issn 2974-9999

GIUSTIZIA INSIEME 3

Rivista quadrimestrale online **settembre-dicembre 2023**

www.giustiziainsieme.it Direttrice scientifica: **Paola Filippi**

Dialoghi oltre i confini nazionali

L'accesso alla magistratura, le riforme dell'ordinamento giudiziario, la tutela dei diritti umani

a cura di

Michela Petrini e Sibilla Ottoni

Con i contributi di

Sibilla Ottoni, Cristiano Valle, Anna Madarasi, Antonio Musella, Nasa Isihii, Giacomo Fumu, Angelo Costanzo, Simone Benvenuti, Simone Pitto, Leonardo Pierdominici, Marcello Basilico, Giulia Battaglia, Paola Filippi, Morena Plazzi, Tomaso Epidendio, Giuliano Scarselli, Barbara Spinelli, Aldo Schiavello, Pier Virgilio Dastoli, Federico Cappelletti, Maria Teresa Covatta, Fulvio Vassallo Paleologo

Pacini Giuridica

Direttrice scientifica
Paola Filippi

Vice direttore scientifico
Costantino De Robbio

Direttore responsabile
Marcello Basilico

Comitato scientifico
Ernesto Aghina, Alfonso Amatucci, Mirzia Rosa Bianca, Bruno Capponi, Corrado Caruso, Carlo Citterio, Roberto Giovanni Conti, Angelo Costanzo, Mariella De Masellis, Franco De Stefano, Marco Dell'Utri, Pasquale Fimiani, Fabio Francario, Giacomo Fumu, Carlo Vittorio Giabbardo, Gabriella Luccioli, Enrico Manzon, Giuseppe Melis, Lorenzo Miazzi, Vincenzo Militello, Dino Petralia, Luca Ramacci, Maria Alessandra Sandulli, Giuseppe Santalucia, Giuliano Scarselli, Mario Serio, Giorgio Spangher.

Comitato di redazione
Marta Agostini, Giuseppe Amara, Maria Cristina Amoroso, Andrea Apollonio, Elisa Arbia, Elisa Asprone, Beatrice Bernabei, Franco Caroleo, Riccardo Ionta, Giovanni Liberati, Luca Marzullo, Alessandro Nastri, Sibilla Ottoni, Donatella Palumbo, Morena Plazzi, Michela Petrini, Elisabetta Pierazzi, Morena Plazzi, Laura Reale, Filippo Ruggiero, Sandro Saba, Federica Salvatore,

Giustizia Insieme (GI) è una rivista *online*, iscritta al registro della stampa del Tribunale con autorizzazione n. 68 del 5 maggio 2023, costituisce prosecuzione della Rivista cartacea, fondata nel 2009 e iscritta per la prima volta al registro della stampa del Tribunale di Roma con autorizzazione n. 313 del 18 settembre 2009.

La Rivista è aggiornata quotidianamente e fascicolata quadrimestralmente, ad accesso libero, consultabile anche scaricando l'app di GI, le istruzioni sono reperibili ricercando l'app di GI sotto la voce Giustizia e Comunicazione. Attraverso l'attivazione delle notifiche si riceve la comunicazione della pubblicazione quotidiana.

La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE) e fa proprie le relative linee guida.
È proprietaria della testata l'associazione Movimento per la giustizia art. 3.

Il contributo dei redattori e degli autori è a titolo gratuito.
Gli articoli pubblicati nel fascicolo quadrimestrale, secondo selezione della direzione sono inviati a revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato di redazione. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione.

Coordinatrice di redazione: Ilaria Buonaguro

Webmaster: Chiara Bicchielli

I fascicoli quadrimestrali sono pubblicati a cura di

Pacini Editore

Via A. Gherardesca

56121 Ospedaletto (Pisa)

Indice

Editoriale

Allargare il dialogo
di Sibilla Ottoni ..... » 447

I. L'accesso alla magistratura

1. Il procedimento per la nomina e selezione dei giudici e pubblici ministeri nella Repubblica Federale Tedesca
di Cristiano Valle ..... » 449

2. Percorsi di accesso alla magistratura in Ungheria
di Anna Madarasi ..... » 455

3. L'accesso alla magistratura francese
di Antonio Musella ..... » 465

4. L'accesso alla magistratura in Giappone
di Nasa Isihii ..... » 471

5. Accesso alla magistratura. Pensieri sparsi sul concorso in magistratura
di Giacomo Fumu ..... » 475

6. Spunti per una nuova formazione comune per le professioni legali
di Angelo Costanzo ..... » 481

7. La selezione di avvocati e magistrati. Divergenze, formazione e cultura comune
di Sibilla Ottoni ..... » 487

II. Le riforme dell'ordinamento giudiziario

1. Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria
di Simone Benvenuti ..... » 499

2. Indipendenza della magistratura in Polonia. Lo "strappo nel cielo di carta" della rule of law e l'argomento identitario
di Simone Pitto ..... » 507

3. La riforma della giustizia israeliana: cronache dall'ultima frontiera costituzionale
di Leonardo Pierdominici ..... » 527

4. Dopo la marcia delle mille toghe a Varsavia «per noi giudici polacchi un futuro ancora a rischio» Sentenza della Corte nella causa C-204/21, Commissione c. Polonia
di Marcello Basilico ..... » 559

5. La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto: l'"onda lunga" del caso Repubblika
di Giulia Battaglia ..... » 563

6. La separazione della carriera dei magistrati
di Paola Filippi ..... » 577

7. Vent'anni dopo
di Morena Plazzi ..... » 585

8. La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura
di Tomaso Epidendio ..... » 589

9. l Giudice che i cittadini hanno diritto di avere secondo Costituzione
di Giuliano Scarselli ..... » 601

III. La tutela dei diritti umani

1. In memoria di Ebru Timtik: la resistenza dell'Avvocatura in Turchia. Un reportage
di Barbara Spinelli ..... » 611

2. Patrick George Zaki, l'Egitto e noi
di Aldo Schiavello ..... » 655

3. Il futuro dell'Europa dopo l'invasione dell'Ucraina
di Pier Virgilio Dastoli ..... » 665

4. Mahienour El-Masry: difendere ad ogni costo i diritti umani in Egitto prima e dopo la "rivoluzione del Nilo"
di Federico Cappelletti ..... » 669

5. Israele: "talebani e talebanismi", non solo in Afghanistan
di Maria Teresa Covatta ..... » 681

6. Esternalizzazione della frontiera e finanziamento degli accordi con la "Libia" contro i diritti fondamentali dell'Uomo
di Fulvio Vassallo Paleologo ..... » 683

7. Approccio Hotspot in Italia ed "habeas corpus" delle persone migranti
di Fulvio Vassallo Paleologo ..... » 697

Editoriale
Allargare il dialogo

La Rivista ha inaugurato nel 2023 una nuova Voce dedicata all'attualità giuridica estera, alla comparazione, al dialogo con giuristi ed intellettuali di altri ordinamenti.

Il dibattito culturale sulla giustizia non può infatti restare confinato nel perimetro di un solo sistema, quando i grandi temi che lo animano sono ormai definitivamente globali: l'impatto delle crisi finanziarie, gli squilibri socioeconomici che muovono masse di umanità migrante, la questione climatica, le questioni bioetiche connesse all'emergere di nuovi diritti. Si tratta di questioni che travalicano ogni frontiera, ma che ciascun paese metabolizza a suo modo, anche in contrapposizione con gli altri, sicché tali fenomeni operano come correnti atmosferiche capaci di addensare perturbazioni geopolitiche o, al contrario, di aprire spazi di convergenza ideologica e programmatica.

Anche sui temi apparentemente domestici, poiché inerenti la normativa nazionale, vi è un interesse intrinseco nel confronto con altri ordinamenti, che risiede già solo nella possibilità che da ciò emergano problematiche comuni, e nel conseguente arricchimento che può trarsi dalle diverse soluzioni prospettate. In tal senso, la comparazione non è soltanto un'abitudine mentale alla curiosità e all'ascolto, ma anche un irrinunciabile metodo giuridico, che consente di prendere distanza e di guardarsi dal di fuori, uno strumento che attraverso il confronto accende una luce diversa, permette e così impone di cambiare prospettiva.

E poi esiste, specularmente, l'arricchimento che si trae dalla riflessione su questioni apparentemente lontane, almeno nei termini in cui si pongono, sicché l'urgenza con cui affiorano altrove diventa spunto di nuova riflessione rispetto al loro atteggiarsi nel dibattito interno. La questione femminile, l'equilibrio tra poteri ed il rapporto tra potere religioso e potere temporale, la democrazia, la stessa libertà di pensiero e di parola. La riflessione su questi temi ci scuote dal profondo, perché ci impone di tornare a interrogarci su alcuni elementi fondanti della nostra cultura non soltanto giuridica, di non darli per scontati, di chiederci ancora, e ancora, se determinati approdi possano mai dirsi definitivamente acquisiti.

Il dialogo, come l'etimo impone, è tanto più proficuo quanto più variegate sono le posizioni dei soggetti tra cui il discorso corre, il confronto è tanto più utile quanto più eterogenei sono gli elementi che si tengono insieme, uno di fronte all'altro, in una complessiva riflessione. Con la Voce Diritti Stranieri, Giustizia Insieme idealmente accoglie nel proprio discorso altri sguardi e altre voci, vicini e lontani, da guardare e ascoltare e attraverso i quali guardarsi e ascoltarsi.

Tra i tanti temi trattati nel corso dell'anno, tre in particolare hanno aperto ad un confronto particolarmente ricco e approfondito che vale la pena ripercorrere con un accenno di sistematicità.

Il primo tema è quello dell'accesso alla magistratura. La diversità dei modelli esistenti è stata posta a confronto attraverso le testimonianze di colleghi, italiani e stranie-

ri, con contributi destinati ad arricchirsi in futuro. Questo confronto è stato lo spunto per riflettere sul sistema italiano, sulle tante istanze di riforma che lo hanno interessato e che lo interessano attualmente, onde chiedersi quale magistrato si intenda chiamare ad amministrare la giustizia; quale giustizia quindi, ossia quale servizio giustizia, quale *modello culturale* di amministrazione della giustizia; infondo, quale cultura giuridica.

Un secondo tema affrontato nel corso dell'anno in modo trasversale è stato quello delle riforme della giustizia in alcuni Paesi, a noi più o meno vicini culturalmente, di recente interessati da evoluzioni normative che aprono scenari inquietanti. Ne emerge un quadro impattante sulla fragilità di alcuni baluardi, sul loro valore fondante, sulle insidie degli atteggiamenti culturali che mirano ad indebolirli progressivamente prima di assestare il colpo. L'occasione è stata colta per portare questa consapevolezza nell'analisi delle istanze di riforma domestiche, che muovono in una direzione non auspicabile, tanto da aver spinto la magistratura italiana allo sciopero del 16 maggio 2022, volto a denunciare i tanti condizionamenti all'autonomia e all'indipendenza della magistratura introdotti da una riforma che, pur senza modificarle, "*scolora le norme costituzionali, ne fiacca i principi*", come ha scritto un nostro autore.

Infine, è stato affrontato il tema del rispetto dei diritti umani, analizzando alcune delle situazioni più problematiche e sensibili dello scenario geopolitico attuale. Tutte ci toccano da vicino, per quanto alcune di esse possano apparirci distanti in modo falsamente rassicurante. Tutte parlano alle fondamenta della nostra cultura, tutte ci chiamano in causa, alcune in modo diretto. Come la questione migratoria, rispetto alla quale sarebbe non solo miope, ma intellettualmente disonesto guardare soltanto al segmento che ci riguarda anche ufficialmente, giuridicamente e geograficamente. Semplificazioni e mistificazioni che il metodo comparato definitivamente smaschera, costringe ad abbandonare.

Una precisazione è doverosa: i contributi qui raccolti non sono necessariamente aggiornati alle più recenti novità normative, trattandosi di una raccolta di scritti già pubblicati in momenti diversi nel corso del 2023. L'interesse del quadro d'insieme che ne emerge non risiede, del resto, nella stretta attualità di ciascun saggio, bensì nelle interconnessioni tra le tematiche trattate, nella luce che le une accendono sulle altre, nella complessità del disegno e nella pluralità delle chiavi di lettura che tale complessità richiede.

Sibilla Ottoni

I.
L’accesso alla magistratura

1. Il procedimento per la nomina e selezione dei giudici e pubblici ministeri nella Repubblica Federale Tedesca

Il sistema di selezione del giudice (Richter) e del pubblico ministero (Staatsanwalt) nella Repubblica Federale Tedesca presuppone il superamento di un corso di studi universitari (Studium) di quattro anni, ossia di otto semestri.

La formazione di livello universitario non è di carattere specialistico, ma mira a formare un giurista completo (*Volljurist*) ed è, quindi, essenzialmente incentrata sull'acquisizione del metodo giuridico.

Al termine dell'ottavo semestre si può sostenere il primo esame di Stato (*erste Staatsexamen*) che è presupposto necessario per l'accesso al Referendariato (*Referendariat*).

I criteri di accesso al Referendariato variano da uno Stato federale (Land) all'altro, in dipendenza anche del periodo trascorso dal candidato nello Stato dove egli sceglie di chiedere l'accesso – che non è necessariamente quello di residenza o quello nel quale si sono compiuti gli studi universitari (ad esempio uno studente proveniente dallo Stato del Nord Reno Vestfalia o dell'Assia e che abbia frequentato l'università in Baviera può accedere al Referendariato ad Amburgo, che è una città-Stato a sé stante o nello Stato del Baden-Württemberg o comunque in un qualsiasi altro Stato della RFT) –, nonché dei voti riportati nel primo esame di Stato.

L'esame è svolto con commissioni composte da componenti scelti da un lato dai Ministeri della Giustizia dei singoli Stati (*Länder*), con la collaborazione di professori universitari e professionisti (pratici o meglio *Praktinern*) e dall'altro dalle Università

L'accesso al Referendariato può avvenire anche qualche mese dopo la domanda, ma normalmente tutte le richieste di accesso sono esaudite.

Il primo esame di Stato può essere sostenuto due volte, o al massimo tre, qualora la prima delle prove sia affrontata subito dopo il termine dell'ottavo semestre. L'esame consiste in scritti e orali.

Il Referendariato non costituisce un percorso obbligatorio in senso stretto; tuttavia, senza il referendariato e il superamento del secondo esame di Stato (*zweites Staatsexamen*) non si può accedere ad alcuna delle tipiche professioni giudiziarie, quali giudice, pubblico ministero o avvocato del libero foro[1].

[1] Per l'accesso alla professione di notaio (*Notar*) i sistemi variano: i Länder settentrionali della RFT attribuiscono le funzioni di certificazione agli avvocati del libero foro; i Laender meridionali conoscono un sistema più vicino a quello del notariato latino, e, pertanto, il notaio ha duplice veste, di professionista privato e di pubblico ufficiale.

Qualora il primo esame di Stato non venga superato è possibile conseguire un diploma di baccalaureato in diritto dell'economia (*Wirtschaftsrecht*); tuttavia, qualora il mancato superamento del primo esame di Stato sia definitivo, ossia venga fallita ogni prova, tutte le ulteriori possibilità di studio universitario in materie giuridiche sono precluse nell'ambito della RFT, tranne quelle di paesi limitrofi di lingua germanica, quali la Repubblica Federale Austriaca.

Dopo il superamento del primo esame di Stato è possibile impiegarsi come collaboratore con uno studio d'avvocati come collaboratore scientifico (*wissenschaftlicher Mitarbeiter*), con retribuzione, e detta collocazione professionale viene scelta a volta come passaggio in attesa di sostenere il secondo esame di Stato. Vi sono anche possibilità di impiego in uffici pubblici (*Behörde*). È, altresì, possibile lavorare in imprese e compagnie di assicurazione, ma le offerte in detti impieghi non sono particolarmente allettanti, cosicché la maggior parte degli scrutinati positivamente al primo esame di Stato prosegue il referendariato per sostenere il secondo esame.

Per lo svolgimento delle funzioni di cancellerie (*Rechtspfleger*) è necessaria una formazione apposita, che viene conseguita a seguito della formazione di corsi superiori ma non di livello universitario e di carattere più spiccatamente professionale (*Fachhochschule*). Il cancelliere nel sistema giudiziario della Repubblica Federale Tedesca svolge alcuni compiti in via del tutto autonoma, come l'emanazione dei decreti ingiuntivi (soggetti a revisione giudiziale in caso di opposizione) e in materia di esecuzione forzata (*Zwangsvollstreckung*).

Il Referendariato ha durata biennale. Al termine di esso, con il superamento del secondo esame di stato, si è considerati un giurista completo (*Volljurist*). Il secondo esame di Stato può essere tentato solo due volte. Qualora entrambi i tentativi abbiano esito negativo deve effettuarsi un nuovo periodo di referendariato, come dopo il primo esame di Stato.

Il superamento del secondo esame di Stato (denominato anche *Assesorerexamen*) consente al diplomato (*Absolvent*) di accedere, come già detto, alle principali professioni giudiziarie, ossia, nell'ambito della Repubblica Federale Tedesca, quelle di giudice, pubblico ministero e avvocato.

Ai fini dell'accesso alla posizione di giudice è necessario avere riportato, nei due esami (ossia il primo e il secondo esame di Stato) il punteggio complessivo minimo di nove (9-18) punti, mentre per l'accesso alla posizione di pubblico ministero è normalmente sufficiente un punteggio inferiore, può tuttavia accadere che per le vacanze negli uffici giudiziari e la necessità di coprirle celermente si consenta l'accesso anche con punteggi lievemente inferiori ai suddetti, cosicché possono aversi buone possibilità di impiego anche con un minimo di otto (8) punti, e quindi con un punteggio lievemente inferiore per l'ufficio della procura della Repubblica.

La percentuale dei candidati che supera l'esame con un punteggio 9-18 oscilla tra il quindici e il venti per cento (15-20%) o anche di più.

Usualmente l'accesso, per i candidati migliori e che, comunque, hanno superato il secondo esame di Stato al primo tentativo, si colloca tra il ventisettesimo e il ventottesimo anno di età.

Il reclutamento è effettuato direttamente da ciascun *Land* o città Stato[2] sulla base

[2] Si veda il bando per i posti di giudice o pubblico ministero pubblicato di recente dalla città di Berlino: https://www.berlin.

delle proprie necessità conseguenti alle vacanze nelle posizioni, tenendosi conto che nella RFT la cessazione dall'impiego è fissata a sessantasette (67) anni di età, e, in alcuni casi, a sessantacinque (65).

La possibilità di scegliere tra uffici giudicanti e uffici requirenti dipende dai singoli *Länder* ed è di solito richiesta una certa flessibilità quantomeno al momento della presentazione della propria candidatura, tra l'opzione giudicante e quella requirente; nel corso degli anni è normalmente consentito effettuare un passaggio dal ruolo requirente al ruolo giudicante.

Conseguita la nomina a giudice il primo impiego è in corti di primo grado, anche monocratiche (*Amtsgericht*) o della giurisdizione amministrativa (*Verwaltungsgericht*)[3] oppure in uffici di procura (*Staatsanwalt*).

I successivi passaggi di carriera non sono rigidamente predeterminati, nel senso che le funzioni in corti di primo grado possono essere svolte per tutta la vita professionale e pertanto, l'accesso a corti di appello o alla corte suprema rimane un'opzione. Per la Corte Suprema di Karlsruhe (Bundesgerichtshof) è necessaria l'età (anagrafica) di trentacinque (35) anni e vi è una procedura di selezione in parte rimessa agli uffici giudiziari e in parte alla politica, dato che intervengono anche le camere parlamentari, nonché in base alla provenienza geografica (dovendo essere rappresentati i vari Stati – Länder – che compongono la Repubblica Federale, anche in relazione al numero di abitanti).

Nelle giurisdizioni superiori, quale la Corte Suprema, alcuni giudici provengono dall'università, quali professori.

Un interessante sistema di interazione tra uffici giudiziari è costituito dalla possibilità, per i giudici e i pubblici ministeri provenienti dagli uffici di merito di essere applicati, per un periodo di tre anni, al termine del quale devono fare ritorno all'ufficio di provenienza, presso la Corte Suprema, come collaboratore scientifico (anche in questo caso ricorre l'espressione *wissenschaftlicher Mitarbeiter* che è utilizzata anche per i giudici della Corte Suprema che svolgono funzioni di assistenti di studio per i giudici della Corte Costituzionale della RFT *Bundesverfassungsgericht*, pure sedente in Karlsruhe). I detti magistrati redigono appunti preliminari e bozze di decisioni, senza diritto di voto, oppure svolgono funzioni latamente amministrative, attinenti alla giurisdizione. Essi possono, in virtù dell'esperienza acquisita, essere successivamente – nel compiersi degli ulteriori requisiti di anzianità e di provenienza territoriale – nominati giudici della Corte Suprema, ma dopo essere tornati negli uffici di merito. Il numero di magistrati applicati a ciascuna sezione è di due o tre e complessivamente ve ne sono in servizio, in tutta la Corte di Karlsruhe, settanta (70).

L'accesso alla professione di avvocato presuppone anch'essa, come detto, il superamento del secondo esame di Stato e con l'autorizzazione del Consiglio dell'ordine degli avvocati (*Rechtsanwaltskammer*). Il numero degli avvocati non è pertanto esorbitante e soltanto cento (100) avvocati, tutti aventi i loro studi legali in Karlsruhe, sono

---

de/sen/justva/ueber-uns/karriere/artikel.261026.php con inclusa tabella retributiva.

[3] Nella Repubblica Federale Tedesca la giurisdizione è costituita dalle giurisdizioni civile e penale (considerate unitariamente come costituenti la giurisdizione ordinaria, che ha il proprio vertice nella Corte Suprema di Karlsruhe), e le atre giurisdizioni, quali quelle amministrativa, quella in materia del lavoro, quella della previdenza sociale e, infine, quella, tributaria, sono giurisdizioni speciali, o comunque non ordinarie, e hanno proprie Corti Supreme, situate in altre città della Repubblica Federale Tedesca, quali Erfurt per la materia del lavoro, Lipsia per la giurisdizione amministrativa, Monaco per la giurisdizione tributaria e Kassel per la materia della sicurezza sociale.

abilitati al patrocinio dinanzi alla Corte Suprema.

Cristiano Valle[4]

[4] Nella redazione di quest'articolo mi sono avvalso delle informazioni cortesemente fornitemi dalla dr.ssa Clara Borse, Absolventin (candidata che ha superato il secondo esame di Stato) e della dr.ssa Annika Fischer, referendaria presso la Corte d'appello di Berlino (*Oberlandesgericht Berlin*), nonché di quanto appreso direttamente, mediante colloqui con il colleghi, nel corso dello scambio, nell'ottobre del 2022, effettuato, grazie alla Rete dei Presidenti delle Corti Supreme, presso la Corte Suprema (Bundesgerichtshof) di Karlsruhe e in particolare dalle conversazioni con la dr.ssa Rhona Fetzer, già presidente di sezione della detta Corte e attualmente giudice costituzionale e con il dr. Kern, magistrato di merito applicato presso la detta Corte.

2. Percorsi di accesso alla magistratura in Ungheria*

Sommario: **I.** Introduzione. – **1.** Le riforme del 1997 e 2012 dell'amministrazione del sistema giudiziario e i tribunali ungheresi. – **2.** L'amministrazione degli organi giudiziari ungheresi. – **II.** Percorso di accesso alla magistratura. – **1.** I requisiti prescritti dalla legge per l'ammissione al concorso. – **2.** Il procedimento del concorso per magistrato ordinario.

I. Introduzione.

1. Le riforme del 1997 e 2012 dell'amministrazione del sistema giudiziario e i tribunali ungheresi.

Negli anni '90 per la riforma dei sistemi giudiziari nei paesi post-comunisti le circostanze erano favorevoli: con l'esperienza della dittatura appena passata e le intenzioni verso l'integrazione europea, tutti i legislatori dei paesi dell'Est Europa cercavano di creare un'organizzazione giudiziaria indipendente e istituire consigli giudiziari indipendenti, ponendo così la selezione dei giudici nelle mani dei giudici stessi.

L'Ungheria con la riforma del 1989 ha compiuto una transizione verso un regime democratico, tale riforma ha consentito al sistema ungherese di passare da un modello di amministrazione della giustizia di tipo ministeriale ad uno compiutamente consiliare. L'articolo 50 della Costituzione del 1989 ha previsto l'istituzione del Consiglio Giudiziario Nazionale[1], effettivamente introdotto dalla legge sull'Organizzazione e l'amministrazione delle corti del 1997[2]. Con la transizione ad un sistema democratico la titolarità delle competenze che hanno ad oggetto lo status dei giudici, ad. es. reclutamento, promozioni, retribuzione, responsabilità, sono state trasferite dall'esecutivo ad un organo indipendente a composizione mista di membri togati e laici. L'adesione al modello consiliare ha consentito al sistema ungherese di soddisfare gli standard internazionali ed europei relativi all'indipendenza della magistratura[3].

La seconda riforma generale della magistratura è avvenuta con l'entrata in vigore della nuova Costituzione, la Legge Fondamentale, nel 2012[4]. La riforma della magistratura ha rappresentato un elemento centrale del processo di mutamento con il quale è stato introdotto un sistema 'ibrido'[5]. Si prevede l'istituzione di un Ufficio

[1] Országos Igazságszolgáltatási Tanács (OIT).

[2] Legge n. 87 del 1997 sulla Organizzazione e l'amministrazione delle corti (artt. 34-59).

[3] Penasa, *L'amministrazione della giustizia in Ungheria: un sistema istituzionale 'bicefalo' di derivazione 'democratico-illiberale'*, in *Gli organi di governo autonomo della magistratura: un'analisi comparativa*, Saggi-DPCE online, 2020/4.

[4] La Legge Fondamentale di Ungheria (25 Aprile 2011).

[5] *Ibid.*, Penasa.

Nazionale per la Magistratura[6], presieduto da un giudice nominato a maggioranza assoluta dal Parlamento, al quale la nuova Costituzione attribuisce 'le responsabilità fondamentali dell'amministrazione delle corti ordinarie', limitando il ruolo del Consiglio Giudiziario Nazionale[7] ad una funzione di mero controllo dell'amministrazione centrale, di cui risulta titolare il Presidente dell'Ufficio Nazionale. Tale assetto costituzionale rivela la volontà politica di introdurre un sistema organizzativo 'ibrido', caratterizzato dalla coesistenza tra un organo di nomina parlamentare e un rappresentante della magistratura, all'interno del quale le funzioni che più incidono sullo status dei giudici, e.g. decisioni su carriere, trasferimenti, nomine, giudizi disciplinari dei magistrati, siano attribuite in via esclusiva al primo, relegando il secondo a funzioni meramente consultive e di controllo[8].

La ridefinizione dell'assetto istituzionale avvenuta a livello costituzionale trova conferma anche a livello legislativo, al quale la 'Costituzione nuova'[9] rinvia per la concreta attribuzione ai due organi citati delle funzioni in materia. Dalla legge organica n. 61 del 2011 è stata realizzata un'assoluta concentrazione in un organo monocratico – il Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura – di tutte le competenze relative allo status dei giudici, alla organizzazione e al budget degli uffici giudiziari. Allo stesso tempo, la legge declina la partecipazione all'amministrazione della giustizia da parte del Consiglio Giudiziario Nazionale in termini esclusivamente accessori rispetto alle funzioni attribuite al Presidente.

Rispetto a questa ultima riforma complessa del sistema giudiziario ungherese la Commissione di Venezia ha espresso valutazioni fortemente critiche[10]. In particolare, la Commissione ha affermato che la concentrazione di poteri in un organo monocratico e la contestuale compressione del ruolo del Consiglio non solo finiscono con il contraddire gli standard europei in materia di organizzazione della giustizia, relativi al rispetto dell'indipendenza dei giudici, ma risultano difficilmente compatibili anche con la tutela effettiva del diritto a un processo giusto garantito dall'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[11]. L'indipendenza del sistema giudiziario e dei giudici ungheresi é ancora un oggetto molto importante del dialogo in corso relativo allo stato di diritto tra la Commissione Europea e il Governo ungherese.

