity" and that "having to stipulate within the term envisaged by *art. 61 of the Constitution*, the constitutional Council cannot resort to the mechanism of referencing for preliminary ruling", it concludes that "the Council can declare the unconstitutionality of a legislative disposition manifestly incompatible with the directive that it proposes to transpose" while it is up to the ordinary judge to resort to the mechanism of referencing for prejudicial enquiry.

the subjective positions governed by European law even while waiting for the outcomes of a constitutional review, ought to help exclude every possibility of conflict⁴⁷.

6. The prudence of the Court of Justice.

Bearing in mind the rigid time limits imposed by the French constitutional reform for the new *a posteriori* review, the Court of Justice used the dispositions regarding accelerated procedures⁴⁸ and on the 22nd June 2010, in little more than two months after the prejudicial referral, gave a ruling on the complex issue⁴⁹.

The perspectives from which the decision is discussed introduce some ambiguities that need to be underlined. In one sense, the judges of Luxembourg make a decisive criticism regarding the part of the decision 2010 - 205/DC in which the residual competence of the French constitutional body to control the constitutionality of the internal laws enacting European law is affirmed: concerned about the possibility of this practice gradually extending itself, the Court specified that the declaration of unconstitutionality of a law actuating a European disposition excludes the validity control that is their exclusive right and therefore it declared that this passage is not in compliance with European law⁵⁰.

Furthermore, continuing along the same supervisory line, the judges refute the arguments proposed by their French

⁴⁷ In such sense it is explicitly sustained that "the same judge can suspend all the eventual produced effects of the incompatible law with the law of the Union, he can assure the rights recognized by the international and European commitments of France and can guarantee the full effectiveness of the decision".

⁴⁸ The accelerated procedure is governed by *art. 23 bis* of the Charter of the Law Court of the European Union and from the first paragraph of *art. 104 bis* of the Regulations of Procedure.

⁴⁹ Sentence of the Court of Justice of the European Union, *Melki*, C-188/10 of the 22 June 2010.

⁵⁰ In paragraph 55-56 the Court of Justice.

colleagues and demonstrate a certain degree of inflexibility in asserting that, irrespective of the time limits imposed by the incidental review, the *Conseil Constitutionnel*, as with any other jurisdictional body, is obliged to employ referencing for preliminary review of the Court of the Luxembourg⁵¹: effectively, as the decision under review clearly demonstrates, the rapidity of the accelerated procedure would have to be able to exclude the possibility of incompatibility of terms between the judicial constitutional review, including preventive review, and referencing for preliminary review.

On the other hand, however, in reference to the issue of European legitimacy of the new French constitutional dispositions, the European judges prefer not to take a position and, while specifying that under no circumstances is a national norm permissible that in any way prevents or limits referencing for preliminary review *ex art.* 267 TFEU, the doors have not been definitively closed on the normative procedure envisioned for the new incidental review of constitutionality. More precisely according to the reasoning manifested, for constant jurisprudence of the Court the national judge is required to choose the interpretation which better satisfies the demands of the European legislation from the several meanings attributable to the national reform. Therefore, with several interpretations possible, as with the same interpretative conflict between Court of Cassation and *Conseil Constitutionnel*⁵², the Court basically concluded that the norm in question in abstract terms could not produce compatibility conflicts with European law⁵³.

⁵¹ In paragraph 56 of the sentence judges are very clear in stipulating that "Moreover, the organization of the total duration of the review within a very restricted term, cannot prevent the prejudicial referencing".

⁵² It should be noted that in order to confirm the plausibility of the interpretation proposed by the constitutional judges the Court of Justice recalls decision 312305 with which, on 14 May 2010 the Council of State expressed its position on the interpretation of the norms.

⁵³ See paragraph 57 of the decision.

7. The problems left open by the two decisions.

It is evident from re-examination of some of the passages of the legal reasoning of the *Conseil Constitutionnel* that the Court of Justice is primarily concerned with diluting the more problematic aspects of the new French constitutional reform. In particular, following the judicial guideline expressed by the transalpine constitutional organ and excluding via interpretation that the conditions placed on all the jurisdictional and administrative authorities prevents or limits the possibility of referring to the European judge, the Court of the Luxembourg takes some of the seriousness out of the issues raised by the reform.

Nevertheless, the decision does not prevent any possible unexpected eventualities, and even imagining a prompt and complete homologation of the French judicial and administrative system to the interpretative directives made by the Court of Justice and the *Conseil*, the system of French constitutional justice maintains grey areas relating to the relationships with European law. In fact, if, in the system proposed by the *Solange* and *Granital* jurisprudence, and generally accepted by the Luxembourg jurisprudence, the first judge is required, under the penalty of restitution of the acts, to consult the European Court immediately, in the system proposed by the two decisions it instead seems that the French judge who is confronted with a hypothesis of contemporary relevance between European and constitutional parameters simply has the possibility of resorting preventively to referencing for preliminary ruling art. 267 TFEU. Given that "art. 61-1 of the Constitution and art. 23-1 and successive do not disallow judges the possibility, or in some cases the duty, to rise at any time deemed necessary the use of referencing for preliminary ruling according to art. 267 of TFEU", the *Conseil* at least gives the impression of allowing the possibility that the judge chooses the order of referral. Obviously, by not citing the Italian and German constitutional jurisprudence over the obligation

of guaranteeing preliminary rulings by the European judge, the Court of Justice seems to ratify this interpretation.

Certainly, the concerns that induced the transalpine institutions to undertake paths differing from those established in Germany and Italy are understandable and given the cumbersome and invasive interventionism of the Court of Justice and given the strict limits imposed by the Jacobin traditions, instrumentally resumed by Gaullism, of parliamentary sovereignty and the law as the expression of the general will⁵⁴, a "self-exclusive" approach in which the judges had explicitly declared that in the case of "double prejudicial review" they would have simply limited themselves to a, hypothetical, review of the previous rulings of the European judge, would have ended up transforming itself into an further compression of the already limited room for application of a *posteriori* constitutional review⁵⁵. Equally comprehensible are the political motives that induced the Court of Justice to follow the solution preferred by the Commission⁵⁶ not to take too strong a stance with respect to an internal judicial *querelle* and give confidence to the French system of justice.

On the other hand, however, the potential problems arising from a situation that effectively entrusts the judge with the choice of the order of referencing cannot be ignored. Firstly, the interpretation offered by the *Conseil Constitutionnel* runs the risk of creating confusion and ends up legitimizing the "alternative use of prejudicial competence" that has pushed the Court of Cassation to refer the issue to the supranational judicial institution. Not being able to stipulate either the priority of the *question prioritaire de constitutionnalité* of the preliminary review in flagrance of European law, or the priority of the referral art. 267 TFEU for constitutional review

⁵⁴ See E. Cheli, "La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia", in *www.astrid-online.it*.

⁵⁵ See F. Fabbrini, "La loi organique", cit., 125.

⁵⁶ The position of the European Commission is reproduced by the judges in paragraphs 38 and 39.

limiting its own participation and in any case in conflict with the dispositions of the French Constitution, the constitutional justice institution has defined a situation in which, in case of conflict between the jurisdictions, the common judge ends up being the arbitrator. Moreover, given that there is no guarantee that future judgments of the *Conseil*, analogous to what the decisions coming from Luxembourg do in the current system, would be limited to evaluations on the constitutional aspects of the law only and would not push further to defining specific solutions. It must simply be presumed that the judge will, as happens today, but with inverted roles, in other national systems that are confronted with the problems of double referencing for prejudicial review, directly apply the ruling emerging from the first referral. This would produce very ominous consequences for European regulation by excluding the participation of the Luxembourg judge and would put the primacy of European law and uniform application of supranational law in serious danger⁵⁷.

Such circumstances are aggravated by at least two considerations. In the first instance, in the event in which the *Conseil* begins to accept constitutional issues with implied European relevance not yet addressed by the Court of Justice, beyond the infraction procedure that does not allow any review of the actual case and that is in any case subordinate to the political filter of the Commission, the European judge would not have any procedural instrument to rectify an eventual exclusion operated by the first judge as a result of the immediate application of a proposed ruling from the French constitutional body. It is worth noting that reference to the traditional estrangement of the *Conseil* from the notion of primacy is not a valid diminishment of the potential foreseeable problems. The prevision of a new *a posteriori* constitutional control of, beyond the problems of legal insecurity arising from a lack of procedural coordination for prejudicial reviews, offers a

⁵⁷ *Cfr.* with that sustained by P. Costanzo, *op. cit.*.

new and attractive alibi for those judges who do not wish to recognize the primacy of European law and therefore demand the establishment of specific measures of guarantee.

Secondly, given the general effectiveness of the decisions of the Court of Justice, the passages for the decision in which the legitimacy of a preventative constitutional control is asserted can also produce effects beyond the French borders and reawaken, at least for the moment, dormant "autarkic" temptations of the other authorities specialised in constitutional control. In particular, in virtue of a slackening of conditions imposed by the *Simmenthal* jurisprudence, the Italian constitutional judge could also be induced into rethinking the procedures for the control of the European system, review "self-exclusion" and accept legal rulings before the participation of the Luxembourg Court. This type of decision would reproduce the same risk of alternative use of prejudicial competence and would contribute to putting the primacy of European law into question⁵⁸.

Only time will tell if these risks will be confirmed in the future praxis of the European judicial institutions. In any case, for reasons of legal rigor and of political opportunity the conclusion is that, once the distance that passes between the *Simmenthal* model and the French model of relations between the regulatory bodies and once the dangers associated with this are realised, it would be favourable if the Court of Justice take advantage of the opportunity produced by an identical issue raised by a Belgian court and confirm with force the obligatory alternative of the ordinary judge to *immediately* invoke the Court of Justice or disapply the internal dispositions contrasting with the European counterparts without further hesitation.

⁵⁸ Cfr. S. Gambino, "I diritti fondamentali dell'Unione europea tra Trattati di Lisbona e Costituzione", in *www.federalismi.it*.

BIBLIOGRAPHY.

- Alter, Karen (2001) *Establishing the supremacy of European law*. New York, USA: OUP.
- Barile, Paolo (1973) "Il cammino comunitario della Corte", *Giurisprudenza costituzionale*, N.6., pp. 2406 – 2419.
- Berri, Marco (1978) "Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria", *Giurisprudenza italiana*, N.6., pp.1153–1156.
- Calamo Specchia, Marina "Il Conseil Constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité" in *www.astrid-online.it*
- Cartabia, Marta (1989) "Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, N.3., pp.1012–1023.
- Cartabia, Marta (1997) "Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale", *Foro italiano*, N.5., pp.222–225.
- Cartabia, Marta; Celotto, Alfonso (2002) "La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza", *Giurisprudenza costituzionale*, N.6., pp.4477- 4508.
- Cheli, Enzo "La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia", in *www.astrid-online.it*
- Costanzo, Pasquale "Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di sparigliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)", in *www.giurcost.org*
- Fabbrini, Fabrizio "Il progetto di riforma costituzionale del Comité Balladur e la proposta di introdurre in Francia un controllo di costituzionalità delle leggi a posteriori", in *www.forumcostituzionale.it*
- Fabbrini, Fabrizio (2010) "La loi organique sul controllo di costituzionalità in via incidentale e lo scrutinio preventivo del Conseil constitutionnel", *Quaderni costituzionali*, N.1., pp.123–126.
- Feustel, Ingo (1976) "Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza italiana e tedesca", *Rivista di diritto europeo*, N.1., pp.187–226.

- Gambino, Silvio "I diritti fondamentali dell'Unione europea tra Trattati di Lisbona e Costituzione", in *www.federalismi.it*
- Grimm, Dieter (1996) "Una Costituzione per l'Europa?", in J. Luther et al., eds. *Il futuro della Costituzione*. Bari, IT: Laterza, pp.340 – 368.
- Groppi, Tania "Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?", in *www.astrid-online.it*
- Habermas, Jurgen (1996) "Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm", in J. Luther et al., eds. *Il futuro della Costituzione*. Bari, IT: Laterza, pp.369 – 379.
- Itzcovich, Giulio (2004) "L'integrazione europea tra principi e interessi. Giudici nazionali e Corte di Giustizia nella "guerra delle banane", *Materiali di storia della cultura giuridica*, N.2., pp.358 – 424.
- Itzcovich, Giulio (2006) *Teorie e ideologie del diritto comunitario*. Torino, IT: Giappichelli, pp.210–214.
- Mazziotti di Celso, Manlio (1973) "Osservazioni alla sentenza del 27 dicembre 1965", *Giurisprudenza costituzionale*, N.3., pp.1329–1342.
- Palermo, Francesco "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo", in *Quaderni costituzionali*, N.4., 897–904.
- Sciarabba, Vincenzo "La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea", in *www.astrid-online.it*
- Tizzano, Antonio (1976) "Sull'«incostituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari", *Foro italiano*, N.6., pp.2229–2315.
- Tizzano, Antonio (1984) "La Corte costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo...", *Foro italiano*, N.6., pp.2063–2074.
- Vecchio, Fausto "Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?", in *www.diritto.it*
- Vecchio, Fausto "Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di «doppia pregiudizialità»: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti", in *www.giustamm.it*



THE IMPACT OF CRIMINALITY ON THE PRODUCTIVITY OF THE SOUTHERN ITALIAN ECONOMY: A REVIEW OF THE EMPIRICAL STUDIES

FERDINANDO OFRIA AND DOMENICA FARINELLA¹

Past studies have highlighted how criminality acts as an obstacle to development in the south of Italy, by diminishing the institutional "quality" of the social fabric and increasing business costs. In particular, a series of analyses based on an econometric study, have revealed the existence of a negative link between criminality and business productivity. This article briefly examines the theoretical reference background and reviews the literature, underlining the techniques used and the main results obtained.

Keywords: Economic Development, Productivity, Cost of Crime, The South.

JEL: E26; K42; O11; O47

1. The theoretical context: criminality and institutional analysis

Since the 1990s there have been many studies on the relationship between economy, criminality and development in the south of Italy (among others, Centorrino and Signorino, 1997; Centorrino *et al* 2003). In particular, these have tried

¹ This article is the fruit of a joint effort. For academic reason, sections 1 and 3 should be attributed to Domenica Farinella, and the remainder to Ferdinando Ofria.

to show how the presence of criminal networks, including those with mafia-type characteristics, represent an obstacle to economic growth and to the diffusion of social well-being in the territory, and help to explain the enduring differences between the regions. These types of analyses is part of a very dense theoretical framework, which, in turn, opens up other subjects areas.

In international publications (among others, Heidenheimer, 1970; Shelley, 1994; Cohen, 1996; Kind, 1999; Shapland *et al.*, 2003; Ponsaers *et al.*, 2008; Vander Beken and Van Daele, 2008), much space has been dedicated to criminal behaviour and the way in which criminal activity is organized, and how it gains access to markets and conditions the process of reproduction within the local economy. From a micro point of view, Becker's studies (1968) on criminal behaviour as a rational decision, highlight how the choice to commit crime may be a more than legitimate one in comparison to other behavioural decisions, especially in an extremely unregulated context, where the regulatory powers of laws and sanctions have been depleted.

On a macro level, and within the area of neo-institutionalism and the studies on opportunistic behaviour and *free-riding* (Olson, 1965; Williamson, 1975; 1985), it can be seen how criminal activity creates social uncertainty and considerable difficulties for those wishing to enter the marketplace, thus increasing business costs for the social actors. The role of social institutions in helping to contain opportunistic and illicit practices, through the reduction of business costs and by guaranteeing the application of contracts, has been particularly highlighted (North, 1990).

These observations pick up important sociological themes about the relationship between laws, regulation and social stability. The constant inability of the institutional organs to guarantee the application of laws and to regulate certain areas or social needs, leads to the progressive undermining of the legitimacy of the institutions, thus creating huge

risks: as soon as the legal-rational power, on which the law is founded, stops being recognized as socially 'legitimate', it loses its effectiveness and no longer manages to create 'obedience' (Weber, 1961). This results in both the potential erosion of the institutional system as well as the trust people have in it. If the rules 'do not' regulate and 'do not' control the actor, he will be under the impression that he is moving in a social environment in which instability, uncertainty and untrustworthiness predominate. The temptation towards opportunism, *free-riding* and dishonesty, which form the foundations for illicit and criminal behaviours and activities, will become stronger and stronger, especially if we consider that the most common tendency will be the desire for immediate results, rather than looking towards a future which appears completely unpredictable.

As Donolo (2001:18) states, deregulation is an opportunistic regime, in which we find "heightened negative externality, information asymmetries, social opacity, distributive injustices, erosion of *commons* and ecologies, widespread social costs and dominant *de facto* power, uncertainty about the law".

In a situation such as this "staying within the boundaries of formal regulations brings competitive disadvantages, so much so, that behaviours that adapt themselves towards illegality are to be expected" (Magatti 1994: 71-72), especially in the sense that illegal behaviours are so widespread and "practised", that they are no longer considered as such by those who live and work in this environment, so that they eventually expect this type of practice, as Sutherland *et al* (1939) have already stated. It even becomes difficult to distinguish a borderline between legal and illegal. This creates the development of regular "functional surrogates" or "insurance" (Gambetta, 1989; Donolo, 2001), such as "protection" in return for payment. For example, for a business, it may be more convenient and, on balance, less risky to pay protection money rather than press charges. This is the famous problem of the so-called "grey area"

from which the mafia derives its strength (Sciarrone 2006), thanks to the collaboration of external agents, businessmen who are both associates and who collude, and for whom, from a practical point of view, it may be more convenient to decide to collude (Centorrino *et al.* 1999): the choice not to co-operate is only convenient if the relationship between business and criminal organization wears itself out, but if it lasts over time and grows to “accommodate” other agents, then the co-operative strategy may well bring greater advantages (Sciarrone 2006).

Apart from the connection between the institutions, deregulation and criminal activity, some research studies have underlined the more social and relational aspects of “corruption”, especially in relation to organized crime (Ofria 2006). A mafia network is always formed like a *cluster*, dense and compact, but with many complex, shady outside connections (Sciarrone 1998). For this reason, an analysis of the diffusion of criminal activity simply from an individualistic point of view, of rational choice and structures that create incentives, undervalues its true range (Granovetter 2006). On the contrary, it leads to mechanisms that create consensus, loyalty and legitimacy, which also develop inside criminal groups. The latter have solid social networks, based on forms of trust and particularistic social capital, which are positive only for those who are members, and negative for the community (Granovetter, 2006).

As already mentioned, in relation to the negative effects on the development of the territory, criminality has been pinpointed as a serious negative externality which influences the economy in a negative way, increasing transaction costs and, as a consequence, business costs, and it creates distinct distortions in market functioning (Centorrino *et al.*, 1999).

In general, ideas of this sort lead to the consideration that criminality is just one of many aspects linked to the inefficiency of the local institutions. From a sociological point of view, and taking Banfield (1958) and Putnam (1993) as a departure

point, it has been analyzed how institutional performance within different territories influences their processes of socio-economic development. These studies underline the link between institutional factors and development, from a historical, qualitative and comparative point of view.

Nevertheless, on the economic side, even after the stimulus provided by the *endogenous growth theory*, one line of thought has concentrated on the question from a quantitative point of view, using econometric methodologies. However, as underlined by Cellini and Scorcu (1997: 460) it is "the identification of the appropriate indicators (or rather the variables to consider as empirical correspondents) that constitutes the crucial point for all quantitative studies that inquire into the relationship between institutions and growth", also because "institutional, social and economic phenomena interact in an extremely complex way, making the identification of the connected causes very difficult" (Cellini e Scorcu, 1997: 459).

Starting from the awareness of the difficulties in "defining" and "measuring" the variables, economic studies which have analyzed the relationship between criminality, development in the South of Italy and the persistent differences between territories, have tended to adopt a pragmatic and sector-based approach. The aim is to measure, in quantitative terms, the extent of crime, and especially organized crime, on the different aspects of the economy. What has been specifically analyzed, are the effects of criminality on variables such as productivity within the economic sectors, (cfr. see article below), public spending (Felli and Tria, 2000; Del Monte and Papagni, 2001; Caruso, 2008), foreign investment (Basile, 2001; Daniele, 2007; Daniele and Marani, 2008; 2010), the efficiency of the credit market (Ofria, 1996; Centorrino e Ofria (1997); Ofria and Venturi, 2000; Bonaccorsi di Patti, 2009) and so on.

These studies aim to confirm empirically, piece by piece, the theory that the diffusion of organized crime in the South means that competition is severely disadvantaged, which can discourage investment in the South, even though the area

holds distinct advantages in that there are low labour costs and investment incentives (La Spina and Lo Forte, 2006).

As already mentioned, some of these analyses have worked towards verifying exactly how work productivity is negatively influenced by organized crime.

Of the different branches of industry, work productivity certainly represents a particularly sensitive indicator of the quality and strength of the production area and the territorial economic system.

Within Italy, it has already been underlined that there is a link between productivity levels and regional differences, showing that the more backward regions are those in which there is lower work productivity (for a review cfr. Ofria 1998a). The next step is to analyze the links between business performance and criminality, also because those regions with greater differences are also those in which there is a more deeply rooted presence of criminal organizations (in particular Sicily, Campania, Calabria and Apulia). The analysis of the links between work productivity and criminality can therefore be considered a good *proxy* of the negative effects of criminal activity on economic growth.

The aim of this article is to present an up-to-date review of all the studies that analyze the effects of criminality on economic productivity, highlighting both the techniques used for the analysis as well as the results obtained. As the same Daniele (2009) underlines, it is a relatively narrow sphere of studies, with a strongly empirical pattern and an econometric form.

2. An overall landscape of work Productivity and criminality

The first econometric study to analyze the impact of criminality on the productivity of manufacturing businesses on a regional level in Italy was by Busetta and Sacco (1992). After this, there were in-depth examinations by Cellini and

Scorcu (1997), Ofria (1997a, 1997b, 1998b, 1999, 2000) and Centorrino and Ofria (2001; 2008), together with those by Netti (1999), Felli and Tria (2000), who developed this idea, using more sophisticated econometric methodologies and more numerous data samples. The main objective in this work was to single out the "criminality" variable as one of the causes or co-causes for the existence of regional differences in business productivity.

This and the following paragraph analyze the studies in greater detail.

Busetta and Sacco (1992) have verified the existence of the negative impact of criminality on the work productivity of manufacturing businesses, by using ISTAT data with reference to 1987, and by using an econometric methodology based simply on the calculation of the linear correlation coefficient between the work productivity of manufacturing businesses and indicators of "economic quality" in the environment and of the presence of economic infrastructures.

The indicators of environment quality were put together using a simple arithmetical average, by collecting the following indicators for each region:

- a. *protests*, calculated as the number of protests over bank loans;
- b. *banking distresss*, calculated as the number of banking distress over total credits cash;
- c. *unemployment*, calculated as the number of people looking for work over work force;
- d. *murders*, calculated as the number of murders per 100,000 citizens.

The analysis highlights a significant correlation between the quality of the environment and work productivity in manufacturing businesses. In particular, the low level of environment quality, which exists particularly in the southern regions, inevitably leads to a low level of productivity.

A series of studies by Ofria (1997a, 1997b, 1998b, 1999, 2000), which used data samples from the *Quinta indagine sul settore Manifatturiero* (*Fifth investigation of the Manufacturing sector*) made by Mediocredito Centrale, estimate, using parametric methodologies, the global productivity for each single business. These better highlight, in comparison to the work by Busetta and Sacco, the negative effects on the productivity of businesses due to environmental factors, including criminality.

In order to streamline this discourse, only the results obtained from one of the most recent research studies in this series of investigations, is mentioned here: Ofria (2000). Although it confirms the results obtained from previous research, unlike the others, this study analyzes each manufacturing sector in econometric terms (Traditional, Scale, Specialized, High Technology) and the different effects that environmental factors have on those businesses that export and on those who operate only within the national market. In particular, this research tries to confirm whether certain socio-environmental (presence of criminality, social problems and lack of infrastructures) and business factors (organizational abilities and vertical integration) within the Italian regions, which in other research studies have been relevant as far as differences in productivity within the regions are concerned, have a more important influence on exporting manufacturing businesses or those who sell only on the national market. To this end, data for 1991 was used, which regarded, of a sample of 4,135 businesses, 166 distributed over the national territory. The results show (Ofria, 2000: 62) that:

- 1) environmental factors influence businesses belonging to all sectors in a more or less relevant way;
- 2) in sectors (traditional and specialized) where the businesses are, on average, smaller in size, environmental conditions influence non-exporting

businesses to a greater extent, confirming the results which emerged from the literature mentioned above;

- 3) in those sectors (High Technology and Scale) where there are mostly larger sized businesses, environmental factors have less influence;
- 4) only in traditional sectors do all the variables have the expected sign.

To sum up, therefore, the results of this research confirm the hypothesis that environmental variables influence the productivity of manufacturing businesses. This influence assumes a greater statistical significance for those businesses that belong to the «traditional» sector, and in particular, to those who are not exportoriented.

Cellini and Scorcu's study (1997) tries to analyze the links between economic growth and the institutional apparatus, starting from a regional-based data panel, dating from 1970 to 1991, based on the reworking of data from Istat and Svimez. At first they do a Granger causality test, and then a multiple cross-section regression and panel regression. The growth process is measured by the level and growth rate of work productivity. On a theoretical level, the variations in productivity can be explained as a function of a series of institutional variables, such as: *catching-up*, investments, schooling, growth of the work force, consumer levels and public deficit. Given the difficulty of assessing an overall model which simultaneously presents all the institutional variables, the decision is made to measure some specific empirical relationships. In order to do this, all the institutional variables are grouped together in groups which refer to different dimensions. The most interesting regard the economic-institutional and "social climate" aspects.

The first includes variables that are relative to the structure of credit markets (the number of bank branches per 10,000 inhabitants, the employment/deposit relationship, the sensitivity coefficient of consumer levels to current income)

and work (reduced to the number of participants on courses for professional formation in relation to resident population).

The second refers to the social climate, making reference to a measurement of socio-economic conflict (given by the number of hours lost through strike action) and "social problems", expressed by the crime rate, and given as the number of cases of murder and attempted murder in relation to the population, and by the number of robberies in relation to the population. It should be underlined that here, it is general crime rates that have been considered, not organized crime. The results obtained are very dense. In relation to the links between social problems and economic development, and starting from the analysis of the mere correlation, the authors conclude:

a negative connection between productivity levels and murder emerges: greater economic well-being can be associated to a reduction in the numbers of cases of attempted murder and murder *per capita*. Weak at first, the relationship becomes clearer and clearer and at the end of the 1980s it is significantly different from zero (Cellini e Scorcu, 1997: 472).

However, the analysis of the simple correlation does not permit the indication of the causality between the variables considered, or an understanding of whether the relationship is false due to some intervening variable. The analysis of Granger causality and cross-section regression do not underline anything of significance for the variables of criminality on productivity levels, while in a context of dynamic regressions on panel data, on a regional level, there are significant and negative effects for conflict in the workplace and negative effects (though of dubious significance) for crime rates. While achieving partial and introductory results, the analysis is interesting for its ambition in trying to keep together those different institutional dimensions (including crime) which have an effect on productivity levels.