2. L'amministrazione degli organi giudiziari ungheresi.

L'amministrazione centrale dei tribunali è di competenza del Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura, coadiuvato dai vicepresidenti. L'operato amministrativo del Presidente è soggetto alla vigilanza del Consiglio Nazionale Giudiziario. Il Presidente dell'Ufficio è responsabile del

[6] Országos Bírósági Hivatal (OBH).
[7] Országos Bírói Tanács (OBT).
[8] Vörös, *The Constitutional Landscape after the Fourth and Fifth Amendment of Hungarian Fundamental Law*, cit., 2 ss.; Commissione di Venezia, *Parere sul Quarto emendamento della Legge Fondamentale*, 14-15 giugno 2013, 16 ss.
[9] La Legge Fondamentale di Ungheria (25 Aprile 2011) Articolo 25.
[10] Commissione di Venezia Parere n. 663/2012, *Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Renumeration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary*.
[11] *Rule of Law Report 2020* capitolo dedicato all'Ungheria.

funzionamento e dell'efficienza dell'amministrazione centrale, deve assicurare che quest'ultima, come previsto dalla legge, svolga le proprie mansioni nell'osservanza del principio costituzionale dell'indipendenza giudiziaria. Nell'esercizio delle sue funzioni il Presidente adotta decisioni, regolamenti e raccomandazioni. Il Presidente dell'Ufficio è eletto dal parlamento nazionale – a maggioranza dei due terzi dei deputati – su proposta del Presidente della Repubblica e la carica può essere rivestita soltanto da un giudice.

Il Consiglio Nazionale esercita la vigilanza sull'amministrazione centrale dei tribunali ed è composto da 15 membri. Ne fa parte d'ufficio il Presidente della Corte suprema mentre gli altri 14 giudici sono eletti da e tra i membri dell'assemblea dei giudici delegati.

In Ungheria la giustizia è amministrata dai seguenti organi giudiziari:

- la Corte suprema (Kúria),
- le corti d'appello regionali (5),
- i tribunali regionali (20),
- i tribunali locali (107) e distrettuali (secondo i distretti di Budapest (6))

La competenza giurisdizionale dei tribunali corrisponde in generale alle suddivisioni amministrativo-territoriali del paese. I tribunali locali in campagna e distrettuali a Budapest esercitano la loro giurisdizione in primo grado per i casi civili e penali, e giudicano in composizione monocratica. I tribunali regionali si occupano dei casi civili, penali, amministrativi e del lavoro in primo grado, ove previsto in tal senso dalla legge, e decidono sui ricorsi in appello presentati contro le sentenze dei tribunali locali e distrettuali. I tribunali regionali in primo grado giudicano in composizione monocratico e in secondo grado in composizione collegiale di tre giudici.

Le Corti d'appello regionali si occupano dei ricorsi in appello presentati contro le decisioni dei tribunali regionali, sono composte dalle divisioni penale, civile, amministrativo, lavoro e giudicano in composizione collegiale di tre giudici.

Il titolare dell'amministrazione dei tribunali e delle corti è sempre il presidente, e ogni tribunale regionale e corte d'appello ha il suo consiglio giudiziario e la seduta plenaria.

La Corte suprema, con sede a Budapest, è la massima autorità giudiziaria in Ungheria, che garantisce l'uniformità di applicazione del diritto da parte dei tribunali e, a tal fine, adotta decisioni di armonizzazione del diritto che sono vincolanti per tutti i tribunali. Il presidente della Corte suprema è eletto dal parlamento nazionale – a maggioranza dei due terzi dei deputati – su proposta del Presidente della Repubblica. La carica di presidente della Corte Suprema può essere rivestita soltanto da un giudice. La Corte Suprema esamina (nei casi previsti dalla legge) i ricorsi presentati contro le decisioni dei tribunali e delle corti di appello regionali, esamina le istanze di revisione, adotta decisioni di uniformità vincolanti, esamina la giurisprudenza che emerge dalle cause definitivamente chiuse, analizza e riesamina la prassi giurisprudenziale dei tribunali, pubblica decisioni e risoluzioni in materia di principi giuridici. È composta da collegi giudicanti e collegi preposti all'armonizzazione del diritto e da sezioni penale, civile e amministrativo.

La Corte Suprema è indipendente dall'amministrazione del Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura, la sua amministrazione compete al Presidente della Corte Suprema, nominato a maggioranza assoluta dal Parlamento.

II. Percorso di accesso alla magistratura.

1. I requisiti prescritti dalla legge per l'ammissione al concorso.

La garanzia della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario si ritrova, da un lato, nelle condizioni strutturali e, dall'altro, nelle caratteristiche del personale. Come condizioni strutturali si considerano la produzione legislativa (e.g. le procedure giudiziarie, la situazione costituzionale dei tribunali, la gestione dei tribunali, la distribuzione dei poteri di controllo) e le condizioni di lavoro (e.g. la gestione del personale degli uffici giudiziari, il carico di lavoro del personale, le infrastrutture personali e materiali). Un fattore chiave nel funzionamento del sistema giudiziario è il fattore "umano", che significa il sistema di selezione, nomina e promozione dei giudici. Evidentemente il modo in cui si accede alla magistratura e il potere di decidere sulla carriera di un giudice possono avere un impatto fondamentale sulla qualità del giudizio[12].

Una parte importante della riforma giudiziaria menzionata precedentemente è stata la modifica sostanziale della procedura di selezione dei giudici introdotta dalla legge n. 162 del 2011[13]. Alla magistratura professionale si accede per concorso pubblico, che assicura un procedimento trasparente, sulla base di soli requisiti di capacità e merito. Per diventare giudice di livello superiore (corti d'appello e Corte Suprema) non esiste una procedura diversa, i giudici dei livelli inferiori della magistratura (tribunali distrettuali o tribunali regionali) accedono ai tribunali superiori mediante il concorso pubblico, secondo le regole generali applicati per tutti.

I requisiti previsti dalla legge e verificati insieme con la domanda per essere nominato magistrato sono i seguenti: il candidato (i) ha più di 30 anni; ii) ha la cittadinanza ungherese, iii) possiede la piena capacità giuridica e la capacità di agire definita dal codice civile, iv) é in possesso di una laurea in giurisprudenza; v) ha espletato il periodo di 3 anni di tirocinio forense vi) ha superato l'esame di specializzazione (in materia di diritto penale e procedura penale, diritto civile e procedura civile, diritto amministrativo, diritto del lavoro e della previdenza sociale e diritto comunitario), (vii) dopo l'esame di specializzazione ha svolto almeno 1 anno di esperienza lavorativa forense *e.g.* segretario di tribunale o avvocato, notaio, pubblico ministero o pubblico ufficiale, viii) ha presentato la dichiarazione sul proprio patrimonio richiesta dalla legge, ed (ix) risulta idoneo ad agire come giudice sulla base del risultato 'dell'esame d'idoneità'.

ad v) Il periodo di tirocinio

Il percorso classico per diventare magistrato inizia con lo svolgimento di un tirocinio giudiziario, che al quale si accede tramite un altro concorso pubblico[14], diverso dal concorso in relazione a un posto vacante di magistrato ordinario. La selezione è attuata mediante esame scritto e orale in materie

[12] Bencze, Badó (2016): *A magyar bírósági rendszer hatékonyságát és az ítélkezés színvonalát befolyásoló strukturális és személyi feltételek*, in: *A magyar jogrendszer állapota*, MTA-TKJTI, 2016, 14_Bencze_Matyas_Bado_Attila.pdf (tk.hu), 14_Bencze_Matyas_Bado_Attila.pdf (tk.hu).

[13] Legge organica n. 161 del 2011 in materia di 'Organizzazione e amministrazione delle corti' e la legge organica n. 162 del 2011 in materia di 'Status e retribuzione dei giudici'.

[14] Decreto del Ministro della Giustizia n.11 del 1999.

giuridiche. Il concorso è bandito periodicamente dal Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura nella Gazzetta Ufficiale. Il contenuto e la valutazione dell'esame spettano al Presidente[15], ma il candidato viene nominato tirocinante dal Presidente del tribunale nel cui territorio è stata presentata la domanda dell'applicazione.

I vincitori del concorso assumono la qualifica di 'tirocinante di tribunale' e svolgono il periodo di tirocinio, della durata complessiva di 3 anni, articolato in corsi di approfondimento teorico-pratico e sessioni presso uffici giudiziari. I tirocinanti frequentano tutti gli uffici giudiziari, affiancando i magistrati tutor già in servizio nello svolgimento delle funzioni giudiziarie. I corsi teorici si tengono presso il tribunale regionale, nel cui territorio il tirocinante é stato nominato e la materia della formazione professionale dei tirocinanti è disciplinata dal decreto del Ministro della Giustizia. L'attività svolta durante il periodo di tirocinio è valutata dai tutor nominati dal Presidente del tribunale regionale. Il tirocinante di tribunale non esercita funzioni giudiziarie.

Si nota che sono ammessi a partecipare al concorso per un posto vacante di magistrato ordinario anche quelli che hanno espletato il loro tirocinio in un altro campo legale, *e.g.* studio legale di avvocati o notarile, ma durante la loro valutazione professionale dal consiglio giudiziario questo possa essere uno svantaggio.

ad vi) L'esame di specializzazione

Concluso il periodo del tirocinio e se la valutazione del tirocinante è positiva, il candidato può presentare la domanda per l'esame di specializzazione organizzato dal Ministero della Giustizia[16]. L'esame si divide in tre parti secondo le materie dell'esame, che materie sono: 1. diritto penale, procedura penale, diritto penitenziario, diritto delle contravvenzioni, 2. diritto civile e di famiglia, diritto commerciale e fallimentare, procedura civile 3. diritto amministrativo, diritto costituzionale, diritto comunitario, diritto del lavoro e della previdenza sociale.

L'esame di specializzazione è uniforme per tutti i laureati in giurisprudenza che hanno completato i 3 anni di pratica forense (magistrati, avvocati, pubblici ministeri, notai, etc.). La commissione esaminatrice è composta da professionisti provenienti da tutti i campi legali (*e.g.* giudici, avvocati, professori universitari, pubblici ministeri, pubblici ufficiali) che hanno almeno dieci anni di esperienza professionale legale e hanno superato l'esame di specializzazione. I membri della commissione sono nominati dal Ministro della Giustizia per un periodo di cinque anni.

ad vii) Segretario di tribunale

Dopo il superamento dell'esame di specializzazione il percorso classico per diventare magistrato continua con la nomina del candidato a 'segretario di tribunale'. Il segretario esercita certe funzioni giudiziarie previste dalla legge nel settore penale (*e.g.* nei casi delle contravvenzioni e, nel settore civile, nei casi relativi al registro delle imprese o degli enti civili) in un modo autonomo, e aiuta anche il collabora anche al lavoro dei magistrati in tutti i settori. Il segretario di tribunale è nominato dal presidente del tribunale regionale nel cui territorio svolge la sua attività.

ad ix) L'esame d'idoneità

[15] 3/2016. (II.29.) OBH utasítás.

[16] Decreto del Ministro della Giustizia n. 5 del 1991.

L'esame d'idoneità é un esame fisico e psicologico. Sono autorizzati a gestirlo solo gli esperti professionisti (medici, psicologi e psichiatri) affiliati agli Istituti di ricerca per gli affari giudiziari e il procedimento dell'esame è stabilito da un decreto[17] comune del Ministero della Giustizia e del Ministero della Sanità Pubblica. Le parti principali dell'esame sono: l'esame fisico, l'esame psicologico e l'esame neuropsichiatrico. In ogni caso la commissione composta da tre esperti decide all'unanimità in merito all'ammissibilità, deve elaborare un parere professionale motivato e la decisione della commissione è impugnabile.

2. Il procedimento del concorso per magistrato ordinario.

Il concorso in relazione a un posto vacante di magistrato ordinario si apre con la pubblicazione del bando. In ogni caso compete al Presidente dell'Ufficio Nazionale di bandire un concorso per un posto vacante e la legge prescrive che il processo di nomina sia aperto, non discriminatorio, trasparente e deve fornire pari opportunità a ciascun candidato. Il bando del concorso è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Magistratura e sul sito web centrale dell'amministrazione della giustizia. Il candidato deve inviare la domanda e tutti i documenti di verifica dei criteri prescritti dalla legge direttamente al presidente del tribunale regionale, nel cui circondario il posto vacante si trova, indicato nel decreto di indizione. Dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande ogni candidato è ascoltato dal consiglio giudiziario del tribunale regionale o della corte di livello superiore.

Dopo aver ascoltato i candidati, il consiglio giudiziario valuta i documenti presentati e la capacità professionale del candidato assegnando punti e, secondo il numero totale dei punti in classifica, indica il miglior candidato. Nella valutazione dei candidati sono presi in considerazione i criteri determinati dal decreto ministeriale[18] in cui sono determinati anche i punti di valutazione assegnati ai singoli criteri:

- la durata dell'esperienza lavorativa in un campo legale (max. 26 punti),
- la valutazione del tirocinio e la valutazione del lavoro di segretario di tribunale (max. 20 punti) o per un posto di magistratura superiore la valutazione di professionalità (max. 24 punti),
- il risultato dell'esame di specializzazione (max.10 punti),
- il titolo scientifico (max. 20 punti),
- il risultato di una formazione post-laurea relativamente alla materia in cui il candidato svolgerà la sua funzione come giudice (max. 15 punti),
- i viaggi di studio all'estero (max. 5 punti),
- le competenze linguistiche (max. 10 punti),
- le pubblicazioni su argomenti giuridici (max. 5 punti) e altre attività professionali (max. 20 punti) che possono essere prese in considerazione sempre relativamente alla materia in cui il candidato svolgerá la sua funzione come giudice.

Nel caso di un concorso per la nomina a magistrato superiore, un ulteriore criterio

[17] Decreto comune del Ministero della Giustizia e del Ministero della Sanità Pubblica n. 1 del 1999.

[18] Decreto del Ministro della Giustizia (KIM) n. 7 del 2011.

di valutazione è il parere della divisione o sezione del tribunale o di corte d'appello o della Corte Suprema di cui diventerà giudice il candidato vincitore del concorso (max.20 punti). Dopo aver ascoltato il candidato anche il consiglio giudiziario del tribunale lo valuta (max. 10 punti).

Al consiglio giudiziario del tribunale non é consentito di discostarsi dalla graduatoria dei candidati, ma se due o più candidati raggiungono la stessa quantità di punti, il consiglio giudiziario stabilisce l'ordine tra i candidati con una decisione motivata. Il consiglio manda le domande e l'ordine dei candidati al presidente del tribunale regionale. Se il presidente del tribunale è d'accordo con la graduatoria dei candidati, trasmette le domande e la graduatoria al Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura. Nel caso in cui il presidente del tribunale non sia d'accordo con la graduatoria dei candidati, deve motivare la sua decisione di proporre un candidato diverso dal candidato arrivato al primo posto.

Il risultato del concorso alla fine è deciso dal Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura o, nel caso di un concorso per la Corte Suprema, dal Presidente della Kúria. Se il Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura accetta il candidato arrivato al primo posto della graduatoria, presenta la domanda di nomina al Presidente della Repubblica. Il Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura può discostarsi dalla graduatoria e proporre il secondo o il terzo classificato per la nomina al posto vacante, ma in questo caso deve motivare la decisione e inviare la sua proposta prima al Consiglio Giudiziario Nazionale per il suo accordo.

I candidati per la prima volta sono nominati magistrati dal Presidente della Repubblica. Nel caso di una domanda per un tribunale o corte superiore il vincitore del concorso è trasferito dal Presidente dell'Ufficio Nazionale per la Magistratura e nel caso di un concorso per la Corte Suprema il vincitore é nominato dal Presidente della Corte Suprema. La decisione sulla nomina del candidato è sempre pubblicata nella Gazzetta Ungherese e il candidato deve prestare giuramento prima di iniziare l'attività giudiziaria. Per la prima volta il giudice è nominato per un periodo determinato di tre anni e dopo la prima valutazione positiva sarà nominato per un periodo indeterminato.

Nel 2019 è entrata in vigore una modifica[19] della legge n. 162 del 2011 sullo 'Status e retribuzione dei giudici' che prevede un'eccezione per i giudici della Corte Costituzionale, eletti a maggioranza assoluta del Parlamento, che sono nominati magistrati della Corte Suprema dalla Presidente senza partecipare al concorso generale. Questa recente modifica è stata fortemente criticata dalla Commissione Europea nelle Relazioni sullo Stato di diritto degli ultimi anni.

Infine, viene si evidenzia che la legge ungherese prevede seri requisiti per quanto riguarda la condotta sociale dei giudici. Secondo le esperienze relativamente recenti del passato socialista, l'attività politica dei giudici è generalmente proibita, ciò significa che la partecipazione ad attività politiche e l'appartenenza ad associazioni o organizzazioni politici sono vietati dalla legge. Oltre al loro lavoro professionale, i giudici sono autorizzati ad impegnarsi solo con le attività scientifiche, educative, di coaching, arbitraggio, artistiche, editoriali e tecnologiche, o altre attività protette dalla legge sulla proprietà intellettuale. La legge specifica che i giudici sono autorizzati a svolgere le

[19] Legge n. 127 del 2019.

attività sopramenzionate solo se tale attività non mette in pericolo la loro indipendenza e imparzialità e non ostacola l'adempimento dei loro obblighi giudiziari.

Un'altra caratteristica particolare del sistema giudiziario ungherese, che ha anche le sue origini nel passato socialista è, che diversamente che in molte altre parti del mondo, nei tribunali ungheresi tra i giudici le donne sono in maggioranza rispetto agli uomini. Poi secondo il rapporto annuale 2017 della Commissione Europea in Ungheria ci sono circa 30 giudici per ogni 100 mila ungheresi. La relazione annuale della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ) ha valutato i sistemi giuridici nel 2022 e ha comunicato una relazione rispetto a tutti i paesi europei sulla base dei dati del 2012 e del 2020.

In Ungheria la ripartizione dei posti tra i giudici donne e uomini secondo CEPEJ:

	Giudice	Presidenti di tribunale	Procura	Titolari dell'Ufficio della Procura
2012	Donne - 69 % Uomini – 31 %	Donne - 53 % Uomini – 47 %	Donne - 59 % Uomini – 41 %	Donne - 38 % Uomini – 62 %
2020	Donne - 69 % Uomini – 31 %	Donne - 53 % Uomini – 47 %	Donne - 60 % Uomini– 40 %	Donne - 42 % Uomini – 58 %

Source: European judicial systems CEPEJ Evaluation Report (2022: 65)

Per quanto riguarda i motivi storici e sociologici bisogna ricordare che prima della seconda guerra mondiale le donne non avevano la possibilità di studiare e laurearsi alle università. Dopo la guerra è diventata più comune che le donne studiassero e avessero più possibilità di fare carriera, ma in Ungheria per circa 40 anni la filosofia comunista determinava e limitava la libertà del pensiero, il che valeva anche per il sistema giudiziario. Nell'ambiente comunista i giudici tradizionalmente lavoravano più come pubblici ufficiali che come giudici indipendenti, e la formazione dei magistrati ovviamente non sosteneva l'approfondimento del principio dell'indipendenza della magistratura. Tradizionalmente sembra che le donne si adattino meglio a lavorare in un modo burocratico e, secondo alcuni autori[20] ungheresi, per le donne laureate è sempre stato più facile fare carriere nei campi in cui si guadagna meno, perché gli uomini semplicemente si ritirano dalle carriere mal pagate. Tra i laureati in giurisprudenza, la maggior parte delle donne lavora in campo giudiziario. Come sopra menzionato i giudici ungheresi hanno possibilità molto limitate di impegnarsi con altre attività e i loro stipendi tradizionalmente sono molto bassi rispetto alle altre carriere legali.

La situazione è migliorata dalla metà degli anni 90, e nel 2019 il Ministro della Giustizia ungherese ha annunciato l'aumento degli stipendi dei magistrati di oltre il 60%. Negli ultimi anni il numero di uomini è aumentato nel sistema giudiziario, ma rimane ancora inferiore rispetto al numero delle donne. Dobbiamo ancora aggiungere il vantaggio dell'orario flessibile del lavoro, la possibilità di 'home office' che in Ungheria esisteva nel sistema giudiziario già in un'epoca in cui per altri campi di lavoro ancora non era assolutamente riconosciuta questo modo di lavoro, la chiusura estiva e invernale dei tribunali, e si capisce facilmente perché la carriera giudiziario fosse più attraente per le donne che per gli uomini.

Infine, si nota che diversamente dal sistema italiano in Ungheria il pubblico ministero non è un organo della magistratura ordinaria, non è un giudice. La Procura

[20] Laczó, Madarasi, *Dominance of female judges in the courts of Hungary – A different path to the development of women's equality*, 2022. Legge n. 164 del 2011.

della Repubblica ungherese è un'autorità indipendente prevista dalla Costituzione, soggetta soltanto alla legge. È presieduta e amministrata dal Procuratore generale, nominato a maggioranza assoluta dal Parlamento. I procuratori sono nominati dal Procuratore Generale, ma i percorsi di accesso alla procura sono molto simili all'accesso alla magistratura[21].

Anna Madarasi

[21] Legge n. 164 del 2011.

3. L'accesso alla magistratura francese

Sommario: **1.** L'accesso in qualità di uditore giudiziario. – **1.1.** La selezione. – **1.2.** La formazione di 31 mesi. – **2.** L'accesso attraverso il *concours complementaire*. – **3.** L'integrazione diretta nel corpo della magistratura.

In un momento in cui la magistratura francese è in piena riflessione su sé stessa e sulle difficili condizioni di lavoro, è utile fare qualche riflessione sulla composizione e le modalità di accesso alla stessa.

Lo scopo del legislatore francese è stato quello di assicurare, nei limiti del possibile e in modo sempre più accentuato, la diversificazione dell'accesso al corpo della magistratura.

La regolamentazione dell'accesso alla magistratura francese si rinviene, oltre che nelle basi costituzionali, nell'*ordonnance* n° 58-1270 del 22 dicembre 1958 costituente legge organica relativa allo statuto della magistratura (di seguito, l'*ordonnance*)[1].

Occorre innanzitutto distinguere le modalità di accesso a seconda del fatto che permettano di integrare la magistratura in qualità di uditore giudiziario[2] (I) o direttamente in qualità di magistrato (III). Sussiste peraltro un'ulteriore *voie latérale*: il *concours complémentaire* (II)[3].

1. L'accesso in qualità di uditore giudiziario.

Le modalità per diventare uditore giudiziario, e così beneficiare della formazione completa dell'*Ecole Nationale de la Magistrature*, sono duplici: (1) i concorsi; (2) l'accesso sulla base dei titoli di studio[4], detta anche *voie latérale*. Queste due modalità, che sono a loro volta suddivisibili in funzione dei candidati che vi possono accedere, permettono di effettuare un periodo di formazione di 31 mesi.

1.1. La selezione.

Sussistono quattro modalità di accesso che permettono di effettuare la formazione completa all'ENM.

[1] Vi sono altre fonti relative all'accesso alla magistratura come il decreto n° 2001-1099 del 22 novembre 2001 relativo alle modalità di assunzione dei magistrati previsto all'articolo 21-1 dell'ordonnance, il decreto del 22 novembre 2001 come modificato dai decreti del 19 aprile 2011, del 10 marzo 2016, del 24 luglio 2018 e de 10 aprile 2019 relativi ai concorsi per l'assunzione dei magistrati previsti all'articolo 21-1 dell'ordonnance.

[2] Tale titolo, sebbene non sussista più in diritto italiano, permane in diritto francese e non vi sono, almeno attualmente velleità governative o di settore, volte a modificare tale denominazione.

[3] Per un esame generale della commissione volta a effettuare la selezione dei candidati, vedasi l'ultima relazione disponibile: https://lajusticerecrute.fr/sites/default/files/2023-01/Rapport%20d%27activit%C3%A9%202021-2022.pdf.

[4] Articolo 15 de l'*ordonnance*.

A. Il primo concorso

Il primo concorso è destinato principalmente agli studenti con poca esperienza professionale. I candidati a questo concorso devono:

(a) avere massimo 31 anni;
(b) essere di nazionalità francese;
(c) essere titolari di un diploma di studi giuridici di almeno quattro anni;
(d) beneficiare dei diritti civici ed essere di "buona moralità";
(e) trovarsi in posizione regolare con il servizio civico nazionale;
(f) essere di sana e robusta costituzione[5].

Questi candidati superano un concorso pubblico, composto da una fase scritta e una fase orale.

Si tratta della parte più importante degli uditori giudiziari, in quanto costituiscono i candidati più numerosi. Sotto una tabella riprende i dati relativi agli uditori giudiziari delle ultime promozioni che hanno superato questo concorso.

Promozione	Candidati	Presenti	Dopo le prove scritte	Ammessi
2020	2433	1832	380	222
2021	2399	1722	350	196
2022	2474	1862	275	150
2023	2770	2112	352	231

B. Il secondo concorso

Il secondo concorso è destinato agli impiegati pubblici che dispongono di almeno quattro anni di qualsiasi esperienza (ovviamente nel settore pubblico) al 1° gennaio dell'anno in cui il concorso è superato[6]. Il limite di età per tentare questo accesso è fissato a 48 anni e 5 mesi.

Promozione	Candidati	Presenti	Dopo le prove scritte	Ammessi
2020	266	100	36	20
2021	502	184	56	46
2022	520	238	55	35
2023	630	285	64	47

C. Il terzo concorso

Il terzo concorso è destinato a coloro che possono giustificare almeno otto anni di esperienza di attività professionale nel settore privato, di mandato elettivo o di funzioni giurisdizionali[7]. Il limite di età per tentare questo accesso è fissato a 40 anni.

Promozione	Candidati	Presenti	Dopo le prove scritte	Ammessi
2020	139	40	11	8
2021	215	65	11	8
2022	244	87	18	10
2023	214	71	15	7

D. L'accesso sulla base dell'articolo 18-1 dell'ordonnance[8]

Si tratta di un accesso all'uditorato sulla base dei titoli di studio. È destinato a coloro che dispongono di almeno quattro anni di esperienza professionale e che:

(a) rispettano le condizioni previste per i candidati al primo concorso;
(b) dispongono di un titolo di un titolo di studi giuridici di almeno quattro anni;
(c) hanno sostenuto con successo una tesi di dottorato e che hanno quattro anni di esperienza professionale o che hanno

[5] Articolo 16 dell'*ordonnance*.
[6] Articolo 17 dell'*ordonnance*.
[7] *Ibid.*
[8] Questa modalità è stata sostanzialemente modificata dalla legge 20203 -1058 del 20 novembre 2023, legge che non era stata ancora adottata al momento della redazione orginaria del presente articolo. A partire dal 2025, questa via di accesso è sostituita da un concorso professionnale le cui modalità non sono ancora state precisate. Pertanto, l'articolo 18-1 è stato abrogato e il concorso professionale si ritrova al futuro articolo 23 dell'ordonnance.

tre anni di esperienza in qualità di assistente giudiziario o che hanno esercitato delle funzioni di insegnamento per almeno tre anni[9].

In tal caso, sebbene non sussista un vero e proprio concorso, i candidati devono sostenere un minimo di tre ed un massimo di cinque colloqui di cui uno con i magistrati della Commission d'Avancement.

Gli uditori giudiziari selezionati sulla base di tale accesso su titoli non possono essere superiori, in numero, ad un terzo di quelli selezionati sulla base dei tre concorsi summenzionati.

Per visualizzare meglio come sono composte le diverse "*promotions*" negli anni, in funzione della diversità del modo di accesso, si possono rinvenire sotto i dati statistici degli ultimi anni:

Promozione	ADJ totali	Primo concorso	Secondo concorso	Terzo concorso	Ammissione su titoli e qualifiche
2020	297	223 (75,08%)	18 (6,06%)	7 (2,36%)	49 (16,5%)
2021	335	196 (58,51%)	48 (14,33%)	8 (2,39%)	83 (25,28%)
2022	261	151 (57,85%)	35 (13,41%)	10 (3,83%)	65 (24,9%)
2023	380	233 (61%)	45 (12%)	7 (2%)	95 (25%)

1.2. La formazione di 31 mesi.

Attualmente, il governo e la stessa scuola della magistratura stanno modificando le sequenze della formazione. Tuttavia, ad oggi, la formazione assicurata dall'Ecole Nationale de la Magistratura è composta come segue[10]:

- 8 mesi di formazione generica all'ENM sita a Bordeaux: gli insegnamenti, principalmente di natura pratica, sono attualmente dispensati da magistrati, avvocati, cancellieri e/o funzionari in funzione dell'apporto desiderato;
- 1 settimana di immersione in un tribunale;
- 1 settimana di tirocinio presso un servizio di polizia;
- 1 settimana di tirocinio presso un servizio di gendarmeria;
- 12 settimane di tirocinio presso un avvocato;
- 32 settimane di formazione generica;
- 2 settimane di tirocinio presso un centro penitenziario;
- 38 settimane di tirocinio generico presso un tribunale;
- 3 settimane di tirocinio presso partner giudiziari (ufficiali giudiziari, servizi di reinserzione e accompagnamento criminalità giovanile);
- 7 settimane di tirocinio pressi enti non-giudiziari e/o presso istituzioni internazionali o istituzioni giudiziarie estere;
- 1 settimana per graduatoria e scelta della prima sede;
- 4 settimane di formazione specifica;
- 1 settimana di tirocinio presso una Corte di appello;
- 11 settimane di tirocinio specifico.

Durante questa formazione gli uditori giudiziari sono sottoposti a delle valutazioni:

- le prove che sanciscono il termine della formazione generica (previste nel mese di febbraio N+1): una prova di diritto penale, una prova di diritto civile e una prova di inglese. La prova di inglese consiste nel superamento della prova di inglese TOEIC (Test of English for International Communication;
- le prove pratiche (gennaio-marzo N+2): la tenuta di un'udienza penale, la tenuta

[9] Articolo 18-1 dell'*ordonnance*.

[10] Accessibile al seguente indirizzo: https://www.enm.justice.fr/sites/default/files/sequencage_fi.pdf. Tuttavia, tale decomposizione può leggermente variare di anno in anno.

di un'udienza civile e la tenuta di requisitorie orali in qualità di pubblico ministero;
- le prove che sanciscono il termine del tirocinio generico (gennaio N+2): la redazione di una sentenza civile, la redazione di requisitorie scritte e una prova orale di deontologia e attualità giuridica.

Per interesse comparativo con il sistema italiano, è possibile fare due osservazioni.

La graduatoria in base alla quale gli uditori giudiziari francesi scelgono la loro prima sede è unica per tutte le modalità di accesso ed è determinata dalle votazioni ottenute alle sei prove su menzionate. In effetti, a differenza del sistema italiano, la graduatoria di "*entrata*" non ha alcun valore per la graduatoria di '*uscita*", essendo la stessa determinata esclusivamente dalle valutazioni espresse durante tutto il tirocinio.

Inoltre, al termine della formazione presso l'ENM, vi è la possibilità per la commissione che valuta gli uditori di considerare che il candidato debba ripetere il periodo di tirocinio generico o che debba essere escluso in quanto inidoneo alle funzioni giurisdizionali. Merita specificare che il tasso di tali situazioni resta decisamente basso.

2. L'accesso attraverso il *concours complementaire*.

Per poter accedere alle magistrature sussiste anche la possibilità di superare il cosiddetto "*concours complémentaire*" destinato alle persone che:
- hanno meno di 35 anni di età;
- dispongono di almeno sette anni di esperienza professionale nel campo giuridico.

La formazione in tal caso è di una durata di 12 mesi strutturata come segue:
- 1 mese di formazione generica;
- 6 mesi di tirocinio generico in un tribunale;
- 1 mese di formazione specifica;
- 3 mesi di tirocinio specifico.

In questo caso, il tirocinio è considerato come un periodo di prova, la graduatoria di "uscita" è la medesima della graduatoria di "entrata" ed i candidati devono effettuare, al termine del periodo di formazione, un colloquio volto a valutare l'idoneità del candidato alle funzioni giurisdizionali.

Il carattere probatorio del tirocinio e il fatto che i candidati siano considerati, durante lo stesso, dei magistrati in tirocinio e non degli uditori giudiziari, permette quindi di qualificare tale sistema di accesso come ibrido.

3. L'integrazione diretta nel corpo della magistratura.

Esiste infine una modalità di accesso riservata a coloro che hanno già un'esperienza professionale giuridica di almeno 7 anni volta ad integrare la magistratura in modo diretto, senza quindi effettuare il periodo di formazione presso l'ENM.

La disciplina di tale modalità di accesso si rinviene all'articolo 22 dell'*ordonnance* del 1958[11].

[11] Questa modalità è stata sostanzialemente modificata dalla legge 20203 -1058 del 20 novembre 2023, legge che non era stata ancora adottata al momento della redazione orginaria del presente articolo. A partire dal 2025, questa via di accesso è sostituita da un concorso professionnale le cui modalità non sono ancora state precisate. Pertanto, l'articolo 18-1 è stato abrogato e il concorso professionale si ritrova al futuro articolo 24 dell'ordonnance.

[*] Giudice presso il Tribunale di Créteil.

In tal caso, previa una selezione dei candidati sulla base dei titoli, i candidati effettuano sei mesi di tirocinio generico presso un tribunale, durante il quale sono valutati nelle funzioni svolte. Al termine di tale tirocinio e di un colloquio generale, viene espresso un parere sull'idoneità o non idoneità del candidato all'integrazione diretta.

Si tratta, anche in questo caso di un tirocinio di prova, tuttavia i candidati integrano direttamente la magistratura, senza effettuare il periodo di formazione (generica e specifica) all'ENM.

Antonio Musella*

4. L'accesso alla magistratura in Giappone*

Sommario: **1.** L'esame di abilitazione alla professione forense. – **2.** La formazione giuridica. – **3.** La riforma del sistema giudiziario. – **4.** Reclutamento dei magistrati. – **5.** La formazione dei giudici dopo la nomina. – **6.** Formazione dei procuratori dopo la loro elezione.

Esiste in Giappone un sistema comune di formazione dei professionisti del diritto, ed in particolare per le tre professioni giuridiche (giudice, procuratore, avvocato). Le qualifiche per diventare magistrato e avvocato sono infatti le stesse. Più precisamente, è necessario superare l'esame di abilitazione alla professione forense e completare una formazione giuridica.

1. L'esame di abilitazione alla professione forense.

Le qualifiche necessarie per accedere all'esame di abilitazione alla professione forense sono *(i)* un diploma di laurea specialistica in una facoltà di giurisprudenza (M2) o *(ii)* il superamento dell'esame preliminare. Negli ultimi anni, il tasso di riuscita all'esame di abilitazione alla professione forense sono stati di circa il 30% e il numero di candidati che hanno superato l'esame è di circa 1500. Per quanto attiene all'esame preliminare, non ci sono requisiti di ammissibilità, ma il tasso di riuscita è inferiore al 5% e il numero di candidati che lo hanno superato è inferiore a 500. Tuttavia, con tale sistema, la persona più giovane che abbia superato l'esame di abilitazione alla professione forense ha l'età di 20 anni.

2. La formazione giuridica.

Coloro che superano l'esame di abilitazione alla professione di avvocato seguono una formazione giuridica di un anno per acquisire la pratica del diritto. Il cuore dell'insegnamento dell'apprendistato giuridico consiste nel trasmettere le conoscenze richieste per le funzioni che, rispettivamente, i tre professionisti del diritto saranno chiamati a svolgere, sotto la supervisione di professionisti che esercitano concretamente una attività giuridica, e nel sensibilizzare all'etica giuridica. Il contenuto specifico della formazione consiste in periodi di formazione e di insegnamento frontale presso quattro sedi: i tribunali (camere civili e penali), gli uffici di procura e gli studi di avvocati. Al termine della formazione giuridica, l'uditore è chiamato a superare delle prove d'esame finali, il cui tasso di riuscita è generalmente superiore al 95%.

---

* Questo contributo è stato redatto in lingua francese per Giustizia Insieme. Traduzione italiana di Sibilla Ottoni.

3. La riforma del sistema giudiziario.

All'inizio dell'anno 2000 vi è stata in Giappone una riforma dell'ordinamento giudiziario. In origine, gli esami di abilitazione alla professione legale erano accessibili agli studenti a partire dal terzo anno di università, i quali potevano candidarsi a sostenerli un numero indeterminato di volte, a prescindere dal diploma di primo ciclo di cui erano in possesso, con un tasso di riuscita di circa il 5%. In risposta a questo debole tasso di riuscita, alla carenza di risorse umane diversificate nelle professioni giuridiche e alla già sottodimensionata popolazione dei professionisti del diritto, sono state istituite delle scuole di diritto per sostenere la formazione giuridica. Inizialmente, l'aspettativa era che il tasso di successo agli esami di abilitazione alla professione forense dopo l'ottenimento del diploma della scuola di diritto si attestasse intorno al 70 o 80%, sebbene in pratica tali soglie non siano mai state raggiunte.

4. Reclutamento dei magistrati.

In Giappone, i giudici ed i procuratori appartengono a due ordini professionali distinti e non vi sono possibilità di passaggi diretti dall'uno all'altro. Conseguentemente, il reclutamento è effettuato separatamente dalla Corte suprema per i giudici e dal Ministero della giustizia per i procuratori. Il reclutamento è di norma basato sui risultati degli esami di accesso alla professione forense, dalle attitudini e dalle performance emersi durante la formazione successiva e da altri fattori. Durante la formazione, gli stagisti possono anche essere invitati dagli insegnanti degli istituti di formazione.

In tal modo, circa 80 persone ogni anno diventano giudici (giudici aggiunti) o procuratori.

5. La formazione dei giudici dopo la nomina.

I giudici giapponesi si distinguono in «giudici aggiunti» e «giudici»; i primi non possono pronunciarsi in maniera autonoma. Per diventare giudice, sono necessari almeno dieci anni di esperienza professionale, nel corso dei quali il giudice aggiunto apprende a redigere le sentenze e condurre il processo sotto la direzione di giudici di esperienza in un contesto collegiale. Esiste in ogni caso un'eccezione alla legge, che permette in effetti ai giudici aggiunti di ricoprire funzioni monocratiche già a partire dal sesto anno.

La nomina come giudice è soggetta alla valutazione del Comitato consultivo per la nomina dei giudici delle giurisdizioni inferiori, e la maggior parte di coloro che sono nominati giudici provengono dai ranghi dei giudici aggiunti, sebbene sia possibile la nomina anche tra gli avvocati.

L'Istituto di formazione giuridica è l'ente incaricato della formazione dei giudici. Sono previste delle formazioni specifiche in relazione all'anzianità di servizio e al settore di specializzazione. Inoltre, esiste una formazione in materia di insegnamento generale nonché possibilità di studiare la filosofia, la statistica, la contabilità e i sistemi giuridici stranieri.

È altresì necessario acquisire esperienze in ambiti professionali diversi rispetto alle funzioni giudicanti durante il periodo in cui si ricopre la carica di giudice aggiunto. A tal fine, i distacchi possono avvenire presso agenzie amministrative, uffici legislativi parlamentari, imprese private e studi di av-

vocati. In tal modo, i giudici ricevono una formazione che permette loro di acquisire diverse prospettive di valutazione.

I giudici sono destinati a svolgere le funzioni su tutto il territorio nazionale, e sono trasferiti ogni due o tre anni. In generale, tali trasferimenti avvengono alternativamente nella regione di elezione e in altre regioni.

6. Formazione dei procuratori dopo la loro elezione.

I procuratori ricevono una formazione adeguata all'anzianità di servizio ed al settore di specializzazione. I primi cinque anni sono normalmente considerati come un periodo di formazione: durante tale periodo, i procuratori sono affiancati a colleghi di maggiore esperienza su dossier complessi in materie quali la corruzione, l'evasione fiscale e le frodi elettorali, occupandosi contestualmente in veste di titolare di affari in materia di delitti contro il patrimonio e contro la persona nonché in materia di droga.

Nasa Isihii**

** Nasa Isihii è giudice al Tribunale di Tokyo.

5. Pensieri sparsi sul concorso in magistratura

È sempre complesso parlare del concorso in magistratura, selezione di quella parte della classe dirigente impegnata nella giurisdizione, funzione istituzionale propria di uno dei poteri dello Stato; e prova che, per questo, richiede al candidato solida preparazione, capacità espositiva, equilibrio, resistenza all'emozione e contemporaneamente pretende dall'amministrazione efficienza e progettualità, perché le attività concorsuali non vengano alterate da inconvenienti e disagi tali da limitare la possibilità dell'aspirante magistrato di esprimere al meglio le proprie potenzialità o da rendere difficoltoso alla commissione esaminatrice lo svolgimento del proprio compito con regolarità e serenità.

La recente modifica legislativa della normativa sull'ingresso in magistratura apportata con il decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144 (art. 33), non a caso in tema di realizzazione del PNRR e quindi necessariamente collegata al perseguimento dell'obiettivo di riduzione del contenzioso pendente «anche tramite la celere assunzione di nuovi magistrati», ha abbreviato i tempi del percorso per sostenere l'esame; ormai non si può più ritenere che l'accesso in magistratura sia governato (e garantito quanto a specializzazione degli aspiranti) da un concorso di secondo grado: venute meno le *referenze* consistenti nell'avvenuto conseguimento del diploma della scuola per le professioni legali, nell'abilitazione alla professione forense, nel dottorato di ricerca o nello svolgimento con successo del tirocinio presso gli uffici giudiziari, a far data dal concorso bandito con il decreto ministeriale del 18 ottobre 2022 si può accedere a sostenere la prova avendo come titolo esclusivamente la laurea in giurisprudenza.

Si è molto discusso sulla opportunità di simile riforma: l'intenzione del legislatore del 2006 (d.lgs. n. 160/06) era chiaramente quella di operare una preselezione in ammissione fondata sui titoli e quindi sul merito, nell'ambito di una complessiva rivisitazione dell'ordinamento giudiziario nella quale si prevedeva per i magistrati una periodica valutazione di professionalità ed, ai fini del conferimento degli uffici, era attribuito un limitato rilievo al criterio dell'anzianità.

Ma la delimitazione della platea dei concorrenti così perseguita era funzionale non solo all'ingresso in magistratura di elementi già in possesso di una formazione giuridica propria, bensì anche a ragioni di carattere organizzativo: eliminata la preselezione informatica che era stata introdotta con il d.lgs. n. 398/97, si intendeva contenere il numero degli ammessi alle prove allo scopo di renderle materialmente gestibili anche con un contenimento della spesa (si tenga conto che per il concorso bandito con il D.M. 29 ottobre 2019, appena concluso, erano state presentate 13.283 domande di partecipazione, mentre per il primo concorso post-riforma le domande sono state 21.768).

La diversa opzione legislativa ha comunque certamente avuto il pregio di eliminare quella che appariva essere un'inaccettabile disparità fra aspiranti magistrati fondata sul

censo, poiché i tempi non brevi per l'acquisizione del titolo abilitante alla partecipazione al concorso, uniti ai fisiologici ritardi del suo svolgimento, di fatto favorivano chi si trovasse in possesso di un'indipendenza economica che potesse consentire di dedicarsi esclusivamente e senza impedimenti alla preparazione della prova ed attendere l'esito del suo svolgimento.

Ed è invero possibile tuttavia che il neolaureato abbia maggiore vivacità e freschezza intellettuale di chi ha lasciato da anni gli studi universitari e possa quindi affrontare la necessaria preparazione e la prova di esame con brillantezza e migliori possibilità di successo, fresco di studi ma soprattutto di metodo, facendo ingresso in magistratura in un'età ancora giovane magari portatrice di quell' entusiasmo per la funzione che va sempre più scemando.

Viene qui in rilievo, immediatamente, la questione centrale della preparazione al concorso, che tuttavia non muta a seconda di quali requisiti di ammissione siano richiesti, perché per gli uni (titolati) e per gli altri (semplicemente laureati) la prova da superare è la medesima.

L'esperienza concreta ha dimostrato una assai limitata utilità, a tal fine, delle scuole di specializzazione per le professioni legali, sostanzialmente ripetitive dei corsi universitari. L'iniziativa della preparazione è rimasta dunque essenzialmente in mano al singolo ed alla sua capacità di autorganizzazione.

La scelta operata dagli aspiranti magistrati appare essere regolarmente quella di frequentare una scuola di preparazione a gestione privata (anche se spesso legittimamente facente capo a magistrati non ordinari).

È noto che intorno alla preparazione del concorso è sorta una fitta rete didattica, di regola collegata anche a specifiche iniziative editoriali concernenti codici e manuali, nella quale di regola all'insegnamento si affianca l'esperienza concreta della scrittura di elaborati con relativa correzione e, a volte, un'analisi precisa sia dello storico degli argomenti già oggetto delle tracce nei concorsi passati sia della produzione giurisprudenziale o scientifica dei componenti della commissione per riuscire a cogliere quali argomenti potranno essere oggetto del tema assegnando.

L'esperienza di presidente della commissione del concorso, ruolo che ho svolto in due diverse occasioni, mi ha indotto a meditare su quali possano essere individuati come i limiti dell'attuale metodo di preparazione.

L'impressione che ho globalmente tratto è che non si induca più lo "studente", o che questi a ciò non sia in grado di provvedere in autonomia, a conoscere e comprendere il sistema ed a ragionare per principi.

Lo studio dei principi e delle dottrine generali del diritto civile, del diritto penale e del diritto amministrativo consente invero al candidato, qualsiasi argomento venga individuato dalla commissione, di ragionare - con l'aiuto delle norme - sull'istituto intorno al quale è chiamato a discutere: e la mancanza di una preparazione sistematica si mostra palesemente quando, consistendo di regola la traccia nell'indicazione di una parte generale e di una parte più specifica a questa collegata, il candidato sia in grado di argomentare, eventualmente anche con compiutezza, sulla prima e si dimostri invece non più all'altezza sulla seconda, sì da cadere nel giudizio di inidoneità per incompletezza (parlo di incompletezza in quanto nessuna commissione ha mai dichiarato inidoneo un elaborato nel quale il candidato, pur non esponendo teorie rientranti nell' "ortodossia", abbia mostrato conoscenza della materia e capacità di argomentazione giuridica).

A mio avviso questo è il segnale di una preparazione che ormai si consuma "per compartimenti stagni": si affronta un argomento, si studia un istituto, ma senza inquadrarlo nel sistema e coglierne i collegamenti e tutte le implicazioni, pur sempre teoriche, che dai principi generali derivano nella sua applicazione ovvero nella sua "vita" nell'ordinamento.

È così tali limiti si sono palesati per esempio quando, dovendo il candidato esaminare la problematica del contratto preliminare ad effetti anticipati, non è stato poi in grado di affrontare adeguatamente le connesse questioni, al cui esame pur era chiamato dalla traccia, concernenti la tutela del promissario acquirente immesso nel godimento anticipato del bene; ovvero quando, richiesto di parlare della natura della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato, con riferimento in particolare ai delitti colposi, ha trascurato di affrontare la questione dirimente della compatibilità fra un reato per definizione "contro l'intenzione" e il presupposto di detta responsabilità consistente in una condotta posta in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Questo è momento centrale del contenuto della preparazione del concorso in magistratura: occorre conoscere i principi generali per inquadrare nel sistema che lo comprende l'istituto sul quale si è chiamati a discutere nonché mostrare nell'elaborato di essere in grado di ricostruirlo ed illustrarne caratteristiche ed applicazione, lasciando da parte qualsiasi argomentazione di contorno estranea alla traccia.

La circostanza che dopo la parentesi dovuta alla pandemia sia (ri)entrata in vigore la normativa ordinaria, la quale non opera alcun riferimento alla consegna di un "sintetico elaborato teorico" (come si leggeva nei decreti-legge n. 44/21 e 118/21), non significa certo che non debba perseguirsi l'essenzialità e che la preparazione del candidato non debba essere finalizzata anche ad affinare la capacità di esporre il proprio ragionamento con sintesi e chiarezza, così mostrando conoscenza, consapevolezza ed insieme capacità di espressione (auspicabilmente con grafia non ostile).

Né, tanto meno, può concludersi nel senso che possa essere proposto ai concorrenti, anziché un elaborato teorico, un compito con risoluzione di un caso pratico: la storia stessa del concorso e delle tracce succedutesi negli anni esclude questa eventualità e mi conferma nella considerazione, che già ho avuto modo di esternare (*Migliorare il CSM nella cornice costituzionale*, atti del convegno di Giustizia Insieme, Padova 2020, 59), per cui il concorso in magistratura debba continuare ad avere la natura di selezione di giovani giuristi; non vale ricercare che l'aspirante magistrato sappia ben confezionare un decreto ingiuntivo o un decreto di sequestro preventivo per equivalente: la prova di selezione dei magistrati deve tendere ad individuare coloro che conoscono l'ordinamento, che si orientano nel sistema, che sanno ragionare e trarre le conclusioni dai principi generali nonché discutere con linguaggio tecnico e comprensibile la questione racchiusa nella traccia del tema da svolgere.

A questo deve tendere la preparazione e questi devono prospettarsi come criteri di selezione anche nella discussione orale, in cui la varietà dei temi (diciassette materie, alcune raggruppate nel voto) consente di cogliere e valutare la cultura generale del candidato.

Tornando rapidamente alle questioni nell'ordine in cui sono state più su esposte è opportuno soffermarsi sullo svolgimento delle prove scritte, che costituiscono un momento topico non solo per il concorren-

te ma anche per il ministero della Giustizia e per la commissione esaminatrice.

Con il prossimo concorso bandito per 400 posti (DM 18 ottobre 2022) si rivede l'antico: superata l'emergenza pandemica non operano più le regole derogatrici del regime ordinario che prevedevano una contrazione del tempo a disposizione per la consegna degli elaborati (rispettivamente quattro e cinque ore nelle prove scritte tenutesi rispettivamente nel 2021 nel 2022) e la redazione, come si è detto, di un " sintetico elaborato teorico" da parte dei candidati: si torna così alle canoniche otto ore a disposizione per lo svolgimento del tema.

Si prospettano tuttavia alcune novità con riferimento alla selezione dei testi di legge consultabili durante la prova scritta, poiché il legislatore ha ritenuto di semplificare e rendere omogenea e per tanti versi più sicura un'operazione che da un lato impegna per più giorni la commissione esaminatrice ed il personale amministrativo e da un altro si mostra come possibile fonte di disparità di trattamento e comunque oggetto di controversie con le case editrici.

È noto che in base ad una risalente disposizione contenuta nell'art. 7 del regio decreto n. 1860 del 15 ottobre 1925 è consentito ai candidati di consultare durante la prova i semplici testi dei codici, delle leggi e dei decreti dello Stato da essi «preventivamente comunicati» alla commissione e da questa posti a loro disposizione «previa verifica».

Tutto ciò implica evidentemente un notevole dispendio di energie ed è fonte di disagio per gli stessi concorrenti, i quali si devono recare anche alcuni giorni prima della prova presso la sede del concorso onde eseguire detto deposito atteso che la "preventiva comunicazione" si sostanzia nella materiale presentazione alla commissione esaminatrice, da parte di ciascun candidato, dei codici e dei testi di legge dei quali egli intende servirsi per la stesura del tema; e che la "previa verifica" consiste nel controllo da parte dei commissari dei testi depositati, non potendo avere ingresso codici illustrati, annotati e/o commentati con dottrina e giurisprudenza.

Ma tale "verifica" ha assunto livelli di difficoltà - e qui si è posto il delicato problema che il legislatore si è orientato a risolvere – per la valutazione di ammissibilità di quei codici i quali, pur non dimostrando all'evidenza i caratteri vietati di illustrazione e annotazione delle norme, sono dotati di indici così diffusi e particolareggiati tali da suggerire percorsi argomentativi e dunque fornire al candidato un aiuto non consentito.

La questione ha assunto aspetti problematici sotto un duplice profilo. Innanzitutto, considerato il numero sempre elevato dei concorrenti che depositano i testi e la necessaria distribuzione dei commissari in più sottocommissioni addette alla ricezione e al controllo (pluralità che ha raggiunto livelli elevati nello svolgimento delle prove degli ultimi due concorsi, tenutesi in varie sedi) si è evidenziata la difficoltà di rendere omogenei tra le diverse commissioni, magari allocate in città diverse, i criteri di valutazione dell'atipicità o anomalia degli indici come su descritta, tenendo conto dell'ormai rilevante numero di case editrici specializzate nella pubblicazione di codici destinati essenzialmente alle prove di concorso.

Appare evidente come in siffatta situazione possa avvenire che, nonostante le sempre utili previe intese e le indicazioni tese all'uniformità provenienti dal presidente della commissione, possa essere ammessa o rifiutata da una sottocommissione l'utilizzazione di un codice che è stata invece rispettivamente rifiutata o ammessa da un'altra, con il rischio concreto di non fre-

quenti e non volute ma pur sempre deprecabili disparità di trattamento.

Peraltro il giudizio di incompatibilità con le regole legge disciplinanti l'ingresso dei testi normativi nelle aule di concorso non riguarda solamente il singolo candidato: sono particolarmente interessante a questa valutazione le case editrici, per le quali un giudizio di esclusione ha evidenti conseguenze sul piano dell'immagine e su quello economico. Da ciò un contenzioso amministrativo che ormai da tempo accompagna le decisioni delle commissioni sulla ammissibilità dei testi.

Il legislatore, come si è detto, ha inteso risolvere la questione con una disposizione che, interpolando l'art. 7 del regio decreto n. 1860 del 1925, ha previsto come alternativa alla ordinaria procedura di deposito e controllo dei codici la possibilità che il decreto ministeriale di adozione del diario delle prove scritte (il quale, per il concorso in atto, sarà pubblicato il 31 marzo 2023) consenta la consultazione dei testi normativi «mediante modalità informatiche», da individuarsi con decreto del Ministero della giustizia da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge 21 ottobre 2021, n. 147, di conversione del decreto legge n. 118/2021.

Della emanazione del predetto decreto attuativo tuttavia non si hanno ad oggi notizie: si comprende quale difficoltà sia insita non solo nella predisposizione di circa 22.000 adeguate postazioni informatiche, equivalenti al numero dei candidati che hanno presentato la domanda di partecipazione e che teoricamente potrebbero presentarsi a sostenere la prova scritta, ma anche nella individuazione di quale criterio di selezione delle norme da porre a disposizione dei candidati debba essere seguito.

Si deve riconoscere che la realizzazione di simile obiettivo risolverebbe in radice entrambi i problemi di cui si è detto, perché la banca dati sarebbe la medesima per tutti i concorrenti, così eliminando qualsiasi disparità sull'accesso alla conoscenza dei testi, e perché non si porrebbe più la questione di un'editoria privata *borderline* che offre strumenti elusivi dei divieti di legge; tuttavia sembra di comprendere che per ora l'amministrazione ministeriale non sia ancora in grado di dotarsi degli strumenti adeguati, per cui continuano a valere tutte le considerazioni sull'argomento che sono state finora svolte.

Altro momento di particolare delicatezza nelle cadenze iniziali del concorso è quello della riunione plenaria della commissione, da tenersi prima dell'inizio delle correzioni, per la fissazione dei criteri di valutazione degli elaborati.

Si deve riconoscere che la formula descrittiva dei criteri utilizzata e trascritta nei verbali è, risalendo nel tempo, sostanzialmente la medesima. Tuttavia tale riunione è un'occasione fornita ai commissari per riflettere ancora sugli argomenti proposti con le tracce, per approfondire ulteriormente i temi da svolgere rispetto a quanto già meditato in "camera di consiglio" al momento della scelta, per individuare quali possano considerarsi i punti chiave che indefettibilmente devono essere trattati dal candidato per raggiungere la valutazione di idoneità

Proprio per favorire la miglior conoscenza reciproca ed il maggior approfondimento delle questioni da parte di tutti i commissari, la riunione plenaria di cui si parla è stata nei miei concorsi l'occasione per ascoltare le relazioni, svolte dai componenti professori universitari e magistrati esperti della materia, sugli argomenti oggetto delle tracce e ricevere da loro indicazione sul materiale di studio rilevante, distribuito anche in copia per la consultazione. È invero attraverso la condivisione delle problemati-

che da affrontarsi che i criteri astrattamente definiti cominciano a prendere forma reale, e la messa alla prova dell'importanza ed efficacia dello studio comune si presenta immediatamente dopo, cioè quando, come prevede la legge, si procede alla correzione in assemblea plenaria dei compiti di almeno 20 candidati.

È in questo momento che gli astratti criteri cominciano a concretizzarsi ed a rendersi attuali di fronte alle evidenze degli elaborati.

Sono personalmente convinto che per ottenere il miglior risultato delle prime operazioni, che cinicamente si potrebbero definire "di prova", sia opportuno procedere ad una correzione comune di un "pacchetto" che vada ben al di là degli elaborati di 20 candidati; per questo motivo le mie commissioni hanno superato abbondantemente questo numero, con un esito realmente significativo di una raggiunta condivisione dei criteri di valutazione che ha portato in entrambi i concorsi a mantenere costante, fin dal primo mese dei lavori, la media delle idoneità.

La medesima esperienza vale per le prove orali e per la determinazione dei relativi criteri di apprezzamento. Anche qui le formule si ripetono da tempo ma anche qui la preventiva riunione plenaria dei commissari, lo scambio franco delle opinioni e degli intendimenti, la capacità di lavorare in gruppo trovano la sintesi che può consentire lo svolgimento di una prova orale in cui siano condivise ed applicate con costante equità non solo le regole di valutazione ma anche e soprattutto le modalità di espletamento della prova, che rivestono un ruolo rilevante per la tenuta psicologica del candidato in un momento di particolare impegno ed emozione.

Tutto ciò con l'auspicio che il Ministero e, per la sua parte, il Consiglio superiore della magistratura, consentano che le commissioni di esame possano operare in condizioni logistiche che favoriscano l'efficienza dell'azione e quindi la bontà dei risultati anche sotto il profilo della tempestività degli esiti: l'esperienza di chi scrive è stata sotto questo aspetto perfetta nel primo concorso, per il quale alla commissione vennero dedicati gli uffici di un intero piano in un edificio ministeriale allocato in uno dei più bei quartieri di Roma, e disastrosa nella seconda occasione, in cui i commissari sono stati costretti ad operare nonostante il *virus* in locali di via Arenula angusti e malsani.