In contrast to the literature reviewed so far, Netti's study

(1999) analyzes the negative effects of environmental conditions on productivity, only for the macro-areas of the Centre-North and South. The study estimates global productivity, using data from 3,075 manufacturing businesses distributed throughout the regions of Italy, and considered by the investigation into manufacturing businesses by Mediocredito Centrale, for the years 1991-1993. The research aims to verify whether the average production costs met by businesses in the South are higher in comparison to those in the Centre-North, and whether this cost differential might be attributable to the differing «environmental facilities» in the two macro-areas. In order to measure the impact of environmental indicators on business efficiency, the author has used the econometric model of minimum production costs².

These estimates (Netti, 1999: 62-64) confirm that the production costs incurred by businesses are affected by the influence of the environmental characteristics of the Regions in which they are located. The author writes (Netti, 1999: 68):

[...] therefore, a lack of infrastructure facilities, goods and services, a more limited access to technology, a more limited quality and quantity of credit access, a higher crime rate, all characterize these populated areas, and certainly help to condition the efficiency of southern businesses, influencing negatively on their ability to survive and grow.

3. From the first studies to the most recent analyses

Using econometric methods, Felli and Tria (2000), propose to analyze firstly, in what way criminal behaviour affects public spending and the economic cycle, and then to estimate the effects of criminality on the productivity of the private sector.

² For further detail on the *proxies* used by the author and on the econometric model, see, *op. cit.*, pp. 59-60.

The first aspect advances the idea that in the presence of public transfers, criminal activity tends to increase. The second, the idea that organized crime in the South produces negative effects on work productivity in the private sector, seeing that, in the opinion of the authors, it causes the dissolution of market mechanisms, creates barriers which dissuade new competitive businesses from entering, and limits the flow of direct investments from abroad³.

In order to verify these hypotheses, for the years 1960-1996, they use different methods of calculation (SUR and GLS) for the twenty Italian regions.⁴

In particular, to analyze the effects on productivity, they use the following equation⁵:

$$(1) \quad p_{it} = f(o_{it}, g_{it})$$

where p is work productivity in the market sector (goods and services); o , represents cases of murder per capita (*proxy* of criminality); g , is the weight of the non-market sector in regional economies, obtained from the relationship between the value added rates of the public administrations, and the product in the private sector, at a regional level (*proxy* indicating the degree of underdevelopment in market institutions); i and t , respectively, denote spatial and temporal dimensions.

In essence, this equation describes regional productivity for the private sector in relation to regional crime rates and a variable which describes the weight of the non-market sector

³ On this last point, see Daniele (2007; 2009) and Daniele and Marani (2008, 2010), who underline a negative correlation between criminality and investments in southern provinces.

⁴ In their research, the authors do not cite the sources of the data they use for their econometric analysis.

⁵ The authors obtain more satisfactory econometric results by using the SUR (*Seemingly Unrelated Regression*) method, which also considers the productivity delayed by a year variable as a regressor, so as to resolve problems of simultaneousness.

in the regional economy. The econometric results obtained from the research (Felli e Tria, 2000: 97), highlight, for each region, both that the crime rate (approximated from the murder rate) goes up with the increase in public transfers and is sensitive to trends in the national economy, and also, that both crime rates and the non-market added value rates influence negatively on productivity levels. In particular, the analysis underlines that they highlight how the dependency of the southern regions on aid from the public sector has helped to increase crime rates, especially in Sicily, Calabria, Campania and Apulia.

Similar results, for the period 1960-93, were obtained by Tullio and Quarella (1999), even though they use GDP per capita and not productivity as dependent variables, the latter variable being a principle characteristic of this review.

The work of Centorrino and Ofria (2001), for the years 1998-99, using ISTAT regional accounts data, analyzes, using a *pooling* methodology, the effects of the environmental variables quoted above, on the productivity of the private sector economy in the southern regions. In particular, the econometric results, obtained by Centorrino and Ofria (2001: 80) comparing regional differences in productivity with environmental ones, registered for the same years, underline that in the South these factors influence, in a more or less significant way, businesses which belong to all sectors. There is less influence in the sector «Industry in a strict sense», where there is a greater presence of businesses which produce «Energy products». Probably, these businesses are less influenced by local environmental conditions, because being larger and often part of multinationals, their *management* centres are often located in completely different areas to the main plants. Businesses in the «Agriculture, forestry and fishing» and «Construction» sectors are, on the other hand, more conditioned by environmental factors, which might be explained, according to the authors, by the fact that they generally operate in a strictly local market and have little

inclination to comply to co-operation strategies with other businesses («group»). These conditions make them more «attackable» and less «defendable» in comparison to a «group» structure. Further, it is unnecessary to remember that the businesses which belong to a «group» enjoy significant advantages over the independent ones, in terms of research and development activities, collaborative agreements with other foreign businesses, the acquisition of patents and licenses from abroad, technical-production agreements with other Italian businesses. For the businesses belonging to the group, even those advantages of a financial nature might, in theory, be independent of the environmental conditions in the area in which they are located.

Lastly, in a more recent study, again, carried out by Centorrino and Ofria (2008), an analysis was made on the relationship between work productivity and crime, starting from the “Kaldor-Verdoorn”⁶ theoretical approach, and using the Verdoon law. As the authors state:

this law sustains that over a long period of time, “as a rule, productivity develops proportionately to the square root of the volume of production”. It follows that over a long period of time, production volume may partially explain productivity, with a relationship expressed as a multiplicative function of constant elasticity, integrated by a trend factor, which takes other factors which affect the rise in productivity, into account (Centorrino and Ofria, 2008: 169).

The analysis uses ISTAT regional Accounts data for the period 1983-2005, and concentrates on those regions in which organized crime is established (Calabria, Campania, Apulia and Sicily) and in the following sectors: “agriculture”,

⁶ For this approach, see: Centorrino and Ofria, 2008: 168-169.

“services”, “construction” and “industry”. In particular, the authors estimate how the growth of work productivity is influenced by the growth in productivity, from the relationship between gross investments and GDP and by a *proxy* for crime, given by the relationship between the murder rate for “mafia, camorra, ‘ndrangheta and “sacra corona unita” and the population.

The following regression equations are calculated:

$$(2) \quad \dot{p} = a + b \dot{y} + c CR$$

$$(3) \quad \dot{p} = a + b \dot{y} + c \frac{I}{GDP} + d CR$$

$$(4) \quad \dot{y} = e + f CR$$

where a and e represent the constants; $\dot{p}$ is the rate of growth of labour productivity, $\dot{y}$ is the sample of output growth (added value), I/GDP the relationship between investment and GDP and CR the *proxy* for organized crime.

The two authors underline, “the last equation is calculated assuming that the variable CR acts indirectly on the variable through. In that case the CR produces a negative impact (endogenous) on the “demand” component of the model under consideration” (Centorrino and Ofria, 2008: 173).

The significance of the crime *proxy* in the four sectors under consideration, is summed up in Tab.1. Specifically, it can be seen how organized crime influences negatively on the productivity in the construction sector and on other *non tradable* sectors.

Tab.1 – Significance of the “crime” proxy with the negative sign:

$1 < t < 2 = \bullet$; $2,1 < t < 2,5 = \bullet\bullet$; $t > 2,6 = \bullet\bullet\bullet$

Regions	Agriculture	Services	Construction	Industry
Calabria	••	•	•	•
Campania	••	•	•••	•••
Apulia	••	•	•••	•
Sicily	••	•	•••	••

4. Conclusions

As stated, organized crime influences the market economy in the South in direct and indirect ways, influencing its development in a negative way. In the first case, it takes the form of a "business" itself; while in the second, it conditions the market with its parasitic and predatory activities, or it co-operates with the legal economy. The "market failures" that follow, obviously generate high social costs, both for the community in general, as well as for single production businesses in particular. Some research asserts that it is the high crime rate in the South which hinders the natural course of business activity.⁷

In the South, the activities directly connected to territory size (extortion, the fixing of public and local economy contracts, usury, drug dealing, capital offences, etc.) continue to make up an important percentage of the revenue and are a confirmation of the power of criminal groups. Of these activities, the infiltration of contracting and public works contracts, plays a strategic role, and is, at the same time, the primary source of income, a way to socially legitimize wealth, a method of controlling the territory and the economic fabric, a way to connect and do business with local council management (Ofria 2006).

⁷ Among others, see: Becchi (2000), Centorrino and Ofria (2001), Centorrino et al. (2003), La Spina and Lo Forte (2006), La Spina (2008).

The deep-rooted existence of mafia-type activity in many parts of the South is particularly damaging in the way that it conditions local business, and for the overall disadvantages which result, as far as competition is concerned. Above all, it creates a distortion in the market since it modifies the dynamics of public contracts, and also of the work market and capital. Secondly, the presence of a parallel organization which consumes money, and which acts like a parasite, and penetrates the legal economy, helps to drain all the available resources within the territory, changing salary mechanisms.

According to Felli and Tria (2000), the mafia-type business (which is seemingly legal but run by the mafia) may secure contracts, win contract bids or auctions, not through competitive offers, but by using the threat of criminal acts and, in the same way, it can hinder non-affiliated businesses from entering the market.

Essentially, it is the sort of behaviour which is found in a *rent-seeking* theoretical model, based on Tullock's (1980) theoretical model. In this type of model, criminal organisations are nothing more than "‘lobbyists’, who, in order to ensure the earnings which come from being in a monopolistic position, resort to systematic and continuous violence; they work in a ‘lobbyistic’ way". (Caruso, 2008: 8), in particular:

in economies where there is a strong incidence of public spending within the GDP (...) different interest groups compete for the allocation of public transfers or the approval and implementation of particular economic policies. In its most transparent version, the action of rent-seeking becomes a firm part of the existence of lobbyists who are competing to persuade the various *policy-makers*, in order to ensure the approval of economic policies in favour of their reference groups. These actions are normally carried out according to certain pre-set rules. As soon as these rules are broken, the results are sabotage, spying or, in other words, corruption.

In essence, the presence of cartels, which have been instituted by organized crime, constitutes a source of negative pecuniary externality, which reduces the economic activity of many businesses; at the same time, it is a source of inefficiency, since the businesses within the cartel are not forced to increase their productivity because there is no pressure to be competitive. (Centorrino and Ofria, 2008). Felli and Tria (2000: 84) write on this point:

(...) mafia activity within legitimate markets «confuses» other competitors, as it creates barriers which prevent numerous industries from entering both production markets and work markets. In many respects, these markets are much less competitive in those regions affected by organized crime in comparison to other regions. In some extreme cases, where the mafia manages to control both the supply and demand of goods supplied by the State, the markets (both corrupt and normal markets) are suppressed and there is a hierarchic economic organization, in which those businesses outside the cartel, or those potential candidates for entry, are forced to deal with very high transaction costs. This institutional environment is a source of inefficiency and low productivity growth.

As already underlined in this review, this hypothesis has actually been verified in the various analyses which have used econometric methodologies.

The recent study by Centorrino and Ofria (2008: 175) confirms that “a negative effect on the sample of the growth of work productivity, caused by the ‘criminality’ variable, is particularly significant, both in the “Construction” sector, as well as, (with the appropriate approximations) in the remaining sectors that were considered”. In particular, the greatest significance within the Construction division leads to the tendency for criminality to concentrate itself in sectors

that are directly or indirectly reached by State interventions (Centorrino and Ofria, 2001), that are not very open to external competition (since they are non *tradable sectors*), with high work intensity rather than capital intensity, in such a way as to leave wider margins for money laundering, and also to guarantee some forms of social consensus, through the distribution of work opportunities.

This seems to confirm yet again, that organized crime is one of the co-causes which might explain the enduring differences between southern regions and the rest of the country.

From this point of view, the policies which aim to oppose organized crime in the South assume a greater significance, not simply from a political and social point of view, but also in the sphere of that wider area of economic politics which is concerned with barriers to economic development, and has a particular interest in so-called «market failures».

Rather than being policies which aim merely to oppose, they should be aimed at producing “intelligent regulations”, which would help to come through this state of de-regulation or under-regulation, as mentioned in par.1, where illicit practices, opportunism and defection are seemingly more convenient than participation (Donolo, 2001; 2005). In other words, this means establishing measures for collective learning and of *learning by doing*, which are able to change the actors’ preferences and to create shared cognitive maps which activate virtuous circles, from social behaviour to satisfactory regulations (Donolo, 2001). It also means investing in trust strategies, understood as indispensable “relational good”, in order to orientate the behaviour of the local actors, since it is really the strong presence of “trust” which induces *voice* (in other words participation and protest), rather than *exit* (surrender and disinterest towards social and public commitment, as well as formal rules) (Hirschman, 1970; Donolo, 2002; D’Albergo, 2002). Finally, it means helping the local institutions to improve their efficiency (Sciarrone, 2006), thus bringing about the process of “governance participation”, which is capable of

supporting the emergence of forms of collective rationality as a result of interaction, negotiation, reciprocal exchange, sharing and the circulation of active knowledge, that is, acquired from the union between “learning” and “doing”.

BIBLIOGRAPHY

- Banfield, E.C. (1958), *The Moral Basis of a Backward Society*, New York: The Free Press.
- Basile, R., (2001), *The locational determinants of foreign-owned manufacturing plants in Italy: the role of the south*, Documenti di lavoro 14/01, ISAE, Rome.
- Becchi, A. (2000), *Criminalità organizzata: paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose in Italia*, Roma: Donzelli.
- Becker G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, No.78, pp. 169–217.
- Bonaccorsi di Patti E. (2009), “Weak institutions and credit availability: the impact of crime on bank loans”, *Occasional Paper*, No.52, Banca d’Italia.
- Busetta P., Sacco S. (1992), *Gabbie salariali: verifica empirica di una proposta*, Milano: FrancoAngeli.
- Caruso R. (2008), “Spesa pubblica e criminalità organizzata in Italia. Evidenza empirica su dati panel nel periodo 1997–2003”, *Munich Personal RePEc Archive*, paper No.6861.
- Cellini R., Scorcu, A. E. (1997), *Istituzioni, stabilità e crescita nelle regioni italiane*, *L’industria*, No.3, pp. 459–483.
- Centorrino M., Ofria F. (1997), “Contesti illegali e differenziali di produttività nelle aziende di credito”, in M. Centorrino, G. Signorino, eds. *Macroeconomia della mafia*, Roma: NIS, pp. 131–144.
- Centorrino M., Ofria F. (2001), *L’impatto criminale sulla produttività del settore privato dell’economia. Un’analisi regionale*, Milano: Giuffrè.
- Centorrino M., Ofria F. (2008), “Criminalità organizzata e produttività del lavoro nel Mezzogiorno: un’applicazione

- del modello «Kaldor-Verdoon», *Rivista economica del Mezzogiorno*, No.1, pp. 163-187.
- Centorrino M., Signorino G. (1997), *Macroeconomia della mafia*, Roma: Carocci.
- Centorrino M., La Spina A., Signorino G. (1999), *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo nel Mezzogiorno*, Roma-Bari: Laterza.
- Centorrino M., Limosani M., Ofria F. (2003), *Il pedaggio dello sviluppo*, Bari: Palomar.
- Cohen, S. (1996), "Crime and Politics: Spot the Difference", *British Journal of Sociology*, Vol. 47, No. 1, pp.1-21.
- D'Albergo, E. (2002), "Modelli di governance e cambiamento culturale: le politiche pubbliche tra mercato e comunità", in Battistelli F., eds, *La cultura delle amministrazioni fra retorica e innovazione*, Milano: FrancoAngeli, pp.71-90.
- Daniele, V. (2007), *Incentivi economici e disincentivi di contesto: Gli investimenti esteri nel Mezzogiorno*, *Rivista di Economia e Statistica del Territorio*, No. 2, pp.5-34.
- Daniele V. (2009), "Organized Crime and Regional Development. A Review of the Italian Case", *Munich Personal RePEc Archive*, paper No. 16547.
- Daniele, V., Marani, U. (2008), "Criminalità e investimenti esteri. Un'analisi per le province italiane", *Rivista Economica del Mezzogiorno*, No. 1, 189-218.
- Daniele V., Marani U. (2010), "Organized crime, the quality of local institutions and FDI in Italy: A panel data analysis", *European Journal of Political Economy*, article in press, doi:10.1016/j.ejpoleco.2010.04.003.
- Del Monte, A., Papagni, E. (2001), "Public expenditure, corruption, and economic growth: the case of Italy", *European Journal of Political Economy*, No.17, 1-16.
- Donolo, C. (2001), *Disordine*, Roma: Donzelli.
- Donolo, C. (2002), "Politiche integrate come contesto di apprendimento istituzionale" in Battistelli, F., eds, *La cultura delle amministrazioni fra retorica e innovazione*, Milano: FrancoAngeli, pp. 91-108.

- Donolo, C. (2005), "Dalle politiche pubbliche alle pratiche sociali nella produzione di beni pubblici? Osservazioni su una nuova generazione di *policies*", *Stato e Mercato*, No. 73, pp. 33-65.
- Felli E., Tria G. (2000), "Produttività e crimine organizzato: un'analisi delle regioni italiane", *Sviluppo Economico*, No. 1, pp. 79-101.
- Gambetta, D. (ed.) (1989), *Trust. Making and breaking cooperative relations*, Oxford: Basil Blackwell Ltd.
- Granovetter M. (2006), "La costruzione sociale della corruzione", *Stato e Mercato*, No. 3, pp.343-368.
- Heidenheimer A. J. (ed.) (1970), *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, New Brunswick: Transaction Publishers.
- Hirschman, A.O. (1970), *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge: Harvard University Press.
- Kind, R. D. (1999), *Doing Research on Crime and Justice*, Oxford University Press.
- La Spina, A., Lo Forte, G., (2006), "I costi dell'illegalità", *Rivista economica del Mezzogiorno*, No. 3-4, 509-570.
- La Spina, A. (ed.) (2008), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Il Mulino: Bologna.
- Magatti, M. (1994), "Il mercato e le sue regole. Sui limiti dell'impresa come soggetto di modernizzazione", *Stato e Mercato*, No. 40, pp. 69-91.
- Netti, N. (1999), "Gli effetti delle caratteristiche socio-economiche delle regioni italiane sull'efficienza di un campione di imprese manifatturiere", *Rivista economica del Mezzogiorno*, No. 3-4 pp. 559-595.
- North, D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ofria, F. (1996), "Performance delle aziende di credito e ambiente socioeconomico", *Banche e Banchieri*, No. 6, pp. 575-581.

- Ofria, F. (1997a), *Divari regionali di produttività nell'industria manifatturiera italiana*, Milano: FrancoAngeli.
- Ofria, F. (1997b), "Divari regionali di produttività e condizioni ambientali nelle regioni italiane: un'analisi empirica per le aziende manifatturiere del settore «tradizionale»", *Economia Marche*, No. 2, pp. 313-323.
- Ofria, F. (1998a), "L'analisi empirica della produttività nell'industria italiana e divari territoriali: una rassegna della letteratura", *L'industria*, No. 1, pp.81-109.
- Ofria, F. (1998b), "Divari regionali di produttività e condizioni ambientali: un confronto fra settori nell'industria manifatturiera", *Economia e Politica Industriale*, No. 100, pp. 73-88.
- Ofria, F. (1999), "Criminality and Economic Development: An Empirical Verification in Italian Regions (1980-95)", *Mediterranean Journal of Human Rights*, No. 1, pp. 263-275.
- Ofria, F. (2000), "Efficienza ed esportazioni: un'analisi empirica per l'industria manifatturiera italiana", *Rivista di Politica Economica*, Vol.90, No.2, pp. 45-64.
- Ofria, F. (2006), *Effetti distorsivi sull'economia legale: la corruzione*, Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Ofria F., Venturi L. (2000), "Divari regionali di efficienza in Italia nelle aziende di credito cooperativo: un'analisi parametrica", *Bancaria*, No. 10, pp. 22-23.
- Olson, M. (1965), *The Logic of Collective Action*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ponsaers P., Shapland J., Williams C.C. (2008), "Does the Informal Economy link to Organised Crime?", *International Journal of Social Economics*, Vol. 35, No. 9, pp. 644-650.
- Putnam, R., (1993), *Making Democracy Work*, NJ: Princeton University Press, Princeton.
- Shapland J., Albrecht H-J, Ditton J. and Godefroy T (eds) (2003), *The Informal Economy: Threat and Opportunities in the City*, Freiburg: Max Plank Institute.
- Shelley, L. (1994), "Mafia and the Italian State: The Historical

- Roots of the Current Crisis", *Sociological Forum*, No. 9, pp. 661-668.
- Sciarrone, R. (1998), *Mafie vecchie, mafie nuove, radicamento ed espansione*, Roma: Donzelli.
- Sciarrone, R. (2000), "I sentieri dello sviluppo all'incrocio delle reti mafiose", *Stato e Mercato*, No. 2, pp.271-301.
- Sciarrone, R. (2006), "Mafia e potere: processi di legittimazione e costruzione del consenso", *Stato e Mercato*, No. 3, pp.369-401.
- Sutherland, E., Cressey, D., Luckenbill, D. (1939), *Principles of Criminology*, Philadelphia: Lippincott.
- Tullio G., Quarella, S. (1999), "Convergenza economica tra le regioni italiane: il ruolo della criminalità e della spesa pubblica, 1960-1993", *Rivista di Politica Economica*, No. 3, pp. 77-128.
- Tullock, G. (1980), Efficient Rent Seeking, in Buchanan, J. M., Tollison R., D., Tullock, G. (eds), *Toward a Theory of the Rent-seeking Society*, Texas A&M University, College Station, pp. 97-112.
- Vander Beken, T., Van Daele S. (2008), "Legitimate Business and Crime Vulnerabilities", *International Journal of Social Economics*, Vol. 35, No. 10, pp. 739-750.
- Weber, M. (1961), *Economia e società* Vo.1, Milan: Edizioni Comunità.
- Williamson, O. E. (1975), *Markets and Hierarchies*, New York: Free Press.
- Williamson, O. E. (1985), *The economic institutions of capitalism: Firms, markets, relational contracting*, New York and London: Free Press.

MATRIMONIAL UNITY AND MEDICAL CONFIDENTIALITY

Examining Spousal Notification Of Infectious Diseases In The Context Of Nigerian Marriage Laws

**ODUNSI SYLVANUS BABAFEMI
AND OYELADE OLUTUNJI SUNDAY**

This paper examines the application of medical confidentiality, and by the same token the right to privacy, in the context of husband and wife relations. The analysis is undertaken in the framework of Nigerian laws relating to marriage, vis-à-vis the concept of legal unity. Where necessary, references are made to relevant legal principles drawn from other jurisdictions. Among the fundamental issues addressed is whether the need to protect a spouse from being infected with a sexually transmitted communicable disease is a justification for a doctor to breach medical confidence.

1. Introduction

1.1 Husband and Wife: Special Relationship

From the perspectives of law, religion, social norms, culture and others, matrimony is accorded certain special treatment that makes it distinctive from all other interpersonal relationships.¹ By virtue of marriage, spouses enjoy some

¹ E.I Nwogugu, *Family Law in Nigeria* (Ibadan: Heineman Educational Books (Nigeria) Ltd, 1974) xxviii.

advantages at law, which are unavailable to unmarried persons. The basis of some of the special treatments enjoyed by married couples is the legal categorization of the spouses, though two separate individuals, as one person. This legal transmutation of spouses into one entity is described as legal unity,² rephrased as 'matrimonial unity' in the title of this paper. It is a creation of common law.³

It seems that the principle of legal unity had been recognized long before the comparatively modern era common law evolution. There appears to be an indication of the existence of the principle in biblical Old Testament times. According to an injunction in the book of Genesis⁴:

"Therefore shall a man leave his father and his mother, and shall cleave unto his wife: and they shall be one flesh."⁵

In various ways, statutes have implicitly consolidated the principle of legal unity. One of such ways can be found in the Nigeria *Criminal Code*, which provides that a spouse shall not be criminally culpable for damage to the property of the other spouse.⁶ While there is no explicit reference to legal unity in the *Criminal Code* provision, it is manifest that the provision revolves round legal unity; seemingly, what one spouse does to the property amount to doing it to his or her own property.

One area in which the unity of spouses may appear contentious, concerns the duty of a doctor to keep the medical confidentiality of patients. While it is discussed in detail in later section of this paper, it is necessary to briefly preview the subject. Simply, medical confidentiality imposes an

² *Ibid* at 83.

³ *Ibid.*

⁴ *Genesis* II, 24.

⁵ Emphasis added.

⁶ Section 36 *Criminal Code Act*, Cap. C38 Laws of the Federation of Nigeria (LFN) 2004 [*Criminal Code Act*].

ethical duty on a doctor not to disclose to a third party what he discovers about his patient in professional capacity, without the consent of the patient or legally sustainable grounds.⁷ Medical confidentiality, essentially, is one mechanism for safeguarding the right of the patient to privacy, which is guaranteed under the Nigerian Constitution.⁸

As will be shown subsequently, it is debatable whether a doctor, without his patient's consent, can legally disclose to the spouse of the patient that the patient suffers from a sexually transmittable infection. Using HIV/AIDS to represent sexually transmittable disease, we can assume the following scenario to illustrate: a doctor discovers that his patient who is married is HIV positive. Notwithstanding the doctor's advice, the patient insists he would not inform his wife nor strive to engage in safe sex. In the absence, or uncertainty of any legal backing, what would be the legal situation of the doctor if he overreaches the patient to inform the spouse?⁹

This paper addresses this question with reference to the principle of legal unity and special relations existing between husband and wife. It will essentially examine whether matrimony is a basis for the doctor to overreach the patient in the scenario assumed above.

2. Spouses as Sexual Partners: Examining Different Levels of Sexual Partnership

It needs to be emphasized that this paper does not seek to argue the merits or desirability of partner notification as a measure of controlling HIV/AIDS or any other sexually

⁷ See J.K. Mason, R.A. McCall Smith and G.T. Laurie *Law and Medical Ethics* (5th ed.), (London: Butterworths, 1999) at 191-193.

⁸ See section 37 of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 [hereinafter 'Nigerian Constitution'].

⁹ This illustration is extracted substantially from D.G. Casswell, 'Disclosure by a Physician of AIDS-Related Patient Information: an Ethical and Legal Dilemma', (1989) 68 Can. Bar Rev., 225.

transmitted disease. It has earlier been argued in some other areas that partner notification, due to various challenges, may not be an effective public health measure.¹⁰

Partner notification or contact tracing, as it may also be called, is the process of locating and informing, or warning, the sexual partners or other persons who may be at risk of contracting a disease through the sexual or other behaviours of infected persons.¹¹ Generally, partner notification is a means of preventing spread of disease, especially sexually transmittable diseases. Partner notification has featured significantly in the discussion of curtailing the spread of HIV/AIDS.¹²

In discussions of the desirability of partner notification as disease control measure, it seems that the special relationship of husband and wife does not attract any distinctive attention. Spouses tend to be summarily subsumed into the indistinctive classification of 'sex partners'.¹³ The argument that human right protection is a better option in the drive to control HIV/AIDS, necessarily leads to the conclusion that patients' rights to privacy should not be transgressed by notification of "sexual partners". In such situation, there is the tendency to foreclose the analysis whether the special relationship of married couples warrant that an exception be made in the case of spouses.

In discussing the right of a sexual partner to know about the health or other condition of the other, it would seem unrealistic to simply loop spouses and non-spouses in the same category of sexual partners. "Doing so", it is argued, "would be

¹⁰ See generally S.B. Odunsi 'HIV/AIDS: Should Doctors be bound to inform Sexual Partners of Infected Patients? Right to Privacy versus Public Health' Paper delivered at IUSSP on Seminar on Ethical Issues in Reproductive Health, held at Wassenaar, Netherlands on 23/09/2006.

¹¹ *Ibid.*

¹² See e.g. D.G. Casswell *supra* note 9.

¹³ See generally *ibid.*

an affront on the institution, which is held sacred in various cultures and legal systems".¹⁴

Any discourse of partner notification should take cognizance of levels of sexual partnership. True, a spouse, through marriage, becomes a sexual partner. It is, however, arguable that the situation of the spouse as a sexual partner cannot be equated with those of *mere* sexual partners who may range from temporary girlfriends, casual acquaintances to commercial sex workers.

Mutually, as foundation of marriage, spouses solemnly undertake and bear the onerous moral burden to stand by each other "for better for worse, for richer for poorer, in sickness, and in health, to love and to cherish, till death do us part".¹⁵ Manifestly, in that light, sexual intercourse is a slight portion of the yoke of marriage. Spouses, essentially, are life partners whose individual fates have become intricately interwoven. Simply, the situation of one fundamentally affects the other.

Putting spouses in a special class of sexual partners is the starting point in the examination of the justifiability of doctors' breach of patients' confidence in notifying spouses of the risk of communicable diseases.

3. Nigerian Law and Types of Marriage: Focus on Statutory Marriage

Statutorily regulated monogamy and customary law polygamy are the two types of marriage in Nigeria. The *Marriage Act*¹⁶ and the *Matrimonial Causes Act*¹⁷ govern monogamy, which is also commonly referred to as 'statutory

¹⁴ See E.I. Nwogugu *supra* note 1 at xxxviii.

¹⁵ See e.g. Foreverwed.com, online at http://www.foreverwed2.com/Religious_Ceremonies/ceremony%20sample%20nine.htm accessed on 29/11/2006.

¹⁶ Cap. M6 Laws of the Federation of Nigeria (LFN) 2004.

¹⁷ Cap. M7 Laws of the Federation of Nigeria (LFN) 2004.

marriage' 'Christian marriage', or 'marriage under the Act', because it is regulated by statutory provisions.

Monogamous marriage has been defined in the case of *Hyde v Hyde*¹⁸ as a marital union of one man and one woman to the exclusion of all others. Thus, when a man and a woman undergo a statutory marriage, none of the parties can contract another marriage while the statutory marriage subsists.¹⁹ A marriage contracted in violation of this rule would be void. Apart from that, such act amounts to a crime of bigamy.²⁰

Blacks Law Dictionary defines polygamy as, "[t]he state or practice of having more than one spouse simultaneously,"²¹ and a polygamist as, "[a] person who has several spouses simultaneously."²² With its connotation of plural or multiple marriages, polygamy encompasses a situation where a man simultaneously has more than one wife (polygyny) and where a woman simultaneously has more than one husband (polyandry).

However, in Nigeria, polygamy is largely restricted to the practice of a man having more than one wife. The practice of a woman simultaneously having more than one husband, apart from being a social aberration, is illegal in Nigeria.²³

¹⁸ (1886) LR 1 P&D 130 particularly at 133, per Lord Penzance.

¹⁹ See sections 47 and 48, *Marriage Act*.

²⁰ Section 370, *Criminal Code Act*. See generally, C.O.Okonkwo and Naish: *Criminal Law in Nigeria* (London: Sweet & Maxwell, 1980), 284-287. See also sections 47 and 48 of the *Marriage Act*. See also C.O.Okonkwo *supra* note 19, 285-287.

²¹ B. A. Garner *et.al* (eds.) *Black's Law Dictionary* (8th edn.) (St. Paul, Mn: Thomson West, 2004), 1197. [Emphasis added] See, W.J. Stewart *Collins Dictionary Law* (2nd edn.), (Glasgow: Harper Collins Publishers, 1996), Sheila Bone (ed.) *Osborn's Concise Law Dictionary* (9th edn.) (London: Sweet & Maxwell, 2001), 291. See also The Law Commission, *Family Law Report on Polygamous Marriages* (London: Her Majesty's Stationary Office, 1971), 1.

²² B. A. Garner *et.al* (eds.) *ibid.*

²³ See S.N.Chinwuba, *Modern Family Law in Southern Nigeria*, (London: Sweet & Maxwell, 1966), 167.

Therefore, in the context of this paper, discourse of polygamy is largely restricted to the polygyny.

Polygamy is governed by Nigerian customary law, which varies from place to place, according to the cultures and ways of life of each community. This is why customary law has been described as "a mirror of accepted usage."²⁴

Polygamy is an inherent customary practice of the indigenous people of Nigeria. As a Nigerian sociologist puts it, "[w]e were born into polygyny. It is part and parcel of our society."²⁵

This paper will however focus on statutory or monogamous marriage. The reason for this restriction is that the statutorily provided benefits of legal unity, which form the bedrock of the argument for expanding to medical confidentiality, are largely limited to monogamous marriages.²⁶ Secondly, the doctrine of legal unity is a creation of common law;²⁷ while common law applies in many respects to monogamous marriage in Nigeria,²⁸ it does not apply to polygamous marriages, which are strictly governed by customary law.²⁹

Legal unity manifests in various aspects of marriage. These will be examined in light of legal effects of marriage and some legal exemptions, which husband and wife enjoy by virtue of their marriage.

²⁴ *Owonyin v Omotosho* [1961] 1All N.L.R. 304 at 309.

²⁵ S. F. Petasalis, *The Silent Power, A Portrait of Nigerian Women* (Quebec: Meridian Press, 1990) 47.

²⁶ See e.g. C.O. Okonkwo, *supra* note 20, 123. See also section 161(3) together with section 2(1) *Evidence Act* Cap. E14 Laws of the Federation of Nigeria (LFN), 2004.

²⁷ E.I. Nwogugu *supra* note 1 at 83.

²⁸ See S.A. Adesanya *Laws of Matrimonial Causes* (Ibadan: Ibadan University Press, 1973) 2.

²⁹ E.I. Nwogugu, *supra* note xxxii.

4. Legal Consequences of Marriage

Statutory marriage is a contract out of which flow some rights, duties and obligations for the parties to the marriage contract. The rights and duties can be summed as 'consortium'. Lord Reid, in the case of *Best v Samuel Fox & Co.*³⁰ explained consortium as "a name for what a spouse enjoys by virtue of "a bundle of rights, some hardly capable of precise definition."

More simply, consortium can be described as the right of one spouse to the company, assistance and affection of the other. While the interpretation of 'consortium' may be open wide-looping, some consequences of marriage tend to indicate what consortium in effect is. Some of these are examined subsequently.

One is that marriage entitles a woman to use the husband's surname. The woman can even retain the name after termination of the marriage by divorce or death of the husband.³¹ The husband and wife mutually owe duties to cohabit in a place designated as the matrimonial home. Cohabitation does not rigidly connote that they both stay under the same roof at all times. They would still be deemed to be cohabiting, if some factors such as nature of their jobs, keep them apart, and the staying apart is based on mutual understanding.³² Husband and wife also have duties to engage in sexual intercourse with each other, subject to the condition that the right to sex of one must not be exercised in such a way that would be harmful to the other.³³

From another perspective, one legal consequence of marriage is that some legal rules are made to apply to spouses which do not apply to unmarried persons. While this has been

³⁰ (1952) AC 716 at 736.

³¹ See *Fendal v Goldsmith* (1877) 2 PD 263; see also *Cowley v Cowley* (1901) AC 450.

³² *R v Creamer* (1919) 1 KB 564 (CA).

³³ See *R v Miller* (1954) 2 All E.R 52.

touched briefly earlier, it would now be examined in some detail by considering some other legal rules.

Generally, under common law, spouses cannot contract with each; doing so would amount to one person contracting with himself or herself. Husband and wife are also entitled to defend each other. Similarly, husband and wife, generally, can be liable in tort for acts committed against each other and against each other's property. This rule also manifests in criminal law; as mentioned in the early part of this paper, by virtue of which husband and wife cannot be criminally liable for offences committed against each other's property.³⁴ Furthermore, husband and wife cannot be held criminally liable for conspiring between themselves, because doing so would amount to one person conspiring with himself or herself.³⁵

5. Medical Confidentiality in the context of marriage

The basis of the special provisions made to regulate the relationship between spouses is to strengthen the bond between husband and wife. "These rules recognize the particular relationship of married people and the need to foster and preserve marital harmony and unity."³⁶

The rationale for special legal rules for spouses is quite commendable. It would now be whether the special rules extend to the realm of medical confidentiality, so that a doctor can summarily notify one spouse of the HIV positive status of the other in case of refusal or reluctance. As a prelude to this, medical confidentiality would be examined in some detail.

³⁴ See also E.I. *supra* note 1 Nwogugu at 97-99.

³⁵ See *Keshiro v I.G.P* (1955-56) WRNLR 84.

³⁶ E.I. Nwogugu *supra* note 1 at 97.

6. Right to Privacy and Medical Confidentiality

In the simplest sense, 'right to privacy' connotes the right to control information about oneself.³⁷ The right to privacy is the epicenter of all human freedoms and rights.³⁸ Based on its importance, it recurs in various international human rights treaties and constitutions of different countries.³⁹

In the realm of medical law and practice, the right to privacy translates to medical confidentiality. Medical confidentiality dictates that a doctor, save in exceptional cases, must not disclose confidential information he obtains in the course of doctor-patient relationship. In the case of *Hunter v Mann*,⁴⁰ Boreham J summed up the kernel of medical confidentiality in the following words: "...the doctor is under a duty not to disclose, without the consent of the patient, information which he, the doctor, has gained in his professional capacity."

Flowing from the foregoing is that the doctor should not disclose such information; similarly, any information obtained by the doctor in breach of medical confidentiality will be inadmissible and, where wrongfully admitted, would be excluded from the records in the case of court proceedings.⁴¹

Generally, medical confidentiality is rationalized on the ground that it would enable patients to give, freely and confidently, information to their doctors. According to the British Medical Association,⁴²

³⁷ J. H.F. Shattuck, *Rights of Privacy* (Skokie, Illinois: National Textbook Company, 1977), xii.i

³⁸ *Ibid.*; see the Canadian case of *R v Dymnt* 55 D.L.R. (4th) 503 at 513, per La Forest J, referring to Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* at 349-350.

³⁹ For example, see section 37 of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 [hereinafter 'Nigerian Constitution'].

⁴⁰ [1974] QB 767 at 772.

⁴¹ See *R v Dymnt supra*.

⁴² British Medical Association (BMA) guidance *Confidentiality: Protecting and Providing Information* June 2000, obtained at www.gmc-uk.org accessed on 17/4/2005; see also BMA guidance, *Confidentiality &*

[P]atients have a right to expect that information about them will be held in confidence by their doctors. Confidentiality is central to trust between doctors and patients. *Without assurances about confidentiality, patients may be reluctant to give doctors the information they need in order to provide good care.*⁴³

The normative sources of medical confidentiality include professional self-regulation, common law and statutory provisions.⁴⁴ Among other measures, an aggrieved patient may seek to recover from a doctor for breach of confidence.⁴⁵

At different points, the doctor has to balance the right of his patient to confidentiality against overall public interest. In that light, the patient's right to privacy is not absolute and the doctor's duty to keep patient's confidence is not rigid. Consequently, common law, statutes and ethical guidelines permit doctors to disclose patients' information without consequences in some situations.⁴⁶ The first situation where a doctor can legitimately break confidentiality without the patient's consent is when it is in the patient's interests to do so and it is medically undesirable to seek the patient's consent.⁴⁷ The doctor's duty to safeguard public interest in some situations can justify the breach of confidence in some situations; control of crime and the need to safeguard members of the public from harm are included in public interest exceptions. This aspect of the doctor breaching confidence in overriding public interest

disclosure of health information, October 1999 obtained at www.bma.org.uk accessed on 17/4/2005.

⁴³ *Ibid.* [emphasis added].

⁴⁴ S.B Odunsi *supra* note 10 at 6-8.

⁴⁵ See M. A. Jones *Medical Negligence*, (London: Sweet and Maxwell, 2003), 170-172.

⁴⁶ See M. A. Jones *supra* note 32 at 173-184. See also J.K. Mason et al *supra* note 22 at 193-198.

⁴⁷ J.K Mason, R.A McCall Smith and G.T Laurie *supra* note 7 at 194.

is open to debates, and "is arguably the most controversial permissible exception to the rule of confidentiality."⁴⁸

7. Exceptions to Medical Confidentiality: the situation of Spouses and Infectious Diseases

Generally, under common law there is no duty of care in the absence of special legal relationship. Thus, except in the accepted cases of public interest, a doctor is not legally bound to warn or inform a third party about the danger constituted by his/her patient to a third party. Conversely, the doctor has a legal and ethical duty to keep the confidence of the patient.

In the absence of an express legal duty to intervene or *rescue*⁴⁹ under common law, it becomes arguable whether a doctor could legitimately breach the confidence of his patient in order to protect a spouse from being exposed to an infectious disease by the other spouse.⁵⁰ Related to the above situation is the question of possible consequences to the doctor where he/she chooses to keep the confidence of his/her patient and the third party is injured.

This question can be addressed by an analysis of the rules relating to notification of transmissible diseases in Nigeria. A legislation that relates to notification of transmissible diseases is the *Venereal Diseases [Ordinance]*.⁵¹ The kernel of the legislation, as presently contained in the *Venereal Diseases Laws* of Oyo State of Nigeria,⁵² is contained in section 3(1), which states:

⁴⁸ *Ibid* at 195.

⁴⁹ *Ibid* at 201.

⁵⁰ In the context of this paper, is assumed that the spouse at risk is not the patient of the doctor.

⁵¹ Laws of the Federation of Nigeria 1958; the legislation made during the colonial era now forms part of state legislations applicable in various states. I will adopt the legislation of Oyo state, one of the states constituting the Federation of Nigeria, in this paper.

⁵² Cap. 167, Laws of Oyo State of Nigeria, 2000.

Any person suffering from any venereal disease or suspecting that he is so suffering shall, on becoming aware of his condition, immediately consult-

- (a) the medical officer of health for the area in which he is residing; or
- (b) a qualified medical practitioner,

and shall place himself under treatment by that medical officer of health or qualified medical practitioner, who may direct that such person shall attend for treatment at an approved medical institution.

There is no provision in the legislation empowering or compelling a doctor to notify a spouse about the other spouse's infection.

The common law applicable in England is one of the sources of Nigerian law.⁵³ Therefore, as in England, there is no duty to *rescue* in the absence of legal duty in Nigeria. Furthermore, there does not seem to be any practice directive by the Nigerian Medical Association (NMA)⁵⁴ compelling or empowering doctors to disclose patients' infectious diseases to a spouse. In any case, it is doubtful whether the NMA's position can be radically different from the global situation which largely enjoins the keeping of patient's confidence. Based on the above analysis, the Nigerian position, ostensibly, is that there is no legal basis for the doctor to notify a spouse about the partner's infectious disease. Such decision is at the discretion and peril of the doctor.

Using HIV/AIDS as a reference, government policies in Nigeria tend to align with keeping the confidence of infected

⁵³ See A.O. Obilade, *The Nigerian Legal System* (London: Sweet & Maxwell, 1979) 55-56.

⁵⁴ The NMA is the regulatory body of medical practice in Nigeria, the equivalent of the BMA or CMA.

persons. For example, the *Armed Forces HIV/AIDS Control Policy Guidelines*⁵⁵ provides:

Medical records and other aspects of care of service Personnel with HIV/AIDS must be protected by full confidentiality, with release of information strictly on a "need to know" basis. All persons who "need to know" shall also be bound by the principle of confidentiality.⁵⁶

While the HIV/AIDS policies are not legally binding, as products of the Federal Government, they stand to enjoy significant deference as the national standard for dealing with HIV/AIDS as a communicable disease. Thus there is a strong indication that the prevailing policy in Nigeria leans in favour of keeping the confidence of HIV infected persons, than breaching it.

8. Legal Unity as Justification to Breach of Confidence in Nigeria

Inferably, the prevailing rules relating to medical confidentiality in Nigeria do not legitimize doctors' breach of patients' confidence in the interest of spouses, notwithstanding the principle of legal unity. Essentially, while it may seem harsh, the situation is that a doctor is not empowered or obliged to notify a spouse about the HIV status of the other spouse. This also appears to be the prevailing norms beyond Nigeria too.

Some have argued that unauthorized disclosure of medical information to family members does not amount to

⁵⁵ *Armed Forces HIV/AIDS Control Policy Guidelines* Issued under the authority of Hon. Minister of Defence, October 2003.

⁵⁶ *Ibid* at 16-17.

unjustified breach of confidence.⁵⁷ However, it seems that the argument does not enjoy popular support.⁵⁸ In the specific context of spouses, the generally acceptable position appears to be that legal unity does not apply in the realm of medical confidentiality. Some writers have strongly alluded to this situation in the following words:

The longest established family relationship is that of the spouse- what are his or her rights in both the positive and negative aspects of confidentiality? *If the treatment is for medical condition, a married person has the same rights to confidentiality in respect of the spouse as in respect of anyone else...*⁵⁹

9. Conclusion

Seemingly, legal unity is a tool of convenience created to regulate matrimonial relationship in some respects. However, it falls far short of expectation in its not enabling doctors to disclose medical information about spouse to the other spouse, without consent; a situation where people who are to share each other's joy and sorrow are permitted to conceal issues such as HIV/AIDS infection or any other medical condition from each other is open to some moral criticisms. Unfortunately, moral arguments are of little significance in the face of established legal principles. There is an urgent need for review in this aspect of matrimonial and other laws in Nigeria.

True, it is important to protect the right to privacy to avoid exposing infected persons to stigma and other disadvantages. At the same time, such reasoning has to take appropriate attention to the special relationship of husband and wife.

⁵⁷ A. Samuels 'The Duty of the Doctor to Respect the Confidence of the Patient' (1980) 20 Med Sci. & Law 58.

⁵⁸ J.K Mason, R.A McCall Smith and G.T Laurie *supra* note 7 at 202.

⁵⁹ *Ibid* at 204 [emphasis added]

In the case of married persons, it would seem that such disclosure would even be in the interest of HIV/AIDS control. For example, if one spouse is promptly aware of the status of the other, he or she may take measures for safe sex, or ensure that the infected one receives treatment. Along this line, it is important that legal unity and special legal rules which are facilitated for married persons be extended to the realm of medical confidentiality.

THE RIGHTS OF OLDER PERSONS AND THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

FRANCESCO SEATZU

General Comment No. 6 was heralded as a turning point for the protection of the economic, social and cultural rights of the elderly. It helps all public authorities – from local councils to central governments, from police forces to social services to tribunals and courts – to act compatibly with fundamental rights enshrined in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and provides States Parties to the Covenant with useful baseline information for their periodic reports to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. However, more than fifteen years after its adoption, there is a notable absence of a positive culture of respect for the rights of older persons in several Contracting States. Indeed, in recent times the economic, social and cultural rights of the elderly have been more pilloried than celebrated and General Comment No. 6 itself has suffered at the hands of a range of detractors who have repeatedly emphasized its modest utility. This article examines the grand ambition of General Comment No. 6 to transform society through the introduction of a culture of respect for the rights of the elderly. It argues that the failure to secure institutional commitment to positive elderly rights compliance – and translate elderly people's fundamental rights into practical reality as an integral part of public life – has fostered cynicism of General Comment No.

6 and ultimately undermined the adoption in public consciousness of elderly rights as a positive social good.

1. Introduction

Notwithstanding the aged population being the fastest growing segment of society¹ international human rights conferences, meetings and the international and regional intergovernmental organizations ("NGOs") working in the field of human rights and liberties have normally been rather insensitive to the specific needs and situation of elderly people². In particular the United Nations has failed to keep pace with the worldwide phenomenon of elderly persons properly since not taking them into account in its political Agenda³. Clearly enough, such attitude produced relevant consequences in the field of international law. In this regard, it is worth recalling Rodriguez-Pinzon and Martin who in a leading article published in 2003⁴, duly observed that many human rights treaties refer to rights that are of particular concern to the elderly though none of the international human rights instruments - neither the Universal Declaration of Human Rights ("UNDHR") nor the International Covenant on Civil and Political Rights ("ICCPR") nor the Covenant on

¹ See *Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons: General Comment 6*, U.N. ESCOR, Econ., Soc., & Cultural Rts. Comm., 13th Sess., para. 1, UN Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995) ["General Comment 6"].

² See NGO COMMITTEE ON AGEING, *Ageing and the rights of older persons: Statement for the Human Rights Commission*, available at: <http://ngo.faurco.org>

³ A. EVRARD, 2005, *La personne âgée dans le droit international et européen des droits de l'homme*, Bruxelles, p. 11 ff.

⁴ See also D. RODRÍGUEZ-PINZÓN, C. MARTIN, 2003, *The International Status of the Rights of Elderly Persons*, in *American University International Law Review*, p. 915, who also stress that: "By 2025, more than 1.2 billion people will be aged sixty or above, and more than seventy percent of them will be residing in what are currently considered developing countries".

Economic, Social and Cultural Rights ("ICESCR") - contain any specific provisions relating to the rights of the elderly and though a comprehensive international instrument which adequately addresses the specific protections required for the elderly is still missing⁵, as well as binding supervisory arrangements attached to the various sets of United Nations principles in this area⁶. Unfortunately, unlike the rights of people with disability, the rights and freedoms of the elderly as such are currently recognized only in isolated provisions in international agreements usually encompassing ESCR rights such as, notably, the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights ("Protocol of San Salvador")⁷, Art. 17, and the Revised European Social Charter⁸, Art. 23, which both regard the rights of the elderly as 'rights of progressive implementation'⁹. This is so, even though there are civil and

⁵ See the UN Third Committee of the General Assembly that adopted, on 19 November 2010, a landmark resolution on ageing (A/C.3/65/L.8/Rev.1), in which the General Assembly decided: "to establish an open-ended working group, open to all States Members of the United Nations, for the purpose of strengthening the protection of the human rights of older persons by considering the existing international framework of the human rights of older persons and identifying possible gaps and how best to address them, including by considering, as appropriate, the feasibility of further instruments and measures".

⁶ See para. 13 of *General Comment No. 6*; see also J. WILLIAMS, *An International Convention on the Rights of Older People?*, in M. ODELLO, S. CAVANDOLI (eds), 2011, *Emerging Areas of Human Rights in the 21st Century: The role of the Universal Declaration of Human Rights*, London, p. 128 ff.

⁷ Additional Protocol to the American Convention on human rights in the area Of economic, social and cultural Rights "Protocol Of San Salvador", adopted at San Salvador, El Salvador on November 17, 1988, at the eighteenth regular session of the General Assembly, not yet in force, OAS. Treaty Series, N° 69 (1989).

⁸ See European Social Charter (Revised), entered into force Jan. 7, 1999, ETS No. 163, available at: <http://conventions.coe.int/>. 93.

⁹ "Rights of progressive implementation" means that States are not immediately required to fully realize those rights in their jurisdiction, as

political rights provisions such as the right to a fair trial and the right to non-discrimination that can equally be essential for the protection of the rights of the elderly¹⁰. However, there is no explicit prohibition of discrimination on the basis of age in any one of the international human rights instruments.

While several of the human rights denials that such individuals suffer are concerned with civil and political rights, many others relate to economic, social and cultural rights¹¹. The ICESCR dealing with those rights therefore provides an important basis upon which to focus significantly increased attention upon the situation of this very large group of individuals that is projected to reach 1.2 billion by the year 2025, according to paragraph 1 of CESCR General Comment No. 6. The subsequent investigation briefly examines why this dimension has been to some extent ignored to date and then reflects on the chances that could be offered to NGOs and others to modify this situation radically in the future. Moreover, it analyses CESCR General Comment No. 6 on the economic, social and cultural rights of older persons ("General Comment No.6") under the ICESCR.

they are only aims or goals which will be attained to the maximum of the states' available resources. However, even in relation to rights that call for progressive states' implementation, states have the duty "to move as expeditiously and effectively as possible towards the goal" (See CESCR, *General Comment No. 3*, para. 9).

¹⁰ See D. RODRÍGUEZ-PINZÓN, C. MARTIN, *supra* n. 4., p. 918, who pointed out correctly that: 'these are fundamental guarantees that can be used creatively to protect elder persons from certain practices such as forced retirement, slow judicial proceedings regarding health or social benefits, and the death penalty' (emphasis added).

¹¹ See P. ALSTON, *Disability and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in T. DEGENER, Y. KOSTER-DREESE (eds), *Human rights and disabled persons: essays and relevant human rights instruments*, The Hague, 1994, p. 94; D. BLÁZQUEZ MARTÍN (ed), *Los derechos de las personas mayores*, Madrid, 2007, p. 3 ff.

2. The Debate on the protection of the elderly at UN level.

Firstly, why did the recognition of the elderly as a particular group necessitating international legal recognition and safeguarding not obtain the same priority or the urgency afforded to other 'vulnerable groups' as children, women or, more recently, people with disability?¹² At least two different reasons may be advanced to explicate this lack of concern at international level. Until recently, that is in the 1980's and even more so at the beginning of the 1990's when the phenomenon of the ageing population radically changed its character and the UN General Assembly adopted a set of principles for older people (the "UN Principles for Older Persons")¹³, the ageing cohort, as a substantial section of population, was associated only with the developed countries in North America, Japan and Western Europe, having the economic and legal capacity to set up all-inclusive social security schemes to deal with the problems of the older persons¹⁴. These countries more or less aware, depending on the case, that: 'ageing should be seen as a window of opportunity and life long development of human

¹² Recent analyses of the major documents from the key UN Summits and Conferences show clearly that older people are still the most neglected category of world population, and if they are included it was a special group in use of welfare support. For further references see T. A. OBAID, M. MALLOCH-BROWN, *Joint Statement to the Second World Assembly on Ageing*, Madrid, 2002, p. 10 ff; F. CLARK, *Gender and Human Rights in the Commonwealth: some Critical Issues for Action in the Decade 2005-2015*, London: Commonwealth Secretariat, 2004.

¹³ A/RES/46/91.