E che su ventinove commissari solo undici siano stati contagiati dal Covid è stato veramente un gran risultato.

GIACOMO FUMU

6. Spunti per una nuova formazione comune per le professioni legali

Sommario: **1.** Equilibrio fra i poteri dello Stato e ruolo della giurisdizione. – **2.** La Giurisprudenza e le sue Facoltà. – **3.** Un biennio (infralaurea) specializzante per le professioni legali.

1. Equilibrio fra i poteri dello Stato e ruolo della giurisdizione.

1.1. La crisi della democrazia rappresentativa incide sulla legittimazione dei professionisti legali – soprattutto, ma non esclusivamente, dei magistrati – a esercitare la loro funzione di interpreti della volontà del legislatore, a sua volta espressione della volontà dei cittadini.

La difficoltà che il legislatore non infrequentemente mostra – sia nell'uso della tecnica legislativa sia nella determinazione dei contenuti delle norme – a determinare quanto necessario per una efficace regolazione rende instabile l'equilibrio fra i poteri dello Stato, sia che li si concepisca secondo la loro tripartizione tradizionale, sia che li si consideri adottando uno schema più articolato e attuale.

Questo esito è evidente quando la legislazione non è preceduta da un adeguato dibattito politico e dalla ponderazione delle scelte tecniche. Soprattutto, se i contenuti della produzione legislativa derivano da mediazioni fra esigenze fra loro confliggenti, l'autosufficienza logica delle norme si riduce e questo espande il ruolo della ermeneutica giuridica con il rischio dell'affermazione di principi normativi in realtà non dettati dal legislatore ma introdotti dagli interpreti facendo leva sulla elasticità dei significati delle norme, o per analogo verso, delle clausole generali che a volte si trovano sciorinate in ordine sparso persino nelle disposizioni penali incriminatrici.

Quando accade che i significati veicolati dalle disposizioni slittano verso dei nuovi contenuti confezionati dagli interpreti, l'ingranaggio giuridico non funziona più soltanto come un meccanismo per veicolare prescrizioni ma diventa trampolino di nuove prospettive delle quali può risultare difficile anche individuare i fautori e gli sviluppi, tanto più quando l'*ars distinguendi* degli interpreti viene avvizzita dall'aggravio dei carichi lavorativi e dal restringersi degli orizzonti culturali.

Tuttavia, resta (ovviamente) inaccettabile che la giurisdizione svolga un ruolo di supplenza politica: il rapporto tra la legislazione e la giurisdizione non deve andare oltre la concretizzazione e lo sviluppo degli obiettivi e dei contenuti che la seconda riceve dalla prima. Non basta l'autorità della posizione per giustificare i risultati della interpretazione della legge, che è una attività che richiede metodo e trasparenza per essere intellettualmente e deontologicamente adeguata. Questa è una delle varie ragioni per le quali la giurisdizione non può trascurare le elaborazioni scientifiche che soltanto la dottrina giuridica può fornire e che, nell'approntarle, sistema logicamente per questa via spersonalizzando le categorie e gli argomenti adoperati per le decisioni.

Invece, da qualche decennio, proprio quando il mondo è diventato più complicato, nelle università si è affermata l'idea che l'essenziale sia l'apprendimento delle leggi così identificando il diritto con la legge. La formazione universitaria si è orientata verso la legislazione di settore impinguandosi con la giurisprudenza, e lasciando la formazione ulteriore a un nebuloso post-laurea facilmente obsolescente in un tempo di trasformazioni continue, tanto più se è mancata la formazione orientata a fornire abilità più che nozioni. Al graduale maturarsi dell'acquisizione degli strumenti del mestiere si è contrapposta la ricerca della tempestività che si infrange contro la complessità di molte questioni, sicché la tensione verso le conclusioni prevale sullo sviluppo delle capacità argomentative.

2. La Giurisprudenza e le sue Facoltà.

2.1. Questi mutamenti sono il prodotto di un'epoca ma i corpi professionali interessati (l'accademia e la magistratura, come anche l'avvocatura) non sono ancora riusciti a sviluppare una capacità di elaborazione che consenta loro di comprendere e gestire il cambiamento (prefigurandosi degli obiettivi) e non soltanto di subirlo con l'illusione di esserne protagonisti.

Eppure, l'attenzione degli Ordini professionali (forense e giudiziario) ai meccanismi di formazione e selezione dei propri componenti è un segno primario del loro livello di adeguatezza istituzionale e di attenzione verso la società presente e le generazioni future.

In questa direzione, la riapertura dell'accesso al concorso per la magistratura ordinaria dovrebbe stimolare qualche novità perché, mentre, certamente, come viene da più parti sottolineato, soddisfa varie esigenze pratiche immediate, risulterà miope se non sarà seguita da una seria rielaborazione della formazione – che deve essere comune, già durante il corso universitario – degli aspiranti magistrati e degli avvocati, due categorie professionali che integrano un unico sistema culturale e funzionale[1].

In questo contesto, l'art. 4. l. n. 71/2022 è importante per il suo aprire nuove prospettive quando affida alle norme di attuazione il compito di far sì che «la Scuola superiore della magistratura organizzi, anche in sede decentrata, corsi di preparazione al concorso per magistrato ordinario» per laureati che stiano svolgendo o abbiano svolto il tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari previsto dall'art. 73 d.l. n. 69/2013 o abbiano prestato presso l'ufficio per il processo l'attività prevista dall'art. 14 d.l. n. 80/2021, «stabilendo che i costi di organizzazione (…) gravino sui partecipanti in una misura che tenga conto delle condizioni reddituali dei singoli e dei loro nuclei familiari». Ancor più importante è dove (lett. d) richiede che «la prova scritta del concorso per magistrato ordinario abbia la prevalente funzione di verificare la capacità di inquadramento teorico-sistematico».

A questo punto è possibile prefigurare un nuovo sistema di selezione per la magistratura con un centro unico e pubblico che, «in sede decentrata», attivi proficuamente la rete dei magistrati formatori oppure (o anche) ridia uno scopo alle Scuole di specia-

[1] Articolati contributi sul tema in: Angelici (a cura di), *La formazione del giurista*. Atti del convegno, Roma, 2 luglio 2004, Milano, 2005; Giuliani, Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica*, Bari, 2008; Costa, *La formazione del giurista. A proposito di una recente collana di studi*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2013, 215-222; Pasciuta, Lo Schiavo (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, 2018.

lizzazione per le professioni legali (che al momento sono destinate a estinguersi per mancanza di specializzandi) presso le Università.

Un analogo impianto potrebbe ispirare l'azione della Scuola superiore dell'avvocatura per alimentare un circuito culturale che leghi l'Accademia, l'Avvocatura e la Magistratura nella elaborazione di convergenti percorsi di *formazione* (che è cosa diversa è più impegnativa del *mero aggiornamento*) dei giuristi forensi.

2.2. Tuttavia, pare necessario rimarcare che anche riuscire nella difficile impresa di approntare soluzioni organizzative efficienti non basterebbe a renderle efficaci se si prescindesse da una riflessione preliminare sui contenuti che esse possono veicolare.

Il ruolo dei corsi universitari è insostituibile rispetto allo scopo di fornire (per tempo e con il tempo necessario a sedimentare gli apprendimenti) una preparazione ancorata alla solida conoscenza degli istituti giuridici e alla capacità di padroneggiare l'argomentazione giuridica nelle sue plurime forme.

La Facoltà di Giurisprudenza (che nell'ordinamento universitario italiano attuale non esiste più con questo nome) all'inizio del diciannovesimo secolo era collocata idealmente all'incrocio fra teologia, medicina e filosofia e destinata, come le altre, all'educazione spirituale dell'individuo.

Non molto tempo dopo, il successo del positivismo, lo sviluppo delle scienze sociali, la rivoluzione industriale e l'egemonia della mentalità borghese concorsero nel favorire un nuovo modo di concepire il rapporto tra il sapere e l'azione: la ricerca della efficienza rafforzò il profilo del sapere come capacità tecnico-funzionale, indirizzata verso la specializzazione in vari modi acquisita.

Questa tendenza è stata rafforzata dalla perdita di coesione del sistema normativo che – in parte svincolato anche dalle sovranità statali – non nasconde la sua contingenza, frutto di volontà incostanti, talvolta arbitrarie.

Così il sapere giuridico si è frantumato in una molteplicità di conoscenze settoriali e la dottrina (orfana di eccellenze) risulta timida nel razionalizzare il sistema integrandovi le (proliferanti) leggi speciali. Nel diritto forense, si appoggia alla giurisprudenza mentre dovrebbe aiutarla a chiarirsi le idee: invece, si è sparsa in piccole scuole, spesso politicizzate e dubbiose nei confronti delle finalità stesse della scienza che dovrebbero tramandare, timide nel confrontarsi fra loro.

In questo periodo di disinvoltura metodologica più che i giuristi si affermano gli esperti legali. Le tensioni principali degli interpreti più che il perfezionamento del sistema dei concetti e la coesione dei principi nutrono il sottosistema giudiziario come meccanismo di regolazione atto a fronteggiare il massiccio numero di conflitti derivanti dall'aumento delle relazioni sociali.

Allora, la ricerca dell'efficienza produttiva (che rischia di incartarsi su sé stessa) alimenta e enfatizza una vivacità mentale che cela la pigrizia intellettuale.

Il punto è che l'interpretazione del diritto non costituisce un mero compito da eseguire ma una fonte di problemi (spesso semplici, altre volte complessi) da risolvere.

Soprattutto l'elasticità dei principi normativi, come anche delle clausole generali, e delle loro composizioni consente una gamma di soluzioni diverse che possono comportare delle scelte che ampliano lo spazio del potere giudiziario. Il quale, tuttavia, non per questo può oltrepassare il suo limite: non deve produrre principi normativi diversi e nuovi rispetto a quelli offerti (esplicitamente o implicitamente) dall'insieme dei dati normativi.

Per queste ragioni, la giurisdizione non dovrebbe rinunciare alle elaborazioni scientifiche che soltanto la dottrina giuridica è in grado fornire sistemando e così oggettivando le categorie adoperate nel decidere. Invece, la cultura della semplificazione nelle università va individuando l'essenziale della formazione nell'apprendimento delle leggi favorendo l'idea che basti il fatto di essere investiti di una funzione attuativa qualificata (quella di magistrato) per giustificare i risultati della interpretazione della legge, legando l'autorità alla posizione e facendo della pratica giudiziaria la base per la formazione dei nuovi giuristi. Così i magistrati tendono a chiudersi in un orizzonte autoreferenziale (che in alcuni casi si riverbera anche negli atteggiamenti esteriori rispetto all'operato professionale).

Anche la ricostruzione dei fatti ai quali applicare le norme non costituisce un mero compito ma è fonte di problemi specifici (e in alcuni campi ardui) della epistemologia giudiziaria per la soluzione dei quali gli attuali corsi di laurea non forniscono strumenti.

3. Un biennio (infralaurea) specializzante per le professioni legali.

3.1. I giuristi legali (avvocati, magistrati, processualisti) si distinguono dagli altri laureati in giurisprudenza per la necessità di possedere non solo una solida conoscenza degli istituti giuridici del settore ma anche la capacità di padroneggiare le argomentazioni senza rimanere invischiati nei meandri delle loro ramificazioni. Al riguardo diverte ricordare quello che scriveva Gotofredo Conratter qualche tempo fa ma con osservazioni ancora attuali:

«*Gli Italiani, nel trattare e discutere le controversie del nostro diritto, hanno quest'uso, che dopo aver proposto qualche questione disputano tanto a favore della tesi affermativa che della negativa. In primo luogo adducono per lo più gli argomenti con i quali si corrobori e si affermi quella opinione che a loro giudizio credono falsa. Di poi vengono prese in esame le ragioni a favore della contraria ed opposta opinione; e finalmente essi rigettano e confutano la prima opinione e insieme rispondono alle contrarie leggi per lo innanzi addotte a favore di quella …Sebbene potrebbero risolvere con tre o tutt'al più con quattro parole il punto di diritto, appena lo esauriscono disputandone per tre giorni. Aggiungasi che gli inesperti e deboli intelletti degli scolari sono aggravati e confusi da questa moltitudine e varietà di controversie, sì che non possono facilmente discernere il vero dal falso. Né ciò fa meraviglia perché spesso accade ai dottori medesimi di non sapersi districare negli stupefacenti labirinti delle dispute che portano In campo*»[2].

Varie idee possono svilupparsi circa i contenuti di un indirizzo del corso di laurea in giurisprudenza relativo alle professioni legali.

Ma sembra ragionevole prospettare che i piani di studio universitari dovrebbero delineare nel secondo biennio un percorso di formazione verso le professioni legali, distinto da altri percorsi professionali, dando adeguato spazio, oltre alle materie tecniche specifiche, a discipline che offrono le basi metodologiche delle professioni legali: l'ermeneutica giudiziaria (anche per padroneg-

[2] Dal diario di Gotofredo Conratter, studente tedesco di giurisprudenza iscritto alla Università di Padova nel 1577-78 (Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, (1), *Le Fonti e il pensiero giuridico*, ristampa inalterata, Milano, 1982, 143-144.

giare le conseguenze di tecniche legislative fondate sulla normazione "per principi" che si giustappone a quella tradizionale "per regole"), la logica e l'argomentazione giuridica, l'epistemologia giudiziaria (per rendere più attenti a una corretta ricostruzione dei fatti oggetto dei processi) e lo studio del diritto dell'Unione e del diritto comparato.

Per quel che specificamente riguarda il ragionamento giuridico, nell'attuale formazione i laureandi incontrano solo (peraltro implicitamente veicolati ma non esplicitamente studiati) elementi di logica classica che però non bastano a modellare tutti i ragionamenti e, particolarmente, quelli di tipo probabilistico (le cui fallacie sono meno agevolmente rinvenibili rispetto a quelle in cui possono cadere le inferenze deduttive). Inoltre, la logica matematica serve per costruire modelli dei ragionamenti e per controllarne la coerenza interna e la confidenza con i modelli logici ha un valore formativo come strumento di lavoro (solo formalizzando un ragionamento in termini logico-matematici possono cogliersene eventuali illogicità).

In generale, la formazione degli studenti italiani è approfondita sugli aspetti del diritto, ma è *esclusivamente* umanistica, priva di cultura scientifica. Sarebbe il caso di arricchirla. Sarebbe sbagliato scimmiottare le esperienze di altri ordinamenti ma tenerne conto è utile. Per esempio, è da considerare che negli Stati Uniti per accedere al primo livello di formazione giuridica in una *law school* occorre avere un *bachelor degree* (analogo delle nostre lauree triennali) in una qualsiasi altra materia; al primo anno di tutti i *bachelor program* (a prescindere da quale sia la materia principale affrontata) le università offrono insegnamenti sulle materie scientifiche. Ovviamente questo non serve a fare del giurista uno scienziato ma lo aiuta a meglio approcciarsi alle scienze, ai loro linguaggi e alle situazioni nelle quali è necessario distinguere la solida scienza dalla pseudoscienza.

In questa direzione, nel 2012 in Germania il Consiglio superiore della scienza si è espresso sulle prospettive della scienza giuridica indicando la necessità di un rafforzamento della dimensione culturale, di quella interdisciplinare e di quella internazionale della formazione giuridica. Si sottolinea la necessità di accrescere nella formazione del giurista la capacità di comprensione del contesto nel quale le norme sono poste e si auspica un accrescimento del peso dei *Grundlagefächer*, cioè delle basilari discipline ' storiche, filosofiche e comparatistiche e delle capacità di dialogo con le altre scienze, e l'allontanarsi dal tecnicismo fine a sé stesso[3].

3.2. In ogni caso, sarebbe utile che la formazione universitaria del giurista forense allenasse alla auto vigilanza psicologica e dialettica suggerendo schemi di comportamento intellettuale utili per ridurre il rischio di errori giudiziari. Tre mosse mentali risultano sempre essenziali a questo scopo: la prima consiste nell'individuare i preconcetti impliciti, dubitando della oggettività dei propri giudizi e esaminando come si formano le proprie credenze; la seconda sta nel generare (o nell'ascoltare) tesi alternative a quella sostenuta, considerando imparzialmente ogni altra ipotesi plausibile (non soltanto quella opposta); la terza concerne specificamente la ricostruzione degli eventi singoli e richiede mantenersi consapevoli che la verità fattuale non è oggetto di di-

[3] Sul documento: Wolf, *Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung. Kritische Anmerkungen zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrats*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2013, 20 ss.; Resta, *Quale formazione per quale giurista?*, in Pasciuta, Loschiavo, *op. cit.*, 127-150, 139.

mostrazioni, ma solo di induzioni e di loro conferme (o mancate confutazioni), per cui la conclusione raggiunta potrebbe comunque essere falsa. Anche in questa direzione serve l'alternanza, nelle varie materie, fra i corsi teorici tradizionali e le cosiddette cliniche legali (diffuse nelle università straniere e ora praticate anche in alcune italiane) che esercitano lo studente a costruire un'argomentazione legale corretta e coerente.

3.3. Né, ormai, può trascurarsi che nel prossimo futuro inevitabilmente aumenteranno le interazioni dei giuristi forensi con gli strumenti della razionalità artificiale veicolata dalle elaborazioni informatiche. Allora pare necessario delineare dei percorsi di formazione (come del resto e avviene in alcuni corsi di laurea anche in Italia) che conducano a servirsi di questi strumenti con adeguata cognizione delle loro virtualità come anche dei loro limiti per evitare che questi divengano insidie.

Questo dovrebbe avvenire nel quadro di una generale riconsiderazione degli strumenti intellettuali di base che possono servire a professionisti che hanno il compito di applicare i discorsi del diritto alle esigenze pratiche che sorgono dalla vita reale.

Angelo Costanzo

7. La selezione di avvocati e magistrati. Divergenze, formazione e cultura comune

Sommario: **1.** Complessità della moderna scienza giuridica e formazione del giurista moderno. – **2.** La formazione del giurista forense come questione di interesse pubblico. – **3.** Cultura e formazione comune di magistrati e avvocati. – **4.** Formazione e selezione, un'endiadi. – **5.** Genesi di una divergenza e prospettive di convergenza.

Abstract

Il livello culturale dei giuristi che svolgono attività giudiziaria e forense influenza direttamente la qualità ed efficienza del servizio giustizia. Il tema della formazione di magistrati e avvocati è quindi un tema di interesse pubblico, non sempre adeguatamente considerato dal legislatore nella ricerca di soluzioni alle problematiche del settore. Si assiste peraltro oggi a una divaricazione tra i due corpi della magistratura e dell'avvocatura che, sia essa reale o percepita, genera disfunzioni pratiche ed inquina il dibattito. La necessità di una cultura comune è da tempo e da tutti invocata, ma la costruzione di essa necessita di una formazione comune che mostra ancora profili di inadeguatezza. Un contributo al dibattito può essere dato portando l'attenzione alla fase di selezione di magistrati e avvocati, sul presupposto che percorsi formativi comuni possono essere efficacemente strutturati solo ove finalizzati a procedimenti selettivi omogenei.

1. Complessità della moderna scienza giuridica e formazione del giurista moderno.

Il diritto, scienza sociale, evolve con la società, in ragione di spinte endogene ed esogene i cui effetti si combinano. Si tratta di fenomeni dalla complessa e variegata origine e dalle molteplici implicazioni cui ci si limita qui a fare cenno al solo fine di collocare concettualmente alcune considerazioni. Sotto un primo punto di vista, da decenni si assiste ad un'evoluzione del paradigma di legalità, attraverso lo stratificarsi verticale degli ordinamenti e conseguentemente delle fonti di diversa provenienza e rango; si passa così da un concetto di legalità formale ad uno di legalità sostanziale, in nome del quale la vincolatività del diritto positivo recede rispetto alla forza precettiva dei principi. Di tali principi si arricchiscono e moltiplicano le codificazioni, che contribuiscono dall'alto all'elaborazione teorica delle nuove generazioni di diritti che si vanno affermando, tutti potenzialmente in conflitto gli uni con gli altri se non altro per la endemica scarsità delle risorse destinate ad assicurarne sotto qualsiasi forma – anche quella minimale di azionabilità in giudizio – la tutela. A ciò si accompagna, in senso inverso, lo stratificarsi della normazione primaria e secondaria e la natura tecnica della disciplina settoriale, che risponde ad una società sempre più complessa in quanto a strutture sociali ed economiche, a possibilità di interazione ed a strumenti

di comunicazione. La complessità tecnica dell'ordinamento (o degli ordinamenti) è poi ulteriormente enfatizzata dalla possibilità di accesso immediato, ma frammentato e parziale, alla normativa assicurato da sempre più evoluti strumenti informatici. Sempre più centrale è allora, per il giurista, la capacità di analisi e di sistematizzazione, anche oltre l'ambito strettamente giuridico, come impone l'interazione con altre sfere, precipuamente quella economica, ma anche quella geopolitica.

Tale evolversi dello scenario teorico ed operativo di riferimento ha quindi implicazioni inevitabili in materia di formazione giuridica, che così potrebbero riassumersi: l'ampliarsi e lo sfaccettarsi della regola a favore del principio porta con sé una maggior centralità – anche in termini politici – dell'attività interpretativa; l'ipertrofia normativa rende più difficoltosa l'attività di selezione dei fatti giuridicamente rilevanti. Il giurista è così chiamato a un duplice esercizio. Da un lato deve essere portatore di una cultura di ampio respiro e di strumenti intellettuali all'altezza della delicata ed accurata opera di bilanciamento che le nuove forme di interpretazione gli richiedono; dall'altro deve essere specialista, capace di destreggiarsi nell'ipertrofia normativa, padrone di abilità e tecniche che glie lo consentano.

La pur acquisita consapevolezza che scienza e tecnica sono componenti coessenziali all'attività giuridica[1], tuttavia, difficilmente trova adeguato riscontro nella proposta formativa universitaria e post universitaria, che sconta mancanze in un senso e nell'altro e comunque fatica a concentrarsi efficacemente sui rapporti tra le due componenti, ad operare una sintesi che pacifichi questa doppia anima, nella tendenza ad ispirarsi ad altri sistemi formativi enfatizzando alternativamente la componente culturale o quella professionalizzante, pur sempre avvertendo la necessaria, costante tensione verso il polo opposto e scontando quindi una qualche forma di incompiutezza[2].

2. La formazione del giurista forense come questione di interesse pubblico.

Il tema della formazione giuridica nei termini così brevemente riassunti è stato variamente approcciato, specialmente in prospettiva di analisi delle riforme degli studi universitari in materia, al fine di un inquadramento in termini filosofici e politici del ruolo del giurista[3], del suo ruolo cioè

[1] Per tutti, su questi temi si faccia riferimento alla emblematica distinzione tra fare e saper fare di Carnelutti, *Clinica del diritto*, in *Rivista di diritto processuale civile*, (1935), I, 169, o al discorso sulla coessenzialità di scienza (orientata verso il conoscere) e tecnica (che opera sulla base del conoscere) nelle riflessioni di Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 103-147.

[2] Resta, *Quale formazione per quale giurista*, in *La formazione del giurista, contributi a una riflessione*, a cura di Pasciuta e Loschiavo, Roma, 2018).

[3] Tra le opere più compiute in materia può farsi riferimento al progetto finanziato dal CNR su L'educazione giuridica di Giuliani e Picardi, sfociato in una pluralità di pubblicazioni tra gli anni '70 e gli anni '90 (su cui si veda Treggiari, *L'educazione al diritto*, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di Cerrone, Repetto, Milano 2012, 827-844) nonché all'Osservatorio sulla formazione giuridica di Cerulli Irelli e Roselli, che ha prodotto numerose pubblicazioni raccolte in una collana (Collana per l'osservatorio sulla formazione giuridica, a cura di Cerulli Irelli, Roselli, Napoli 2005-2007). Su queste ed altre, anche più recenti, iniziative, si è scritto che "*Ciò che accomuna queste iniziative – tra loro evidentemente diversissime – è lo sguardo rivolto all'interno: i giuristi guardano sé stessi e riflettono su sé stessi*" (Pasciuta, *Le ragioni di una riflessione*, in *La formazione del giurista, contributi a una riflessione*, cit.).

di interprete delle regole che governano le interazioni sociali, dell'inconsapevole riflesso che la cultura giuridica di chi la detiene può avere sui rapporti di potere interni alla società stessa[4]. Nell'insieme, tali studi hanno ampiamente messo in guardia rispetto ai pericoli potenziali di uno scivolamento verso un sapere sempre più tecnico – in quanto tale inaccessibile per i soggetti le cui vite pure ne risultano dominate – e sempre meno attento ai profili filosofici, storici e sociologici che governano le interazioni tra quei soggetti.

Forse marginale rispetto all'ampiezza di tali riflessioni, ma comunque naturale corollario di esse, resta il tema della preparazione del giurista come strettamente connessa alla pubblica funzione cui egli è chiamato a partecipare, come tema cioè inerente il buon funzionamento del settore giustizia, l'efficace svolgersi dell'attività giudiziaria.

Da tale punto di vista, viene in rilievo specificamente la formazione del giurista operante in ambito giudiziario e forense, la cui eventuale inadeguatezza genera disfunzioni concrete, quotidianamente sperimentabili, che in ciò hanno la propria causa e che è infruttuoso tentare di correggere intervenendo su altri fattori. Al di là di più ampie considerazioni socio-culturali, è allora opportuno interrogarsi su un modello di formazione che metta il giurista in condizioni di operare agevolmente nell'attuale scenario ordinamentale, e contestualmente, conseguentemente, metta il sistema giustizia in condizioni di funzionare.

Sia in ambito universitario che in ambito post universitario (e, verrebbe da dire, anche nell'ambito della formazione permanente), può constatarsi una generalizzata scarsa attenzione culturale per il ruolo del formatore[5], nella migliore delle ipotesi selezionato in quanto esperto dei contenuti da veicolare e non invece perché consapevole ed attento alla funzione didattica in sé. Da ciò forse si ingenera l'insufficienza dell'offerta pubblica di preparazione alle professioni giudiziarie e forensi, surclassata da proposte private che, esse si, per essere accattivanti devono essere efficaci, e dove quindi la metodologia della formazione è necessariamente al centro della proposta. Il formatore pubblico dovrebbe porsi un analogo obiettivo di efficacia, interrogarsi primariamente sul perché i giuristi forensi debbano essere formati, e solo successivamente, conseguentemente, incentrarsi sulle metodologie formative più idonee. In altri termini, inquadrare il tema della formazione dei professionisti forensi come un tema inerente il buon funzionamento della giustizia (intesa come funzione pubblica e pubblico servizio) è punto di partenza per accendere sul tema una luce critica concreta, da porre all'attenzione degli attori istituzionali, e non soltanto della comunità giuridica in seno alla quale il dibattito si è principalmente sviluppato, restando in tal modo autoreferenziale.

Le tematiche e problematiche cui si è fatto cenno, nell'impatto che hanno sul funzionamento del sistema giudiziario, sono

[4] Una ricostruzione degli studi, anche stranieri, che si sono focalizzati su tali profili si trova in Marella, *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, e Resta, *Quale formazione per quale giurista* entrambi in *La formazione del giurista, contributi a una riflessione*, cit.).

[5] Cfr. ancora Resta, *op. cit.*, che richiama e fa proprie le posizioni di Calamandrei, fortemente critiche verso un ambiente accademico che relega la didattica a un ruolo secondario rispetto a quello di elaborazione scientifica, citando Calamandrei, *Troppi avvocati* (1921), ora in Id., *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, vol. II, Napoli, 1966, 65 ss., 144.

appunto comuni ai giuristi che quotidianamente vi partecipano svolgendo attività processuale, ossia magistrati e avvocati. La riflessione sulle sfide culturali che si pongono per tali soggetti non può quindi che essere compiuta in maniera unitaria. E invece il dibattito pubblico sul buon funzionamento della giustizia è ampiamente incentrato a migliorare le performance (brutta parola quanto mai calzante) della magistratura, attraverso proposte variegate, dalle accelerazioni che ci si illude di poter imporre con riforme del rito all'ausilio che sconsolatamente si richiede a collaboratori temporanei non selezionati né formati. Manca tuttavia una analoga attenzione alle performance dell'avvocatura, come se la qualità del servizio di difesa offerto ai cittadini, pure costituzionalizzato, non fosse questione di interesse pubblico per il solo fatto di essere affidato ad un corpo di professionisti privati. Identiche perplessità desta l'attenzione mediatica riservata alle valutazioni interne dei magistrati, cui non corrisponde un'analoga preoccupazione per la valutazione degli avvocati.