¹⁴ In 1992 the United Nations General Assembly ("GA") adopted eight global targets on ageing for fulfillment by the year 2001. In the same year, the GA adopted the Proclamation on Ageing which urged support of national initiatives in general and those relating to older women in particular. The objections were to develop human potential of older people which may have remained dormant during the breadwinning years. In recognition of Humanity's maturity, the year 1999 was declared as the International Year of Older Persons.

values rather than irreversible geriatric decline' to quote Julia Alvarez¹⁵, primarily concentrated their efforts on the enactment of a legislation to recognize and harness the able elderly as a productive segment of the population specifically by adopting non-discrimination laws and equal opportunity legislation¹⁶. The major uncertainties surrounding the language to be adopted to describe older persons may also help in understanding the long-lasting absence of international legal recognition of this category of vulnerable persons¹⁷. The 'aged', the 'ageing', 'the third age', 'the older persons' and, to indicate persons over 80 years of age, 'the fourth age' were the most recurrent terms before the enactment of the so called 'Vienna International Plan of Action on Ageing'¹⁸. This plan – indicating in 62 recommendations, several of which of direct application to the ICESCR, the measures that must be taken by Member States to protect the rights of elderly people within the framework of the rights contained in the international covenants on human rights – was finally adopted by the World Assembly on Ageing in 1982¹⁹. Clear evidence of such uncertainties surrounding the language to be adopted to define the elderly can be found in almost all the

¹⁵ See J. T. ALVAREZ, *Elders for Peace: A Proposal*, available at: <http://www.globalaging.org/waa2/players/julia.htm>

¹⁶ See F. C. PAMPEL, 2008, *Rights of the Elderly*, New York, p. 4 ff.

¹⁷ See *General Comment No. 6*, para. 17, where the CESCR has explicitly stated that the notion of "vulnerable populations" must encompass elderly persons.

¹⁸ The Vienna International Plan of Action on Ageing, the first international instrument on the subject, was endorsed by the United Nations General Assembly in 1982 (resolution 37/51), having been adopted earlier the same year at the World Assembly on Ageing at Vienna, Austria. The text is available at: http://www.un.org/ageing/vienna_intlplanofaction.html

¹⁹ The declaratory principles embodied there were polemically laudable and comprehensive in that the treatment of older persons were categorized under five headings of Independence, Care, Participation, Self-Fulfillment and Dignity but failed to provoke any systematic programming or integrating them in the debates on social development, human rights or human value.

international documents adopted prior to the termination, in the 1980's, of the internal debate within the United Nations on how the ageing population is to be indicated in the official documents, in which a preference was expressed for the term 'Older Persons'.

Concerning the human rights dimension of the elderly, this may only be fully understood against the background of the relationship between the various categories of human rights. Since the principal elements of this relationship have been explored by Rodriguez-Pinzon and Martin in their above mentioned contribution, also discussing the different types of rights as well as the different international regional systems of protection in order to increase the understanding of the concept of elderly rights, there is no need to undertake a similar analysis here²⁰. It is sufficient to emphasize that the unsatisfactory current standing of economic and social right is a key element in explaining part of the neglect that elderly issues have suffered within the ICESCR regime. Briefly, there are several reasons - ideological, philosophical, financial and political - that help to explain the downgrading of ESC rights not only by the vast majority of governments but also by a significant proportion of the major NGOs working to promote respect for internationally recognized human rights. The particular challenges faced by elderly persons supply a valuable lens through which to examine the validity, or otherwise, of some of those reasons.

An argument worthy to be recalled here is that civil and political rights deserve priority over social, cultural and economic rights as they are immediately enforceable and also lead to the satisfaction of the other human rights²¹. This, however, conflicts with the fact that even in relation to rights such as the ESC rights, which call for progressive states

²⁰ See D. RODRÍGUEZ-PINZÓN, C. MARTIN, *supra* n. 4, p. 918 ff.

²¹ See E. TASLIM OLAWALE, *The International Court of Justice and some contemporary problems*, The Hague, 1983, p. 244.

implementation, States parties have the obligation: "to move as expeditiously and effectively as possible towards the goal", as the CESCR has pointed out in its General Comment No. 3²². Furthermore, and more interestingly here, even the case of the elderly reveals, as clearly as any other, the deceptive nature of this logic. In fact, it is quite possible to accord political and civil rights to elderly persons, while effectively silencing and disenfranchising them through the safeguarding of policies relating to access to the media and public facilities, access to employment, transport and communications and so on, that ignore the specific needs and situations of the elderly. Unless the social and economic rights and freedoms dimension is also addressed, the enjoyment of civil and political rights may become fundamentally misleading. Arguments such as these should be addressed if the human rights of the elderly are to be promoted effectively in the future. It is for this reason, among others, that the work of the CESCR is potentially very significant in this with regard to the overall situation. This statement is indeed supported by various elements, particularly the fact that, by the end of its thirteenth session, the Committee and, previously its predecessor, the Sessional Working Group of Governmental Experts, had examined 144 initial reports, 70 second periodic reports and 20 initial and periodic global reports on articles 1 to 15 of the Covenant²³. As recalled by paragraph 14 of General Comment No. 6 such assessment made it possible to recognize many of the problems which can be encountered in implementing ICESCR in a substantial number of States parties representing all the regions of the world and having diverse political, socio-economic and cultural systems. The reports examined to date have not supplied any information in a systematic way on the situation of elderly people with regard to compliance with the Covenant, apart from information, of varying completeness,

²² See CESCR, *General Comment No. 3*, para. 9.

²³ *Ibidem*, para. 14.

on the implementation of Art. 9 of the Covenant on the right to social security. In this respect, it is worth noting that, in 2005, in its concluding observations concerning Serbia and Montenegro²⁴ and even more explicitly in its earlier concluding observations of 2004 regarding Lithuania²⁵, the Committee expressed deep concern about the exclusion of many low-income persons, including elderly persons, from the social security system, the limited personal scope of sickness and maternity insurance, and the strict eligibility conditions for unemployment benefits²⁶.

3. Background and Structure of General Comment. No. 6.

As partially anticipated above, a great deal of progress has been made over the last decade in strengthening acceptance at international level of the rights of the elderly and clarifying their content. Indeed, more has been achieved on this score in the last decade than in any single period since 1966, when the ICESCR recognized (even though only implicitly) that older persons are entitled to enjoy the full range of rights embodied therein.

The main achievement in this period was the GA's resolution dealing with the 'Implementation of the International Plan of Action on Ageing and related activities'²⁷. This called for the clarification of the fundamental rights and liberties of the elderly, and for particular attention to be given to the implementation and full progressive realization of the rights as a means of achieving comprehensive and effective protection

²⁴ See CESCR Committee, *Concluding Observations: Serbia and Montenegro* (UN Doc. E/C.12/1/Add.108, 2005), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43f306780.html>.

²⁵ See CESCR Committee, *Concluding Observations: Lithuania* (UN Doc. E/C.12/1/Add. 96, 2004), para. 17.

²⁶ See W.VANDENHOLE, *Article 26: the right to benefit from social security*, Leiden, Boston, 2007, p. 32 ff.

²⁷ G.A. Res. 45/106, 68th plenary meeting 14 December 1990.

for all persons belonging to this category of vulnerable people. As a means of achieving this task, in 1992, the G.A. adopted eight global targets on ageing for the year 2001 and a brief guide for setting national targets²⁸. In a number of important respects, these global targets serve to reinforce the obligations of States parties to the Covenant. The same can be said of the so called 'Proclamation on Ageing'²⁹. This was adopted by the G.A., also in 1992, to commemorate the tenth anniversary of the enactment of the Vienna International Plan of Action by the Conference on Ageing. Such Proclamation urged, *inter alia*, support of national initiatives on ageing so that older women are given adequate support for their largely unrecognized contributions to society and older men are encouraged to develop social, cultural and emotional capacities which they may have been prevented from developing during breadwinning years. It also urged support of national initiatives on families so that they be adequately supported in providing care and all family members be encouraged to cooperate in care-giving. Finally, it urged an expansion of international cooperation concerning the strategies for reaching the global targets on ageing for the year 2001.

One of the direct responses to the G.A's invitation to further initiatives in the field was General Comment No. 6 adopted by the Committee in 1995. Since the ICESCR does not explicitly refer to older persons, the CESCR drew its authority first from interpreting Art. 9 of the Covenant, "the right of everyone to social security, including social insurance", to implicitly refer to the right to old-age benefits. Drawing on a number of inputs from a series of consultations organized by the UN High Commissioner of Human Rights, as well as other sources, General Comment No. 6 formulates the first full and authoritative clarification of the ESC rights and liberties of

²⁸ See Global targets on ageing for the year 2001: a practical strategy. Report of the Secretary General (A/47/339).

²⁹ G.A. Res. 47/5.

older persons as set out in the ICESCR. One of the major sources on which the CESCR drew heavily in formulating its General Comment was the Vienna International Plan of Action by the Conference on Ageing. The Committee also made special mention of the role played by the 'Global targets on ageing for the year 2001' in its consideration of the rights of the elderly, particularly in the context of its day of general discussion. Indeed, the inspiration of the Global targets carried through up to the actual adoption of General Comment No. 6 and has a significant impact on its form and content. This is so, even though some analysts of questions relating to older persons were rather disappointed that the declaratory principles fell far short of rights of the elderly³⁰.

Concerning the structure, General Comment No. 6 has five sections:

- (1-3) introduction;
- (4-8) internationally endorsed policies in relation to older persons;
- (9-15) the rights of older persons in relation to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights;
- (16-19) general obligations of States parties;
- (20-42) specific provisions of the Covenant.

This structure only partially follows General Comment No. 3 on the nature of States parties duties and General Comment No. 4 on the right to adequate housing. It should be noted, however, that, unlike the most recently adopted general comments, General Comment No. 6 does not have one full section on violations. Like the above mentioned general comments, it contains just two or three paragraphs partially concerning violations.

³⁰ See. e.g. T. A. OBAID, M. MALLOCH-BROWN, *supra* n. 11, p. 15 ff.

In dealing with state obligations at the national level, General Comment No. 6, following the well known work of Asbjörn Eide³¹, identifies the customary three levels of obligation, the obligation to respect, the obligation to protect, to protect and fulfill:

- a. the obligation to respect implies that the state party will secure the physical, psychological and emotional safety of elderly persons with regard to their unique vulnerability to abuse and ill treatment;
- b. the obligation to protect implies that the state party has a legal duty to ensure that third parties under its jurisdiction, including individuals and private entities, do not themselves deprive elderly people of their physical and economic access to fundamental rights such as the right to healthcare, the right to social security, the right to an adequate standard of living, the right to education, etc;
- c. the obligation to fulfill and facilitate, on the other hand, requires more positive action by the state to identify and provide for people belonging to this category of vulnerable people within their jurisdiction.

At the international level, states recognize the essential role of international cooperation and should consider the development of further international legal instruments dealing with the fundamental rights and freedoms of the elderly. Their international policies and programmes should respect the full realization of the elderly people's rights and must provide assistance to any state party to the ICESCR which may require it.

³¹ See A. EIDE, A. ROSAS. *Economic, Social and Cultural Rights: a Universal Challenge*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.) *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook*, The Hague, 2001, at p. 3.

Regarding the overall interpretative principles of General Comment No. 5, these can be summarized in five main points. First, paragraph 9 of General Comment No. 6, explicitly shows, in accordance with the approach adopted in G.A. resolutions 47/5 and 48/98, a preference for the term older persons³². This, according to the practice in the United Nations statistical services, should be interpreted as covering persons aged 60 and above³³.

Second, paragraph 10 firmly establishes elderly people's rights in the context of the other rights recognized in Article 9 of the ICESCR. These are the rights to social security and social insurance. In view of the fact that like all the other Covenant's provisions Art. 9 applies fully to all members of society, it follows that older persons are entitled to enjoy the full range of rights recognized within it. In this regard, the Committee stresses that this implies a recognition of the right to old-age benefits. The same paragraph states that special measures need to be taken to protect the rights of elderly parties. According to this: "States parties are required by the Covenant to do so to the maximum of their available resources".

Third, in several paragraphs of General Comment No. 6, the CESCR proceeds to describe the prohibition of discrimination on the grounds of "other status" as applicable to age. This is so even if it is not yet possible to conclude that discrimination on the grounds of age is comprehensively prohibited by the ICESCR, as the Committee observed in paragraph 12³⁴.

³² See CESCR, *General Comment No. 6* which defines (para. 9) older people as those persons aged sixty and above.

³³ But see Eurostat, the statistical service of the European Union, which considers "older persons" to mean persons aged 65 or above, since 65 is the most common age of retirement and the trend is towards later retirement still (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/CA-NK-00-003/EN/CA-NK-00-003-EN.PDF).

³⁴ Significantly, the CESCR did not state why it may not or will not interpret "other status" to encompass age. It only affirms (para. 12) that that "the

However, as it duly stresses in the same paragraph, the range of matters in relation to which such discrimination can be accepted is indeed rather limited. This is also because the un-acceptableness of discrimination against older persons is underlined in many international policy documents and confirmed in the legislation of the vast majority of States, as the CESCR again illustrates in paragraph 12. This paragraph points out that in the very few areas in which discrimination continues to be tolerated, such as those in relation to mandatory retirement ages or access to tertiary education, there is an unambiguous trend towards the elimination of such barriers. Thus, the CESCR definitively concludes that States parties should seek to expedite this trend to the greatest extent possible.

Fourth, the CESCR proceeds to comment on its own role in this regard that is rendered all the more important by the fact that, unlike the case of other population groups such as women, people with disabilities and children, no comprehensive international convention exists as yet in relation to the rights of older persons. At the same time, paragraph 15 of General Comment No. 6 insists that the situation of older persons in relation to each of the rights recognized in the Covenant should be adequately addressed in all reports.

Fifth, the CESCR states (para. 25) that rights encompassed in Art. 8, namely trade union rights, should apply to elderly workers. Again, even more interestingly, the CESCR indicates that employers should create retirement preparation programs to prepare elderly employees for the often traumatic transition to retirement³⁵. According to Rodriguez-Pinzon and Martin:

“these programs should address the rights and obligations of pensioners, the opportunities for

range of matters in relation to which such discrimination can be accepted is very limited”.

³⁵ CESCR, *General Comment No. 4*, para. 24.

continuing an occupational activity or undertaking volunteer work, the means of combating detrimental effects of aging, the facilities for adult education and cultural activities and the use of leisure time"³⁶.

It might be recalled to this regard that para. 28 of General Comment No. 6 states that retirement age should be flexible based on a person's occupation and work ability, in addition to demographic, social and economic factors. Being worded as such, this paragraph suggests that elderly people who have worked for a fewer number of years but in a more physically demanding occupation would be able to qualify for the identical amount of benefits as someone who spent more time at a less physical job³⁷.

Based on this structure, approach and interpretative principles, a more in-depth analysis of the actual content of General Comment No. 6 will now be provided.

4. Approaches and Principles of General Comment. No. 6.

The full realization of the rights of older persons does not need to be fulfilled immediately with the entering into force of the Covenant. These rights should nevertheless be realized progressively to the maximum of available resources. As already noted above, the need for a progressive realization of the rights of the elderly has been stressed in Art. 2, para. 1 of the ICESCR and to a fuller extent in General Comment No. 3, at para. 10. Art. 2, para. 1 of the ICESCR also imposes a legal duty on States parties to demonstrate in their periodic reports to the Committee that they have adopted the maximum of the resources available to guarantee that older persons effectively enjoy ICESCR rights. General Comment No. 6 indirectly confirms the relevance of this obligation in the field of the

³⁶ See D. RODRÍGUEZ-PINZÓN, C. MARTÍN, *supra* n. 4, p. 957.

³⁷ *Idem*, p. 959.

protection of the economic, social and cultural rights of the elderly as it states that:

The methods that States parties use to fulfill the obligations they have assumed under the Covenant in respect of older persons will be basically the same as those for the fulfillment of other obligations.

The same reasoning is found in para. 11 of General Comment No. 4 on the right to adequate housing. This tersely provides that: 'States parties must give due priority to those social groups living in unfavourable conditions by giving them particular consideration'³⁸. Such particular consideration of the needs of the so called 'vulnerable people' should indeed be interpreted as a prohibition for the States parties to enact policies and legislation aimed to benefit already advantaged social groups at the expense of others, according to the same paragraph³⁹.

From a different perspective Art. 2, par. 1 of ICESCR provides that the Committee, in determining which actions or omissions amount to a violation of the rights of the elderly, should distinguish between the inability from the unwillingness of a State party to comply. Paragraph 17 of General Comment No. 6 suggests that, even in periods of severe resource constraints, States parties have the obligation to protect the vulnerable members of society. *Prima facie* this provision does not seem to require much comment. However, on a more careful reading, it does not offer sufficient clarity. In particular, it does not specify whether in a situation of insufficient resources to protect and fulfill the full normative content of the ICESCR rights guaranteed to older persons, some priority contents of these rights have to be met first. This priority setting relates also to States parties that might not be resource-poor, but have so far failed to fully

³⁸ *Ibidem*, para. 11.

³⁹ *Ibidem*.

implement the normative content. The terms of minimum core content emerged from the need to clarify further what can be expected from States immediately and what can only be expected progressively. In some General Comments such as General Comment No. 12 the Committee uses the concepts 'core content' and 'core obligations' in parallel. Whereas the term 'core content' is not precisely defined, 'core obligation' is defined in General Comment No. 3 as that States parties have a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights spelt out in the Covenant. Therefore, 'core obligation' is the more appropriate term to use in identifying what States parties have to do as a minimum, while the term 'core content' seems to reduce the scope of the right. Parts of the core obligations are also spelt out in the provisions in paragraph 13 of General Comment No. 6. This reads as follows:

the Committee on Economic, Social and Cultural Rights is of the view that States parties to the Covenant are obligated to pay particular attention to promoting and protecting the economic, social and cultural rights of older persons.

Moreover, States have a core obligation to take necessary actions to adopt properly designed policies and programmes to meet requirements. Furthermore, they have a core obligation to enact legislation when necessary and to eliminate any discriminatory legislation. This means that even at the core obligation level, States parties have to make sure that the rights of the elderly are more than the right not to be discriminated against on the basis of age; older people should also enjoy all the rights and freedoms guaranteed in the Covenant and illustrated in paragraphs 20-42 of General Comment No. 6. It must also be expected from governments that the most severe situations should be addressed and as soon as possible be overcome.

The normative content of the rights of the elderly in General Comment No. 6 is, *inter alia*, developed around the notion of discrimination on the basis of age. Neither the ICESCR nor the Universal Declaration of Human Rights explicitly refers to age as one of the prohibited grounds⁴⁰, as stressed *inter alia* in paragraph 11 of General Comment No. 6⁴¹. The latter also suggests that rather than being seen as an intentional exclusion, such omission is probably best explained by the circumstance that, when these instruments were enacted, the problem of demographic ageing was not as evident or as pressing as it is now. In the chapter dealing with strategies for the implementation at the national level, the CESCR illustrates the kind of actions States parties have to take to avoid discrimination when implementing the ESC rights of the elderly⁴². The methods States parties use to fulfill the obligations assumed under the Covenant in respect of older persons should explicitly include the need to enact legislation when necessary and eliminate any discriminatory legislation, according to paragraph 18 of the General Comment.

Another corner-stone for the rights and freedoms of elderly people is the principle of participation. This should be applied when these rights and freedoms are being interpreted and developed, as well as when States parties draw up their programs for to realize these rights. If the groups concerned participate in programs and decisions related to fundamental rights it is more likely that people's needs will be met. Participation as a human right is established in Art. 25 (a) of the ICCPR. However, unlike other General Comments by the CESCR, General Comment No. 6 omits to stress the

⁴⁰ Arguably, references to "other status" in the ICESCR might include discrimination on the basis of age. Accordingly, D. RODRÍGUEZ-PINZÓN, C. MARTIN, *supra* n. 4, p. 936.

⁴¹ See CESCR, *General Comment No. 6*, paras.11-12 (indicating concern regarding possible discrimination on the basis of age, but also recognizing the lack of clarity regarding age as a basis for discrimination).

⁴² CESCR, *General Comment No. 6*, paras. 18-19.

importance of elderly people's participation in the formulation and implementation of national strategies for the protection of older persons. But this *per se* does not seem sufficient to conclude that older persons are not entitled to enjoy such a right.

5. Substantive Aspects of General Comment. No. 6.

The Committee explicates in paragraph 16 of the Comment that elderly people as a group are as varied and mixed as the rest of the population and their condition depends on different elements such as the country's social and economic situation, demographic, environmental, cultural and employment factors and, at the individual level, on family situation, level of education, urban or rural environment and the occupation of workers and retirees. This statement is rather important in several regards, in particular because it explains why the methods States parties employ to fulfill the duties assumed under the Covenant in respect of older persons should include the need to determine the nature and scope of problems within a State through regular monitoring, as well as the necessity to adopt properly designed policies and programmes to meet requirements, as explicitly confirmed in paragraph 18 of the Comment.

A thorough reading of paragraphs 20-42 of General Comment No. 6 indicates that the UN Principles for Older Persons had a major impact in the orientation of the Comment on various fundamental rights of the elderly such as the rights to health care, social security, work, education and family. Such an impact by the United Nations Principles can be seen respectively:

- a. on the emphasis in several paragraphs of the Comment that the elderly person is not a holder of special rights, but rather of subjective positions implicitly recognized for all subjects, since such

- subjective positions are included in or derived from fundamental rights;
- b. in quite a few aspects of the specific provisions of the Covenant that apply to the elderly, in particular on the definition of the above mentioned and other rights, which often follow, almost word for word, that of the United Nations Principles;
 - c. in the accent on care and dignity and the consequent lack of access to available medical, educational, cultural, spiritual and recreational resources for large segments of the elderly population in several States parties as a root cause of their vulnerability, and the analysis of the three levels of States' duties.

General Comment No. 6, nevertheless, does not go into further detail in discussing the sub-categories of the obligation to fulfill, namely the obligation to facilitate and the obligation to provide. The former requires the State party to engage proactively in activities intended to strengthen people's access to and utilization of resources and means to ensure their livelihood, including medical and social assistance. The latter requires the State party to actually provide resources and support in situations where the individuals are, for reasons beyond their control, unable to provide for themselves, as for example in times of recession and of restructuring of the economy where clearly older persons are particularly at risk.

The Comment, quite naturally given its provenance, goes into more detail in its treatment of violations of the specific provisions of the Covenant. According to this, violations of the Covenant occur when a State party fails to ensure satisfaction of, at the very least, the minimum essential level of support required to enjoy the full range of rights recognized in the ICESCR, through its voluntary actions or lack thereof⁴³. Should

⁴³ *Ibidem*, paras. 18-19.

a State argue that resource constraints make it unfeasible to offer access to fundamental rights such as the right to healthcare, work and education for those who are unable by themselves to secure such access, the State must demonstrate that every effort has been made to use all the resources at its disposal to meet the minimum levels. Violations also occur when a State party takes positive action to reject or hinder access to fundamental rights such as the rights to work, health and education, or fails to regulate properly the actions of other entities where such failure has the effect of denying access to work, health, social care or education. Some examples are the formal repeal or suspension of legislation necessary for the continued enjoyment of some of the most fundamental rights guaranteed by the ICESCR, or the prevention of access to health or social care due to lack of appropriate financial resources.

Finally, a few words must be offered on the approach by General Comment No. 6 to the rights of older persons at the national level. Interestingly enough, rather than listing specific measures which need to be taken, such as the development of social security systems and the establishment of retirement preparation programmes, the General Comment recognizes that States parties have a margin of discretion in choosing their own approaches to achieving the rights guaranteed in the Covenant and that the most appropriate ways will vary from one State to another. Rather than trying to impose model substantial solutions, General Comment No. 6 prefers to stress the process that States parties are encouraged to follow. The Comment thus stresses the need for each State to adopt a national strategy to meet requirements and eliminate any discriminatory legislation based on human rights principles which define the objectives and the formulation of policies and corresponding benchmarks⁴⁴. The formulation and implementation of national strategies requires full compliance with the principles of transparency, accountability

⁴⁴ *Ibidem*, paras. 18-19.

and legislative capacity. Of special interest in the Comment is the emphasis placed on the need to set verifiable benchmarks for subsequent national and international monitoring, and the recommendation that States parties should consider the adoption of a framework law as a major instrument in the implementation of the national strategy concerning the rights of the elderly. Framework laws should include provisions on the goals and targets to be achieved, the means by which these targets should be achieved, the collaboration to be undertaken with the civil society, institutional responsibility for the process, national mechanisms for monitoring and possible recourse procedures.

At the international level, the General Comment stresses that States parties should enhance international cooperation in accordance with articles 22 and 23 of the Covenant, being this a particularly important way of enabling some developing countries to fulfill their obligations under the ICESCR.

6. Final Remarks.

Undoubtedly, General Comment No. 6 offers the ICESCR a major opportunity to achieve a paradigm shift in the way elderly people are perceived and treated across the States Parties, from objects of welfare to equal human beings with the full set of rights this confers. Equally clearly, the Comment has achieved a great deal in clarifying the ESC rights and freedoms of the elderly and making an authoritative statement of their contents. A number of witnesses referred to the symbolic significance of the drafting from elderly persons aid to the creation of an international, cross-cultural moral standard for the treatment of elderly persons. Furthermore, General Comment No. 6 expands the scope of the Covenant and supplies insight into different mechanisms needed to protect the rights of elderly people worldwide⁴⁵. For this and other reasons

⁴⁵ Accordingly D. RODRÍGUEZ-PINZÓN, C. MARTIN, *supra* n. 4., p. 952.

already indicated above it is indeed a very welcome addition to the CESCER's jurisprudential armory. However, relevant issues concerning the legal duties of States parties for the protection of the elderly remain un-clarified, as evidenced by the language chosen in General Comment No. 6. This is highly symbolic in introducing an abstract recognition of the rights of elderly people but is rather cautious in identifying concrete obligations that the States parties should assume on behalf of the elderly. In fact, General Comment No. 6 is limited in that it declares the rights of the elderly and solicits protection from actual and threatened violations of these rights by other subjects without, however, going as far as to affirm that the public authorities assume a duty of special assistance in favor of the elderly. Moreover, the language of paragraph 19 of the Comment appears rather bland in providing that:

In this context, attention may be drawn to Global target No. 1, adopted by the General Assembly in 1992, which calls for the establishment of national support infrastructures to promote policies and programmes on ageing in national and international development plans and programmes.

If the language of paragraphs 16-19 of General Comment No. 6 dealing with the general obligations of States parties were more engaging, the conclusion would be different. For instance, if the language were: 'the Covenant guarantees' the rights of the elderly, it would naturally follow that public authorities have the active obligation to guarantee effective protection of the elderly. Similarly, an identical result would occur if the language were: 'the elderly have the right to ...' lead a life of independence and dignity. Nevertheless, General Comment No. 6 does not go this far and with all probability could not have done so without interfering with the sovereignty of several States parties.

Consequently, beyond the formal declaration of the above

mentioned 'rights of the elderly' (paragraphs 20 - 42) the central issue remains open whether to recognize in favor of the elderly an additional right 'to an adequate and dignified standard of life' that obliges all, including public authorities, to effectively respect and promote dignity as well as the physical, mental, moral and social independence of the elderly according to a model of society which has been truly inclusive. In the absence of such recognition, General Comment No. 6 appears incomplete from the point of view of a civil and moral evolution of states parties, notwithstanding the relevance and the merit of what this has already expressed and recognized as a fundamental principle.

LA MINORANZA ROM NELL'UNIONE EUROPEA UN QUADRO D'INSIEME

GRAZIA ALESSANDRA SIINO

This article investigates the situation of Roma people in the European context. It has been calculated that nowadays around 10-12 millions of Roma live within European borders. Given that most of them are European citizens, they benefit from the rights which are recognized to every citizen of the Union: from the right of free movement to the right to work, from the right to property to the right to healthcare. On the other hand, as a minority, they are also protected by the European Union Treaty, article 2, and the European Council Convention on minorities. Nevertheless, it is a statutory context that sometimes does not guarantee an effective integration and trusteeship.

Il presente articolo intende analizzare la situazione della popolazione Rom nella realtà europea. E' stato calcolato che, al giorno d'oggi, circa 10-12 milioni di Rom vivono all'interno dei confini del vecchio continente. Tra questi, coloro che sono cittadini di uno Stato membro, godono dei diritti che sono riconosciuti ad ogni cittadino europeo: dal diritto alla libertà di circolazione al diritto al lavoro, dal diritto di proprietà al diritto alla salute. D'altra parte, in quanto minoranza, la popolazione Rom è tutelata anche dal diritto dei trattati, in particolare dall'art. 2 TUE, e dalla Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa in materia di minoranze. Nonostante ciò, il tema merita ampia attenzione poiché le norme

disposte continuano a non garantire appieno un'effettiva integrazione e tutela.

1. Introduzione

Il termine "Rom" (dal romani, l'originaria lingua indiana, «Uomo») è generalmente usato in riferimento a quella minoranza¹ della popolazione europea legata da comuni caratteristiche linguistiche e culturali e riconducibile ai gruppi costituiti da Sinti, Travellers, Ashkali e Kalè. Si tratta di una popolazione, piuttosto eterogenea al suo interno², in origine proveniente dalle Regioni situate tra il nordest dell'India e l'altopiano iraniano, giunta in Europa dell'Est intorno al XIV secolo e nell'Europa Occidentale, soprattutto in Spagna, nel corso dei secoli successivi.

Ad oggi, la minoranza Rom in Europa è costituita da circa 10-12 milioni di persone, venendo così a formare la minoranza

¹ La stessa nozione di "minoranza" è stata oggetto di profonde discussioni e divisioni all'interno della dottrina e in sede di elaborazione dei principali atti internazionali posti a tutela dei diritti di tale categoria. La definizione più nota e ricorrente – seppur non condivisa da tutta la dottrina – è stata fornita negli anni '70 da un autorevole studioso italiano, F. Capotorti, secondo il quale una minoranza è *"un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo di nazionalità dello Stato – possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua"* in F. Capotorti, *The protection of minorities under multilateral agreements on human rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1976, II, pp. 14 ss. Più in generale, sulla definizione del concetto di minoranza, si veda anche F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, 2008, pp. 7 e ss.

² Si consideri che gli appartenenti al gruppo etnico denominato Rom differiscono al loro interno per lingua, cittadinanza e religione. Per esempio, non tutti parlano il romani, molti – ma non tutti – sono cittadini europei. Esistono Rom e Sinti di religione-cristiano ortodossa ma anche di religione musulmana. Si tratta, semmai, di un "mondo di mondi", di un gruppo non omogeneo sia per provenienza sia per condizione sociale.

più numerosa presente nell'intero territorio europeo³. Le stime, purtroppo, non sono esatte perché non è facile censire una popolazione di tal tipo che, sebbene abbia abbandonato il nomadismo già da tempo⁴, si sottrae ad ogni forma di controllo in ragione dello stile di vita e della scarsa integrazione con la parte maggioritaria della popolazione.

In ogni caso, le stime che possediamo, seppur non puntuali, ci permettono di comprendere che si tratta di un fenomeno di non poco conto. E ciò è a maggior ragione vero se consideriamo che ben 14 dei 27 Paesi Membri dell'Unione ospitano una popolazione inferiore ai 10 mln di abitanti⁵ e che la presenza della popolazione Rom in Europa equivale a quella del popolo greco o di quello portoghese.

Per quanto riguarda l'Italia, si stima che la popolazione Rom ivi residente si attesti tra le 120.000 e le 170.000 unità di cui circa la metà è proveniente dalla Romania e dai Balcani mentre la restante parte, formata dai Rom di seconda e terza generazione, ha già acquisito la cittadinanza italiana⁶. Nella

³ Dati forniti dall'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali. Si vedano, a riguardo, www.fra.europa.eu/fra nonché le statistiche fornite dal Consiglio d'Europa in www.coe.int. Secondo il rapporto «*No data – No progress*», del giugno 2010, elaborato nell'ambito della «*Decade of Roma inclusion 2005-2015*», progetto per l'integrazione dei Rom cui partecipano dodici paesi europei (Albania, Bosnia Erezegovina, Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Ungheria, Macedonia, Montenegro, Romania, Serbia, Slovacchia e Spagna), «la carenza di dati sulle comunità Rom rimane il maggiore ostacolo» per valutare condizioni di vita e costituisce un limite, per i Governi, alla messa in atto di politiche appropriate e alla possibilità di valutarne l'impatto. È, infatti, ampiamente accertato che i Rom in Europa sono sottostimati (o non tenuti in considerazione) nelle statistiche ufficiali, come i censimenti nazionali.

⁴ Si conta che, ad oggi, l'85-90% dei Rom presenti in Europa svolge una vita sedentaria.

⁵ Si tratta di Austria, Bulgaria, Danimarca, Cipro, Estonia, Finlandia Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Slovacchia, Slovenia e Svezia.

⁶ Dati forniti dal Rapporto della Commissione straordinaria per la promozione e tutela dei diritti umani del Senato della Repubblica italiana del 9.02.2011.

sola Roma la popolazione Rom censita è pari a circa 6.000 unità⁷ mentre la presenza di tale minoranza su tutto il territorio italiano è pari a circa lo 0,2-0,3% della popolazione totale. Si tratta di una presenza esigua soprattutto se confrontata a quella di altri Paesi membri dell'Unione europea.

Peraltro, è bene notare che la maggior parte dei Rom che vive all'interno dell'Unione Europea gode dello *status* di cittadini europei poiché già cittadini di uno Stato membro⁸. In quanto cittadini della UE⁹, i Rom hanno diritto a godere di pari trattamento rispetto a tutti gli altri cittadini dell'Unione.

Queste stime, nonché la presenza diffusa su tutto il territorio europeo¹⁰, ci portano a considerare come il fenomeno vada ormai considerato a livello sovranazionale, giacché risulta ormai insufficiente una trattazione sul piano meramente nazionale.

⁷ Questi dati sono il frutto del censimento avviato, dal Governo italiano, alla fine del mese di maggio del 2008. Le stime, in ogni caso, non possono dirsi certe, giacché si calcola che una parte consistente della popolazione Rom possa essere sfuggita alla registrazione.

⁸ Art. 9 TUE e artt. 20-25 TFUE

⁹ E' in ogni caso opportuno ricordare che una piccola parte del gruppo Rom presente all'interno dell'Unione europea è dato da extracomunitari provenienti dai territori della ex Jugoslavia a cui si aggiungano gli apolidi e i rifugiati. In particolare, la posizione degli extracomunitari è molto più complicata: una parte di essi è presente sul territorio dell'Unione con regolare permesso di soggiorno, altra parte è rappresentata dai "richiedenti asilo", la restante parte è irregolare, cioè priva di permesso di soggiorno. Si veda G. Loy, *Violino tzigano. La condizione dei Rom in Italia tra stereotipi e diritti negati in Rom e Sinti in Italia*, Ediesse, 2009 nonché la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 gennaio 2008 relativa a una strategia europea sui Rom P6_TA(2008)0035.

¹⁰ Si considera che gruppi Rom sono presenti in Germania, Francia, Italia, Spagna, Regno Unito, Polonia, Portogallo, Belgio e Repubblica Ceca. La presenza più importante in Europa è in Romania, 2,5 milioni, il 10% della popolazione totale. Qui, in Bulgaria, Ungheria, Slovacchia, Serbia e Macedonia vive il 61,5% dei Rom europei. Più numerosi che in Italia i Rom in Spagna (800 mila, l'1,6%) Francia (280 mila, lo 0,5%) e Gran Bretagna (250 mila). Cfr. L. Piasere, *I Rom d'Europa. Una storia moderna*, Laterza, 2004.

Di ciò sembrano essere consapevoli sia l'Unione Europea sia i singoli Stati.

Viviane Reding, Vice-Presidente della Commissione Europea nonché Commissario per Giustizia, Diritti fondamentali e cittadinanza ha avuto modo di dichiarare che

“the Roma are an important part of the population of the European Union, and that it is of paramount importance that they are well integrated into the societies of our Member States”¹¹.

La discussione a livello europeo, relativamente alle problematiche delle popolazioni Rom e nomadi, si è intensificata dal 2008, anno a partire dal quale le istituzioni comunitarie si sono dotate di strumenti più incisivi per l'inclusione delle minoranze in Europa. Dall'estate del 2008, il Consiglio, il Parlamento Europeo e la Commissione hanno posto questi temi nella propria “agenda”, definendo in maniera più dettagliata le proprie politiche¹². Negli ultimi tre anni le iniziative per l'inclusione dei Rom sono diventate parte di un più ampio lavoro della Commissione per l'attuazione del principio di uguaglianza in Europa. Tale impegno si è concretizzato in una

¹¹ “La popolazione Rom costituisce una parte importante della popolazione dell'Unione Europea, ed è di primaria importanza che sia ben integrata nella società dei nostri Stati Membri”.

¹² Si vedano, in tal senso, la Comunicazione della Commissione del 2 luglio 2008 intitolata “Non discriminazione e pari opportunità: un impegno rinnovato” COM(2008)420 e il documento del Consiglio 15976/1/08 REV 1 “Inclusion of the Roma”, dell'8 dicembre 2008. Due Vertici europei, riguardanti i Rom, si sono svolti a Bruxelles nel 2008 e a Cordova nel 2010, mentre nell'aprile 2009 si è riunito a Praga l'*European Platform for Roma Inclusion*, vertice che si è svolto in collaborazione tra la Commissione e la Presidenza di turno dell'Unione Europea della Repubblica Ceca. A ciò si aggiunga che, nel 2009, il Parlamento europeo ha stanziato 5 milioni di Euro per il progetto “*Pan-European Coordination of Roma Integration Methods*”, con l'intenzione di rafforzare le politiche in tema di istruzione, microcredito, informazione e sensibilizzazione, strumenti e metodo per la valutazione ed elaborazione di dati statistici.

più stretta cooperazione tra gli Stati membri e la Commissione e anche il Parlamento europeo si è spinto ad affermare la centralità del tema e la necessità di procedere ad una vera integrazione nella sue più recenti risoluzioni in materia¹³.

Nonostante l'impegno evidente e costante delle istituzioni europee è il caso di interrogarsi sull'efficacia che tali azioni abbiano avuto o stiano avendo. C'è, infatti, da chiedersi se quanto intrapreso sinora possa ritenersi. Sufficiente o se il problema non costituisca ad oggi un nodo centrale dello sviluppo della UE in termini di integrazione e accettazione delle diversità.

2. Il quadro normativo di riferimento: la tutela dei diritti delle minoranze all'interno dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea.

Come premesso, non tutti i Rom presenti all'interno dei territori dell'Unione europea sono anche cittadini europei ed è per questo che si rende necessario tracciare una distinzione circa le misure adottate a tutela della minoranza Rom presente nei territori dell'Unione.

A tal riguardo, mentre i cittadini europei, in quanto tali, godono di un più ampio ventaglio di tutele, ai Rom non cittadini europei è riservato un grado di tutela differente che si esplica, innanzitutto, nella normativa in materia di tutela delle minoranze.

E' per questo che risulta opportuno premettere alcuni cenni circa la tutela che, in generale, l'Unione europea appronta in materia di diritti delle minoranze.

Mentre nell'arco dei primi decenni di vita l'Unione non aveva disposto alcuna forma di tutela per la protezione e

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione dei Rom e sulla libertà di circolazione nell'Unione Europea. B7-0493/2010 del 7 settembre 2010 consultabile sul sito www.europarl.europa.eu nonché la risoluzione della Commissione parlamentare Libertà civili del 14 febbraio 2011.

promozione dei diritti fondamentali, e quindi anche dei diritti delle minoranze, a partire dagli ultimi decenni del XX secolo si è assistito ad un'inversione di tendenza grazie a progetti e proposte concrete.

In ragione della natura prettamente economica delle Comunità europee, il Trattato di Roma del 1957 conteneva solo un marginale riferimento di carattere programmatico ai diritti dell'uomo con riguardo

“alla difesa della pace e della libertà...alla pace mondiale...all'innalzamento del tenore di vita”, ecc.
“come a voler rinvenire nell'integrazione economica uno strumento per il tramite del quale garantire la pace e assicurare più saldi vincoli fra popoli per lungo tempo divisi in sanguinosi conflitti e migliorare le condizioni di vita di questi ultimi”¹⁴.

Dopo alcuni timidi segnali di interessamento dell'Unione europea verso queste tematiche¹⁵, nonché a seguito di un intervento costante e determinante della Corte di Giustizia¹⁶, una svolta decisiva verso una maggiore attenzione nei confronti di tali problematiche si manifesta all'atto della formulazione del Trattato di Maastricht del 1992.

All'interno di quest'ultimo si rinviene sia un passo avanti nel riconoscimento dei diritti umani in generale, attraverso un esplicito riferimento ai diritti garantiti dalla CEDU¹⁷,

¹⁴ A.L. Valvo, *L'Unione Europea dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Le istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani* Aracne, 2008, p. 307.

¹⁵ Si veda, in tal senso, la Dichiarazione di Copenhagen del 1973 dei Capi di Stato e di Governo sull'identità europea nonché la prima proposta della Commissione del 1979 circa l'adesione della Comunità alla Convenzione di Roma del 1950.

¹⁶ Cfr. sent. 29/69, Stauder c. Città di Ulm – Sozialamt del 12 novembre del 1969; sent. 4/73, Nold c. Commissione del 14 maggio 1974, sent. 36/75, Rutili c. Ministre de l'Interieur del 28 ottobre 1975.

¹⁷ Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre del 1950.

quali principi generali del diritto dell'Unione Europea e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 6 TUE), sia un' espressa attenzione verso il tema delle minoranze. In tal senso, l'allora art. 128, 1 (oggi 167 TFUE) recita:

"l'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune".

Sebbene il termine minoranza non sia espressamente formulato, non si dubita dell'importanza dell'inserimento di tale articolo che risiede nel riconoscimento, da parte dell'Unione, della non omogeneità degli Stati membri, sotto l'aspetto regionale e culturale¹⁸.

In tal senso, le norme del Trattato invitano i Paesi membri a sviluppare e rafforzare la diversità culturale e regionale: *in primis* quella indicata al par. 4 dello stesso art. 128 (oggi 167 TFUE) il quale, nell'indicare che la Comunità deve tenere conto degli aspetti culturali nelle azioni che svolge ai sensi delle altre disposizioni del presente Trattato, "*in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture*", legittima eventuali supporti finanziari della Comunità concessi agli stessi fini¹⁹.

Nonsi dimentichi, peraltro, che il Trattato sul funzionamento

¹⁸ Così, De Witte, *The European Community and its Minorities*, in Brolmann-Lefebvre-Zieck (eds.), *Peoples and Minorities in international law*, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 179 nonché R. La Rosa, *Evoluzione e prospettive delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, Milano, 2006, p. 253.

¹⁹ Sulla base dell'art. 167 TFUE sono stati avviati numerosi programmi. Tra questi si ricordi "Raffaello" nel campo della conservazione del patrimonio culturale, "Euromosaic" relativamente alle lingue minoritarie dell'Unione Europea, "INTERREG III" per rafforzare la coesione economica e sociale nell'Unione Europea, "EQUAL" per combattere le ineguaglianze e le discriminazioni di qualsiasi natura in rapporto con il mercato del lavoro.

dell'Unione Europea (art. 107 par. 3, lettera d), in tema di aiuti di Stato, ritiene compatibili con il mercato comune, nella misura in cui non alterano la concorrenza ed il commercio tra gli Stati in modo contrario all'interesse comune, *"gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio"* e, pertanto, anche gli aiuti concessi per la conservazione delle lingue regionali e minoritarie o del patrimonio culturale delle minoranze.

Il Trattato di Amsterdam, nel 1997, ha, per un verso, confermato i contenuti del Trattato di Maastricht in materia di diritti umani e delle minoranze²⁰ e, per altro verso, ha predisposto un rafforzamento delle garanzie in questo delicato settore. In particolare, l'art. 7 par. 2²¹ TUE ha disposto l'attivazione di una procedura politica sanzionatoria ai danni dello Stato che violi in maniera "grave e persistente" i principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e dello Stato di diritto mentre l'art. 29 TCE (oggi 67 TFUE) ha introdotto la previsione di un'azione di prevenzione e repressione dei fenomeni del razzismo, della xenofobia e della tratta degli esseri umani.

Il quadro si completa con l'introduzione all'interno dell'art. 2 NTUE del rispetto dei *"diritti delle persone appartenenti alle minoranze"* quale valore fondante dell'Unione Europea. Infatti, a seguito di un lungo dibattito che ha, tra gli altri, visto protagonisti l'Ungheria favorevole e la Slovenia contraria, prima il Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa²²

²⁰ Si noti in ogni caso che bisognerà aspettare il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e il Trattato di Lisbona per ritrovare nel testo dei Trattati il termine "minoranze".

²¹ *"Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri e della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2, dopo avere invitato tale Stato membro a presentare osservazioni"*.

²² Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è stato firmato a Roma il 29 ottobre del 2004 (GUUE C310 del 16 dicembre 2004) ma non è mai entrato in vigore.

e dopo il Trattato di Lisbona²³ colmano un'importante lacuna in tema di tutela delle minoranze nell'Unione europea. Si evidenzia, in tal senso, che un generico richiamo al rispetto dei diritti dell'uomo, contenuto nei precedenti trattati, non è più considerato sufficiente per garantire un'adeguata protezione delle minoranze.

Pertanto, se prima del Trattato di Lisbona i diritti delle minoranze erano tutelati dall'Unione più sul piano culturale o in via indiretta, grazie all'inclusione di tale categoria all'interno di quella più generica dei diritti umani, ad oggi la tutela disposta risulta godere di maggiore efficacia grazie ad un esplicito riferimento ai diritti delle minoranze all'interno dell'art. 2 TUE e grazie alla possibilità di imporre il rispetto di tali diritti quale requisito per l'ingresso all'interno dell'Unione nonché grazie alla possibilità di attivare il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 7 TUE, nell'ipotesi in cui uno Stato membro violi, in modo grave e persistente, i valori di cui all'art. 2 sopra citato²⁴.

Peraltro, l'obbligo del rispetto dei valori comuni di cui all'art. 2 grava anche sulle istituzioni dell'Unione le quali saranno tenute a considerare il rispetto dei diritti delle minoranze anche nell'emanazione delle disposizioni normative, nella formulazione dei programmi e nella suddivisione dei fondi.

²³ Il Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre del 2007 (GUUE C306 del 17 dicembre 2007), è entrato in vigore il 1° dicembre del 2009.

²⁴ Si nota, peraltro, che il Trattato di Nizza del 2001 ha introdotto la discussa procedura di pre-allarme in seno all'art. 7, par 1 secondo il quale *“su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura”*.

Quanto, invece, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²⁵, è il caso di notare che non contiene una norma a tutela delle minoranze, limitandosi ad un vago riferimento, incluso nell'art. 21, circa un generale divieto di discriminazione, anche in ragione dell'appartenenza ad una minoranza nazionale.

Questa assenza può considerarsi un'anomalia nella prospettiva di costituire un "quadro" di tutela per le minoranze in Europa ma va probabilmente giustificata alla luce della difficoltà di modificare il testo della suddetta Carta, faticosamente approvato nel 2000.

3. Segue: la tutela dei diritti delle minoranze all'interno della CEDU e della Convenzione quadro per la tutela delle minoranze adottate dal Consiglio d'Europa.

Il nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, così come modificato a seguito dell'approvazione ed entrata in vigore del Trattato di Lisbona, afferma, al par. 2²⁶, che l'Unione aderirà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali elaborata in seno al Consiglio d'Europa²⁷ e firmata a Roma il 4 novembre del 1950²⁸.

La procedura di adesione, disciplinata all'art. 218, paragrafi

²⁵ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nota come Carta di Nizza, è stata proclamata dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione a nome delle rispettive istituzioni a Nizza il 7 dicembre del 2000. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha assunto valore giuridico vincolante (art. 6 TUE).

²⁶ *"L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati"*.

²⁷ Il Consiglio d'Europa è la più antica organizzazione europea di carattere intergovernativo ed interparlamentare, istituita a Londra il 5 maggio del 1949. Ad oggi conta tra i suoi membri ben 57 Stati.

²⁸ La CEDU è entrata in vigore il 3 settembre del 1953 ed è stata successivamente completata da 14 protocolli aggiuntivi che hanno modificato ed integrato il suo contenuto.

6 e 8 del TFUE, dispone che l'accordo di adesione richiede una decisione unanime del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo, e che tale decisione entra in vigore solo a seguito di approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali.

Solo qualora fosse concluso questo lungo procedimento potranno dispiegarsi gli effetti positivi discendenti dall'adesione alla Convenzione. Infatti, in virtù dell'adesione, l'Unione europea potrà essere sottoposta al controllo, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, relativamente ai propri atti, eventualmente lesivi dei diritti ivi riconosciuti. Per tale via potrà operare, nei confronti dell'Unione, quel meccanismo di controllo giudiziario che rappresenta l'aspetto più qualificante e garantista dei diritti umani della Convenzione europea²⁹. Se, poi, si considera che il *deficit* più grave in ambito di diritti fondamentali riguarda essenzialmente e primariamente una mancanza di tutela dei diritti verso gli atti delle istituzioni europee, con l'adesione dell'Unione alla Convenzione, le istituzioni europee si qualificherebbero come istituzioni "osservate", da vigilare, quanto al rispetto dei diritti enunciati nella Convenzione³⁰. Nonostante ciò, non mancano riserve circa i problemi tecnici che l'adesione dell'Unione potrà comportare³¹.

²⁹ Cfr. U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2010, p. 48.

³⁰ M. Cartabia, E. Lamarque, D. Tega, *L'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in *Il diritto dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, 3/2009, pp. 534-535.

³¹ A riguardo risulta illuminante A.L. Valvo, "L'Unione Europea dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Le istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani", cit., p. 351-360 che, tra le altre, fa riferimento alle problematiche relative a quegli Stati membri dell'UE che non abbiano ratificato taluni protocolli alla Convenzione europea o abbiano adottato misure di deroga o abbiano formulato riserve; il problema del rapporto tra la Corte europea e la Corte di giustizia; il problema relativo all'organo cui ricorrere in caso non venisse data

E' bene, in ogni caso, ricordare che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea già rivestono nel diritto dell'Unione europea un importante valore giuridico, in virtù del disposto dell'art. 6 par. 3 TUE³².

Quanto alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e alla tutela che quest'ultima ha approntato in tema di minoranze, è bene notare che il testo definitivo della Convenzione di Roma del 1950 non contiene un'esplicita norma a tutela delle minoranze ma si limita ad enunciare un generale principio di non discriminazione all'art. 14, in base al quale

“il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”.

In tal senso, finiscono con l'essere vietate quelle distinzioni, poste in essere da leggi o da prassi, che possano causare una discriminazione in quanto non sorrette da giustificazione obiettiva e ragionevole. Grazie a questo e ad altri articoli della Convenzione³³, la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata in grado di garantire una tutela indiretta delle minoranze³⁴.

spontanea esecuzione alle sentenze della Corte europea; la problematica della legittimazione a resistere in giudizio, etc...

³² Così recita l'art. 6 par. 3: “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

³³ Si veda, per esempio, l'art 9 che tutela la libertà di pensiero, espressione e di opinione nonché l'art. 11 in materia di libertà di riunione o associazione.

³⁴ V. *Caso Sidiropoulos c. Grecia* del 10.7.1998 nonché *caso Freedom and Democracy party (OZDEP) c. Turchia* dell'8.12.1999 in www.echr.coe.int

Nonostante ciò, al fine di garantire una più adeguata tutela delle minoranze nell'ambito del Consiglio d'Europa, si è avvertita l'esigenza di predisporre ulteriori strumenti convenzionali che potessero meglio raggiungere lo scopo indicato. All'inadeguatezza della Convenzione del 1950 si è, inoltre, affiancata la necessità di prevedere un diritto positivo atto a creare le condizioni per consentire alle minoranze di sviluppare la loro identità, pur nel rispetto dell'integrità territoriale degli Stati³⁵. E' per questo che, dopo vari tentativi in tal senso, il Comitato dei Ministri ha adottato, il 1 febbraio del 1995, la *Convenzione quadro a tutela delle minoranze*³⁶. Si tratta del primo documento multilaterale vincolante sul tema della protezione delle minoranze etniche il quale contiene non solo un elenco di obblighi a carico degli Stati, ma anche una serie di disposizioni programmatiche che fissano gli obiettivi da perseguire in materia³⁷.

Purtroppo, al fine di preservare la sovranità degli Stati e di ridurre le incertezze degli Stati dell'Europa centrale ed orientale, si è disposto che l'obbligatorietà della Convenzione-quadro fosse limitata ai principi e alle disposizioni programmatiche che definiscono gli obiettivi che gli Stati si impegnano a perseguire³⁸. Ne deriva che sarà la legislazione interna di attuazione che determinerà l'efficacia della

³⁵ R. La Rosa, *Evoluzione e prospettive delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, cit. p. 129.

³⁶ La Convenzione in questione è entrata in vigore il 1 febbraio del 1998 e vincola attualmente trentanove Stati che l'hanno firmata e ratificata. Tra i membri del Consiglio d'Europa a non aver proceduto a firma e ratifica spicca la posizione di Francia e Turchia. Per un quadro completo vedasi www.conventions.coe.int

³⁷ La suddetta Convenzione è formata da un preambolo e da 32 articoli divisi in cinque titoli in materia di principi fondamentali, diritti delle minoranze e obblighi per gli Stati, modalità di interpretazione e applicazione della Convenzione, meccanismo di controllo e clausole finali.