La mancanza di una adeguata selezione degli avvocati ha conseguenze pervasive in termini di deontologia e professionalità, evidenziate anche dall'interno[6] e comunque sperimentabili nel quotidiano delle aule di giustizia, con ricadute più evidenti in materia civile, dove una parte dell'avvocatura ha dismesso la fondamentale funzione di filtro, la capacità di selezionare le istanze fondate da quelle che palesemente non lo sono, la capacità di orientare le controversie bagatellari o seriali verso forme alternative di risoluzione, alimentando l'ipertrofia del contenzioso più di qualsiasi altro fattore. Al tempo stesso, la diffusa scarsa attenzione per la qualità della tecnica redazionale, tale da costringere il legislatore ad inserire richiami in tal senso nel codice di procedura[7], rischia di lasciare solo il giudicante nell'attività argomentativa aggravandone sensibilmente il lavoro. Il tema della formazione si appalesa allora, anche da tale punto di vista, come centrale.

3. Cultura e formazione comune di magistrati e avvocati.

Nello svolgimento del processo il ruolo dell'avvocatura è in buona misura preminente rispetto a quello della magistratura. Ciò è evidentissimo in materia civile, dove il principio dispositivo ed il regime delle

[6] Per tutti, ha posto il problema Guido Alpa in occasione di un recente convegno all'Università la Sapienza di Roma sul tema della formazione della classe forense, di cui si citerà un passaggio nel prosieguo di questo studio.

[7] Si guardi al nuovo art. 164, co. 4 e al nuovo art. 167, co. 1 c.p.c., in base ai quali i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda e le relative difese e contestazioni devono essere esposti e svolte «in modo chiaro e specifico», così come tutti gli atti del processo «sono redatti «in modo chiaro e sintetico» ai sensi del nuovo ultimo periodo del co. 1 dell'art. 121 c.p.c. Il difetto di sinteticità, ai sensi del co. 6 dell'art. 46 disp. att. c.p.c., non determina la nullità dell'atto «ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo». Si sofferma su questi profili Cossignani, *Riforma Cartabia. Le modifiche al primo grado del processo di cognizione ordinario*, in questa *Rivista*, sottolineando la differenza tra atti caratterizzati da "*un alto grado di pedanteria e, ancora di più, qualora la pedanteria tracimi, come talvolta accade nei testi prolissi, in argomentazioni inutilmente arzigogolate, se non addirittura contraddittorie, ovvero in narrazione di fatti irrilevanti*", da censurare ai sensi delle norme richiamate, e "*semplice sviluppo di una pluralità di argomentazioni concorrenti e/o l'allegazione di una lunga serie di fatti secondari utili a rafforzare le proprie tesi*", valutazione inevitabilmente casistica rispetto alla quale desta perplessità la previsione di un potere del Ministro di definire con decreto «i limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti», come previsto dal nuovo art. 46, co. 5, disp. att. c.p.c.

preclusioni rimettono alla difesa tecnica l'impostazione processuale della causa in termini sostanzialmente vincolanti per il giudicante.

È quindi fondamentale che l'avvocato, ancor più del magistrato, sia in condizioni di cogliere pienamente la complessità e delicatezza della propria funzione, ed abbia le risorse culturali e tecniche, ma anche umane, per svolgerla dignitosamente. Se unitaria è – deve essere – l'impronta culturale, unitaria deve – dovrebbe idealmente essere – la formazione. L'esigenza che si impone, in termini di interesse pubblico prima ancora che in termini di evoluzione culturale, è quindi non soltanto quella di una formazione di livello superiore e di contenuto complesso e composito per magistrati e avvocati, ma anche quella di una formazione comune, o quantomeno omogenea, di queste due categorie.

Il legislatore ha mostrato consapevolezza di questa esigenza laddove, nel concepire il concorso in magistratura come concorso di secondo livello a metà degli anni 2000[8] e nel prevedere tra i titoli di accesso al concorso quello di avvocato, ha contestualmente riconosciuto un ruolo centrale alle SSPL istituite con la legge 127/1997[9]. Sebbene la normativa, per come originariamente formulata, sembrava piuttosto volta a garantire un canale privilegiato di accesso ad una data categoria (e in quanto tale è stata censurata dalla Corte Costituzionale), non era sbagliata (e infatti fu avallata dalla Corte) l'idea che una certa esperienza nell'esercizio della professione forense potesse aver contribuito a sviluppare delle capacità funzionali all'esercizio dell'attività giurisdizionale[10]. Del resto, da entrambi i lati, si tratta di inquadrare la fattispecie concreta nelle astratte categorie giuridiche, individuando gli elementi costitutivi delle pretese, selezionando conseguentemente i fatti rilevanti, e poi argomentando.

L'idea di una comunicabilità tra i due settori poteva quindi significare riconoscimento della comunanza di implicazioni nello svolgimento dell'una e dell'altra, riconoscimento della contitolarità in capo alle due categorie della funzione di assicurare la tutela in giudizio dei diritti. Presupponeva, insomma, una cultura comune. E tale cultura comune era appunto resa possibile dalle scuole superiori, astrattamente idonee allo scopo, se si considera l'iniziale previsione di un percorso giudiziario-forense come specifico e distinto rispetto a quello notarile[11], la multidisciplinarietà del consiglio direttivo[12], l'obiettivo formativo volto allo svi-

[8] L. 25 luglio 2005, n. 150, art. 2, comma 1, lett. b); d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, art. 2, confermato da l. 24 ottobre 2006, n. 269, e l. 30 luglio 2007, n. 111.

[9] Che, ai commi 113 e il 114 , ha delegato il governo all'emanazione di decreti legislativi per la disciplina dell'accesso alla magistratura, nonché per la formazione di notai e avvocati , da cui è originato il d.lgs. 17 novembre del 1997, n. 328

[10] Carluccio; Finocchi Ghersi, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 1, 75, e Di Chiara, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, 11, 1285, note a Corte cost. Sent., 15 ottobre 2010, n. 296, nota a Corte cost. Sent., 15 ottobre 2010, n. 296, con cui la Corte ha censurato l'irragionevolezza della scelta legislativa di limitare la possibilità di presentarsi al concorso agli iscritti agli albi che non abbiano riportato sanzioni disciplinari, non essendo il requisito di iscrizione di per sé idoneo a testimoniare il possesso di determinati requisiti, in quanto requisito esclusivamente formale, ben diverso dall'anzianità di iscrizione inizialmente ipotizzata, e discriminatorio rispetto ai soggetti titolari della mera abilitazione da avvocato ma, per qualsiasi ragione, non iscritti o cancellati, ed ha in tal senso riscontrato profili di contrasto con gli artt. 3, 51 e 104, comma 1, Cost.

[11] D.m. 21 novembre 1999, n. 537, art. 7

[12] D.m. 21 novembre 1999, n. 537, art. 5 "*Il consiglio direttivo*", che ai sensi del successivo art. 6 programma le attività didattiche, "è composto di dodici membri, di cui sei professori universitari di discipline giuridiche ed economiche designati dal consiglio della facoltà di giurisprudenza; due magistrati ordinari, due avvocati e due notai scelti dal consiglio della facoltà di giurisprudenza,

luppo non solo di competenze ma anche di attitudini[13]. E infatti l'istituzione delle scuole fu inizialmente salutata con grande favore, anche e soprattutto in quanto queste erano pensate come strumenti di accrescimento culturale e solo indirettamente come strumento specificamente volto al superamento del concorso[14].

4. Formazione e selezione, un'endiadi.

Il fallimento delle SSPL, il loro superamento di fatto attraverso il moltiplicarsi dei corsi privati per la preparazione del concorso in magistratura da un lato, delle scuole forensi[15] dall'altro, è invece purtroppo dovuto esattamente a ciò, ossia al fatto che le scuole superiori sono state impostate in continuità con la formazione universitaria, scontandone tutte le contraddizioni e insufficienze, dovute principalmente alla lentezza con cui tale modello faticosamente si rinnova e si adegua[16], e non sembrano invece essere strutturate in modo da preparare adeguatamente al superamento della prova concorsuale e dell'esame di stato. Né potrebbero proficuamente esserlo, ad oggi, a fronte di forme di selezione macroscopicamente diverse, e in ciò potrebbe forse individuarsi il germe di tale fallimento: se la matrice culturale e attitudinale della professione di avvocato e di quella di magistrato deve essere la stessa, non soltanto serve una formazione comune bensì, ancora di più, serve una selezione ispirata a principi comuni.

Unificare la formazione senza uniformare la selezione costituisce infatti una trappola concettuale; significa pensare i due momenti come autonomi l'uno dall'altro, quasi che per superare la prova selettiva servano attitudini e conoscenze diverse rispetto a quelle che poi serviranno per svolgere la funzione. Se ciò si verifica, se la selezione risponde a logiche sue proprie avulse da quelle che hanno ispirato la formazione, vuol dire che è la selezione a dover essere rivista, non essendo idonea a scegliere correttamente i candidati in base alle specifiche capacità richieste. Specularmente, a fronte di una selezione seria, l'insufficienza della formazione al suo superamento vuol dire che ad essere ripensata deve essere la formazione stessa. In ogni caso è parziale qualsiasi discorso sull'una che non consideri anche l'altra, posto peraltro che la scelta di un dato modello di selezione è elemento capace di per sé di provocare una evoluzione dell'offerta culturale sottesa, generandone la domanda.

Del resto, pensare ad una selezione comune o quantomeno omogenea di magi-

nell'ambito di tre rose di quattro nominativi formulate rispettivamente dal Consiglio superiore della magistratura, dal Consiglio nazionale forense e dal Consiglio nazionale del notariato" programma le attività didattiche (art. 6).

[13] D.m. 21 novembre 1999, n. 537, all. 1.

[14] Diotallevi, *Il Regolamento Istitutivo Delle Scuole Forensi – Commento*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2000, 7, 800, sottolinea che le SSPL, nonostante il numero chiuso abbia indirettamente un effetto preselettivo rispetto ai partecipanti al concorso (finanche di dubbia costituzionalità), non costituiscono un segmento della procedura concorsuale, bensì assicurano che l'accesso al concorso stesso sia riservato a titolari di un titolo di studio superiore. Ne fa quindi un tema culturale, accogliendo con favore il fatto che "*finalmente*" non tutto sia rimesso alla formazione iniziale e permanente del CSM.

[15] Si tratta delle scuole curate dagli ordini professionali (art. 29, comma 1, lett. c della l. 31 dicembre 2012, n. 247; art. 3 del D.P.R. 101/1990).

[16] Il fenomeno è fatto ampiamente fatto oggetto di riflessione. Sul punto, per tutti, oltre agli altri lavori già citati in nota si rinvia al contributo di Costanzo, *Spunti per una nuova formazione comune per le professioni legali*, in questa *Rivista*, ed alla bibliografia ivi citata.

strati e avvocati non significa disconoscere le peculiarità delle due professioni in quanto non osta, e anzi suggerisce, l'ipotesi percorsi di perfezionamento e completamento della formazione differenziati che dovrebbero tuttavia essere, idealmente, successivi rispetto alla selezione stessa. Si pensi alla previsione normativa del periodo di tirocinio successivo al superamento del concorso in magistratura[17], rispetto al quale al momento dell'introduzione sono state sollevate perplessità, posto che che la reintroduzione di un momento di formazione successivo alla selezione palesava sfiducia nella capacità dei titoli di accesso di garantire idoneità allo svolgimento delle funzioni[18]. Questa previsione invece, a ben vedere, è pienamente coerente con la complessità della formazione e con la specificità delle funzioni giurisdizionali, sicché pare del tutto logico che i magistrati siano dapprima selezionati in ragione di requisiti culturali ed attitudinali nonché in ragione di capacità espositive ed argomentative, e solo successivamente siano formati allo svolgimento del mestiere, attraverso un percorso che è ancora, deve essere, di ulteriore eventuale selezione laddove emergano, in concreto, profili di inidoneità sfuggiti alla procedura concorsuale.

Identico discorso potrebbe e dovrebbe farsi per l'avvocatura. Si apprezza invece fortissima l'inversione logica implicita nell'attuale modello di selezione e formazione della classe forense, in cui gli aspiranti avvocati – tutti, senza alcun filtro – sono dapprima formati al concreto svolgimento del mestiere attraverso la pratica forense, e solo successivamente selezionati, ossia valutati in termini di idoneità culturale ed attitudinale nonché di concrete capacità redazionali ed argomentative.

5. Genesi di una divergenza e prospettive di convergenza.

Una parte del mondo forense da sempre resiste a prospettive di riforma dell'esame di stato in senso di maggiore selettività[19], che peraltro gioverebbero in primis alla categoria, costretta ad operare in condizioni che sono state definite in sede parlamentare di "*concorrenza sleale al ribasso*"[20], determinatesi anche in conseguenza dell'omologazione della professione con la soppressione della figura del procuratore imposta per uniformarsi al modello europeo ed al principio di libera circolazione. Se quella distinzione tra un'avvocatura alta ed una bassa, determinata esclusivamente da ragioni anagrafiche, era certamente un'ipocrisia da svelare[21], non meno ipocrita è un modello di

[17] L. 24 ottobre 2006, n. 269, artt. 18 e ss.

[18] Finocchiaro, *L'accesso in magistratura nella nuova legge italiana sull'ordinamento giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1491 ss., e *Dei tirocini formativi e dell'"ufficio per il processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 4-5, 961 ss.

[19] Dondi, *Il regolamento istitutivo delle scuole forensi – Commento*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2000, 7, 800, ricorda che contestualmente all'emanazione della legge Bassanini bis fu un presentato un d.d.l. (disegno Mirone) volto a strutturare l'esame di stato analogamente al concorso in magistratura, proposta seguita da un referendum tra i praticanti volto a manifestare il proprio dissenso. Diotallevi, *Il regolamento istitutivo delle scuole forensi – Commento*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2000, 7, 800, cita invece di iniziative che, per evitare le disparità di trattamento operate nei vari distretti tra i concorrenti all'esame di avvocato, tenderebbero ad escludere completamente la necessità di un concorso per l'abilitazione all'esercizio della professione forense.

[20] Tale è definita la condizione del mercato nel settore nella relazione di accompagnamento al d.d.l. Zanettin, n. 179/2022, avente ad oggetto "Modifiche alla legge 31 dicembre 2012, n. 247, in materia di accesso alla professione forense".

[21] E che invece il d.d.l. appena citato mira in certa misura a ripristinare, ipotizzando una differenziazione tra figure operanti

professione formalmente regolamentata attraverso la necessaria iscrizione ad un albo ma, di fatto, talmente aperta da determinare un'offerta di servizi legali sovrabbondante, il cui livello non può conseguentemente essere omogeneo e tantomeno elevato. Lo stesso Guido Alpa, presidente emerito del Cnf, in occasione di un convegno sul tema tenutosi alla Sapienza di Roma nel luglio 2022 ha affermato "*261mila avvocati sono un problema di mercato, di comportamenti, a proposito di deontologia, e di collocazione nell'ambito dell'attività lavorativa*"[22].

Alla base di tale problematica vi sono fattori complessi che nell'economia di questo saggio non possono essere adeguatamente approfonditi, come l'esistenza di interessi di ordine politico e di ordine previdenziale a mantenere un'ampia base demografica. Ad ogni modo, difettano attualmente i presupposti per una seria riflessione su una cultura comune dei giuristi forensi, le cui strade sono rese divergenti da due modelli di selezione lontani tra loro al punto da stentare talvolta le due categorie a riconoscersi come un'unica comunità intellettuale titolare della delicata funzione di attuazione giudiziale dei diritti, il che alimenta tensioni[23] capaci di ingenerare conseguenze concrete. Il dibattito sulla separazione delle carriere, ad esempio, almeno in parte può spiegarsi in termini di antagonismo, di rapporti vissuti come dispari, di reciproca inferiorità o superiorità, comunque di alterità culturale tra le due categorie. E, del resto, da un lato c'è un corpo selezionato in modo stringente (sebbene in forme che andrebbero sotto vari profili ripensate), costantemente valutato (sebbene con modalità ed esiti opinabili) e tendenzialmente individuato, nel bene e nel male, come attore unico dell'amministrazione della giustizia, da cui dipende l'equilibrio del settore e cui, più spesso, se ne imputano i disequilibri; dall'altro c'è un corpo estremamente numeroso, non soggetto a valutazioni se non a quelle fallaci del mercato, che ha al proprio interno una componente destinata a rimanere attrice secondaria della giustizia, collocata dal lato di chi ne subisce le disfunzioni anziché dal lato – scomodo – che le competerebbe, quello di chi contribuisce a crearle e ben potrebbe, quindi, contribuire a risolverle. Se così è, evidente è il rischio di elitarismo da parte della magistratura, il pericolo che taluni suoi esponenti possano sentirsi, per il solo fatto di aver superato un concorso, investiti di un ruolo sovraordinato – anziché semplicemente complementare, altro – rispetto a quello dell'avvocatura, la cui reazione è spesso di difesa corporativa[24] a di-

in ambito forense.

[22] Riporta le dichiarazioni di Alpa Spasiano, *Formare legali e giudici, Cnf e Scuola dell'avvocatura indicano il futuro*, in www.ildubbio.news. Interessante anche il discorso di Dondi, *Il regolamento istitutivo delle scuole forensi*, cit., che pure si sofferma sulla correlazione tra numeri e qualità (di formazione, di servizio reso, di condizioni di esercizio), e prospetta il numero chiuso in giurisprudenza come parziale soluzione. Interessanti anche le osservazioni relative al codice deontologico forense italiano del 1997, cui mancherebbe secondo l'autore lo spessore normativo para-procedurale presente nei modelli di altri ordinamenti, fra tutti quello statunitense.

[23] Tra le tante dichiarazioni dai toni conflittuali, si vedano quelle del direttore della rivista online Il Dubbio, che nell'ambito del dibattito di cui si darà conto nella nota che segue si riferisce alla magistratura – laddove questa osa prendere parola riguardo alle condizioni dell'avvocatura in Italia – come al "*nemico che ascolta*". Ne dà atto Spasiano, *La mia provocazione a difesa del ruolo e del prestigio dell'Avvocatura*, in www.ildubbio.news.

[24] In tal senso va l'atteggiamento di quell'avvocatura che si concentra sugli interessi della categoria – o, indifferentemente, di chi ambisce ad entrarvi – più che agli interessi dell'utenza, che a quella categoria si rivolge. Emblematico è l'intervento dell'avv. Vincenzo Di Maggio, riportato da Spasiano, *Formare legali e giudici, Cnf e Scuola dell'avvocatura indicano il futuro*, cit., per cui "*non posso non convenire con chi colpevolizza la governance rivelatasi incapace di dare risposte convincenti*

spetto di quella componente che per prima avverte e subisce le conseguenze di questa divaricazione[25].

In questo scenario, qualsiasi forma di comunicabilità diretta tra i due settori è difficilmente immaginabile[26], posto che l'idea dell'avvocato come soggetto già formato che deve solo impratichirsi su una nuova funzione, alla base di tante proposte di scorciatoia da riservarsi a detta categoria rispetto alla serietà della selezione concorsuale[27], è non soltanto fallace ma potenzialmente pericolosa, rischiando di trascinare a ribasso la selezione dei magistrati.

Le modalità di selezione ad entrambe le professioni sono state e sono anche attualmente oggetto di riflessioni nonché interessate da riforme[28]. Tali riflessioni e tali

o a interpretare le esigenze dei giovani e, a volte, addirittura frustrarne le aspirazioni in nome di una selezione che ha, al contrario, provocato una voragine, per esempio, nel fabbisogno statale dei medici". L'incongruità del riferimento alla professione medica, che ha problemi inversi rispetto all'avvocatura in termini di quantità di professionisti sul mercato, svela l'ipocrisia di un discorso che attacca la selezione in quanto tale, non sussistendo alcuna ragione per doverla temere se non in quanto "frustrante" per le aspettative dei giovani praticanti. Col forte rischio di frustrazione, tuttavia, delle legittime aspettative dell'utenza (incolpevole e priva di strumenti di discernimento) che a dei professionisti non selezionati si rivolge per la soluzione dei propri problemi. In ciò si apprezza, in effetti, un punto di contatto molto forte con la professione medica, che impone di preferire sempre le esigenze della selezione su qualsiasi altra.

[25] Emblematico il dibattito sulla ri-abilitazione svoltosi nel 2021 in seno alla comunità forense sulla rivista online il Dubbio, ben riassunto nello scambio tra un avvocato, Corrado Carrubba, e il direttore Davide Varì, che allo sfogo e alla provocazione del primo ("*continuo a ritenere che il numero dei professionisti operanti oggi in Italia sia almeno eccessivo* […] *il tema esiste. Ed esistono gli effetti deteriori che cagiona o che contribuisce a cagionare.* […] *Vogliamo tutti, anziani e giovani, garantire la qualità dell'Avvocatura? Ha diritto una persona ad essere certa di affidare i propri diritti, talvolta la propria vita, alla difesa di un soggetto selezionato che abbia, non solo che abbia avuto in passato, adeguata capacità ed esperienza? Se è si, come credo fermamente e so di essere in buona compagnia, allora troviamo e potenziamo mezzi e strumenti: abilitazione rigorosa all'esito di un vero e proprio percorso selettivo magari condiviso con i futuri magistrati, formazione professionale permanente seria, obbligatoria, verificabile (ad esempio non comprendo perché dopo 25 anni di professione si debba esserne esenti), vigilanza attenta e continua degli Ordini sugli iscritti anche sotto il profilo deontologico, un rinnovato ruolo di impulso, proposta, orgogliosa difesa del ruolo e prestigio dell'Avvocatura*") ha risposto lapidariamente "*non possiamo far finta che fuori da queste stanze vi sia chi pensa di sfruttare la discussione dialettica tra avvocati in modo pretestuoso. Basti dare un'occhiata all'articolo di ieri di Piercamillo Davigo il quale, in modo ossessivo, torna a ripetere che il problema della giustizia è dato dall'eccessivo numero di avvocati*". Riporta questo scambio Spasiano, *La mia provocazione a difesa del ruolo e del prestigio dell'Avvocatura*, cit.

[26] Sebbene vi siano state numerose iniziative normative che, nel tempo, hanno variamente modulato profili di contatto tra le due professioni, soprattutto nella fase di formazione. A titolo esemplificativo, l'art. 41, lett. b), comma 6, l. 31 dicembre 2012, n. 247, già prevedeva che il tirocinio forense potesse essere svolto per un anno presso un ufficio giudiziario; l'art. 73, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 ("decreto del fare"), ha introdotto il tirocinio presso gli uffici giudiziari riservato ai neolaureati in possesso di determinati requisiti di merito, inizialmente previsto come titolo per l'accesso al concorso con previsione espunta in sede di conversione (l. 9 agosto 2013, n. 98), nonché previsto come un anno di pratica forense o un anno di SSPL, come titolo di preferenza nei concorsi pubblici, come titolo di accesso alla carica di giudice di pace; il tirocinio è stato poi ridisciplinato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni in l. 11 agosto 2014, n. 114

[27] Tale sembra ad esempio essere la prospettiva in cui fu presentato il disegno di legge d'iniziativa governativa del 22 marzo 2000, in materia di aumento dell'organico della magistratura di mille unità e di riforma della disciplina del concorso, in cui era prevista, tra l'altro, una forma di reclutamento riservato per il 10% dei posti ad avvocati con almeno 5 anni di esercizio della professione, da selezionarsi sulla base di tre prove scritte ed anonime. Tale d.d.l. mirava ad introdurre un sistema di reclutamento parallelo, da un lato gli uditori giudiziari selezionati mediante il concorso, dall'altro i magistrati di tribunale, selezionati tra gli avvocati mediante l'introducenda selezione. La relazione al d.d.l. parla di una "opportunità di ventilazione esterna", ispirata al modello francese, che presenta tuttavia con il nostro differenze tali da rendere inopportuna qualsiasi importazione acritica di istituti. Ancor più estrema la proposta di un concorso straordinario per mille magistrati da reclutarsi esclusivamente nei ranghi dell'avvocatura (proposta di legge n. 6851 A.C. XIII, Bonito, Carboni, Cesetti; Finocchiaro Fidelbo, Leoni, Lucidi, Olivieri, Parrelli, Siniscalchi). Dà atto di queste iniziative Diotallevi, *Il Regolamento Istitutivo Delle Scuole Forensi*, cit.

[28] La riforma del concorso in magistratura di cui alla legge n. 71/2022 («Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura») sarà approfondita in

proposte normative non eludono la considerazione che una forma di preselezione sia funzionale alla serietà della procedura selettiva stessa, osteggiata da numeri eccessivi[29], né prescindono da considerazioni di ordine democratico quanto ad ampiezza ed eterogeneità della base di partecipazione[30]. Scontano tuttavia una grave mancanza, in quanto non sono contestuali né coordinate, e neppure sembrano tenere conto le une delle altre. Una riflessione sulla formazione intellettuale comune dei giuristi forensi chiama invece direttamente in causa le istituzioni pubbliche, ma anche quelle private, di corpo, e più in generale tutte le voci anche scientifiche e mediatiche del dibattito sulla giustizia, auspicando l'assunzione di una visione meno parziale, che non si concentri solo sull'equipaggio che svuota la nave con il secchio e guardi anche alle falle dello scafo che continua ad imbarcare acqua[31]. Recuperare una prospettiva unitaria in cui si pensi, sempre, a magistratura e avvocatura come a due parti che lavorano insieme è fondamentale per la costruzione di quella cultura comune della giurisdizione che, se deve nascere nelle università, deve poi vivere nelle aule di giustizia.

Sibilla Ottoni

un prossimo autonomo contributo su questa Rivista. Si faccia intanto riferimento a Mercadante, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e il concorso in magistratura: progressi, dubbi, questioni aperte*, in *Questione Giustizia*. Quanto alla riforma dell'esame da avvocato, si fa riferimento al d.d.l. Zanettin, di riforma della legge professionale forense e delle modalità di accesso alla professione, attualmente in Commissione Giustizia, la cui relazione di accompagnamento contiene soltanto un fugace riferimento ai "*valori costituzionali che sono alla base della professione forense e della giurisdizione*".

[29] Sulla inidoneità della preselezione a ridurre i numeri e quindi rendere più celere la selezione, sul presupposto che risposte idonee a far fronte a questa esigenza sarebbero legittime purché efficaci, si è concentrata la giurisprudenza amministrativa, massicciamente adita a seguito dell'esperienza concorsuale che prevedeva lo svolgimento di una prova preselettiva (per tutte, v. C. Stato, ad. plen., 20 dicembre 1999). Il CSM ha enfatizzato il ruolo delle SSM proprio rispetto alla funzione di filtro (CSM delibera del 27 gennaio 2000).

[30] Temi che pure sono stati segnalati dalla dottrina. Si veda Caponi, *La formazione postlaurea nelle professioni legali: situazione attuale e* prospettive, in *Foro Italiano*, 2006, vol. 129 n. 11, 369 ss., che individua le due principali criticità del nostro sistema nella difficoltà di sostentamento dei giovani laureati in giurisprudenza (tema che in altri sistemi, quale quello tedesco, è in carico alle finanze pubbliche) e nella difficoltà di trovare una pratica forense realmente formativa.

[31] Sia consentito rinviare, per ulteriori considerazioni nello stesso senso che in parte esulano dall'oggetto di questo scritto, al mio *Giustizia civile e ingiustizie*, in questa Rivista.

II.
Le riforme dell'ordinamento giudiziario

1. Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria *

Sommario: 1. Premessa. – **2.** La decapitazione del sistema giudiziario e l'epurazione mascherata della magistratura. – **3.** La centralizzazione e la burocratizzazione del sistema di amministrazione giudiziaria. – **4.** La (abortita) riforma della giustizia amministrativa. – **5.** L'ultimo capitolo della saga giudiziaria: la "legge insalata" del dicembre 2019. – **6.** Conclusioni: la professionalità del giudice come baluardo dell'indipendenza.

1. Premessa.

Il 12 dicembre 2022, la Commissione europea e il Governo ungherese hanno raggiunto l'accordo che sblocca una prima tranche di settecento milioni di euro del Piano di ripresa nazionale. Tale risultato, che rappresenta solo un compromesso provvisorio, fa seguito alla introduzione nell'ottobre precedente di alcune misure legislative volte a rafforzare il principio del *rule of law* e a proteggere gli interessi finanziari dell'Unione.

La legge n. 27 del 3 ottobre 2022 aveva infatti istituito, tra le altre cose, un'Autorità per l'Integrità competente ai fini del monitoraggio dell'utilizzo dei fondi UE: un'autorità indipendente a tutti gli effetti, divenuta operativa il 19 novembre, che risponde alle richieste in materia rivolte dalla Commissione al Governo ungherese. Come forse è noto, tali richieste rappresentano la punta di un iceberg il quale comprende un ambito assai ampio di questioni riguardanti l'Ungheria, nel quale le riforme degli apparati di controllo dell'operato dei pubblici poteri occupano un posto particolare. Tra tali apparati, il sistema giudiziario ha una ovvia centralità. Dopo gli interventi che ne hanno profondamente mutato la struttura nel decennio passato, e nonostante la materia dell'organizzazione giudiziaria sia tra gli obiettivi (*milestones*) che scandiscono l'erogazione dei fondi dopo questa prima *tranche*, esso non è tuttavia oggi oggetto di progetti di riforma e appare dunque stabilizzato.

Può essere allora utile ripercorrere brevemente le vicende che nell'ultimo decennio o poco più (la prima riforma risale al 2011) hanno riguardato il sistema giudiziario ungherese, tralasciando per la sua specificità la giurisdizione costituzionale. Ciò permette infatti non solo di cogliere le linee di sviluppo – le quali sono peraltro manifeste se sol si guarda ai numerosi contributi in materia in lingua italiana o straniera – ma anche di riflettere sull'effetto sistemico di tali vicende, sulla matrice ideologica delle stesse ma anche su quella storica, riguardante la transizione ungherese in senso ampio e la funzione che il giudiziario ha svolto in essa (e che in generale svolge negli ordinamenti contemporanei caratterizzati da debolezza delle istituzioni rappresentative), sulla *ratio* delle riforme che si sono succedute, dunque sul loro spirito. Ci permette

* Contributo consegnato per la pubblicazione nel mese di aprile 2023, che non tiene conto degli sviluppi successivi.

infine di ragionare, soprattutto, sull'esigenza di pensare al principio di indipendenza giudiziaria in un'ottica ampia, non meramente istituzionale, data l'importanza che il tema della professionalità giudiziaria assume sullo sfondo delle vicende ungheresi.

2. La decapitazione del sistema giudiziario e l'epurazione mascherata della magistratura.

Il 19 aprile 2011, il Parlamento ungherese approvava il nuovo testo costituzionale (Legge Fondamentale)[1], aprendo una stagione di riforme dello Stato nelle quali la giustizia avrebbe occupato un posto privilegiato[2]. Gli articoli relativi all'ordinamento giudiziario (artt. 25-28), a prima vista in continuità con il testo costituzionale preesistente, risaltavano tuttavia per una certa laconicità e per il non-detto rispetto a quanto affermavano.

A livello più appariscente, il nuovo testo modificava la denominazione della Corte suprema, recuperando quella pre-comunista (*Kúria*). La questione se tale nuova denominazione di *Kúria* fosse meramente simbolica o implicasse la sostituzione della vecchia Corte suprema, di cui la *Kúria* era peraltro definita erede, con un nuovo organo giudiziario non era peregrina, se si pensa che la Legge fondamentale disponeva anche la nomina di un nuovo presidente dell'organo (nel quadro di un sistema giudiziario dove i presidenti di corte hanno un ruolo di particolare rilievo, ben più significativo che in Italia). A distanza di pochi mesi (legge n. 61 del 14 giugno 2011), erano poi introdotti nuovi requisiti per i candidati alla presidenza della *Kúria*. Ciò preannunciava la strategia di cattura della magistratura da parte della maggioranza parlamentare e avrebbe dato luogo a una controversia risolta (ma senza effetti sostanziali determinanti) dalla *Grand Chamber* della Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota decisione *Baka* v. *Hungary* del 23 giugno 2016[3].

András Baka, giurista di spessore nonché giudice per diciassette anni (fino al 2008) della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nell'ottobre 2011 (vale a dire pochi mesi prima della sua "rimozione" nel dicembre successivo) era stato anche eletto Presidente della Rete dei Presidenti delle Corti Supreme dell'Unione Europea, non soddisfaceva infatti il nuovo requisito tecnico dei cinque anni di servizio come giudice nazionale, essendo divenuto giudice presso la Corte regionale di Budapest solo nell'aprile 2008.

A questa misura, una seconda ne era seguita che aveva permesso una vera e propria "epurazione" della magistratura, in massimo grado della suprema giurisdizione ordinaria. Ci si riferisce qui all'articolo 26, comma secondo della Legge Fondamentale che ha parificato l'età di pensionamento dei giudici, a esclusione del Presidente della *Kúria*, a quella generale dei lavoratori del pubblico impiego. La norma è stata poi integrata dalla Legge sulle Disposizioni tran-

[1] Ferrari, *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012; Arato, Halmai, Kis (a cura di), *Contitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, 2012.

[2] Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2012, 3, 1-20.

[3] Kosař, Šipulová, *The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, 10, 83-110.

sitorie approvata il 31 dicembre 2011, il cui articolo 12 ha previsto che tutti i giudici che avessero raggiunto il limite di età di 62 anni nel periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2012 andassero in pensione il 31 dicembre 2012, mentre per i giudici che avessero raggiunto il limite d'età prima del 1° gennaio 2012 si fissava il 30 giugno 2012.

Fuori dai tecnicismi: una misura epurativa nella sostanza e ben nota nella storia della giustizia europea, la quale ha poco da invidiare al decreto con cui Luigi Napoleone, il primo marzo 1852, aveva revocato centotrentadue giudici. L'effetto delle misure prese dalla maggioranza del partito Fidesz è stata infatti la revoca di un quarto dei giudici della Corte suprema e circa metà dei presidenti di corte regionale o provinciale.

Occorre ricordare, a evidenziare la portata della vicenda, il rilievo che in Ungheria, dove peraltro vige il principio dell'unicità della giurisdizione, assumono la *Kúria* e i presidenti di corte. La prima, tra le altre cose, può assumere decisioni con efficacia vincolante ai fini dell'uniformità del diritto (la non conformità alla decisione della *Kúria* è generalmente presa in considerazione nella valutazione dei giudici), e dispone di poteri di supervisione delle giurisdizioni inferiori attraverso i presidenti di sezione.

3. La centralizzazione e la burocratizzazione del sistema di amministrazione giudiziaria.

L'articolo 25 della Legge Fondamentale aboliva poi (seppur tacitamente) l'organo espressione del principio di autonomia della magistratura, il Consiglio giudiziario nazionale (*Országos Igazságszolgáltatási Tanács*, OIT)[4]. Di questo, già menzionato nell'articolo 50 della Costituzione del 1989 quale organo che partecipa all'amministrazione di corti e tribunali, viene a mancare ogni riconoscimento nel nuovo testo costituzionale (il "non detto" prima evocato).

È utile ricordare che l'OIT, operativo sin dal 1997, ha costituito uno dei primi organi di autonomia effettiva della magistratura in un Paese dell'area post-sovietica. In realtà, nel 2011 il Consiglio non è stato abolito ma solo de-costituzionalizzato, e gran parte delle sue competenze sono state trasferite all'Ufficio giudiziario nazionale (*Országos Bírósági Hivatal*, OBH), organo disciplinato dalle leggi n. 161 e n. 162 del 28 novembre 2011 rispettivamente sull'Organizzazione e l'amministrazione delle corti e sullo Status e la remunerazione dei giudici, entrate in vigore in coincidenza con l'entrata in vigore della Costituzione.

L'OBH – che ha carattere monocratico e il cui vertice è di nomina parlamentare a maggioranza dei due terzi – è stato guidato fino al 2019 da Tünde Handó, un'esponente di Fidesz e consorte di uno dei (pochi) redattori della Legge Fondamentale, József Szájer. Al presidente dell'Ufficio giudiziario sono attribuiti poteri di rilevante impatto politico – è il caso della partecipazione alla definizione del bilancio giudiziario, dell'iniziativa legislativa in materia di organizzazione delle corti, della definizione di vere e proprie linee di politica giudiziaria sui procedimenti considerati di interesse generale, da trattare in via prioritaria – e soprattutto il potere di assegnare casi ad altre corti qualora ciò sia reso necessario dall'obbiettivo di garantire la durata ragionevole del processo.

[4] Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese*, cit., 8 ss.

Dopo aver perso lo *status* di organo costituzionale, l'OIT è stato declassato al rango di organo consultivo e, pur formalmente dotato di una funzione di supervisione dell'OBH, è in realtà da questo dipendente: un corto-circuito istituzionale che interroga sulla razionalità di tale configurazione istituzionale. È d'obbligo ricordare come l'OIT, nonostante lo stravolgimento dell'assetto istituzionale della *governance* della magistratura e anche della sua composizione, sia sfuggito fino a oggi all'addomesticazione da parte delle forze di maggioranza. Basti a questo riguardo ricordare due recenti episodi.

Il primo riguarda l'elezione del Presidente della *Kúria*, Zsolt András Varga, nell'autunno del 2020, la cui candidatura era stata ritenuta inadeguata dall'OIT con un parere reso a maggioranza schiacciante di tredici voti contro uno. Certo, eleggendo Varga, il Parlamento non aveva tenuto conto di tale parere negativo (non vincolante), ma l'OIT aveva avuto comunque la possibilità di esprimersi duramente. Ritenendo carente l'esperienza di Varga come giudice e in materia di amministrazione della giustizia in generale, si era spinto ad affermare che «[l]a nomina […] è stata resa possibile da due recenti modifiche legislative che vanno contro il requisito costituzionale di porre ai vertici della magistratura solo chi soddisfi il criterio dell'indipendenza dagli altri rami del potere». (Sulle modifiche evocate dall'OIT, si rimanda al quarto paragrafo del presente scritto). Professore universitario fino al 2012, in quell'anno Varga era stato infatti nominato dal Governo viceprocuratore generale e dal 2014 era giudice della "nuova" Corte costituzionale.

Il secondo episodio riguarda un recente conflitto emerso a seguito di un incontro, il 27 ottobre 2022, tra due membri del Consiglio giudiziario nazionale – rispettivamente il responsabile per le relazioni internazionali e il capo ufficio stampa (Tamás Matusik e Csaba Vasvári) – e l'ambasciatore degli Stati Uniti David Pressman. I due giudici sono stati oggetto di attacchi da parte di quotidiani filo-governativi e poi criticati dal Presidente della *Kúria*, András Varga; ciò ha determinato a sua volta una dura presa di posizione dell'OIT attraverso due comunicati stampa con cui si stigmatizzavano gli attacchi pubblici e anche le parole di Varga.

4. La (abortita) riforma della giustizia amministrativa.

A seguito dell'approvazione nel giugno 2018 del Settimo Emendamento alla Legge Fondamentale, veniva inserito nell'articolo 25 della Legge Fondamentale del 2011, che definisce la competenza delle corti e delinea la struttura giudiziaria, un comma relativo a organi giurisdizionali competenti in materia amministrativa. Il Governo ha quindi avviato un *iter* volto a creare un ordine separato con una Corte suprema amministrativa distinta dalla *Kúria*, quale parte di un progetto più ambizioso di riforma della Pubblica amministrazione (preannunciato dall'adozione di un codice generale di procedura amministrativa nel 2016).

Molto si è speculato su una scelta che avrebbe messo fine all'unità dell'ordine giurisdizionale ungherese e che il Governo (e parte della dottrina nazionale: è il caso di Andras Patyi)[5] giustificava su basi storiche. Una giustizia amministrativa separata era esistita fino al 1949 e si era dimostrata effi-

[5] Patyi, *Rifts and deficits – lessons of the historical model of Hungary's administrative justice*, in *Institutiones Administrationis. Journal of Administrative Sciences*, 2021, 1, 60-72.

ciente nella tutela dei diritti dei cittadini. Secondo Renata Uitz, la legge costituiva molto chiaramente una tecnica di *court-packing*, sul solco di quanto realizzato sette anni prima con la giustizia ordinaria[6]. Come specificherò più avanti, l'intervento del 2011-2012 non si era infatti dimostrato sufficiente ad allineare completamente la magistratura alla volontà della maggioranza di Governo: la creazione di nuove corti amministrative – e di un nuovo corpo di giudici amministrativi – avrebbe risolto alla radice il problema.

La legge n. 131 del 2018, nell'istituire il nuovo ordine, attribuiva al Ministro della giustizia il potere di nomina dei giudici, dietro parere non vincolante di un Consiglio della giustizia amministrativa. Ma soprattutto, i deboli requisiti per la nomina alle funzioni di giudice amministrativo delineavano la figura di un giudice "sprofessionalizzato". Ciò riflette una precisa strategia di politica istituzionale che tocca l'ambito dell'amministrazione nel suo insieme ed è ben esemplificata dall'istituzione di un monopolio nella formazione dei funzionari pubblici attraverso l'istituzione dell'Università nazionale della funzione pubblica (NKE), volto ad accentuare nella cultura amministrativa l'adesione alla volontà legalisticamente espressa dell'apparato di governo più che l'indipendenza, con il rafforzamento del paradigma metodologico legalistico-formale e la svalutazione di quello razionalista weberiano, con la riduzione del giuridico a tecnica formale a discapito del suo contenuto razionale[7].

E tuttavia, dopo solo un anno, ancor prima che il nuovo sistema fosse divenuto operativo, il Ministro della giustizia annunciava l'intenzione di mantenere un sistema unificato, per non esporre la giustizia amministrativa a controversie che avrebbero potuto incidere sulla sua indipendenza o sulla percezione della stessa. La legge n. 61 del 2019 tecnicamente posponeva l'entrata in vigore della legge n. 131 del 2018 che da allora rappresenta una normativa inoperativa ma parte dell'ordinamento giuridico ungherese. Al contrario, l'Ottavo Emendamento alla Legge Fondamentale approvato il 12 dicembre 2019 annullava le relative disposizioni del Settimo emendamento.

La decisione di fare un passo indietro è stata determinata non tanto dalle resistenze europee, bensì dalla forte opposizione interna alla magistratura, per ragioni non solo ideali ma anche pratiche: la riallocazione di molti giudici delle preesistenti sezioni amministrative, dato il carattere meno centralizzato della geografia giudiziaria delle corti amministrative. Del resto, tale passo indietro non ha comportato la rinuncia a realizzare alcuni obiettivi che la creazione di un sistema di corti amministrative si proponeva.

5. L'ultimo capitolo della saga giudiziaria: la "legge insalata" del dicembre 2019.

Con l'approvazione in tempi molto brevi di un disegno di legge presentato lo stesso dicembre, il Parlamento ungherese introduceva una serie disposizioni di ordine procedurale e istituzionale che, nelle pieghe di una normativa eterogenea (legge omnibus, chiamata in maniera folkloristica "legge insalata"), mirava a obiettivi assimilabili a quelli dell'abor-

[6] Uitz, *An Advanced Course in Court Packing: Hungary's New Law on Administrative Courts*, in *Verfassungsblog*, 2 gennaio 2019.

[7] Benvenuti, *Libertà accademica, politiche dell'istruzione superiore e processi costituzionali Riflessioni a partire dal caso ungherese*, in Caravale, Ceccanti, Frosina, Pichiacchia, Zei, *Scritti in onore di Fulco Lanchester*, Napoli, 2022, 157-176.

tita riforma della giustizia amministrativa[8]. Tre aspetti si segnalano in particolare.

Il primo attiene alla previsione di un ricorso alla Corte costituzionale da parte delle autorità pubbliche le cui competenze siano state lese: una specie di conflitto di attribuzione tra poteri che permette a organi dell'amministrazione di ricorrere alla Corte costituzionale contro decisioni delle corti ordinarie che abbiano annullato un atto amministrativo. Questo schema è costruito sulla base di un precedente della stessa Corte costituzionale, che aveva riconosciuto in via pretoria con decisione n. 23 del 28 dicembre 2018 il diritto della Banca nazionale ungherese di presentare un ricorso costituzionale contro una decisione della *Kúria*, che era stata poi ritenuta in violazione del principio dell'equo processo. Sostanzialmente, si individua nella Corte costituzionale un tutore delle corti ordinarie nei conflitti che interessino la Pubblica amministrazione.

In secondo luogo, si prevede la possibilità per un giudice costituzionale di essere nominato, alla scadenza del mandato, come giudice ordinario, anche a ruoli direttivi. Non sono previsti a tal fine particolari requisiti. Anche qui, la Corte costituzionale si configura come un dispositivo indiretto di controllo della magistratura ordinaria e in particolare della suprema giurisdizione ordinaria. Ad alcuni mesi dall'adozione della legge, otto giudici della Corte costituzionale sono stati nominati giudici ordinari. Tra questi, il nuovo Presidente della *Kúria* András Varga di cui si è detto nel primo paragrafo di questo scritto.

Infine, si rafforza la "verticale del potere" giudiziario con l'imposizione ai giudici inferiori di articolare i motivi per cui le interpretazioni adottate differiscano da quelle della *Kúria*, che è organo di revisione secondo il modello tedesco, e non di cassazione. Una deviazione ingiustificata rispetto all'orientamento giurisprudenziale di quest'ultima è presa in considerazione ai fini della valutazione professionale e disciplinare, in ultima istanza ai fini della carriera. Si tratta di un sistema che in maniera spuria si ispira al principio del precedente vincolante proprio dei sistemi di derivazione inglese.

È opportuno segnalare che proprio da questa previsione ha avuto origine una nota vicenda relativa al procedimento disciplinare nei confronti di un giudice del Tribunale di Pest (Csaba Vasvári) che aveva sottoposto una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea relative all'indipendenza della magistratura. Il Procuratore generale ungherese aveva presentato ricorso "nell'interesse della legge" e la *Kúria* aveva ritenuto illegittimo il rinvio pregiudiziale. Dalla dichiarazione di illegittimità era in un secondo tempo derivata una procedura disciplinare nei confronti dello stesso giudice Vasvári, che già aveva visto invalidate dall'Ufficio giudiziario nazionale-OBH due procedure per la nomina alla Corte d'appello di Budapest per le quali aveva presentato candidatura. Vasvári a sua volta aveva operato ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con riguardo alla procedura che aveva portato la Corte suprema a dichiarare l'illegittimità delle questioni pregiudiziali e alla procedura disciplinare attivata in conseguenza a tale dichiarazione di illegittimità. Con questo secondo rinvio, Vasvári chiedeva se fosse compatibile con il diritto europeo la dichiarazione di illegittimità da parte di un organo nazionale di una questione pregiudiziale e se fosse possibile sottoporre a procedura disciplinare un giudice per il fatto di aver operato un rinvio

[8] Kazai, Kovács, *The Last Days of the Independent Supreme Court of Hungary?*, in *Verfassungsblog*, 13 ottobre 2020.

pregiudiziale. Come si può immaginare, la Corte di giustizia UE (C-564/19) aveva concluso che «l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un procedimento disciplinare sia avviato contro un giudice nazionale per il fatto che quest'ultimo ha presentato alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale». Quello che preme qui evidenziare è però il grave conflitto istituzionale che ha coinvolto i vertici della magistratura ungherese e le corti inferiori.

6. Conclusioni: la professionalità del giudice come baluardo dell'indipendenza.

Una visione d'insieme delle riforme qui richiamate ci offre l'immagine incrementale ed erratica di due ondate riformatrici successive (2011-2012 e 2018-2019) che riflettono il pragmatismo tipico dell'ideologia politica orbaniana e una concezione del diritto che, pur nel quadro di un apparato formale, appiattisce la dimensione giuridica sulla dimensione politica. Da questo punto di vista, se si ricorre alla tripartizione proposta da Ugo Mattei delle tradizioni e dei sistemi giuridici, il decennio segnala uno scivolamento dalla dimensione del *rule of law* a quello del *rule of politics* (*by law*).

Alla base di questo scivolamento vi è chiaramente un orientamento ideologico relativo al rapporto tra poteri dotati di legittimazione democratica e contropoteri istituzionali. Nella sua prima esperienza da Primo ministro, tra il 1998 e il 2002, Viktor Orbán aveva del resto espresso simili intenzioni di modifica del modello di governo della magistratura, affermando pubblicamente l'intollerabilità di una configurazione istituzionale di autonomia organizzativa e amministrativa del corpo giudiziario che non rendesse possibile determinare in maniera coerente una politica del diritto governativa.

Le soluzioni individuate in queste due ondate di riforme tradiscono anch'esse tale opzione ideologica. Ad esempio, la riforma dell'OIT e la creazione dell'OBH sono state giustificate con la scarsa efficienza del sistema di governo esistente e l'eccesso di corporativismo. In effetti, l'OIT si riuniva una sola volta al mese poiché i suoi membri, in particolare quelli togati, continuavano a esercitare le loro funzioni giurisdizionali. Ne derivava l'impossibilità da un lato di prendere decisioni tempestive, laddove necessario, nonché una concentrazione di fatto dell'attività ordinaria dell'organo sotto la responsabilità del suo ufficio direttivo. Si tratta di rilievi – bisogna dire – fondati e rispetto ai quali vi era una convergenza non solo tra gli attori politici ma anche tra gli osservatori critici delle iniziative della maggioranza Fidesz. Alla scarsa efficienza si sarebbe però potuto far fronte attraverso l'introduzione di forme di aspettativa per i giudici nominati membri dell'OIT o l'elezione di giudici che non ricoprissero funzioni direttive; al corporativismo si sarebbe potuto far fronte introducendo consiglieri che fossero rappresentativi di altre professioni giuridiche o della società: proposte evocate anche nel parere n. 663/2012 reso dalla Commissione di Venezia. Sicuramente, i limiti del sistema di governo della magistratura in vigore dal 1997, pur non giustificando le specifiche scelte riformatrici adottate, le hanno però in parte legittimate.

Vi è poi una spiegazione sistemica che ha a che fare con la debolezza e i difetti della transizione ungherese, inclusa la sovraesposizione della dimensione giudiziaria nell'assunzione di decisioni di sicuro rilievo politico che riflettono un ruolo di supplenza rispetto a un sistema politico (e ai relati-

vi organi di rappresentanza: Parlamento *in primis*) inefficiente[9]. Tale spiegazione porta a leggere le riforme descritte come reazione: il riaffermarsi del *popular constitutionalism* dopo una fase di sbilanciamento verso il *legal constitutionalism* e la difficoltà di trovare un equilibrio tra queste dimensioni. Si tratta, in questo caso, di un insegnamento rilevante per il nostro ordinamento.

Venendo alla *ratio*, allo spirito delle riforme, si può dire che l'obiettivo perseguito non sia un controllo totalizzante degli organi giurisdizionali, anche perché il poter rivendicare un certo grado di indipendenza delle corti può essere esso stesso fattore di legittimazione per il sistema politico. Quello a cui si è mirato, in maniera chirurgica, è l'allineamento della magistratura soprattutto nei casi giudiziari più scottanti, laddove possibile. Esistono dunque isole di resistenza nel giudiziario ungherese, sebbene non sia chiaro quale sia la loro concreta estensione.

Ho richiamato prima i conflitti tra tribunali inferiori e suprema giurisdizione e quelli coinvolgenti l'OIT nella sua nuova configurazione di organo consultivo. Ma prima della nomina di Varga alla presidenza della *Kúria* (e prima della riforma legislativa che tale nomina ha reso possibile) la stessa *Kúria* era stata in grado di avere un ruolo assertivo in casi delicati. Il caso relativo alla segregazione scolastica (nota come vicenda Gyöngyöspata) è significativo in tal senso.

Si è richiamato a questo riguardo il noto paradosso del gatto di Schrödinger: la magistratura ungherese sarebbe allo stesso tempo viva e morta, e la sua reale condizione si manifesta solo una volta che venga aperta la scatola di acciaio. Certo, il biennio 2018-2019 ha costituito un ulteriore irrigidimento, con un aumento della probabilità di trovare il gatto esanime: ma anche in quel caso, rimane difficile dire se il gatto sia morto o solo svenuto.

In conclusione, l'esame della vicenda più che decennale della riforma della giustizia in Ungheria conferma sia la rilevanza che il giudiziario ha nei sistemi contemporanei, tanto maggiore laddove le istituzioni rappresentative siano inefficienti, sia i rischi collegati a tale rilevanza. Nell'impossibilità di agire sugli elementi di sistema, uno dei modi per rendere il giudiziario più robusto di fronte ai potenziali attacchi esterni (ma anche interni) consiste nel rafforzamento della professionalità del giudice. Non è forse un caso che a questo tema sia stata posta particolare attenzione anche nel nostro ordinamento negli ultimi lustri. Il controllo della magistratura è infatti senz'altro determinato da incentivi di natura istituzionale relativi all'attivazione di forme di *accountability* – disciplinare, amministrativa relativa alla carriera, alla valutazione, etc. – ma è tanto più efficace quanto più il corpo oggetto di tale controllo si dimostri molle per assenza di un nucleo duro di etica professionale. È forse questa, in definitiva, la lezione più utile che può fornirci l'esame del caso ungherese.

Simone Benvenuti

[9] Sadursky, *Constitutional Courts, Individual Rights, and the Problem of Judicial Activism in Postcommunist Central Europe*, in Přibáň, Roberts, Young, *Systems of Justice in Transition. Central European Experiences since 1989*, Aldershot, 2003, 19; Halmai, *Who is the Main Protector of Fundamental Rights in Hungary? The Role of the Constitutional Court and the Ordinary Courts*, in Přibáň, Roberts, Young, *Systems of Justice in Transition*, cit., 50 ss.; Halmai, *The Transformation of Hungarian Constitutional Law*, in Jakab, Takács, Tatham, *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005*, Aalphen aan den Rijn, 5 ss.; Sajo, *The Judiciary in Contemporary Society: Hungary*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1993, 2, 293.

2. Indipendenza della magistratura in Polonia. Lo "strappo nel cielo di carta" della *rule of law* e l'argomento identitario *

Sommario: 1. Lo stato di diritto. Un impegno senza fine. – **2.** Magistratura e giustizia costituzionale nel sistema polacco. – **3.** La crisi costituzionale e le tappe dello "svuotamento" dell'indipendenza della magistratura. – **4.** La risposta dell'Unione europea. – **5.** *Rule of law*, indipendenza della magistratura e identità nazionali: la distanza crescente tra Varsavia e Bruxelles. – **6.** Perché le corti? Alcune note conclusive.

Abstract

The paper examines the crisis of the independence of the judiciary in Poland and its impact on the rule of law. The reforms adopted since 2015 have created a system in which interference in the administration of justice is deep, continuous, and alarming. The article also analyzes the evolution of the situation regarding judicial independence in Poland identifying key stages and causes of the constitutional erosion. The response of the European Union to this crisis is also examined. The author argues that while there have been some progresses as per EU mechanisms of enforcement, there is still a significant distance between Warsaw and Brussels on issues related to rule of law and judicial independence. Finally, the author reflects on the current role of the courts in modern legal systems emphasizing that it is essential to defend judicial independence as a cornerstone of democratic governance.

1. Lo stato di diritto. Un impegno senza fine.

«*Preserving liberty, democracy and the rule of law is not overnight achievement, it is rather an endless business*» osservava M. Cartabia a proposito della regressione delle garanzie della magistratura in atto in Polonia e Ungheria[1].

Le riforme polacche sull'ordinamento giudiziario ed il Tribunale costituzionale approvate a partire dal 2015 hanno dato l'avvio ad un'aspra contrapposizione frontale con le istituzioni dell'Unione europea sul terreno dello Stato di diritto[2], o *rule of*

* Contributo consegnato per la pubblicazione e aggiornato al 26 aprile 2023.

[1] Cartabia, *The rule of law and the role of courts*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2018, 2.

[2] «Si può riconoscere la qualità di Stato di diritto quando i poteri pubblici siano soggetti alla legge e siano previste ed efficaci la difesa e la promozione dei diritti dell'uomo (diritti civili, politici, sociali) e delle libertà fondamentali, nonché la indipendenza dei giudici (strumentale rispetto alla garanzia dei diritti). Nel corso del tempo, la libertà di stampa ha acquisito una importanza centrale e riconosciuta, come condizione del controllo sulla correttezza della azione dei poteri pubblici (e privati)». Zagrebelsky, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in

law[3], portando altresì un coro nutrito di voci dottrinali ed istituzionali ad annoverare il paese dell'Europa centrale, accanto alla stessa Ungheria, tra le c.d. democrazie illiberali[4].

Il termine "democrazia illiberale" non è espressione nuova ma utilizzata già nel 1997 dal giornalista e politologo Fareed Zakaria 1997[5] per descrivere un fenomeno particolarmente esteso ma altrettanto eterogeneo di transizioni democratiche incomplete[6].

Né la Polonia né l'Ungheria[7], nondimeno, venivano ricomprese da Zakaria in quell'originaria categorizzazione, diversamente da altre esperienze europee derivanti dalla dissoluzione dell'*ex* Jugoslavia ovvero dal caso della Slovacchia[8]. Per i paesi dal passato sovietico, di contro, l'impressione dei commentatori del periodo era quella di una transizione costituzionale completata con successo[9].

Per il caso ungherese, a contraddire questa visione positiva prevalente tra gli osservatori è stato del resto lo stesso Orban che ha recentemente ripreso con malcelato orgoglio il concetto di democrazia illiberale in un discorso fiero del 2014 in cui affermava che «il nuovo Stato che costruiremo in Ungheria non sarà uno Stato liberale, sarà uno Stato democratico non liberale»[10].

Il risultato dell'attuale complessa situazione in Polonia pare frutto sia di cause più risalenti attribuibili, tra l'altro, ad una transizione democratica forse viziata da imperfezioni latenti sia di una più recente e decisa metamorfosi in direzione opposta alle garanzie presenti nei sistemi che si rifanno

Giustizia Insieme, 28 maggio 2021.