³⁸ V. Rapporto esplicativo della Convenzione quadro a tutela delle minoranze, par. 11 in <http://conventions.coe.int>.

Convenzione nei singoli ordinamenti statali non essendo all'uopo sufficiente né la ratifica, né l'ordine di esecuzione. Nonostante ciò, sullo Stato che si vincola alla Convenzione-quadro grava un obbligo di risultato espressamente dichiarato nel preambolo: il mantenimento dell'esistenza delle minoranze sul loro territorio.

Peraltro, la futura adesione dell'Unione europea alla sola CEDU e non alla Convenzione quadro a tutela delle minoranze potrebbe creare non pochi problemi di coordinamento, giacché l'Unione nel suo complesso si vedrebbe vincolata solo dalla prima e non dalla seconda, mentre i singoli Stati che abbiano firmato e ratificato la Convenzione in tema di tutela delle minoranze si vedrebbero comunque obbligati da entrambe.

E' evidente che ne potrebbero scaturire non pochi problemi applicativi ma sarà il tempo a chiarire quali possano essere le conseguenze di questo complesso quadro normativo.

4. I Rom cittadini europei: la direttiva 2000/43/CE e le principali discriminazioni subite dalla minoranza Rom.

Di fondamentale importanza per la tutela dei diritti degli appartenenti alla minoranza Rom che siano, al contempo, cittadini europei è la direttiva del Consiglio 2000/43 la quale ha costituito una svolta nel panorama europeo³⁹.

³⁹ Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 in GUUE L 180 del 19.7.2000. Si ricorda che la direttiva in esame è frutto delle attribuzioni conferite al Consiglio dall'art. 19 TFUE nel quale si legge che *"Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale."*

L'Italia ha dato luogo al recepimento della direttiva 2000/43/CE grazie alla legge delega n. 39 del 2002 e al successivo D. Lgs. n. 215 del 2003.

La direttiva in questione, insieme con la direttiva 2000/78, intende tutelare tutti i cittadini europei da ogni forma di discriminazione, diretta o indiretta, causata da motivi di origine etnica o razziale e che influiscano nell'ambito lavorativo e formativo, dell'istruzione, della previdenza sociale, dell'appartenenza a organizzazioni e dell'accesso a beni e servizi.

A ciò si aggiunga la decisione quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia (2008/913/GAI). La citata decisione fornisce le linee guida per le disposizioni legislative e regolamentari che gli Stati membri devono applicare allo scopo di evitare reati di stampo razzista e xenofobo.

Per espresso riconoscimento della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁰, la popolazione Rom è da tempo oggetto di persecuzioni che hanno trovato il loro culmine nello sterminio operato dai Nazisti durante la seconda guerra mondiale.

Recenti studi dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali rilevano che, anche attualmente, le popolazioni Rom sono soggette ad un ampio ventaglio di discriminazioni⁴¹: da quelle relative all'accesso al lavoro, all'istruzione, all'alloggio e all'assistenza sanitaria a forme di discriminazione che si manifestano con atti di violenza e criminalità in senso razzista.

Tutte queste forme di discriminazione risultano essere tra loro connesse⁴² giacché coloro che non possono accedere ad un

⁴⁰ Cfr. Corte dir. uomo, 13 novembre 2007, D.H. e altri c. Rep. Ceca, 12, 13 e 14.

⁴¹ In particolare, relativamente alle discriminazioni subite dai Rom si è cominciato a parlare di "discriminazione multipla" intendendosi per tale quella discriminazione che si realizzi per più motivi e rispetto a più caratteristiche. Si tratta di un fenomeno legato al concetto di pluriappartenenza ovvero al fatto che lo stesso soggetto viene osservato come appartenente a più gruppi sociali: per esempio sia perché appartenente a un certo gruppo di origine sia perché di genere femminile. European Roma Rights Center, *Multiple Discrimination*, Roma Rights, numero 2, aprile 2010.

⁴² "Since housing is intertwined with the general quality of life, it is

alloggio stabile e si ritrovano relegati in zone emarginate e scarsamente collegate subiscono ulteriori discriminazioni per la scarsa possibilità di frequentare le scuole pubbliche o per la scarsa facilità a ricercare occupazione e a recarsi presso i luoghi di lavoro⁴³.

A ciò si aggiunga che le condizioni di vita inferiori agli standard medi provocano gravi conseguenze in tema di salute, soprattutto per donne e bambini in ragione del maggior rischio di malattie a cui si ricollega una difficoltà ad accedere alle cure mediche necessarie.

La sola esistenza di una normativa europea in tema di discriminazione, seppur accompagnata dalle relative normative nazionali, si è pertanto rivelata insufficiente a garantire una lotta effettiva alla discriminazione stessa⁴⁴. Uno dei passi avanti da compiere, a riguardo, sarebbe quello di garantire una maggiore conoscenza dell'esistenza di una tutela in materia nonché delle modalità di accesso ai meccanismi di protezione.

necessary to appreciate that combating housing discrimination involves much more than merely providing shelter. Rather, it requires a holistic approach that facilitates access to education, health care, the labour market and social integration more broadly, while at the same time also addressing prejudice against Roma and Travellers" dal Rapporto della FRA in materia di alloggi per le popolazioni Rom nell'Unione europea, marzo 2010, reperibile in www.fra.europa.eu.

⁴³ In Italia, si conta che circa 40 mila Rom – tra un quarto e un quinto della popolazione complessiva – vivono nei campi. A riguardo, così si esprime il rapporto della Commissione straordinaria per la promozione e tutela dei diritti umani del Senato della Repubblica italiana del 9.02.2011 in merito alla situazione nazionale: *"Si tratta di una realtà che, con pochissime eccezioni, non esiste in altri Paesi europei. E si tratta di una realtà caratterizzata, per usare il linguaggio delle convenzioni internazionali, da condizioni inumane e degradanti. Si tratta di realtà incompatibili con qualsiasi progetto di inclusione e integrazione dove si riproducono quelle condizioni di crudele emarginazione i cui effetti si riversano poi nella vita delle città"*.

⁴⁴ E' attualmente in corso di analisi la possibilità di adottare una nuova direttiva antidiscriminazione che possa colmare le mancanze della normativa attualmente in vigore.

In merito alla discriminazione nei confronti della minoranza Rom, è il caso di notare che, sebbene la discriminazione nei loro confronti sia ben documentata e generalizzata⁴⁵, molto scarsa risulta la consapevolezza dei diritti di cui godono i Rom nonché dei meccanismi di protezione atti a tutelarli. In tal senso è il caso di rilevare che, per esempio in materia di alloggio, tra il 2000 e il 2009, sono state presentate solo 550 denunce dinanzi alle autorità nazionali competenti e al Difensore civico dell'Unione europea. Questa cifra bassa evidenzia come vi sia un generale disconoscimento dei diritti e delle modalità di tutela nonché una generalizzata sfiducia verso queste ultime.

5. Segue: il diritto ad un alloggio

Tra i problemi maggiormente sentiti in tema di discriminazione della minoranza Rom, si riscontra quello relativo all'accesso ad un alloggio dignitoso.

Oltre agli strumenti internazionali in materia, che non è il caso di analizzare nello specifico⁴⁶, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 34,

“riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali”.

⁴⁵ A tal proposito EU-MIDIS Fundamental Rights Agency, *Data in Focus Report 1: The Roma*, aprile 2009.

⁴⁶ Il diritto ad un alloggio adeguato è affermato dall'art. 25 par 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e dall'art. 11 par. 1 del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e da altri trattati internazionali e regionali in tema di diritti umani. Come ha sottolineato il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, “*Il diritto alla casa non deve essere interpretato in un senso restrittivo che lo equipara, per esempio, al riparo fornito dall'avere semplicemente un tetto sopra la testa ...piuttosto dovrebbe essere visto come il diritto a vivere in sicurezza, pace e dignità, in ogni luogo*”.

Sussiste, peraltro, un più generale divieto di discriminazione nell'accesso e godimento di un alloggio, in ragione della sopra menzionata direttiva in materia di discriminazione 2000/43/CE del Consiglio dell'Unione europea⁴⁷.

Il fatto stesso che le condizioni di vita di buona parte della minoranza Rom siano visibilmente inadeguate⁴⁸, rispetto a quelle di cui gode la maggior parte della popolazione, indica una violazione della Direttiva suddetta relativa all'uguaglianza razziale così come delle norme in materia di diritti umani in generale.

Gli studi condotti dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) evidenziano come, in molti Paesi europei, tra cui anche l'Italia, le popolazioni Rom vivano in zone lontane dai centri abitati⁴⁹ mentre in altri Paesi vivono insieme con immigranti e in zone socialmente degradate.

Le condizioni di vita sono generalmente inferiori per coloro che, pur all'interno della minoranza Rom, siano extracomunitari o comunque provenienti da altri Paesi

⁴⁷ In tal senso si veda anche la norma di cui all'art. 3 della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 21 dicembre 1965 ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969. A norma di quest'ultima, gli Stati parte condannano, in particolare, la segregazione razziale e l'apartheid e si compromettono a prevenire ed eliminare, nei territori di loro giurisdizione, tutte le pratiche di questa natura.

⁴⁸ Si noti che la maggior parte della popolazione Rom non ha accesso ai servizi pubblici, all'acqua potabile, ai servizi igienico-sanitari, alla raccolta di rifiuti, alla connessione alla rete elettrica e del gas.

⁴⁹ Il problema dei campi nomadi si manifesta soprattutto in Italia che è tristemente diventata il "Paese dei campi". Una volta giunti nei territori della penisola, molti Rom, da secoli sedentari nella ex Jugoslavia, devono "riorganizzarsi alla occidentale" e devono, se non diventare nomadi, vivere comunque in un campo senza fognature, in abitazioni con ruote o baracche. In ogni caso, la gran parte della popolazione Rom in Italia, che spesso non ha mai abitato in abitazioni mobili né in un "campo" – termine che neppure esiste nella loro lingua –, sperano che o *kampo* sia un momento transitorio della loro vita di profughi. L. Piasere, *I Rom in Europa*, cit., p. 86. Si veda anche il rapporto del 2010 di Amnesty International, intitolato "*Lasciati fuori. Violazione dei diritti dei Rom in Europa.*"

membri, giacché frequentemente, solo i cittadini hanno diritto all'assistenza sociale.

Non esiste prova del fatto che queste condizioni di vita siano il frutto di leggi specifiche che impongano una separazione razziale ma è certo che queste discriminazioni siano favorite da consolidate prassi amministrative. A riguardo, si manifesta come indispensabile il coinvolgimento delle autorità locali nonché un'azione di sensibilizzazione al problema nei confronti dell'opinione pubblica che spesso esercita una forte influenza sulle scelte di pianificazione urbanistica.

6. Segue: la libertà di circolazione

La libertà di circolare e soggiornare liberamente nei territori dell'Unione europea rappresenta uno dei pilastri fondamentali sui quali si basa il processo di integrazione europea.

Secondo l'ultima relazione dell'Eurobarometro dell'Agosto 2010, interrogati sul significato dell'Unione europea, il 45 per cento dei cittadini europei ha risposto che significa, prima di tutto, *"libertà di viaggiare, studiare e lavorare ovunque nell'UE"*⁵⁰.

Sebbene, inizialmente, il diritto alla libera circolazione fosse strettamente relazionato agli spostamenti economicamente rilevanti, l'evoluzione normativa ha sancito una progressiva estensione di tale diritto permettendone il godimento da parte di tutti coloro che siano in possesso del requisito della cittadinanza. E' stato, nello specifico, il Trattato di Maastricht a rendere tutti i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea cittadini dell'Unione europea. I diritti connessi a questa cittadinanza sono stati confermati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata e proclamata a Nizza nel 2000⁵¹.

⁵⁰ EUROBAROMETRO 71 (2009) Opinione pubblica nell'Unione europea, disponibile alla pagina web www.ec.europa.eu

⁵¹ Si veda l'art. 45 della Carta di Nizza.

Ad oggi, tale diritto è sancito agli articoli 20 par. 2⁵² e 21⁵³ del TFUE ed attuato grazie alla direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 (applicabile dal 1 maggio 2006)⁵⁴.

Quest'ultima ha varato una sorta di testo unico in materia di diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

In base alla suddetta direttiva, al cittadino dell'Unione europea è riconosciuto e garantito il diritto di ingresso, in qualsiasi Stato membro, richiedendosi, come unico adempimento la presentazione di una carta d'identità o di un passaporto valido⁵⁵.

L'intento che si prefigge la suddetta normativa è quello di incoraggiare i cittadini europei ad esercitare il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ridurre al minimo le formalità amministrative, definire chiaramente le categorie di familiari cui si applica e limitare i casi di diniego del permesso di ingresso o dell'estinzione del diritto di soggiorno.

⁵² *"I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; ..."*

⁵³ *"Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi".*

⁵⁴ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁵⁵ Per di più, l'obbligo di presentare una carta di identità o passaporto validi non si applica ai cittadini degli Stati che hanno aderito agli Accordi di Schengen e per i quali il territorio dell'Unione è totalmente equiparato a quello nazionale. Negli ultimi anni all'allargamento dell'Unione Europea verso est a Paesi che tradizionalmente ospitavano numerose comunità Rom, è seguita l'estensione dell'area Schengen e la rimozione dei controlli alle frontiere interne, permettendosi, all'interno dei territori dell'Unione, la libera circolazione delle numerose comunità Rom. Si rammenti che agli accordi di Schengen, firmati il 14 giugno del 1985 ed entrati in vigore nel 1995, non aderiscono la Gran Bretagna, la Romania, la Bulgaria e Cipro.

Per quanto riguarda, nello specifico, il diritto di soggiorno, la direttiva permette a tutti i cittadini europei di soggiornare nel territorio di uno Stato che non è il loro, senza limiti, per un periodo fino a tre mesi. Nell'ipotesi in cui il periodo sia superiore a tre mesi il diritto di soggiorno viene garantito sebbene sia assoggettato a limitazioni.

Questa Direttiva, molto importante sotto il punto di vista dell'integrazione, ha però avuto significativi problemi in termini di trasposizione nelle normative nazionali degli Stati membri. Secondo la valutazione della Commissione europea, in tutte le legislazioni nazionali, l'adattamento ai contenuti della Direttiva è stato parziale od omissivo, volto più che altro a complicare le procedure amministrative necessarie per garantire il diritto di soggiorno ai cittadini stranieri comunitari e il conseguente accesso ai servizi sociali nazionali⁵⁶.

In particolare, ha fatto luce sull'argomento il report dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) riguardante *"La situazione dei cittadini comunitari Rom che circolano e soggiornano in altri Stati membri dell'UE"*⁵⁷.

La ricerca della FRA rileva, innanzitutto, che l'allargamento dell'Unione a Est ha creato un contesto per la mobilità dei Rom all'interno dell'UE basato sulla cittadinanza europea, che ha disegnato e trasformato i vecchi modelli di migrazione.

In secondo luogo, la ricerca evidenzia come numerosi cittadini comunitari Rom che si stabiliscono in un altro Stato membro siano soggetti ad atti di discriminazione ed esclusione sociale, specialmente in conseguenza del fatto che non viene loro garantito il diritto di soggiorno, come previsto per i

⁵⁶ Rapporto della Commissione straordinaria per la promozione e tutela dei diritti umani del Senato della Repubblica italiana del 9.02.2011 nonché Commissione Europea, *"Report on the application of Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territories of the Member States"*, COM(2008)840 final, Bruxelles, 10 dicembre 2008.

⁵⁷ Report *"La situazione dei cittadini comunitari Rom che circolano e soggiornano in altri Stati membri dell'UE"*, Relazione comparata, novembre 2009, reperibile in www.europa.fra.eu

cittadini europei. In tutti i Paesi oggetto dello studio, molti cittadini intervistati hanno segnalato principalmente due problemi: le difficoltà connesse alla registrazione ai fini del soggiorno e la difficoltà di trovare un'occupazione sul mercato del lavoro ufficiale del paese di destinazione.

7. Segue: il diritto all'istruzione e al lavoro

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce, all'art. 14, un diritto all'istruzione per i cittadini europei⁵⁸.

I cittadini europei di etnia Rom che risiedono legalmente all'interno dei territori dell'Unione hanno il diritto di accedere all'istruzione e alla formazione alle stesse condizioni dei cittadini nazionali. Nonostante ciò, si registra un forte ritardo e una realtà fortemente penalizzante.

In Europa, i Rom hanno un livello di istruzione più basso rispetto alla media della popolazione. Milioni di essi subiscono discriminazioni a causa di un basso, se non addirittura inesistente livello di alfabetizzazione⁵⁹.

Inevitabilmente, dall'emarginazione nel mondo dell'istruzione deriva anche una discriminazione in tema di accesso al lavoro.

L'articolo 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che, alle condizioni e ai limiti applicabili al diritto dell'Unione su cui si fondano e per i quali esistono specifiche disposizioni nei trattati,

“ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. Ogni

⁵⁸ A livello internazionale si vedano l'art. 26 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e la Convenzione contro la discriminazione nell'istruzione, adottata nel dicembre 1960.

⁵⁹ Per dati statistici più specifici si veda il rapporto del 2010 di Amnesty International, intitolato “*Lasciati fuori. Violazione dei diritti dei Rom in Europa*”, pp. 17 e ss.

cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro".

E' il caso, poi, di richiamare la citata direttiva in materia di circolazione 2004/38/CE che, all'art. 7, afferma il diritto di ciascun cittadino dell'Unione

"di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione [...] di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante".

Ancora una volta allo *status* di cittadino europeo si ricollegano particolari diritti nonché i conseguenti vantaggi economici e sociali.

La Corte di giustizia delle Comunità europee ha confermato che i cittadini dell'UE beneficiano anche del diritto di soggiorno per un periodo di almeno sei mesi, se "*possono dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo*"⁶⁰. La stessa direttiva sulla libertà di circolazione stabilisce chiaramente che un cittadino dell'Unione che sia entrato nel territorio dello Stato membro ospitante "per cercare un posto di lavoro" non può, "in nessun caso", essere allontanato fino a quando possa dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere "buone possibilità di trovarlo"⁶¹.

E' opinione condivisa quella per cui si ritiene che uno dei fattori in base ai quali valutare l'avvenuta o meno integrazione di una minoranza è proprio il fattore lavoro.

⁶⁰ CGE, C-292/89, *Antonissen*, sentenza del 26.02.1991.

⁶¹ Cfr. art. 14, par 4, direttiva 2004/38/CE.

8. L'operato dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali

Circa gli strumenti che l'Unione Europea ha predisposto per garantire una effettiva tutela dei diritti fondamentali e, quindi, implicitamente, anche dei diritti delle minoranze, ricordiamo l'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali (FRA)⁶².

Sebbene si tratti di un organismo di recente istituzione, la suddetta Agenzia svolge un importante ruolo di coordinamento e di supporto per le politiche dell'Unione, potendo essere considerata l'organismo di riferimento per la tutela e la promozione dei diritti fondamentali nella UE.

In particolare, l'Agenzia, con sede a Vienna, svolge un ruolo decisivo per l'integrazione della comunità Rom, anche grazie a un rapporto di collaborazione costante con le autorità locali nonché con le istituzioni europee, le organizzazioni internazionali e il Consiglio d'Europa. Il suo compito consiste nell'effettuare analisi e ricerche, nonché nell'individuare quelle *good practices* che possano valere da esempio per il miglioramento dell'azione europea.

Nello specifico, la FRA ha condotto ricerche riguardanti la qualità degli alloggi, dell'assistenza sanitaria, della libertà di circolazione nonché dell'accesso all'istruzione di cui godono i membri della suddetta minoranza. A riguardo, ha elaborato diversi rapporti che hanno permesso di effettuare una comparazione tra l'operato dei diversi Stati Membri nonché un'analisi circa il rispetto delle norme di diritto originario e di diritto derivato dell'Unione Europea che si occupano della tutela dei diritti umani.

La suddetta Agenzia ha avuto modo in più occasioni di indicare la popolazione Rom come la minoranza etnica più

⁶² L'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali è stata istituita con regolamento CE n. 168/2007 del 15 febbraio 2007.

vulnerabile alla discriminazione e alla violazione dei diritti umani nella UE.

A ben vedere l'operato dell'Agenzia potrà determinare un significativo passo avanti nel riconoscimento e nella protezione dei diritti fondamentali all'interno della UE attraverso una preziosa attività di omogeneizzazione e razionalizzazione del complesso degli standard sui diritti fondamentali risultanti da un amplissimo corpo di atti pattizi (convenzioni e patti), atti di indirizzo (dichiarazioni, raccomandazioni), pronunce giurisprudenziali, decisioni amministrative (risoluzioni, rapporti), documenti riepilogativi; contribuendo in tal modo ad una migliore comprensione e ad una maggiore diffusione degli stessi. Non si dimentichi, peraltro, l'importante ruolo in materia di sensibilizzazione della società civile su queste tematiche⁶³.

BIBLIOGRAFIA

- Capotorti F., (1976), "The protection of minorities under multilateral agreements on human rights", *The Italian Yearbook of International Law*, II, p. 14 e ss.
- Cartabia M., Lamarque E., Tega D., (2009), "L'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti", *Il diritto dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, n. 3, pp. 534-535.
- De Witte, (1993), *The European Community and its Minorities*, in Brolmann-Lefebvre-Zieck (eds.), *Peoples and Minorities in international law*, Dordrecht, Boston, London, p. 179.

⁶³ Si rammenti, in ogni caso, che l'Agenzia suddetta è stata privata, fin dalla sua costituzione, di ogni potere sanzionatorio, decisionale o di intervento diretto di fronte alla violazione dei diritti. In tal senso non manca chi critica l'efficacia della sua attività. Cfr. M. Cartabia, E. Lamarque, D. Tega, *L'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in *Il diritto dell'Unione europea*, cit., p. 536.

- La Rosa R. (2006), *Evoluzione e prospettive delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, Milano, p. 253.
- Loy G., (2009), *Violino tzigano. La condizione dei Rom in Italia tra stereotipi e diritti negati* in *Rom e Sinti in Italia*, Ediesse.
- Palermo F., Woelk J., (2008), *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, pp. 7 e ss.
- Piasere L., (2004), *I Rom d'Europa. Una storia moderna*, Laterza.
- Valvo A.L., (2008), *L'Unione Europea dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Le istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani*, Aracne, p. 307.
- Valvo A.L., (2011), *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Amon.
- Villani U., (2010), *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, p. 48.



THE PROBLEM OF UNIVERSAL JURISDICTION IN CURBING INTERNATIONAL CRIMES – A CASE STUDY

HASANOV RAHIM TASHAKKUL

There are certain crimes in the international law, such as aggression, genocide, war crimes, crimes against humanity, etc. that affect the interests of all states and pose a threat to international peace. Therefore any country of the world shall have jurisdiction in relation to these crimes. In international law this is called universal jurisdiction principle – *quasi delicta juris gentium*. Like every concept, “jurisdiction” may have different meanings. The word comes from latin roots: “*jus*” or “*juris*” meaning “law” and “*dicere*” meaning “to say” or “to read”. Therefore, “jurisdiction” can be understood to mean; “to say the law” and, as a derivative; “the power to say the law”. Presently, “jurisdiction” is understood as the legislative, adjudicative and executive power that provides respectively competence to *prescribe*, *adjudicate* or *execute* the law, in particular the territorial competence of courts. Jurisdiction in criminal matters may be considered either as substantial or procedural law. Customary international law was covering sea piracy, slavery, and child and woman trade under universal jurisdiction.

Universal jurisdiction in international criminal cases may be an idea whose time has finally come. The germ of the idea is that some crimes are so heinous that they give rise to

a duty in every nation to prosecute if the opportunity arises. The very name "crimes against humanity" captures the notion of an offence to every nation, and a corresponding obligation to take action. Although the concept is old, and had been offered as one of the justifications for the Nuremberg trials of World War II war criminals from 1945 to 1949, it came to the fore after the widespread collapse of dictatorships, especially in Latin America, during the 1980s. The cry was for "an end to impunity," and the hope was that universal jurisdiction would help to bring torturers and murderers to justice. Time out of mind, deposed oppressors have sought amnesty in their own country, or have fled into asylum on neutral ground. It often seemed that the worst criminals were the most likely to escape justice.¹

Universal jurisdiction was applicable only to the crimes committed in *terra nullius*, where the jurisdiction of any other country was invalid. It has been argued that *terra nullius* is a requirement of universal jurisdiction, and that when sovereign power has been voluntarily ceded by treaty to grant universal jurisdiction that "in effect, the state becomes analogous to *terra nullius* for purposes of criminal jurisdiction. However, this analogy to *terra nullius* does not somehow transmute the territory of a state into *terra nullius*, not even by legal fiction.

The main problem of universal jurisdiction lies in the contradiction between the universality of its mission and the particularity of the political interests of the sovereign nation states which provide the statutory framework for the application of the doctrine. The paper explores the *nexus* between law and politics in the field of power, and might even motivate some rulers to put a stop to massive crimes.

It evaluates, *inter alia*, the practice of international courts that operate on the basis of *ad hoc* arrangements (such as

¹ Farmington Hills. (2005) "Universal Jurisdiction" written by the author of the present paper and published in: Dinah Shelton (ed, e al.), Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity p , 1110-1123.

the Yugoslavia Tribunal set up by the Security Council) and compares these arrangements to the structure and functioning of the newly established International Criminal Court. The paper further explores the long-term prospects of the Court in the framework of a uni-polar world order where the only superpower actively opposes the Court as organ of universal jurisdiction.²

With this respect D. B. Levin notes that one of the effective ways of transnational crime control is to transfer the criminal defendants to the national courts and the cases relative to genocide and military crimes included into Geneva Conventions of 1949 can be heard at the level on national courts, since international law allows universal jurisdiction of the national courts with regard to certain transnational crimes.³

As it was noted above, the principle of universal jurisdiction of national courts is reflected in Article VI of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Thus, according to that legal provision, persons charged with genocide shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or the principle of *aut judicare-aut dedere* (extradite or prosecute) shall be applied. "*Aut dedere aut judicare*" means that States where the suspect is have the choice between extraditing or judging him. Most of the UN treaties provide for "*aut dedere aut judicare*" obligations, such as:

- the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (1963)
- the Hague Convention for Unlawful Seizure of Aircraft (1970),
- the Convention on the Prevention and Punishment

² Chapel Hill. (1944) Peace through Law. University of North Carolina Press, pp. 114. (In English).

³ Levin D.B. (1966) Liabilities of the states in the modern International Law. Moscow. p. 48. (in Russian).

- of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, 1973,
- the Convention against the Taking of Hostages, 1979
- the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing, 1997

“*Aut dedere aut judicare*” means that States where the suspect is have the choice between extraditing or judging him. The application of this treaty was, for example, at the center of the dispute between the United States and Libya in the Lockerbie case, where the United States demanded the extradition of the suspect on the basis of the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (1963), where Libya said that it did not extradite its own nationals but would rather judge them.