3 Valore fondante dell'Unione in base all'art. 2 TUE, che gli Stati membri si impegnano a promuovere nel resto del mondo.

4 Si vedano *ex multis* Sawicki, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018; Orlandi, *La "democrazia illiberale". Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 167. Bánkuti, Halmai, Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, in *Journal of Democracy*, 2012, 138 ss.; Uitz, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, spec. 296 ss. Tra gli studi più recenti al momento della scrittura del presente saggio, menziona un cosciente e diffuso "contesto ideologico illiberale" Cukani, "*Polish Gate" e il rafforzamento del diritto dell'UE*, in *DPCE online*, 2022 fasc. 1, 29-50.

5 Zakaria, *The rise of illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, Nov/Dec 1997.

6 Termine vicino, sebbene non sovrapponibile, a quello di "democratura" di Hassner, *Démocrature" et "Réfolution" ou la transition bouleversée*, in Gremion, Hassner (a cura di), *Vents d'Est. Vers l'Europe des États de droit?*, Paris, 1990, che indica un sistema formalmente strutturato con modalità democratiche ma sostanzialmente autoritario. Occorre rilevare in dottrina una varietà di ricostruzioni e definizioni del processo di decadimento democratico che, alle più diffuse espressioni di "democrazia illiberale" e "democrature", ne accosta altre come "costituzionalismo autoritario o populista". Osserva al riguardo Di Gregorio, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *Nad-Nuovi Autoritarismi e democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 2, 2019, 2 ss. come siano stati contate sino a 80 termini per definire i fenomeni di decadimento democratico. Sulla categoria del costituzionalismo illiberale si veda ancora Drinòczi, Bień, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Jurnal*, 20, 2019.

7 Ormai definite "*usual suspects*" tra le democrazie illiberali, cfr. Pierdominici, *La riforma della giustizia israeliana: cronache dall'ultima frontiera costituzionale*, in *Giustizia Insieme*, 31.3.2023.

8 Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3999 ss. Si veda anche Tarchi, *Le "democrazie illiberali" nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di stato? Alcune riflessioni di sintesi*, in *DPCE online*, n. 3, 2020.

9 Zakaria, *op. cit.*, 29 ss. Sulle transizioni democratiche si vedano anche Gambino, *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003, Ceccherini, Rolla, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005, 11 ss. e, per quanto riguarda le transizioni degli stati ex URSS, Ganino, *Dall'URSS alla Comunità di Stati Indipendenti,* Milano, 1992 e Bartole, Grilli Di Cortona (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale, edito da* Torino, 1997.

10 Discorso riportato da Orlandi, *La "democrazia illiberale". Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 167.

ai principi dello stato costituzionale di diritto[11].

Significativamente, questo processo di allontanamento della Polonia dalla *rule of law* si è giocato sin dall'inizio sul campo dell'indipendenza della magistratura e della giustizia costituzionale. Le riforme approvate dalla coalizione risultata vincitrice a seguito delle elezioni del 2015 hanno interessato l'intero sistema giudiziario ed il Tribunale costituzionale, realizzando un sistema in cui le interferenze dell'esecutivo nell'amministrazione della giustizia sono profonde, continue ed allarmanti[12].

Nell'osservare il progressivo svuotamento di significato di quel principio di separazione dei poteri affermato dall'art. 10 della Costituzione polacca, non si può fare a meno di chiedersi come si sia arrivati ad un tale risultato proprio nel cuore dell'Europa e, diversamente dal caso ungherese, a costituzione formale invariata. Lo sguardo su questo processo, a tratti portato avanti con meticolosità quasi scientifica nel caso ungherese[13] e forse ancora di più in quello polacco, restituisce una sensazione di straniamento che mette in dubbio certezze quasi assodate del costituzionalismo liberal-democratico contemporaneo. Uno "strappo nel cielo di carta" della *rule of law* – per usare una fortunata espressione[14] – che ci paralizza e ci restituisce l'idea della fragilità di garanzie date per certe e invece agganciate ad un delicato gioco di pesi e contrappesi tra organi costituzionali.

Nelle pagine seguenti si tenterà di approfondire per sommi capi la vicenda polacca mettendo a fuoco le tappe dello svuotamento delle garanzie costituzionali sull'indipendenza della magistratura, l'esito della "giurisdizionalizzazione"[15] della conflittualità politica apertasi con l'Unione europea sul terreno della *rule of law*, secondo alcuni suscettibile di rappresentare una prima tappa per una "POLEXIT" e l'uso dell'argomento identitario da parte delle istituzioni polacche per giustificare la regressione democratica e l'attacco alla magistratura. In conclusione, si formuleranno alcune considerazioni per contestualizzare il caso polacco rispetto al ruolo attuale delle Corti nel contesto europeo.

[11] Ricorda ancora Zagrebelsky, *op. cit.*, al riguardo, come «La forma di stato che va sotto il nome di Stato di diritto ha alle spalle eventi storici diversi: dalla Rivoluzione inglese (1688-89) alla Rivoluzione americana (1776), dalla Rivoluzione francese (1789) alle Rivoluzioni europee del 1848 e poi lo sviluppo dello Stato costituzionale di diritto. Il risultato ha contenuti che possono ritenersi acquisiti, anche se i loro contorni possono apparire non definiti. Si tratta infatti di una nozione storica e politica, che può assumere caratteri diversi, più o meno marcati. (…) Si può riconoscere la qualità di Stato di diritto quando i poteri pubblici siano soggetti alla legge e siano previste ed efficaci la difesa e la promozione dei diritti dell'uomo (diritti civili, politici, sociali) e delle libertà fondamentali, nonché la indipendenza dei giudici (strumentale rispetto alla garanzia dei diritti). Nel corso del tempo, la libertà di stampa ha acquisito una importanza centrale e riconosciuta, come condizione del controllo sulla correttezza della azione dei poteri pubblici (e privati)». Sulle garanzie fondamentali della magistratura si veda ancora Guastini, Pizzorusso, *La Magistratura, tomo I (artt. 101-103)*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994.

[12] Basilico, *Dopo la marcia delle mille togbe a Varsavia «per noi giudici polacchi un futuro ancora a rischio»*, in *Giustizia Insieme*, 17.02.2020.

[13] Cfr. Benvenuti, *Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria*, in *Giustizia Insieme*, 29.04.2023.

[14] Pirandello, *Il Fu Mattia Pascal,* Milano, 1919, capitolo xii.

[15] Troillo, *Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura*, in *Consulta Online*, 1, 2022, 115 ss.

2. Magistratura e giustizia costituzionale nel sistema polacco.

Per comprendere la portata dello stravolgimento dell'assetto costituzionale e dell'attacco frontale alle garanzie della magistratura intervenuto in Polonia, pare utile muovere ricordando le principali tappe storico-evolutive nell'organizzazione della magistratura nell'ambito del costituzionalismo polacco[16].

Nel contesto degli ordinamenti socialisti est-europei l'esercizio della funzione giurisdizionale si fondava, di norma, su meccanismi di elezione dei magistrati. In Polonia il principio dell'elettività è stato tuttavia declinato con alcune non trascurabili peculiarità. L'art. 60 della Costituzione polacca del 1952[17] e l'art. 32 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1964 prevedevano un meccanismo di designazione dei magistrati basato sulla chiamata ad opera del Consiglio di Stato con indicazione del Ministro della Giustizia. L'art. 48 della Costituzione conferiva altresì alla Corte Suprema il ruolo di custode del sistema[18]. Inoltre, nel periodo socialista, il sistema polacco sottoponeva la valutazione della responsabilità disciplinare dei magistrati ad un organismo specifico, il Consiglio di disciplina. Questa previsione marcava le distanze rispetto al trattamento previsto in altri paesi socialisti, nei quali le ipotesi di revoca e destituzione dei magistrati erano spesso previste direttamente per legge[19].

Una seconda fase si apriva con la c.d. Terza Repubblica di Polonia a seguito dell'approvazione della legge di revisione costituzionale del 1989[20]. Si avvia in questo momento una lunga stagione di riforme costituzionali che arriverà sino al 1997. La legge 20 dicembre 1989[21] attribuiva la nomina dei magistrati al Presidente della Repubblica e istituiva il Consiglio Nazionale della Magistratura[22], organo di rilevanza costituzionale ma il cui funzionamento è già da questa fase quasi interamente rimandato alla legislazione ordinaria[23].

La successiva revisione costituzionale del 29 dicembre 1989 innovava ulteriormente l'ordinamento giudiziario, specialmente con riguardo al ruolo del pubblico ministero. Sopravvivono tuttavia in questa fase rilevanti connessioni istituzionali tra gli organi requirenti ed il governo, come testimoniato dalla coincidenza tra Procuratore Generale e Ministro della Giustizia, successivamente venuta meno nel 2010, per poi essere nuovamente ripristinata nel 2016[24].

Il tentativo parziale di epurazione di elementi di stampo sovietico venne proseguito dapprima dalla c.d. «piccola Costituzione» del 1992[25] ed in seguito dalla Legge fonda-

[16] Per un inquadramento, Ceccanti, *Il costituzionalismo polacco dal 1791 ad oggi*, in *federalismi.it*, 10/2006.

[17] Costituzione della Repubblica Popolare Polacca, nota anche come "Costituzione di luglio".

[18] Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside?*, Napoli, 2021, 131.

[19] Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE Online*, 4, 2020, 4970 ss.

[20] L. 7 aprile 1989. In argomento Mižejewski, *La crisi della democrazia in Polonia*, in *Federalismi*, 21 novembre 2018.

[21] Legge 20 dicembre 1989 (Dz. U. 73, 436).

[22] Di seguito "NCJ".

[23] Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside?*, Napoli, 2021, 189 ss. Per un inquadramento, si veda anche Volpi, *I Consigli della magistratura in Europa*, in *Cosmopolis*, 1, 2009.

[24] Cfr. Mazza, *op. cit.*, 4970.

[25] La quale non rappresentò però un significativo avanzamento nelle garanzie di indipendenza della magistratura come osserva

mentale del 2 aprile 1997[26], attuale punto di riferimento costituzionale e frutto di accordi compromissori tra forze provenienti dall'esperienza di *Solidarność* e componenti ex comuniste[27]. Ai sensi dell'art. 173 Cost. i tribunali sono indipendenti dagli altri poteri statali e i giudici risultano soggetti solo alla Costituzione e alla legge in ottemperanza al successivo art. 195 Cost. La loro nomina spetta invece al Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa*)[28].

In base alla Costituzione del 1997[29], tale organo è chiamato a farsi garante dell'indipendenza della magistratura (art. 186) ed ha la possibilità di ricorrere d'innanzi al Tribunale costituzionale in relazione ad atti normativi su di essa incidenti. L'ultimo comma dell'art. 187 della Costituzione conferma la previsione di una riserva di legge molto ampia con riguardo a struttura, scopi, attività e procedure interne del Consiglio, incluse le modalità di elezione della componente togata[30]. Il Consiglio include anche una componente laica eletta dalla Dieta, o *Sejm*, (4 membri) e dal Senato (2 membri). La riserva di legge sull'organizzazione e le attività del Consiglio è stata attuata dalla legge *Krajowej Radzie Sądownictwa* (*Law on the National Council of the Judiciary*) del 12 maggio 2011, sulla quale è successivamente intervenuto il controverso "pacchetto giustizia" nella stagione di riforme iniziata nel 2015-2016.

La composizione del Consiglio risultante dalla Costituzione in vigore dal 1997 accosta alla componente laica e ai quindici membri togati alcuni membri di diritto. Si tratta del Primo Presidente della Corte Suprema, del Presidente dell'Alta Corte Amministrativa, del Ministro della Giustizia e di un membro nominato dal Presidente della Repubblica[31].

Quanto al Tribunale costituzionale (*Trybunał Konstytucyjny*), gli artt. da 188 a 197 della Suprema Carta polacca del 1997 delineano un controllo di legittimità costituzionale di tipo accentrato attribuito ad un Tribunale funzionalmente indipendente, distinto da altri organi giudiziari e composto da quindici membri con mandato novennale e col divieto di rielezione. Le attribuzioni del Tribunale costituzionale consentono un controllo di legittimità a spettro piuttosto ampio, coprendo sia atti legislativi sia, in genere, gli atti di organi centrali dello Stato ed anche gli accordi internazionali di cui, in base all'art. 188 c. 2, valuta la compatibilità a Costituzione[32]. Dal punto di vista dei canali del giudizio di costituzionalità, l'art. 79.1 prevede, tra l'altro, l'accesso diretto al Tribunale costituzionale da parte di individui che lamentino la lesione di libertà costituzionali ritenute infrante da provvedimenti

---

Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside?*, Napoli, 2021.

[26] In argomento, Filippini, *Polonia*, Bologna, 2013, 48-53.

[27] La rigidità della Costituzione, prima garanzia formale dell'autonomia del giudiziario ivi affermata, è garantita dal procedimento aggravato di revisione costituzionale previsto dall'art. 235 Cost.

[28] Disciplinato agli artt. 186 e 187 della Costituzione.

[29] Ma la stessa previsione era già presente nella legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura del 20 dicembre 1989.

[30] In base all'art. 187, sono 15 i membri togati, scelti tra i giudici della Corte Suprema, dei tribunali comuni, dei tribunali amministrativi ed anche tra i giudici dei tribunali militari.

[31] Mazza, *op. cit.*, 4971.

[32] Nel dettaglio, l'art. 88 attribuisce in particolare la competenza a decidere sulla conformità della legge e degli accordi internazionali alla Costituzione; sulla compatibilità tra una legge e gli accordi internazionali ratificati dalla Polonia; della conformità a Costituzione di altre fonti emanate dagli organi centrali dello Stato; la compatibilità dei partiti con il sistema costituzionale. Accanto alle funzioni di legittimità, il Tribunale è anche competente a dirimere le controversie insorte tra organi dello Stato.

di corti e organi dell'amministrazione[33]. È inoltre previsto l'accesso diretto da parte di diversi soggetti istituzionali quali il Presidente della Repubblica, il Primo Ministro, il Procuratore generale e del Consiglio nazionale della magistratura nell'ambito della funzione di garante dell'indipendenza della magistratura affidata dalla Costituzione.

3. La crisi costituzionale e le tappe dello "svuotamento" dell'indipendenza della magistratura.

L'assetto dell'organizzazione della giustizia così delineato dalla Costituzione del 1997, già caratterizzato da alcune criticità sul piano della separazione tra sistema di autogoverno e potere esecutivo quali la presenza del Ministro della giustizia nell'organo di autogoverno, ha iniziato a subire decise deviazioni a partire dal 2015.

Le elezioni per il rinnovo del Parlamento di tale anno segnavano la vittoria della coalizione di destra e del *Prawo i Sprawiedliwość* – PiS (Diritto e giustizia), che conseguì un'inedita maggioranza assoluta.

Il partito veniva da una fase di iniziale autoesclusione dalla vita pubblica seguita ad una breve parentesi al governo tra il 2005 e il 2007 ed una nuova perdita di centralità, almeno fino al tragico incidente dell'aereo presidenziale del 10 aprile 2010, che segnava la morte del Presidente Lech Kaczyński e di alti personaggi pubblici della sua amministrazione[34].

Sin dall'inizio della legislatura avviata dal successo elettorale del 2015, il governo sostenuto dalla maggioranza guidata da PiS ha adottato ripetuti interventi che hanno profondamente rivoluzionato il Tribunale costituzionale, l'NCJ e, in generale, l'intero ordinamento giudiziario, inclusa la Corte Suprema e la Procura generale[35].

La prima mossa del nuovo governo è stata diretta proprio nei confronti del Tribunale costituzionale e si è accompagnata ad una vera e propria crisi costituzionale[36]. In prossimità delle elezioni, la precedente coalizione facente capo alla *Platforma Obywatelska* (Piattaforma civica - PO) aveva favorito l'elezione alla *Sejm* di 5 dei membri elettivi del Tribunale costituzionale, anticipando, con prassi costituzionale scorretta e censurabile, anche l'elezione di due membri che avrebbero dovuto prendere funzioni solo nel dicembre, a seguito dell'insediamento del nuovo *Sejm* nel novembre 2015[37].

Il Presidente Duda si è opposto all'elezione, ritenendola illegittima e rifiutando il giuramento dei giudici costituzionali. A seguito dell'insediamento alla *Sejm*, il 25 novembre 2015, la maggioranza guidata dal

[33] Fede, *Il Tribunale costituzionale nella nuova Costituzione polacca*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1999, 169-182.

[34] Cfr. Di Gregorio, Angeli, Sawicki, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in Di Gregorio (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019, 378 ss.

[35] Moretti, *La riforma del sistema giudiziario polacco e le risposte del Consiglio d'Europa: un quadro dal 2015 ad oggi*, in *Questione Giustizia*, 15/05/2021.

[36] Basilico, *Dopo la marcia delle mille toghe a Varsavia «per noi giudici polacchi un futuro ancora a rischio», intervista a Monika Frackowiak, giudice distrettuale di Poznan*, in *Giustizia Insieme*, 17 febbraio 2020; Dicosola, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2016.

[37] La legislatura uscente aveva anche approvato una nuova legge sul Tribunale costituzionale il 25 giugno 2015.

PiS ha eletto un diverso gruppo di cinque giudici, i quali hanno subito prestato giuramento. Lo stesso Tribunale costituzionale interveniva in seguito con la sentenza K 34/15 del 3 dicembre 2015, censurando l'illegittimità della nomina di 2 dei 5 giudici eletti prima delle elezioni nell'ottobre 2015[38]. Con una successiva decisione del 9 dicembre 2015[39], il giudice costituzionale riteneva ancora illegittima la nomina di 3 su 5 giudici eletti il 2 dicembre 2015 dalla *Sejm* a maggioranza PiS[40].

A questo punto, il PiS interveniva ripetutamente sulle disposizioni relative al funzionamento del Tribunale costituzionale, a partire dalla legge 22 dicembre 2015[41]. Le modifiche così approvate introducevano una maggioranza qualificata di 13 giudici su 15 per le decisioni sull'illegittimità costituzionale e ponevano così il Tribunale costituzionale in uno stato di sostanziale *empasse*[42]. Il Tribunale costituzionale si è comunque pronunciato sulla questione, censurando le modifiche apportate dal governo nella sentenza K 47/15 del 9 marzo 2016. Per tutta risposta, la sentenza non è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale polacca, innescando le critiche anche della Commissione di Venezia[43].

Gli interventi della maggioranza nei confronti del Tribunale costituzionale proseguivano nel corso del 2016 e degli anni seguenti interessando profondamente l'intero funzionamento dell'organo, sia per quanto riguarda lo *status* dei giudici, sia in relazione agli stessi procedimenti costituzionali, approfittando dell'ampia riserva di legge prevista dalla Costituzione[44]. Il risultato, secondo molti commentatori, è un sostanziale mutamento in senso maggioritario dell'organo che, negli ordinamenti democratici, rappresenta la garanzia massima delle posizioni antimaggioritarie ed il custode della Costituzione[45].

Parallelamente alla "cattura" dell'organo di garanzia costituzionale, la compagine governativa guidata da Diritto e Giustizia si assicurava di ristabilire la precedente coincidenza tra Ministero della Giustizia e Procuratore generale, venuta meno nel 2010 e ripristinata con la legge 28 gennaio 2016[46]. Si tratta di un elemento già presente nella tradizione costituzionale polacca che pare ulteriormente confermare quell'incompletezza del processo di piena transizione democratica di cui si è detto. È al contempo un profilo estremamente problematico per via della sua incidenza sulla separazione e

[38] Pištan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, in Di Gregorio (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica* (*Trattato di diritto pubblico comparato*, fondato e diretto da G.F. Ferrari), Walters Kluwer, Milano, 2019, 357 ss.

[39] Sentenza K 35/15 del 9 dicembre 2015.

[40] Cfr. Banaszak, *The Changes to the Act on the Constitutional Tribunal and the Changes in the Make-up of the Constitutional Tribunal in Poland*, in *Osteuropa Recht*, 2016, 94 ss., Sawicki, *La conquista della Corte costituzionale ad opera della maggioranza che non si riconosce nella Costituzione*, in *Nomos*, 3, 2016.

[41] Tale vicinanza è stata ulteriormente favorita dall'elezione di Julia Przyłębska quale presidente del Tribunale Costituzionale, a partire dal dicembre 2016. Cfr. Basilico, *op. cit.*, *passim*.

[42] Pištan, *op. cit.*, 359.

[43] Cfr. parere n. 833/2015.

[44] Cfr. legge del 30 novembre 2016 sullo *status* dei giudici della Tribunale costituzionale; legge del 30 novembre 2016 sull'organizzazione e le procedure di fronte al Tribunale costituzionale e legge del 13 dicembre 2016 recante previsioni introduttive sull'organizzazione e le procedure davanti al Tribunale costituzionale.

[45] Nell'ordine, si è verificato il ritiro anticipato di due mesi del vicepresidente uscente Stanisław Biernat con posizioni lontane dalla maggioranza e, in seguito, i tre giudici costituzionali nominati prima della vittoria elettorale del PiS sono stati esclusi dalle loro funzioni.

[46] Mazza, *op. cit.*, 4971 ss.

l'equilibrio dei poteri oltre che sull'indipendenza dell'ordinamento giudiziario[47]. Si deve infatti considerare che sussistono nell'ordinamento polacco poteri di supervisione del Procuratore generale sull'operato delle procure, oltre alla possibilità di impartire istruzioni sulla conduzione dei processi[48]. A ciò si aggiunge che, in base alla Costituzione, il Ministro della Giustizia – Procuratore generale siede anche nell'organo di autogoverno della magistratura polacca, come membro di diritto.

Altre istituzioni di rilievo del sistema politico sono state interessate dai tentativi di estensione dell'influenza del PiS sulla vita pubblica. Il riferimento è alla legge 15 gennaio 2016 che interviene sulla disciplina della polizia e dell'ordine pubblico ampliando le facoltà di sorveglianza online[49] e le misure antiterrorismo[50]. Ma anche alla stampa, interessata ad esempio dalla legge 22 giugno 2016 relativa al Consiglio Nazionale dei *media*.

L'attacco all'ordine giudiziario è stato però trasversale e forse il più massiccio. La motivazione politica ufficiale di un tale accanimento è stata individuata nella presunta corruzione e inefficienza del sistema giudiziario, visto dalla maggioranza come asserita istanza di resistenza corporativa al rinnovamento necessario alla Polonia[51].

Nel 2017, veniva adottato un pacchetto di riforma generale dell'intero sistema giudiziario, accompagnato da un coro di critiche e preoccupazioni da parte dell'Unione europea e degli osservatori, che ha interessato tutti i settori della magistratura, inclusa la formazione dei giudici[52]. Tra le modifiche più rilevanti, vi sono alcune misure riferite al procedimento disciplinare e alla Corte suprema. Presso tale organo vengono introdotte due nuove Camere di cui una disciplinare (*Izba Dyscyplinarna*), competente a decidere, anche in appello, sull'irrogazione di provvedimenti disciplinari ai magistrati[53] ed una competente in materia di controllo straordinario degli affari pubblici[54]. Le modifiche sul procedimento disciplinare sono consistenti e critiche. La nomina dei componenti della Camera disciplinare spetta al Presidente della Repubblica, il quale dopo la riforma ha altresì la possibilità di nominare il procuratore disciplinare e, se entro trenta giorni non provvede in tal senso, il Ministro della Giustizia può comunicare al Presidente la propria intenzione di procedere e, in caso di nuova inerzia di quest'ultimo, è il Ministro della giustizia a nominare il procuratore disciplinare[55].

[47] In argomento, Pasquino, *Uno e trino – Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri. Perché le maggioranze democratiche possono rappresentare una minaccia per la libertà*, Milano, 1994.

[48] Mazza, *op. cit.*, 4973.

[49] Anch'essa censurata dalla Commissione di Venezia come osservano Di Gregorio, Angeli, Sawicki, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, cit., 381.

[50] Cfr. legge 10 giugno 2016.

[51] Di Gregorio, Angeli, Sawicki, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, cit., 382 ss.

[52] È stata emendata la disciplina della Scuola nazionale della magistratura con la legge dell'11 maggio 2017.

[53] La legge istituiva presso la *Sąd Najwyższy* (Corte suprema) la Sezione disciplinare presieduta dal Presidente della Corte Suprema. In base all'articolo 73, paragrafo 1, della legge sulla Corte suprema i giudici disciplinari nelle cause disciplinari relative a giudici della Corte suprema sono giudici della stessa Corte Suprema riuniti, in primo grado, in un Collegio composto da due giudici della Sezione disciplinare e da un giurato e in grado d'appello in un collegio composto da tre giudici della Sezione disciplinare e da due giurati.

[54] Camera per il controllo straordinario degli affari pubblici. Cfr. Legge 8 dicembre 2017 sulla Corte Suprema (*Sadzie Najwoszym z dnia*).

[55] Cukani, *Condizionalità europea*, cit., 150.

Si tratta di profili che hanno attirato anche le censure di un rapporto del GRECO - Gruppo degli Stati contro la corruzione, organo di monitoraggio del Consiglio d'Europa, che ha rilevato un eccessivo coinvolgimento dell'esecutivo all'interno del procedimento disciplinare a seguito delle modifiche legislative[56].

La legge del 20 dicembre 2017 sulla Corte Suprema, inoltre, abbassava l'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema di cinque anni. Ciò ha portato alla sostituzione di una percentuale intorno al 40% dei componenti della Corte[57], con la nomina dei nuovi giudici da parte del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura[58]. Di fatto una "purga" giudiziaria alla quale i giudici della Corte Suprema potevano sottrarsi solo richiedendo una proroga al Presidente della Repubblica che, in via del tutto discrezionale, poteva concederla o meno[59].

Oltre ai giudici della Suprema Corte, le riforme non hanno risparmiato anche i magistrati ordinari. Anche per loro l'abbassamento repentino dell'età pensionabile è stato lo strumento per innovare le fila del giudiziario selezionando i giudici da far permanere, su richiesta di proroga quest'ultimi e con valutazione discrezionale e insindacabile del Ministro della Giustizia[60]. Considerato che lo stesso Ministro della giustizia (già anche procuratore generale e membro dell'organo di autogoverno) è inoltre titolare della nomina dei presidenti dei tribunali, si apprezza la totale pervasività dell'azione dell'esecutivo nei confronti di tutta la magistratura polacca.

Anche il Consiglio Nazionale della Magistratura non è stato risparmiato da profonde modifiche operate dalla compagine governativa guidata dal PiS. La legge del 20 dicembre 2017 ha infatti previsto la cessazione dei membri del Consiglio entro tre mesi per azzerare eventuali membri avversi della precedente consiliatura ed ha innovato le modalità d'elezione dei membri togati, prima eletti dalla magistratura ed oggi dalla *Sejm*. Ciò ha ovviamente affidato alla scelta della maggioranza guidata dal PiS l'elezione dei membri togati del Consiglio, a sua volta responsabile della proposizione delle nomine dei giudici al Presidente.

Posto che il Presidente Duda (riconfermato alle ultime elezioni del 2020) è esponente del PiS, allo stato attuale, il partito di maggioranza ha di fatto la possibilità di incidere sull'elezione di 22 su 25 consiglieri dell'organo di autogoverno polacco. La separazione dei poteri, pur affermata dall'art. 10 della Costituzione, risulta in questo contesto meramente virtuale e poco più che una clausola di stile[61].

[56] Relazione del giugno 2018 "*Ad hoc report on Poland*".

[57] Pištan, *op. cit.*, 361.

[58] Si veda *amplius* in argomento Pech, Wchowiec, Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In) Action*, in *Hague J. Rule of Law*, 2021.

[59] Ciò ha rappresentato un ulteriore strumento a disposizione del Presidente (esponente del PiS) per selezionare i giudici da mantenere presso la Suprema Corte. Da notare che l'utilizzo del pensionamento anticipato per promuovere una forzata sostituzione dei giudizi sembra rappresentare «uno strumento ricorrente per poter dare forma alle cosiddette democrazie illiberali», come osserva Ceccherini, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE Online*, 3, 2019, 2207 ss. Infatti, anche in Ungheria si è registrato un intervento simile sull'età di quiescenza dei giudici con l'abbassamento da 70 a 62 anni ed il conseguente pensionamento di circa un terzo di magistrati interessati. Sul punto si è pronunciata con toni censori la Corte di Giustizia in *Commissione v. Ungheria*, 6 novembre 2011, C-286/12.

[60] Cukani, *Condizionalità europea*, cit., 153.