The Council of Europe Treaties (the European Convention on the suppression of terrorism 1977 and the European Convention on the Protection of the Environment 1998) provide for formula which are closer to “*primo dedere secundo prosecute*”, which means that states should first extradite the suspect and, only if they cannot, should judge him.⁴

This principle is also reflected in Article 49 of the 1st GC, Article 50 of the 2nd GC, Article 129 of the 3rd GC, Article 146 of the 4th GC and paragraph 1, Article 85 of the Additional Protocol I.⁵

On this point, Article 12 of the Criminal Code of Azerbaijan Republic reflects the modern tendencies of development of the criminal law. This Article is called “Implementation of the criminal law concerning the persons who have committed a crime out of border of the Azerbaijan Republic”. Thus, the 1st paragraph of the said Article is about the enforceability of the

⁴ Information is taken from - www.ecba.org/extdocserv/conferences/madrid2009/Henzelin_ECBA_Apr09_universaljurisdiction.pdf

⁵ Bekyashev K.A. (2006) Public international law. Collection of documents: in 2 volumes. Moscow. p.398-400.(in Russian).

Criminal Code beyond the borders of the Azerbaijan Republic with respect of the citizens of the Azerbaijan Republic and persons constantly living in the Azerbaijan Republic without the citizenship. The article reads:

“Citizens of the Azerbaijan Republic and persons constantly living on the Azerbaijan Republic without the citizenship, who have committed action (action or inaction) out of border of the Azerbaijan Republic, shall be instituted to the criminal liability under the present Code, if this action is recognized as a crime in the Azerbaijan Republic and in the state on the territory of which it was committed, and if these persons were not condemned in the foreign state.”

Paragraph 2 of Article 12 of the Criminal Code of Azerbaijan Republic covers the extritorial jurisdiction related to foreigners and persons without citizenship (non-residents). These persons committing a crime outside the limits of the Azerbaijan Republic, shall be prosecuted under the present Code, in cases, if the crime shall be directed against the citizens of the Azerbaijan Republic, against the interests of the Azerbaijan Republic, and also in the cases, stipulated by international agreements to which the Azerbaijan Republic is a party, if these persons were not condemned in the foreign state. Thus, this legal provision defines the principle of universal jurisdiction irrespective of a person committing the crime or a place of the committed crime.⁶

Not only does criminal law – as law in general – require the absence of selectivity, in whichever form, in the application of the norms; of equal importance for the rule of law in any given framework, whether domestic, international or eventually supranational, is a functioning “*separation of powers*”. The independence of the judiciary is of vital importance for the

⁶ Samandarov F.Y. (2003) Comments to the Criminal Code of Azerbaijan.- (Baku, Digesta), (in Azeri).

legitimacy of its decisions. This requirement, particularly in relation to a clear distinction between judicial and executive powers, has been difficult to achieve at the domestic level; it has proven to be highly problematic – in certain cases almost impossible to implement – at the transnational level where the interests of sovereign states are at stake. This has been evidenced in all projects of international trials, whether implemented or not, since the era of the First World War. In order to have any meaning at all, the doctrine of universal jurisdiction – with its implicit appeal to the conscience of mankind – requires the *highest standards* of separation of powers. It is based on the universal recognition of human rights and evokes ideals of justice, impartiality and fairness which are in turn related to, though not dependent upon, the preservation of peace on a global scale. Since the beginning of the twentieth century, the question has been up to what extent, if at all, the expectations raised by the proclamation of universal jurisdiction, implying the idea of universal justice, can be met under the conditions of international realpolitik. As a philosophical principle, universal jurisdiction dates back to a much earlier period than the twentieth century. The idea can be traced back to “articles of war” proclaimed in the 14th century. So far, virtually all examples of the exercise of universal jurisdiction have been flawed; they have simply not met the high standards set by the doctrine.⁷

The implementation of universal jurisdiction to the cases considered as core crimes in Rome Statute of the International

⁷ Hans Kochler (2003) On the normative relation between the goals of peace and security on the one hand and (criminal) justice on the other see, inter alia, the author's analysis in his 1999 Memorandum on the Yugoslav war crimes tribunal: Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads. Philosophical Reflections on the Principles of the International Legal Order Published on the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the Foundation of the International Progress Organization. (Vienna/New York): Springer, pp. 353.

Criminal Court (was adopted at a diplomatic conference in Rome on 17 July 1998 and it entered into force on 1 July 2002) such as of genocide, crime against the humanity and war crimes is widely recognised. The crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court [ICC] are listed in Article 5 thereof:

- a) the crime of genocide;
- b) crimes against humanity;
- c) war crimes;
- d) the crime of aggression. (Article 5(1)).⁸

Member States or States ratifying the Geneva Conventions are liable to implement the provisions of these Conventions. The liability related to the actions described in these articles arises irrespective of the circumstances of international or interstate conflicts.

According to Article 11 of the Statute (*jurisdiction ratione temporis*), the Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute. However according to Article 29 the crimes within the jurisdiction of the Court committed after 1 July 2002 (effective date of Statute according to Article 126) shall not be subject to any statute of limitations. On 16 August 1996 Azerbaijan ratified the important international agreement – Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, 26 November 1968 and started to implement it under this convention to the national criminal legislation.⁹

Universal jurisdiction principle also prevents the persons convicted in international crimes to ask for a political asylum or apply for a refugee status. This provision is included into

⁸ Rome Statute of International Criminal Court (2001) International Law Magazine, (Baku). No 6.p.13 (in Azeri).

⁹ See [4].

paragraph 2, Article 1 of the Declaration "on Territorial Asylum" dated December 14th 1967 and into paragraph 1(e) of the Convention Relating to the Status of Refugees. As may be noted, in accordance with the universal jurisdiction principle, the persons committing the said crimes shall be prosecuted irrespective of place of crime or their personality.¹⁰

Matters relating to territorial and extraterritorial jurisdiction within criminal law as part of the national legal system are very relevant and have great practical importance. It may be said the criminal legislation of most of the countries describe the territorial application of the principles of criminal law differently. This is due to the internationalisation of the social event, like crime, as a result of internationalisation of the social life. Therefore the internationalisation of both criminal legislation and the activities of law-enforcement agencies are necessary. We must admit that unlike the legislative and law-enforcement authorities of the states, the transnational crime adapts to the new conditions more swiftly.¹¹

The predicament of universal jurisdiction has always lied in the virtual impossibility of reconciling politics with law in a framework which is determined by the interplay of forces among states as primary subjects of international law. As history has shown, the problems and obstacles are manifold. Court decisions, if not backed up by the power of "willing" states, remain mere recommendations – and the "executive" support for international criminal justice always has its price in terms of the national interests of the "willing" states becoming part of supposedly purely judicial considerations. The practice of international criminal justice under the conditions of *realpolitik* further suffers from a serious credibility problem insofar as the interests of involved states

¹⁰ Lukashuk I.I., Naumov A.V. (1999) International criminal legislation Textbook (Moscow). p.38. (in Russian).

¹¹ Lukashuk I.I. (1998) Extraterritorial effect of criminal laws and international law (Russian Law Magazine). No 1. p. 85 (in Russian).

almost unavoidably impose upon it a “judicial policy of double standards.” Inconsistencies in the application of legal norms are part and parcel of the delivery of justice in the power-centered framework of relations between states. Because of the perceived “pitfalls” of universal jurisdiction – as they were articulated by Henry Kissinger, who obviously addressed the issue *pro domo* – political leaders have generally tended to limit its scope and tie its application to specific political circumstances, something which explains the rather erratic course of international criminal justice, including often legally inconsistent court judgments, since after the Second World War.¹²

E.T. Usenko notes that in the event if the extraterritorial activity of the state laws conflicts with or violates the rights and legal interests of other countries, the said country cannot refer to such laws.¹³

Jurisdiction is absolute and exclusive. Territorial jurisdiction is based on the territorial principle. There are two principles of the territorial jurisdiction:

- (1) Objective territorial jurisdiction principle;
- (2) Subjective territorial jurisdiction principle.

According to the objective territorial jurisdiction principle, the state will have jurisdiction on the legal violations completed within its borders. In this case any part of the crime can be committed out of borders of the state. Subjective territorial jurisdiction principle is opposite to the objective territorial jurisdiction. Thus the state will have jurisdiction over the crimes started in its territory. In this case part of such crime can be committed in another country or the crime

¹² Henry A. Kissinger (July/August 2001) “The Pitfalls of Universal Jurisdiction,” in: *Foreign Affairs*, Vol. 80, No. 4, pp. 86-96.

¹³ Usenko E.T. (1996) The problems of extraterritorial effect of national legislation. (*Moscow international law magazine*) No 2, p. 145. (in Russian).

may be completed in another country. Territorial principle is the territorial reflection of the state sovereignty.¹⁴

The highly problematic nature of the exercise of universal jurisdiction – insofar as its lack of consistency and the application of double standards are concerned – has been particularly obvious in the framework of *ad hoc* arrangements. The “temptations of victor’s justice,” inherent in any power-centered form of criminal justice, have been greatest – and the most difficult to control – in the tribunals that have been set up following or in connection with armed conflicts, whether domestic or international. This has been evident in the post-World War II military tribunals, the tribunals established by the United Nations Security Council since the end of the Cold War; the courts set up on the basis of mixed domestic transnational arrangements such as those for Sierra Leone and Cambodia, as well as certain courts and tribunals that, though officially of domestic nature, are *de facto* set up and controlled by an occupying power (as in the case of Iraq). In all these cases, the doctrine of universal jurisdiction has been invoked in different variations, while in reality the respective arrangements of criminal justice have amounted, to a considerable extent at least, to the settling of scores by the victorious party (or parties) with the vanquished, something which has also been the case with the Security Council’s *ad hoc* tribunals. This predicament has been eloquently articulated more than six decades ago by Judge Radhabinod Pal in his dissenting opinion in the judgement of the Tokyo Tribunal:

“It has been said that a victor can dispense to the vanquished everything from mercy to vindictiveness; but the one thing the victor cannot give to the vanquished is justice.”¹⁵

¹⁴ Huseynov L.H. (2000) International Law. Textbook, (Baku). p. 84. (in Azeri.)

¹⁵ Judgment of Mr. Justice Pal, Member from India,” in: B. V. A. Roling and C. F. Ruter (eds.), The Tokyo Judgment. The International Military

These developments correspond with the characterization and increasing importance of peremptory rules in international law, the distinction between international delicts and international crimes in the context of the international responsibility of states, and the extension and fleshing out of the principle that states have a responsibility for activities originating on their territory and encroaching on the security of other states.¹⁶

At the same time, however, these developments raise difficult questions and meet with considerable obstacles in the area of criminal law, and – though they may try – states cannot minimize the difficulties by referring to outdated concepts of sovereignty. For a long time, the question of international implementation of criminal law was approached from the viewpoint of the need to prevent possible interference with state sovereignty and not from that of the need for coordinated struggle and cooperation in the fight against international crimes. Thus, states either cited the sovereignty principle as justification for objecting to the extension of universal criminal jurisdiction or as justification for rejecting the establishment of an international criminal court. This situation continues to exist today, though in a different fashion; there is increasing recognition that national security is at present achievable only by way of international cooperation. In this context, however, one cannot underestimate the importance of the fact that states are the essential structural elements of today's international legal order, that they represent the effective political organizational form of peoples and that they have particular protective functions which they actually exercise. However compelling the precept of cooperation may be, all

Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946 – 12 November 1948. Volume II: Judgment of the Member from India. Opinion of the Member from the Netherlands. Amsterdam: APA – University Press Amsterdam BV, 1977, p. 1037.

¹⁶ Graefrath, 'Zur neuen Qualität des Souveränitätsprinzips', 34 *Neue Justiz* (1980/9) 395.

states want to ensure that other states will not be permitted to use criminal law to interfere with their sovereignty or to achieve goals incompatible with the interests of the international community and peoples' right to self-determination. To date, the industrially strong Western powers have decisively opposed universal criminal jurisdiction in the context of a code of offences against the peace and security of mankind fearing that they might thereby lose rights of diplomatic protection for their citizens or be forced to recognize criminal judgments of states whose legal systems they do not wish to respect as being of equivalent right. Fundamentally, the Western powers base their position on the principle of sovereignty, that is sovereignty vis-a-vis the criminal jurisdiction of other states. They cite the principle to justify their non-recognition of foreign criminal judgments, their refusal to extradite their own citizens, and their attempts to claim immunity for persons who were acting as state agents when they committed international crimes. The Western powers do not wish national courts to be empowered to judge the conduct of foreign governments. This essentially means removing recognition of the international nature of the crimes defined in the code.¹⁷

Persons with diplomatic immunity can use the criminal legislation jurisdiction. The immunity of a diplomatic representative from the criminal jurisdiction of the receiving state was, in earlier literature, regarded as indistinguishable from his personal inviolability. At the time when the principle of personal inviolability was first clearly established, it was unusual for criminal proceedings to take place without prior arrest and detention of the accused. But as time passed and the arrest and detention of the accused was not essential for criminal proceeding, diplomatic immunity from criminal jurisdiction emerged as a separate principle of diplomatic law. As such the decision of the International Court on the case of Congo Democratic Republic against the Belgium (*Democratic*

¹⁷ See, e.g., Belgium UN Doc. A/43/525, at 3.

Republic of the Congo v Belgium) is very important. The brief overview of the case is as follows:

On 11 April 2000 an investigating judge of the Brussels Tribunal de Première Instance issued "an international arrest warrant in absentia" against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, charging him, as perpetrator or co-perpetrator, with offences constituting grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 and of the Additional Protocols thereto, and with crimes against humanity. The arrest warrant was circulated on an international level via Interpol. On 17 October 2000, Congo filed in the Registry an Application instituting the present proceedings, in which the Court was requested "to declare that the Kingdom of Belgium shall annul the international arrest warrant issued on 11 April 2000". From the beginning the Court declared that the international law accepts the immunity of the State Officials like diplomatic and consulate agents, including heads of state, heads of government and ministers of foreign affairs from the civil and criminal jurisdiction of other countries. The Court indicated that the parties referred to number of protocols, including Vienna Convention "on Diplomatic Relations" dated April 18, 1961 and New York Convention "On Special Missions" dated December 8th 1969. Referring to the few existing decisions of national high courts, such as the Great Britain House of Lords (Pinochet case, March 24, 1999) and the Court of Cassation in France (Qaddafi case, March 13, 2001) the Court concluded that immunity was not granted to state officials for their own benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States; and when abroad that they enjoy full immunity from arrest in another State on a criminal charge including charges of war crimes or crimes against humanity. In its Judgment, the Court found, by 13 votes to 3,

“that the issue against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi of the arrest warrant of 11 April 2000, and its international circulation, constituted violations of a legal obligation of the Kingdom of Belgium towards the Democratic Republic of the Congo, in that they failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo enjoyed under international law”.

Therefore, the Court found by 10 votes to 6,

“that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated”.¹⁸

I would like to note that the international court in most of its cases refers to customary norms. The Statute of the International Court of Justice interprets international custom, as “evidence of a general practice accepted as law”. In order to become an international custom the norm must consist of two components: state practice (*usus*) and the belief that, from the objective legal point of view the practice is obligatory, forbidden or permitted depending on the character of the norm (i.e. *opinio juris sive necessitatis* – an opinion of law or necessity).¹⁹

According to Brownlie:

“almost all countries have the jurisdiction over the foreign citizens committing any action affecting

¹⁸ Information is taken from official internet site of the International Court of Justice- <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>.

¹⁹ Statute of the International Criminal Court, Article 38 (1) (b). (in Turkish).

the security of the state. This concept includes, but not limited to different political crimes. Currency, immigration and economical crimes are punished according to this rule".

The principle of protection (or security) must ensure the protection of the important interests of the state and its citizens from the criminal actions committed out of borders of the country.²⁰

According to the international standards on human rights and freedom nobody "shall be instituted to criminal liability twice for the same crime".

However Christine van den Wyngaertt notes that the "*non bis in idem*" principle in respect of one person will depend on competition of jurisdictions of several states.²¹

The European Convention makes no express reference to non bis in idem but article 4 (1) of Additional Protocol 7 to the European Convention declares that

"No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State."

However, article 4 (2) makes specific provision to re-open a case in accordance with national laws if there are new or newly discovered facts or if there has been serious defect in the previous proceedings, which could have affected the outcome of the case. Article 4 (2) is also flexible enough to

²⁰ Brownlie Y. (1977) International law. In 2 volumes. Book 1. Translated from English. (Moscow) p.433-434. (in Russian).

²¹ Van Den Wyngaert C., Stressens G. The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions \ International and Comparative Law Quartely. Vol .48. 1999-N 4. P.708. (in English).

accommodate different domestic approaches. The sub-article provides that the principle does not in any way limit the right of convicted persons to re-open of the case in circumstances permitted under national law. There are numerous cases in practice when the state grants an absolute discharge to its citizen without justification, however conviction of the same person in a different country on the basis of the universal jurisdiction shall not mean the violation of the “*non bis in idem*” principle, on the contrary it will play an important role in rectification of an injustice.²²

For example, in 1998 a Mauritanian army officer Ould Dah visited France as part of his military training. There he was arrested by the French authorities and prosecuted for acts of torture committed in Mauritania in 1990-1991. However, it must be noted that in 1993, Mauritania adopted an amnesty law which safeguarded the applicant against prosecution. (*Ould Dah v. France*) The applicant's main complaint was that France has violated the prohibition of retroactive punishment (article 7 of the Convention of European Court of Human Rights). The Court reiterated that France has not violated any of the articles of the Convention and the applicant's complain is inadmissible. The Court observed that the United Nations Convention against Torture of 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – UNC, 1984) was ratified by France in 1987 and had been incorporated into French law. Therefore, at the material time the “absolute necessity” of prohibiting and penalising torture in France was justified. French courts declared that they had jurisdiction to try the case in the exercise of universal jurisdiction, and also that they would apply French law. Otherwise, application of the Mauritanian amnesty law, which served merely to grant

²² Safarov N.A. (2004) About some aspects of implementation of the “non bis in idem” principle / Azerbaijan Law Magazine. (Baku). No 1, p.128. (in Russian).

impunity to the perpetrators of torture, would deprive the universal jurisdiction (i.e. the right of States to prosecute the perpetrators of acts of torture irrespective to the place or personality) provided for by the United Nations Convention of 1984 of its substance. Like the United Nations Committee of Human Rights and the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, the Court considered that an amnesty law was generally incompatible with the duty on States to investigate acts of torture or barbarity.²³

Conclusion

While the project of universal jurisdiction requires the highest standards of the rule of law – similar to, or even higher than, those applied in any domestic constitutional system –, its predicament is revealed in the truth according to which the reality of international relations is still one of power politics, whereby relations between states are conducted on the basis of the assertion of national sovereignty. International criminal jurisdiction, for all its failings, is going to compensate for some of the weaknesses of domestic criminal jurisdiction; it is going to act in some cases where local social and political forces prevent a domestic prosecution. That will be a net gain, even if international prosecution is not possible in many cases and perhaps not even in the ones we would most like to see prosecuted. The combination of universal criminal jurisdiction of states and an international criminal court is a system which meets the criteria for effective implementation of the Code of Offences against the Peace and Security of Mankind.

²³ Information is taken from <http://echrblog.blogspot.com/2009/03/amnesty-and-torture.html> - internet site.



ISSUES IN HUMAN RIGHTS

Edited by

Azizur Rahman Chowdhury, Md. Jahid Hossain Bhuiyan and Shawkat Alam

Published by Atlantic Publishers & Distributors (P) Ltd

ISBN 978-81-269-1333-6

The book entitled **Issues in Human Rights** by Azizur Rahman Chowdhury, Md. Jahid Hossain Bhuiyan and Shawkat Alam contains original contributions in different aspects of human rights. It is the outcome of academic collaborations of 20 academics of Indian jurisdiction.

The right to fair trial in criminal proceedings is one of the basic human rights. In the first article of the book entitled **"The Significance of Fair Trial under Human Rights Law in Matters of Criminal Justice; A Case Study of the Trial of Former Iraqi Leader, Mr. Saddam Hussein"**, the author notes that the Iraq War has raised the question

of whether it was proper for the new Government in Iraq to try the former Head of State, Mr. Saddam Hussein, on certain charges. The author also notes that in case of Saddam Hussein starting from the very first step of the trial to the execution at every step and every stage the established norms of fairness and transparency was the biggest casualty. She reaches into the conclusion that Saddam Hussein was denied the right to fair trial and the entire trial had been concluded in a record span of condensed time which is contrary to the age-old legal maxim that justice hurried is justice buried.

The author in his article entitled **"The International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Their Implementation and Progress"** argues that the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) has so far made more progress, and the rights in it more enjoyed and protected than the International Covenant on Econom-

ic, Social and Cultural Rights (ICESCR). He also examines the inherent differences between the rights, the different implementation procedures and the attitude of the international community to each of the Covenants and offers suggestions to remedy the slow progress of the ICESCR in relation to the ICCPR.

At the global level, moves to strengthen public participation in environmental decision making and the right to information are pillars of any developmental process. The public's right to know is an intrinsic part of informed public debate, which has traditionally been dependent on the freedom to receive and impart information without government interference. Moving ahead with growth, development and industrialization, the world woke up to some hard but practical realities about the exploitation of Mother Nature. The world environment was at threat due to industrial activity. The author in his article entitled **"Ecological Perspective of Right to Information: Need for Participatory Ap-**

proach to Governance" describes the linkages between the right to know on ecological issues concerning man and his environment and explores the need for strengthening domestic legal framework so as to bring about transparency and openness in Industrial governance. However, this is only the tip of the iceberg. There is huge mass of privately held environmental and health risk information that is woefully 'asymmetric'.

The tide of globalisation is considered to be a force which has brought a lot of good to this world. However, in spite of apparent positive effects, globalisation as a phenomenon has been in the midst of controversy. One of the main criticisms is that it has a negative impact on human rights. In the article entitled **"Right to Education in Global Economy (Indian Perspective)"** the author analyses challenges that have been put forth by globalisation onto the Indian education system and shows how education as a tool can be used to combat these chal-

lenges that have been put for our society.

While market globalization may represent in some aspects a golden opportunity for human rights law, it may also pose a threat to the continued effectiveness of human rights law. Since our society is committed to both markets and rights, it is *sine qua non* to incorporate both trade values and human rights values in comprehensive policies respecting both markets and rights. In this context, the authors in their article entitled **"Human Rights and the World Trade Organization A Critique on Compatibility"** express opinion that the incorporation of human rights and international trade values requires some systematic mechanisms for the formulation and evaluation of normative conflicts.

It is contended that Human Rights start with children rights. India through the ratification of the Convention on Rights of the Child (CRC) 1989 on 11th December 1992 gives hope her children to be protected under the international as well as national

legal regime. The author in his article entitled **"Human Rights of Children: A Study of Implementation of CRC in India"** critically examines the implementation patterns of CRC in India in its various administrative and legislative measures. In stating positive and negative aspects of the implementation process of CRC, he suggests the need of action from multiple fronts by international, national, governmental, non-governmental, regional, and local agencies.

The importance of juvenile justice is recognised in different legal systems of the world. The author in her article entitled **"The Administration of Juvenile Justice System in India: Many Miles to Go, Many Goals to Achieve, Many Children to Protect"** traces historical origins of the juvenile justice system in India and argues how Children in Conflict With Law and Children in Need of Care and Protection, that fall within the ambit of the juvenile justice system are devoid of substantive and procedural rights and protec-

tion. Thereafter, the article incorporates suggestions for a more effective implementation of the juvenile justice system to ensure that child protection and child development transpires in a real and sustainable manner.

The history of human rights is clearly linked to World War II and the foundation of the United Nations. The United Nations Organization adopted a number of international human rights instruments to establish and strengthen international peace and rule of law. Through the article entitled **"Role of United Nations in Protection and Promotion of Human Rights"**, an attempt has been made to dovetail the various landmark initiatives of the United Nations to bring the rhetoric of the implementation of human rights into reality.

Non-governmental organizations (NGOs) play significant role in promoting and protecting human rights at national and international levels. The authors in their article entitled **"Role of Non Governmental Organiza-**

tions in the Promotion of Human Rights" note that by undertaking mass awakening strides and importantly aligning themselves with the UN Millennium Development Goals, the NGOs have marched way ahead in upholding human rights.

Human rights education is to do with learning and practice of human rights. It enables them to develop a feeling of being important and being able to defend themselves as well as others. The authors in their article entitled **"Promoting and Protecting Human Rights Education"** argue that every society should give emphasis on human rights education to young people in order to prepare them for a plural society. The article then addresses means and methods required to address issues of human rights education.

The object of criminal justice is to protect the rights of individuals and the State against intentional invasion of criminals who violate the basic norms of society. The author in her article entitled **"Humanizing the Crimi-**

nal Justice System -The Victim Perspective" states that greater respect towards rights of the victims in the investigation and prosecution processes, provision for greater choices to victims in trial and disposition of the accused, is called for if the country wants to protect human rights.

The legal enforcement of human rights in general and constitutionally guaranteed fundamental rights in particular, has been the important hallmark of every constitutional democracy. The Constitutions have recognized enforcement of these rights as fundamental rights as well. The judiciary has been constitutionally empowered to pass appropriate writs, orders and other directions in the arena of protection and enforcement of these guaranteed rights. The authors in their article entitled **"Revisiting Award of Compensation for Violation of Fundamental Rights: An Analysis of Indian Supreme Court Decisions"** argue that Indian Supreme Court has played an important active role in the

enforcement of fundamental human rights in India. It has evolved new relief and remedies courageously and craftily in the event of violation of fundamental human rights. One of the remedies which the Court has come forth with is that of awarding compensation to the individuals whose fundamental rights have been violated. This article also analyses various judgments of the Court in this regard to drive home the point that such a remedy was warranted to highlight sacrosanct nature of fundamental human rights, and to act as a deterrent against such wrongful conduct by the state in future. To the extent that this remedy is enforceable as a matter of right, a new approach either at the level of the legislatures or at the level of Court would be needed. Until that is done, the remedy continues to be a discretionary one, yet importantly benign.

The presumption of innocence principle seeks to provide for a more humane and fair system of trial where the accused is given the benefit

of doubt and the state had to prove guilt beyond reasonable doubt. The author in her article entitled **"The Presumption of Innocence and Fair Trial"** refers primarily to Indian and British common law principles, Indian and American statutes post 9/11, and theories on the origins of this presumption to fashion an argument for the preservation of this basic human right.

The author in his article entitled **"Terrorism and Human Rights: A Saga of Opposites?"** tries to seek a balance between two apparently conflicting ideals – the need for curbing the menace of Terrorism, and the stringency of measures consequential upon such need; and the overarching need for observance of Human Rights standards. In the process, he analyses the different problematic issues like lack of a globally acceptable definition of Terrorism and looks at the issue of non-derogability of the Basic Human Rights, and how very often the Counter-terrorism measures, falling short of the desired stand-

ards, seek the protection of the principles like Necessity and Proportionality and doctrines like Margin of Appreciation that are yet to find a universal legal acceptance.

In recent times, the issue of protection and promotion of indigenous people's rights is considered as an integral part of the international movement for protection and promotion of human rights. The emerging norm of indigenous people's rights is a direct response partly to their demand of separate identity as distinct units of human interaction and partly influenced by the development of universal framework of human rights. Among the strategies for the survival and international legal protection of indigenous peoples, human rights discourse is considered to be the most important one for the empowering them and to enable them to express their legitimate demands. The author in his article entitled **"Indigenous People's Rights and Protection Mechanisms: An Overview"** notes that the necessity for a special regime of

indigenous rights can be explained by the fact that they require special legal protection and institutions to protect them within nation state and international community. Moral and ethical aspects of human rights discourse dictates that indigenous people should be portrayed as groups of human beings with fundamental human rights as well as special kind of rights as remedial measures for historical reasons.

Protection of women's right has been a priority for the United Nations ever since its inception. The author in his article entitled "**Rights of Women under International Law**" attempts to delineate the rights and status of women in various fields, including education, health, employment, protection from sexual and gender based violence, domestic violence, HIV/AIDS and the right to information, communication and technology.

In the light of emerging global concern on domestic violence, the author in her article entitled "**Legal Control of Domestic Violence**

in India in Perspective of International Human Rights Instruments" identifies international human rights instruments that speak of protection of women from violence and examines the adaptation of the same in the Indian Legal regime to domestic violence.

India in the post-UN epoch has achieved substantially in the process of human rights standard-setting and benchmarking. In this age of transparent governance, the author in his article entitled "**Cataclysmic Indian Dialectics of Collective Rights**" addresses particularly in the province of group and collective rights and opines that the half a century old state repression could not bring durable peace and hence, democratic mechanisms like Plebiscites could be suggested in resolving un-addressed national questions in the North-Eastern States.

To protect human rights in the European Union (EU), the leaders of the EU Member States on December 7, 2002, at the European Council meeting in Nice, proclaimed

the EU Charter of Fundamental Rights. The author in his article entitled “**Protecting Human Rights in the European Union: The Charter of Fundamental Rights Perspective**” says that the words contained in the Charter are based on the fundamental rights and freedoms recognised by national constitutions of the Member States as well as international human rights instruments.

He also considers the necessity of a Bill of Rights for the EU, and EU accession to the ECHR issues and also states the views of the scholars regarding the legal status of the Charter and takes position that the provisions of the Charter are not legally binding as the EU Constitution which incorporated the provisions of the Charter has not yet come into force. He identifies that certain provisions of the Charter will be most commonly invoked in competition law cases.

Issues in Human Rights is a valuable contribution in the arena of human rights. The knowledge of the editors and

contributors is well-reflected in the book. It is hoped that the book will be helpful to teachers and scholars of human rights.

Reviewed by
PROFESSOR DR TAREQ
M R CHOWDHURY,
Former Faculty Member,
Stockholm University,
Sweden

تايلىقالا ءىامحو ءىطارقمىدل

يىرىروك يىروتافاس

تاوونسلال يىف ،داع دق تايلىقالا ءىامح عوضوم نأ قفدصلال نىم سىل
قدع قىمىش .يىسايسىل او يىئاضقلال شاقىنلا لىغشىل ،ءىضاملا قلىلىقلال
ءىعامتجال او ءىسايسىل ءىفاقىل بابىسأ اىنم ،امتهالال اىه دىدجىتل بابىسأ
تارابتعال يىف عرقتىتل بابىسأال اىه لك يىقتىلتو .ءىنىدو ءىداصتىق او
يىعامتجالال رىمضلال يىف ءخسارلال ئىدابملاف .ءىكىسىلالك ءىضىق لوى قدىدج
لكل ءىعامتجالال قماركلال يىف ءاواسملاك ،ءىبرىغلا تايلىطارقمىدللى يىفاقىشل او
اىلالح عضخت ،امكاهتنال نىكىنمى ال يىتلال ءىساسلال مقوقح مارتىحاوناسن!
لكشبل ئىدابملا اىه يىف رظىنلا قداعال قرورض مآتىحى امم ،قدىدج تارتوتىل
اىدحت ”قدىدجلا تايلىقالال“ ءىضىقل ءىئاضقلال ءجلالعملال لىشمىتو .قىقىقد
نىم اىئىش ،يىدحتلال اىه لىشم يىف ،يىروتسىدل رىبىخلا دجىو .ءىمهالال غلاب
نىب قىفىوتلال يىف ،ءىنىنل قرم ،صىختل ءىضىقلال نال كىلذ .دىدجلا او مىدىقلال
قرىامتملا ءجلالعملال مدعب ام حبصتى يىذلال دىلال داجىلام ،عوىنتلال او ءاواسملا
قىحل او ”و“ ءاواسملا يىف قىحلال“ نىب دىلال رربم رىغوى عرش رىغاعوىنت
وه ”تافاللىخالال لالغىسالا“و ”يىعامتجالال جالمدنالا“ نىبو ،”فالىخالال يىف
ىتىح قلىصاوتىل ءىعرىشلىلال تايوسلىل او قىقتىلال لىلال جاتىحى كىرحتىم دىح
ئىدابملا لىلال لاقىل دووعى ،انلو .قرىنتم ”ءاواسم ال“ ”ءاواسملا“ حبصتىل
اىه لىشم نىب لوىعملال نزاوتلال او مىللىل بابىكىرتلال دجىل قرىنلال ءىروتسىدل
نىاىحالاضعب يىف ،قسكاعمل او قفىللىتخملا تاجال

ئىدابمىل او ءاي حال مىل ع تايقال خا نىب - ءاي حل ا ءي امن و يلاطى الى نون اقل
 نىن او قل ا ضعب قىبرجت رُب عو "ورال غن ا" ءي ضق نم اقل اطن ا، ءي روتسردل ا
 ءي بن جال ا

ول ائوب الدل اري مىزا ايرام

ءي امن لوح رارقلا ذاختا "ب صاخلا نون اقل ا يف قراتب ج تاوطخ تل جُس دقل
 ءي مىل ع اى اضق مىل ع مەھابىت نا اوز- لىرى نا نىي نون اقل ا مىل ع حب ص او، "ءاي حل ا
 عمت ج مىل اوم دق نى نا نى عرتش مىل ا مىل ع من ا امك. اق باس امل او مېتى نى مىل قدى دج
 مذهب باطت نا ءي نون اقل ا رىي اع مىل او نىن او قل ل حمسى ادى دج اىن و نا ق ا راطل
 دادع! مېتو. ءع قوت مىل ا رىي غو مىل ا قدى عىل ا ءي عامت جال او ءي مىل ع لا تار ئى غىل ا
 قدامل ل اق بىطى مىل ا "ءي حىل ا ءي ان ع لا يف ق حل ا" مفل ا جى ورتل لاق مىل ا اذە
 ءي ضق ص خف قىرطن ع مفل ا اذە عىس وىل ل ب، يلاطى الى روتسردل ا نم 32
 ن. راق مىل ا نون اقل ا رظن ءە جو نم "ءاي حل ا ءي امن لوح رارقلا ذاختا"

ەي راي ت خان اسن الى قوقح تسيل : قدحتما ممالا قده اعم حالصا

داي ايرام

تالاجم ەعبراً قدحتما ممالا ماظن ەيل اعف لوح ق م عتما ليلحتلا اذە راثا دول
تادي ييقتلا لاجم . 2 و ەين ازيما لاجم . 1 ي مو ري بكتلا حالص الى بل طتت
ذافن الى او ذيفنتلا قبوعص . 4 و ل ص اتما فعضلا نطاوم . 3 و ەي ئارج الى
ماظنو ، لو دلل ەي سايسلا قدار الى امنم ، اي اضق ق د ع ي ل ي لحتلا قرطت ي و
تارارق لل ق مزلما ريغ ەع ي بطل او ەي درفل ا ي و كشل ا ماظنو ، ظفحتلا
مدقت ي و . قدحتما ممالا ماظن ي ل ل و ص و ل ا ي ف ەف ي عضلا ت ا ي فل ا قبوعص و
قلصل ا ت ا ذ ە ع بر ال ا تالاجم ا هذە ي ف حالص الى ا ص خ ت ا ي ص و ت ب ل ي لحتلا
تالاجم ا نم امري غ ي ف حالص الى لب ، امن ي ب قدي طول ا

ضارم ألان عن ي جوزلار ابا خا قق ي رط ث ح ب : ة ي بطل ا ة ي رسل او ة ي جاوزل ا قد حول
جاوزل ل و ح ا ي ر ي ج ب ن ن ي ن ا و ق ر ا ط ا ي ف ة ي د ع م ل ا

ي ادن اس ي ج ن و ت و ل و ا ي د ا ل ي و ا و ي م ي ف ا ب ا ب س و ن ا ف ل ي س ي س ن و د و ا

ي ف ة ي ص و ص خ ل ا ي ف ق ح ل ا و ة ي بطل ا ة ي رسل ا ق ي ب ط ت ل ا ق م ل ا ا ذ ه ث ح ب ي
ة ص ا خ ل ا ا ي ر ي ج ي ن ن ي ن ا و ق ء و ض ي ف ل ي ل ح ت ل ا ي ر ج ي و . ة ج و ز ل ا و ج و ز ل ا ر ا ط ا
، ة ج ا ح ل ا ي ض ت ق ت ا م د ن ع و . ة ي ن و ن ا ق ل ا ق د ح و ل ا م و ف م ل ق ب س ن ل ا ب و ج ا و ز ل ا ب
ل ء ا س ت ي و . ي ر خ ا ة ي ئ ا ض ق ت ا ط ل س ن م ة ي ن و ن ا ق ي د ا ب م ي ل ا ل ا ق م ل ا ر ي ش ي
ة ي ا م ح ي ل ا ة ج ا ح ل ا ل ك ش ت ل ه : ة ح و ر ط م ل ا ة ي س ا س ا ل ا ا ي ا ض ق ل ل م د ر س ي ف ل ا ق م ل ا
ك ه ت ن ي ن ا ب ي ب ط ل ل ا ر ر ب م ي س ن ج ل ا ل ا ص ت ا ل ا ب ل ق ت ن ي ض ر م ن م ج و ز ل ا
؟ ة ي بطل ا ة ي رسل ا

ضارعتسا :يلاطيإلا بونجلل ةيداصتقالا ةيجاتنإلا يف مارجإلا ريثأت
 ةيبيرجتلا تاساردلا

الليينيراف الكينيحودو ايرفوا وذنانيديريف

يف ةيمنتلل أقياع لِّلشري مارجإلا نأىلع عوضلا ةيضاملا تاساردلا طِّلست
 جي سنلل ةيسسؤملا ةيعونلا نم لِّلقي مارجإلا نأل لِّلذو يلاطيإلا بونجللا
 نم قلملس ريشت ،قصرابخو .ةيراجتلا لامعألا فيلالت ميخضتو يعامتجالا
 ةيبلس قلمس دوجو ىلإ ةيسايق ةيداصتقا قسارد ىلع قسؤملا ليلاحتلا
 قبضتقم ققيطبالاقملا اذه ثحبو .ةيراجتلا لامعألا ةيجاتنإو مارجإلا نيب
 قراشإلا عم ،عوضوملا اذه لوح تاروشنملا ضدعتسي امك ،ةيرظنلا ةيفلخلا
 اهيلإ لوصولا متي تلا ةيسسيؤلا جئاتنلاو قمدختسملا بيلاسألا ىلإ

ةي عامتجال او ةي داصتقالا قوق حلاب صاخلا يلودلا ده عل او ني نسمل قوق
ةيفاقثلا او

وستايس وئس يشتنارف

ةي داصتقالا قوق حلاب ةي امح يف امه افطعنم 6 مقر ماعلا قيلعتل ال كش دقل
ةفاك ماعلا قيلعتل اذه دس اس يو . ني نسمل ةيفاقثلا او ةي عامتجال او
تاموك حلاب ال الوصو ةيل حمل سل اجمال نم ءادتب ، ةماعلا تاطلسلا
يلع امدع اس ي ، مكاحمل او ةي عامتجالا تامدخل ال قطرشل قمظنأ نم ، ةيزكحمل
يلودلا قاثي مل يف ةيس اس ال قوق حلاب يلع ءانب صارت م وحن يلع لمعت ن
قيلعتل اذه حنمي امك . ةيفاقثلا او ةي عامتجال او ةي داصتقالا قوق حلاب لوح
قنجلل ةيرودلا امري راقثل ةديفمل ةيس اس ال تامول عملاب ءاضع ال لودلا
رثكأ يضم مغرو ، كلذ عمو . ةيفاقثلا او ةي عامتجال او ةي داصتقالا قوق حلاب
قوقح مارتح ةفاقثل ظوحلم بايغ كانه ، قاثي مل يثبت يلع قنس 15 نم
قنوالا يفف ، لعفل ابو . ةدها عتمل لودلا نم ددع يف ةيباجي ال ني نسمل
ني نسمل ةيفاقثلا او ةي عامتجال او ةي داصتقالا قوق حلاب تض رعت قريخ ال
ثحب يو . هادجل رركتمل ليلقتل نم 6 مقر ماعلا قيلعتل يناعو مل ظلل
ل وحت صخي امي ف 6 مقر ماعلا قيلعتل ليري بلكل حومطل لاقمل اذه
مدع ن لاقمل معزيو . ني نسمل قوقح مرتحت ةفاقث ل اخدا رب عمت حمل
مذه ةم جرتو ، ني نسمل قوقحل عاي صنال يلودلا مازتل ال يلع لوصحل
دق ، ةماعلا ةايحل نم أزجت ال عزجك سوممل اعق اول ال ةيس اس ال قوق حلاب
يعولاي نبت ضيوقت ال لب ، 6 مقر ماعلا قيلعتل نم ةيرخسل ال ال
يباجي ةي عامتجالا ريخك ني نسمل قوقح مومفل ماعلا

قسارد - ةيلودلا مئارجلا نم دحلأ يف ةيملاعلا ةيئاضقلا ةيالولا قللكشم
ةيدارف!

لگشت ميحر فونسح

ةيعامجلأ قذابإل او ءادتعالاك ،يلودلا نوناقلا يف مئارجلا ضعب لكانه
حل اصم يف رثوت يتلا ،خلا ةيناسنإل دض مئارجلاو برحلا مئارجو
ملاعلا يف قلود لكلف اذلو .يلودلا ملسلل ارطخ لثمت يتلاو لودلا لك
أدبم يلودلا نوناقلا يف ى-مسُي ام يأ ،مئارجلا هذه يف ةيئاضقلا ةيالولا
،رخأ موهفم يأك ،ةيئاضقلا ةيالولل نكميو .ةيملاعلا ةيئاضقلا ةيالولا
سوي ةينيتاللا روجلأ نم ققتشم قمللكلاف ،قفلتخم يناعم امل نوكت نأ
".ةءارقلأ" وأ "لوقلأ" يأ يريشتيد قملكو "نوناقلا" اهانعمو سيروي وأ
،"نوناقلا لوق" :يتالاك امري سفت نكمي ةيئاضقلا ةيالولاف كلذلو
قبطن يءاضقلا ةيالو موهفم ،أيلاح امأ . "نوناقلا لوق لوق" قمت نمو
ةيلمعل-موت يتلا ةيذيفنتلاو ةيمي كحتلاو ةيئاضقلا ةيخالصلا ىلع
صراصت خالاب قلعتي اميف قصاخو ،نوناقلا ذي فنتو لصفو ديدحت
أي عوضوم أنوناق امأ ءاضقلا قطلس رابتعا نكميو اذه .مكاحملل يميلقإل
ةيرحبلا قنصرقلا لمشي ناكف ،يلودلا يفرعلا نوناقلا امأ .أيئارج! مأ
يملاعلا ءاضقلا قطلس تحت لافطال او ءاسنلا قراجتو ةيدوبعل او

مالسلایف قحلا یوتحم

ایارس ایلاع

امأ. ةیدقن قق یرطب مالسلایف قحلا یوتحم مییقت یلإ ثحبلا اذه فدهی
 یرخأ ةیناسنإ قوقح داجیا ثحبلا لواح یو. قشق انمئل ریثمف قحلا اذه
 ،مالسلایف بوعشل قح لوح نالعالا یلإ قفاضل اب یرخأ ةیلود صوصنو
 قلصت اذ صوصن یو، 1984 ربمفون نم 12 یف قدحتمل امأ متنبت یذل
 ضفر یف نمکتف، قحلا اذه ءارون ات یساسأل انترکفل امأ. یوتحملا اذمب
 .حماستل قمیق زیزعتو ن اودعلا

قدي دجل تاي حال صل او لدعلل ةي بوروال قمك حمل نيب ةي ساسال قوق حل
 .يسن رفل ا يروتس دل سل حمل

و-يكي ف وتس و اف

لمشت يتل ةي بوروال ةي ساسال دع اولل هجاوت يتل ةكئاشل اياض قلل نم
 .”يدي ممتل ا رار قلل ةجود زمل ةي عجر ملل“ ةي ضق ةي روتس دل قبق ار ملل تايلا
 ءادأ لوح قدها عملل 267 قداملل ت عرض مامت هالل قريثم ةي ضق ”ارخؤم تزر بو
 ال ةي ضقل امتنت ملو .مارب إل او ضقلل ةمك حم فرط نم يبوروال دا حلال
 رصانع امنأ و دبي ام ىل ع ءوضلا ث حبل ا طلسي و .لدعلل ةمك حم لـ خدت دع ب
 ةي غب يبوروال نون اقل ةراد صب قل عتت يسن رفل ماظنل ايف ةيدي دج
 تاب عشت نم ةي سن رفل ةي روتس دل تاحال صل إل نو كي نأ نكمي ام مـ مفت
 .يبوروال ماظنل لىمك ايف رتوت

لماشلا راطال: يبوروالا داحتالا يف ةيرجغلا ةيلقألا

ونيسي اردناسيلا ايس تارغ

نمض ممدع حوارتيو . يبوروالا قايسلا يف رجغلا عضو لاقملا اذه ثحبي
رجغلا مظعم نوكل ارظنو . قمسن نوي لم 12 و 10 نيب ةيبوروالا دودحلا
امب فرت عمل قوقحلا نم نودي فستسي يف ، ني يبوروالا ني نطاوملا نم
نمو ، لم عمل يف قحلا ىلإ قرحلا فتر عمل يف قحلا نم : يبوروالا نطاوم لكل
ارظنف ، ىرخأ ةهج نمو . ةي حصل ةي ان عمل يف قحلا ىلإ كالتمالا يف قحلا
داحتالا قاثي نم ةي ناشلا قداملا ةي امحب نوظحي يف ، ةيلقأ نول كش ي م نأ
قايس اذف كلذ عمو . تايلقأال لوح يبوروالا سل جمل ةي قافتاو يبوروالا
ةي اصول او لم اكنتل اناي حال اضعب يف نمضي ال ي نوناق

SUBSCRIPTION INFORMATION

2 issues per annum

Subscription fees	One Year	Three Years
Institutional Rate (Overseas)	55 EUROS/US\$60	130 EUROS/US\$150
Individual Rate (Overseas)	28 EUROS/US\$30	67 EUROS/US\$ 80
Student Rate (Overseas)	18 EUROS/US\$20	43 EUROS/US\$ 50
Institutional Rate (Malta)	46.60 Euros	116.50 Euros
Individual Rate (Malta)	23.30 Euros	58.25 Euros

VAT charge 5% is applicable to EU residents.

Annual Overseas Postal Charge: 20 EUROS/US\$22

Subscriptions are payable in advance:

Payments can be made by:

Bank draft from a major bank payable to the **University of Malta**
or by bank transfer details as follows:

Bank: HSBC Account Number 85031458002

Branch: Msida Seafront

Sort Code: 44853 Swift Code: MMEB MT MT

IBAN: MT84MMEB44853000000085031458002

It is of importance to state that payment is for the Mediterranean Journal of Human Rights.

To subscribe, fill in your details below and tick the appropriate box:

.....fold here

- ☐ Please enter our subscription to the *Mediterranean Journal of Human Rights*. We enclose bank draft for Euros/US\$.
- ☐ Please enter my subscription under the Personal Subscription Plan. I enclose bank draft of Euros/US\$.
- ☐ Please send me an inspection copy of the MJHR.

Name _____

Address _____

Mail to:

The Secretary, Mediterranean Journal of Human Rights,

Faculty of Laws, University of Malta, Msida MSD 2080, Malta.

Tel: (00356) 2340 2785; • Fax: (00356) 2132 4478; • Email: mjhr@um.edu.mt



A Mediterranean Voice (MedVoice) for a Cross-Cultural Dialogue

Some time ago, four graduates from the Mediterranean Master's Programme in Human Rights and Democratisation, University of Malta, decided to initiate a dynamic tool for inter-cultural dialogue, the Mediterranean Voice Website (www.medvoice.org), as the first step towards the fulfilment of their long-term project, which is the establishment of a Mediterranean Documentation Center for Human Rights.



The main concern of the Mediterranean Master's Programme graduates, was to ensure the continuation of the unique chance for a Mediterranean dialogue that they were offered during the course and furthermore attempt to contribute in the promotion of the human rights awareness within the Mediterranean basin, in accordance with the Programme's aims.

MedVoice - the new website

As an initial step they decided to concentrate their efforts on the creation of a website, which includes all relevant information regarding human rights in the Mediterranean (NGOs, IGOs, journals, law, media etc), until the suitable circumstances for the assignment's total application are shaped. The site, both in English and Arabic, includes a collection of selected articles, country information, as well as an exhaustive list of opportunity links (jobs, internships, programmes, etc.). In view of the promotion of human rights and the launch of a fruitful dialogue in the area, as first raised issue in their 'Opinion' forum, the floor is set for a 'Reform Debate concerning the Arab world', calling for ideas and comments.

MedVoice - the Documentation Center

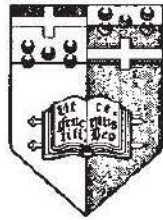
Their ultimate ambition, however, still remains their long-term project, the creation of a Mediterranean Documentation Center for Human Rights. The aim is to establish a body empowered to mediate among relevant human rights institutions (e.g. EU, universities, NGOs, etc.) and young human rights experts from southern Mediterranean countries working at the local level through flexible mini-projects.

Despite the obvious necessity for settlement of justice and order in the concerned areas, young people especially, and in particular those who have both a personal and professional interest in human rights, face difficulties in having their voice heard in a "Mediterranean dialogue," due to lack of facilities and formal linkages. MedVoice seeks to give such people a voice. Commissioned by the University of Malta, the MedVoice team completed a large database of human rights experts from southern and eastern Mediterranean countries.

MedVoice - need for support

MedVoice is currently going through a strategic planning process in which the MedVoice team is trying to find organizations and academic institutions interested in hosting the website and project or through a concrete support.

For more information: www.medvoice.org • **Contact:** medvoice@medvoice.org



The Faculty of Laws at the University of Malta was established over 250 years ago. The University of Malta traces its origins to the founding of the Collegium Melitense which was set up through direct papal intervention in 1592. The Faculty of Laws currently offers four taught masters programmes and one by research:

- ◆ Master of Laws (LL.M.) in European & Comparative Law
- ◆ Master of Laws (LL.M.) in International Law (Research)
- ◆ Master of Arts in Laws (Research)
- ◆ Master of Arts in Human Rights & Democratisation
- ◆ Master of Arts in Financial Services

Each of these programmes can be followed on a full-time (1 year), or a part-time (2 year) basis. We also welcome enquiries from students wishing to pursue research degrees for either a Ph.D. or M.Phil. Language of teaching is English. For further information on these programmes, and the research interests of the members of staff of the School, please visit our website at: <http://www.um.edu.mt/laws/>

You can also email our International Office on intoff@um.edu.mt or the secretary who co-ordinates the postgraduate courses on elisa.attard@um.edu.mt or you can call on 356 2340 2786.



Mediterranean Journal of Human Rights Style Sheet

Articles submitted to the Journal should be original and must not be under consideration for any other publication at the same time. The journal retains the ownership of any articles it publishes. Manuscripts should be submitted for review in duplicate, using A4 paper, 1.5 spaced and should not exceed 8,000 words in length (including notes). The word-count should be shown at the top of the manuscript. A version on diskette should be included, in Microsoft Word for Windows (PC) format using font Times New Roman 12. Articles should be written in English, Italian or French.

Typescripts should conform to the *Journal Style* outlined below:

1. Abstracts & Biographical Information. Manuscripts should include an abstract in English and not longer than 100 words. Four or five lines of biographical information should also be included.

2. Page Format. All pages should be numbered consecutively. There should be an empty line before each new paragraph, the first line of which should be indented by 0.5cm from the margin on the left. Words or phrases that the author means to emphasize should be in italics. Article headings should be in bold, sub-headings in italics and numbered consecutively

3. Quotations. Long quotations should be separated from the text of the article by leaving an empty line before and after. The text of the quotation should be in font Times New Roman 10, single-spaced, and indented by 0.5cm from the margin on each side. Short quotations should be incorporated in the text within inverted commas.

4. Footnotes. Marginal comments and bibliographical references in the manuscript, including references with comments and case references, should take the form of footnotes. These should be consecutively indicated throughout the article by raised numerals. The text of each note should be indented by 0.5cm from the number on the left. The initial references to a book or article in the footnotes should follow the same style as indicated in point 5 (below), with the sole difference that the author's forename or initials should precede the surname in the case of footnotes. Subsequent references should use *ibid.* and *op.cit.* where appropriate.

5. Bibliography. A list of references should appear at the end of the manuscript. It should contain all the works referred to in the text, listed alphabetically by the author's surname, single-spaced and with a hanging indent of 0.5cm. The bibliography should use this format:

i) **BOOK:** Should give the author's surname, the forename or initials, the date of publication in brackets, the title of the book in italics, the place of publication and the publisher.

Example: Cohen, Stanley (2001) *States of Denial*. Cambridge, UK: Polity Press.

ii) **ARTICLE IN JOURNAL OR PERIODICAL:** Should give the author's surname, the forename or initials, the date of publication in brackets, the title of the article in inverted commas, the title of the journal in italics, the number of the volume and issue, and the page numbers.

Example: O'Barr, William (1991) "Discourse and Power in an American Legal Office," *Law and Society Review*, Vol.5. No. 3., pp.342-357.

iii) **CHAPTER IN EDITED VOLUME:** Should give the author's surname, the forename or initials, the date of publication in brackets, the title of the chapter in inverted commas, the names of the editors of the volume, the title of the book in italics, the place of publication and the publisher. *Example:* Rose, Nikolas (1996) "Governing 'Advanced' Liberal Democracies," in A. Barry et al., eds. *Foucault and Political Reason: Liberalism, Neo-Liberalism and rationalities of Government*. Chicago: Univ. of Chicago Press.