[61] Ragone, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018, 4. È questa, del resto, la percezione degli stessi magistrati polacchi come si

4. La risposta dell'Unione europea.

A seguito della stagione di riforme avviata dal "Pacchetto giustizia" e della regressione delle garanzie del giudiziario, le istituzioni eurounitarie sono intervenute azionando tutti gli «anticorpi esterni»[62] messi a disposizione dal diritto dell'Unione. In primo luogo, con il mezzo più "tradizionale" della procedura di infrazione di cui all'art. 258 TFUE[63], ottenendo sentenze di condanna della Polonia da parte della Corte di giustizia rimaste, per la maggior parte, ignorate nella sostanza dalle istituzioni polacche[64]. Il riferimento è, tra le altre, alla sentenza del 24 giugno 2019 sull'indipendenza della Corte Suprema polacca[65], alla sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18 avente ad oggetto l'indipendenza dei tribunali ordinari ed alle decisioni relative alle modifiche al procedimento disciplinare, con l'ordinanza dell'8 aprile 2020[66] e la sentenza del 15 luglio 2021[67].

Accanto a questa risposta esterna, si devono ricordare anche le reazioni interne alla Polonia[68]. Oltre a mobilitazioni di piazza spontanee e coordinate dall'opposizione, alla marcia delle toghe di Varsavia del gennaio 2020, alle prese di posizione della stampa contraria alla svolta illiberale, di alcune università e di organizzazioni non governative nazionali, si può richiamare anche la reazione "giudiziaria" di diversi giudici polacchi che hanno visto nella Corte di Giustizia un interlocutore naturale a cui rivolgersi. Ne è un esempio il caso *A.K. e a.*, deciso con sentenza del 19 novembre 2019 e originato da rinvii pregiudiziali proveniente dalla stessa Corte Suprema polacca, sezione lavoro e previdenza, nell'ambito di giudizi instaurati da giudici della Corte Suprema e della Corte Suprema amministrativa rimasti vittima del pensionamento anticipato e del diniego alla successiva richiesta di proroga[69]. In tale occasione, la Grande Sezione della Corte di Giustizia ha tra l'altro stabilito che l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la direttiva 2000/78[70] ostano alla sottoposizione di controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione alla competenza esclusiva di un organo non indipendente e imparziale[71].

---

osserva fra l'altro in Basilico, *op. cit.*, *passim* e Kalisz, *The time of trial. How do changes in justice system affect Polish Judges*, Warsaw, 2019.

[62] Di Gregorio, Angeli, Sawicki, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, cit., 386 ss.

[63] Per un inquadramento dello strumento anche nel quadro della vicenda polacca si veda Albanesi, *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione Europea*, Torino, 2018.

[64] Lo stesso è accaduto del resto con l'ordinamento ungherese.

[65] Causa C-619/18.

[66] Causa C-791/19 R.

[67] Causa C-791/19. Tra le sentenze più recenti si vedano ancora ordinanza del 14 luglio 2021 e del 6 ottobre 2021, causa C-204/21 R, Commissione c. Polonia; ordinanza del 21 maggio. Tra gli interventi più recenti, si segnala l'avvio della procedura di infrazione con l'inoltro avvenuto lo scorso 26 gennaio 2023 di una nuova lettera di messa in mora alla Polonia (INFR(2021)2001).

[68] Di Gregorio, Angeli, Sawicki, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, cit., 385 ss.

[69] Cause riunite C 585/18, C 624/18 e C 625/18.

[70] Era stata postulata infatti una questione relativa alla violazione del divieto di discriminazione sulla base dell'età.

[71] Ad avviso della Corte, ciò si verifica se l'organo è soggetto a influenze esterne, ad opera del potere legislativo ed esecutivo e, in generale, se non attua in una posizione di neutralità rispetto agli interessi contrapposti. Compatibilmente con i limiti che contraddistinguono il controllo della Corte di Lussemburgo, la valutazione sull'indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema polacca, rispetto ai criteri enucleati, viene lasciata al giudice del rinvio. La Corte precisa che, in caso di ritenuto difetto di indipendenza, «il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice del rinvio di disapplicare la disposizione di diritto nazionale che riservi a detto organo la competenza a conoscere delle controversie di cui ai procedimenti principali, di modo che esse possano essere esaminate da un giudice che soddisfi i summenzionati requisiti di indipendenza e di imparzialità e

Le autorità polacche hanno per la verità adottato alcuni limitati interventi di revisione a seguito delle indicazioni provenienti dalle istituzioni unionali ma si è trattato per lo più di limature di facciata, del tutto inidonee a far rientrare il paese sui binari dell'indipendenza complessiva del sistema giudiziario[72].

Questa risposta insufficiente della Polonia ha spinto l'Unione a valutare "*unprecedented measures*" nel quadro dei meccanismi preventivi di salvaguardia dello stato di diritto concessi dai trattati[73]. Si tratta dell'ulteriore procedura – complementare a quella di infrazione[74] – prevista dall'art. 7 comma 1 TUE, che consente di reagire a rischi di violazione dei valori fondanti dell'Unione di cui all'art. 2 TUE. Tra questi, infatti, figura anche il rispetto dello stato di diritto[75].

Il procedimento è pensato per assicurare il rispetto dei valori eurounitari da parte degli Stati che sono già membri dell'Unione. Mentre per gli aspiranti Stati membri sono infatti presenti rigorosi meccanismi di condizionalità in entrata che consentono un vaglio scrupoloso sul rispetto dei valori fondanti, tra cui la *rule of law*, più difficile è l'accertamento di violazioni sopravvenute da parte di Stati membri che partecipano (e votano) già ai lavori delle istituzioni europee[76].

Anche per tali ragioni e sulla scorta delle esperienze di Polonia e Ungheria[77], si è registrata negli ultimi anni la tendenza ad una maggiore precisazione dei contenuti del principio dello Stato di diritto all'interno del diritto derivato dell'UE, come dimostra l'approvazione del Regolamento 2020/2092 del 16 dicembre 2020. Tale regolamento introduce un sistema generale di condizionalità a protezione del bilancio dell'Unione che comprende, tra l'altro, il rispetto dei principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva, compreso «l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali» e la separazione dei poteri[78]. L'indipendenza del giudiziario è del resto un tratto fondamentale della *rule of law* oltre che un elemento

che sarebbe competente nella materia interessata se la suddetta disposizione non vi ostasse». Cfr. punto 172 della sentenza.

[72] A seguito all'ordinanza provvisoria del 19 ottobre 2019 e della successiva sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 17 dicembre 2018, è stata emendata la legge sulla Corte suprema con l'abrogazione degli artt. 37, commi 1-4 e 111, c. 1, con conseguente reintegro di parte dei giudici della Corte suprema, tra cui il primo presidente, vittime del precedente pensionamento anticipato. Cfr. Di Gregorio, Angeli, Sawicki, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, cit., 389 ss.

[73] Ragone, *op. cit.*, *passim*.

[74] Cfr. Albanesi, *Pluralismo costituzionale e procedura di infrazione dell'Unione Europea*, Torino, 2018, 178 ss.

[75] Secondo cui, su proposta di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, a maggioranza dei quattro quinti dei membri e con l'approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori fondanti di cui all'articolo 2 TUE da parte di uno Stato membro e rivolgere a questo delle raccomandazioni. In argomento vedasi anche Aranci, *La reazione dell'Unione europea alla crisi polacca: la Commissione attiva l'art. 7 TUE*, in *Federalismi*, 18 luglio 2018 e Ragone, *op. cit.*, *passim*. Cfr. anche Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE Online*, 4, 2017.

[76] I c.d. Criteri di Copenaghen, oggi menzionati all'art. 49 TUE, sono stati oggetto di evoluzione proprio a seguito della vicenda polacca e, soprattutto, della precedente esperienza ungherese. A fronte di un'iniziale presenza di soli 5 capitoli all'epoca del quinto allargamento dell'Unione del 2004, con l'ingresso di Bulgaria e Romania, il numero dei capitoli sui quali si incentra la condizionalità del rispetto dei valori fondanti di cui all'art. 2 TUE è salito a 35. Il capitolo 23, inoltre, è espressamente dedicato al rapporto tra stato di diritto e riforme della giustizia. Cukani, *op. cit.*, 11 ss.

[77] Si vedano in particolare sul caso ungherese Benvenuti, *Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria,* in *Giustizia Insieme*, 29.04.2023 e, per quanto riguarda in generale il tema dell'accesso alla magistratura, Madarasi, *Percorsi di accesso alla magistratura in Ungheria*, in *Giustizia Insieme*, 28.04.2023.

[78] Zagrebelsky, cit., *passim*.

strettamente riconnesso ai principi cardine del costituzionalismo, quali la tutela dei diritti[79].

Nell'attivare la misura dell'art. 7 TUE, peraltro, l'Unione si è orientata sul meccanismo più moderato previsto dal comma 1 ed è stata per questa scelta oggetto di critica da chi avrebbe voluto una reazione più decisa, ad esempio sulla base della diversa procedura di cui al comma secondo dell'art. 7. Quest'ultima consente di far fronte ad una violazione grave e persistente dei valori fondanti e di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro dall'applicazione dei trattati, tra cui i diritti di voto del rappresentante nel Consiglio[80].

Il problema di questa diversa procedura è che richiede per la sua dichiarazione l'unanimità del Consiglio Europeo su proposta di un terzo degli Stati membri. Di contro, la necessità dell'unanimità si scontrava con l'annunciata opposizione dell'Ungheria, orientata su posizioni di veto reciproco con la Polonia e ciò ha probabilmente contribuito a far accantonare l'ipotesi[81].

Significative sono state anche le reazioni di altre istituzioni del contesto europeo e dei giudici di altri Stati membri. Riguardo al primo aspetto, l'ENCJ – dopo aver rivolto plurimi moniti al governo e al parlamento della Polonia con riguardo al venir meno delle fondamentali garanzie di indipendenza del giudiziario – è stata tra le prime istituzioni ad agire energicamente, sospendendo il Consiglio Nazionale del giudiziario polacco dalla rete europea dei Consigli di Giustizia[82].

Quanto al secondo profilo, in pendenza della procedura *ex* art. 7 TUE, i Tribunali di alcuni Stati membri hanno ritenuto opportuno inoltrare rinvii pregiudiziali *ex* art. 267 TFUE per evitare "complicità involontarie" nella violazione dei principi di indipendenza del giudiziario alla base della *rule of law* in caso di cooperazione giudiziaria con autorità giurisdizionali polacche.

Emblematico, nella sua peculiarità, è il caso *LM*, originato da un rinvio pregiudiziale della Corte Suprema irlandese alla Corte di Giustizia[83]. Destinataria di un ordine di esecuzione per un MAE (mandato d'arresto europeo) su richiesta della Polonia, la Corte irlandese domandava alla Corte di Lussemburgo se fosse in effetti tenuta a dar seguito a tale ordine e disporre l'estradizione dell'imputato in favore della Polonia. Atteso che verso quest'ultima era già infatti stata attivata la procedura di cui all'art. 7 c. 1 TUE, la Corte irlandese si chiede se il trasferimento dell'imputato in Polonia non esponesse al rischio di violazioni ai principi del giusto processo, vista la situazione delle corti in atto in Polonia[84].

[79] Cukani, *Il "Polish Gate" e il rafforzamento del diritto dell'UE*, in *DPCE Online*, 1, 2022, 11. Si tratta tuttavia di uno dei settori ove si registra la maggiore distanza tra gli Stati membri oltre che la mancanza di un modello univoco, anche in ragione del fatto che gli Stati sono storicamente piuttosto restii ad accettare l'adeguamento a parametri comuni nell'ambito della giustizia. È in questo senso che ci si esprime con riguardo al «Dilemma di Copenhagen», su cui si vedano Palermo, Woelk, *L'indipendenza della magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani occidentali*, in Calamo Specchia, Carli, Di Plinio, Toniatti, (a cura di), *I Balcani occidentali. Le costituzioni della transizione*, Torino, 2008, 202 ss. Sul legame tra indipendenza della magistratura e *rule of law* si veda ancora Castella Andreu, *Judicial Independence and the Rule of Law According to the Venice Commission*, in Groppi, Carlino, Milani, *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation*, Genova, 2022, 225 ss.

[80] Sul punto cfr. Cukani, *Condizionalità europea*, cit., 197 ss.

[81] Cukani, *Condizionalità europea*, cit., 198.

[82] Ciò è avvenuto con deliberazione del 17 settembre 2018 dell'Assemblea Generale dell'ENCJ.

[83] C-216/18 PPU, sentenza (Grande sezione) 25 luglio 2018.

[84] Cukani, *Condizionalità europea*, cit., 201 e Pinelli, *Violazioni sistemiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia tra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High Court d'Irlanda*,

La Corte di Giustizia conferma l'impostazione del giudice rimettente e dei propri precedenti[85], ribadendo l'obbligo di tutti i giudici degli Stati membri di rispettare i valori comuni europei e affermando che è proprio il giudice nazionale a dover valutare, in concreto, la sussistenza di una violazione dello Stato di diritto[86]. Questa valutazione avviene da un lato, accertando l'esistenza di violazioni sistemiche della *rule of law* e, dall'altro, verificando se l'esecuzione della condanna dell'imputato nello Stato richiedente non esponga a sua volta ad una violazione della *rule of law*[87]. Per la Corte, in particolare, il giudice deve verificare «l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici di detto Stato membro, a causa di carenze sistemiche o generalizzate in quest'ultimo Stato»[88].

L'orientamento della Corte di Giustizia è stato salutato da commenti molteplici in dottrina[89]. Le diverse posizioni si polarizzano tra letture più caute che tendono a far prevalere l'esigenza di mantenere la fiducia tra autorità giurisdizionale come valore fondamentale della cooperazione giudiziaria europea (almeno fino alla conclusione della procedura *ex* art. 7 TUE)[90] e commenti di plauso al richiamo del ruolo dei giudici degli Stati membri[91]. La scelta della Corte ha in effetti il pregio di contribuire a realizzare un controllo allargato nel contesto europeo dell'operato di autorità giudiziarie "malate" di uno Stato membro. Se la valutazione della violazione dello Stato di diritto viene posta in capo ai diversi giudici nazionali, infatti, si moltiplicano le occasioni per portare alla luce mancanze strutturali nelle garanzie dei valori fondanti dell'Unione. In un contesto in cui le Corti diventano sempre più soggette ad ingerenze degli altri poteri, del resto, il rischio è che risultino più rari i rinvii pregiudiziali di autorità giudiziarie polacche alla Corte di Giustizia. D'altro canto, va considerato anche l'ulteriore rischio derivante da orientamenti difformi tra giudici degli Stati membri sulla valutazione del rispetto dello Stato di diritto oltre che delle possibili "ritorsioni" sul piano della collaborazione giudiziaria ad opera delle autorità giudiziarie di realtà illiberali[92]. Una soluzione intermedia, con una limitazione della discrezionalità favorita da indici oggettivi fissati dalla Corte di Giustizia e non ancorati solo a valutazioni politiche della Commissione, potrebbe forse orientare la valutazione sul grado di indipendenza delle autorità giudiziarie degli altri Stati membri, riducendo il rischio di letture difformi[93].

in *Quad. cost.*, 2, 2018, 510 ss.

[85] Cfr. ad esempio il caso C-404/15, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldararu*.

[86] Il principio è stato poi ripreso anche nella sopra citata sentenza A.K.

[87] In argomento, Bartole, *La crisi della giustizia polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer*, in *Quaderni costituzionali,* 4, 2018, 921-923.

[88] Cfr. punto 89 della sentenza *LM*, C- 216/18.

[89] Per una ricostruzione più approfondita, cfr. Cukani, *Condizionalità europea*, cit., 202-203.

[90] Bartole, *op. cit.*, 922 ss.

[91] Von Bogdandy *et al.*, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo. L'importanza delle linee rosse*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 luglio 2018, 865 ss.

[92] È questo il rischio che sembra paventato da Bartole, *op. cit.*, 922 ss., il quale rileva altresì che non può essere sufficiente a fondare la valutazione del giudice nazionale la raccomandazione di un organo (la Commissione) che non ha l'ultima parola sull'esito della procedura dell'art. 7 c. 1 TUE, spettante al Consiglio.

[93] Peraltro, anche in Bartole, *op. cit.*, 922 ss., si aggiungeva che diverso sarebbe il caso di una precedente affermazione della violazione dei principi di indipendenza e della *rule of law* da parte di un organo terzo come la Corte di Giustizia.

5. *Rule of law*, indipendenza della magistratura e identità nazionali: la distanza crescente tra Varsavia e Bruxelles.

Diversamente dall'Ungheria, in Polonia il PiS non ha ottenuto una maggioranza tale da poter consentire un programma a colpi di riforme costituzionali. L'assetto delle garanzie costituzionali sulla magistratura, così, è stato semplicemente svuotato o «degradato al rango di un documento politico privo di valore vincolante, come lo era stata nei decenni del socialismo reale»[94].

Non dissimile, in questa prospettiva, è anche il tentativo di svuotare di significato principi fondamentali dell'Unione europea come quello del primato del diritto eurounitario sul diritto nazionale[95]. Tale processo è avvenuto attraverso un'interpretazione illiberale della Costituzione polacca[96] fondata su un'enfatizzazione dell'identità nazionale che ha raggiunto il proprio culmine[97] con la decisione del 7 ottobre 2021 del Tribunale Costituzionale (di seguito anche "TC")[98]. La decisione origina da un articolato ricorso al giudice costituzionale proposto dal Primo ministro oltre che dal Presidente della Repubblica, il *Sejm* ed altre figure istituzionali[99].

Nel dispositivo[100], il TC dichiarava alcune disposizioni del TUE incompatibili con la Costituzione polacca, affermando la prevalenza di quest'ultima. Si tratta di un vero e proprio ribaltamento del principio del primato del diritto eurounitario e non già di una semplice rivendicazione dei c.d. controlimiti[101]. Non si contesta infatti la presenza di un'antinomia irrisolvibile tra singole disposizioni unionali e la Costituzione ma si denuncia l'avvio di una presunta «nuova fase» dell'Unione tra popoli europei che esor-

[94] Angeli, Di Gregorio, Sawicki, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in DPCE *Online*, 3, 2017, 788 ss.

[95] Ma anche di altri trattati internazionali come la Cedu. In argomento si veda la sentenza *Xero Flor*, caso n. 4907/18 del 7 maggio 2021 della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

[96] Cfr. Sawicki, *La nuova interpretazione illiberale della Costituzione come base per dichiararne l'incompatibilità con il diritto primario dell'Unione europea, nonché per affrontare in modo innovativo la crisi umanitaria al confine con la Bielorussia*, in *Nomos*, 3, 2021, 4 ss.

[97] Il percorso poteva già dirsi intrapreso con la precedente sentenza del 14 luglio 2021, Causa P 7/20 del 14.07.2021 con la quale il Tribunale costituzionale aveva già in sostanza affermato l'incompatibilità con la Costituzione delle decisioni emesse in via provvisoria dalla Corte di giustizia *ex* art. 279 TFUE. In argomento, Sanna, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della "questione polacca"*, in *Eurojus*, 31.12.2021.

[98] Sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 del Tribunale costituzionale. In argomento Coli, *Sfida al primato del diritto dell'Unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla "rule of law"? Riflessioni a margine della sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, 1083; Manzini, *Verso un recesso "de facto" della Polonia dall'Unione europea?* in *Eurojus*, 2021 fasc. 4, 1-8; Festa, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso "Repubblika" alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021 fasc. 3, 72-94; Curti, *In cammino verso la "Polexit"? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, 2021 fasc. 24, 4-29.

[99] Si tratta del Ministero degli esteri, del Procuratore generale e dell'*Ombudsman*. Cukani, *Il "Polish Gate"*, cit., 7.

[100] Le motivazioni complete non sono disponibili sebbene il dispositivo sia stato accompagnato da un comunicato stampa che offre qualche elemento ulteriore, reperibile al sito https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przePiSow-traktatu-o-unii-europejskiej. In base alla Costituzione polacca, in assenza delle motivazioni, il dispositivo è considerato comunque vincolante e produttivo di effetti.

[101] Cukani, *Il "Polish Gate"*, cit., 6 ss. Parzialmente diversa sembra la lettura di Troilo, *Controlimiti versus Stato di diritto*, cit., *passim*, la quale riconduce la decisione nel quadro della teoria dei controlimiti, pur osservando il distacco della Corte polacca dalla giurisprudenza di altre Corti sugli atti c.d. *ultra vires*.

biterebbe dalle competenze attribuite dalla Polonia in virtù dei trattati e si porrebbe radicalmente in contrasto con la Costituzione polacca[102].

Per il giudice costituzionale questa nuova fase sarebbe in conflitto con gli articoli 1 commi 1 e 2 e 4.3. del TUE, offuscando la supremazia della Costituzione polacca e facendo perdere alla Polonia la possibilità di agire alla stregua di uno stato sovrano democratico[103].

Inoltre, la Costituzione polacca sarebbe ulteriormente incompatibile con l'art. 19, par. 2, c. 2 del TUE, anche in combinato disposto con l'art. 2 TUE, permettendo ai giudici nazionali comuni e di legittimità di aggirare le disposizioni costituzionali ed emettere decisioni sulla base di disposizioni da ritenersi non vincolanti siccome abrogate ad opera del *Sejm* ovvero dichiarate incostituzionali dal TC[104].

Da ultimo, il punto 3 del dispositivo censura ancora gli artt. 2 e 19 del TUE nella parte in cui attribuiscono ai giudici nazionali la competenza a controllare la legalità delle procedure di nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica e verificare la legittimità delle delibere del Consiglio nazionale della magistratura ed eventualmente rifiutare di accettare una nomina a giudice avvenuta nelle forme della Costituzione[105].

La decisione presenta numerose anomalie, a partire dai soggetti promotori, con il lungo ricorso promosso da attori istituzionali di primo piano già definito «un trattato di diritto "sovranista"»[106], passando per le modalità di comunicazione (dispositivo e successivo comunicato stampa). La frattura con il diritto eurounitario è radicale e, tuttavia, la sentenza sembra porsi in contraddizione con le disposizioni costituzionali oltre che con i precedenti dello stesso TC[107] e le posizioni espresse nell'ambito dell'integrazione europea. Oltre al fatto che la Costituzione del 1997 era già da tempo in vigore all'epoca della versione attuale dei Trattati, la clausola di limitazione internazionale di sovranità di cui all'art. 90 della Suprema Carta polacca consente la delega ad organizzazioni internazionali[108]. In questo quadro, non appare casuale lo sforzo del TC di sostenere che alla base dell'attuale situazione di frizione vi sia non già un difetto genetico dei trattati bensì una loro interpretazione a traiettorie sghembe da parte della Corte di Giustizia[109].

Le contraddizioni già menzionate sono state evidenziate e contestate in un comunicato redatto dai giudici del TC in regime di pensionamento[110]. Il comunicato denuncia

[102] Segnatamente con gli articoli gli articoli 2, 8 e 90, paragrafo 1, della Costituzione della Repubblica di Polonia.

[103] Cukani, *Il "Polish Gate"*, cit., 7 ss.

[104] Con conseguente presunta violazione degli artt. 2, 7, 8, paragrafo 1, 90, paragrafo 1, e 178, paragrafo 1, e 190 par. 1 della Costituzione polacca.

[105] Per asserita violazione degli artt. 2, 8, paragrafo 1, 90, paragrafo 1, e 186, paragrafo 1, della Costituzione polacca.

[106] Sawicki, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in *DPCE Online*, 4, 2021.

[107] Su tutte, stride il confronto con la sentenza K 32/09 del 24 novembre del 2010 con la quale il TC aveva affermato la compatibilità tra i valori del Trattato di Lisbona e quelli della Repubblica di Polonia.

[108] *Verbatim* «*The Republic of Poland may, by virtue of international agreements, delegate to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters*». Cfr. Cukani, Il "*Polish Gate*", cit., 10-11.

[109] Che potrebbe strumentalmente giustificare l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del TC, peraltro chiesto dall'*Ombudsman*. Cfr. Sawicki, *op. cit.*

[110] I firmatari sono i giudici Stanisław Biernat, Teresa Dębowska-Romanowska, Kazimierz Działocha, Lech Garlicki, Mirosław Granat, Wojciech Hermeliński, Adam Jamróz, Stefan Jaworski, Leon Kieres, Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska, Wojciech Łączkowski, Ewa Łętowska, Marek Mazurkiewicz, Andrzej

innanzitutto la contrarietà della decisione con la Costituzione[111] e contesta l'esistenza di un'incompatibilità tra l'applicazione del diritto dell'Unione da parte delle corti polacche e della Costituzione nei termini indicati dal TC[112]. Di particolare interesse appare anche la lettura sulla vera finalità della decisione: quest'ultima non sarebbe di fatto destinata a sortire altro effetto legale se non esercitare una forma di pressione sui giudici polacchi minacciandoli con la spada di Damocle del procedimento disciplinare[113].

La Costituzione polacca, svuotata della sostanza delle sue garanzie per quanto riguarda l'indipendenza della magistratura e la separazione dei poteri[114], viene in questa fase utilizzata dal TC, in accoglimento della prospettazione di esponenti della maggioranza del PiS, come grimaldello per forzare le resistenze provenienti dall'ordinamento eurounitario in nome di una presunta identità costituzionale nazionale da far prevalere[115].

L'enfasi sull'argomento identitario di cui all'art. 4 TUE, comune in parte anche al caso ungherese, omette convenientemente di considerare che l'indipendenza delle corti e dei singoli giudici nazionali costituisce un valore comune dell'Unione europea da tenere in considerazione anche nell'interpretazione e applicazione del principio del primato del diritto unionale[116]. I giudici degli Stati membri, infatti, facendosi garanti dell'applicazione del diritto unionale agiscono anche nell'interesse dell'Unione europea, la quale deve poter contare su un *corpus* giudiziario indipendente. Di contro, l'identità nazionale non può rappresentare una «clausola di esonero» del diritto dei trattati da invocare a mo' di *exemption* culturale a fronte di previsioni poco gradite agli ordinamenti nazionali[117].

6. Perché le corti? Alcune note conclusive.

Il caso polacco rientra in una tendenza più generale in atto in alcuni ordinamenti nell'area dell'est europeo che, ormai da diversi anni, si sono posizionati «in una zona grigia, dove i principi del costituzionalismo sembrano essere messi decisamente alla prova, minando in questo modo l'*ubi*

Mączyński, Janusz Niemcewicz, Małgorzata Pyziak-Szafnicka, Stanisław Rymar, Ferdynand Rymarz, Andrzej Rzepliński, Jerzy Stępień, Piotr Tuleja, Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, Mirosław Wyrzykowski, Bohdan Zdziennicki, Andrzej Zoll, Marek Zubiki. Il comunicato è reperibile al seguente indirizzi Statement of Retired Judges of the Polish Constitutional Tribunal, VerfBlog, 2021/10/11, https://verfassungsblog.de/statement-of-retired-judges-of-the-polish-constitutional-tribunal.

[111] "*It is not true that the judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2021 itself falls within the competence of the Tribunal and is consistent with the Constitution*".

[112] "*It is not true that the application of EU law by Polish courts cannot be reconciled with their application of the Constitution*".

[113] *Verbatim*, ancora dal comunicato "*it is not true that the judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2021 will be able to produce legal effects other than exerting pressure on the judicial activity of Polish judges and threatening them with disciplinary proceedings*".

[114] Anche grazie alla sostanziale cattura dei suoi custodi.

[115] Quella stessa identità nazionale menzionata dall'art. 4.2 del Tue. Anche in questo caso, peraltro, vi è un ulteriore svuotamento di significato delle disposizioni costituzionali che hanno consentito l'integrazione sovranazionale della Polonia, operato dallo stesso organo tenuto a salvaguardarle.

[116] Sciarra, *Identità nazionale e corti costituzionali. il valore comune dell'indipendenza*, in Aa.Vv., *Identità nazionale degli stati membri, primato del diritto dell'unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, 6 ss., reperibile al sito web https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Cc-Cgeu-Def.pdf. Il nesso è evidente anche nella sentenza *Repubblika*, del 20.3.2021, causa C-869/16.

[117] Ancora Sciarra, *op. cit.*, 6, citando le conclusioni dell'Avv. Generale Emiliou dell'8 marzo 2022 nella causa *Boriss Cilevičs e a. contro Latvijas Republikas Saeima*, C- 391/20 (punto 86).

consistam dell'integrazione sovranazionale europea»[118].

Se è vero che già nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino si affermava che «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione»[119], si apprezza la profondità della lesione all'ordinamento costituzionale polacco derivante dalla completa erosione delle garanzie del giudiziario e dell'autonomia di questo dagli altri poteri[120].

Tra le molte riflessioni che lo strappo in atto in Polonia suggerisce, pare interessante soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto ad orientare la compagine governativa guidata dal PiS ad un attacco così pervicacemente condotto nei confronti della magistratura e del Tribunale costituzionale. Sebbene non si tratti certo di un disegno nuovo[121], il tentativo portato avanti in Polonia e Ungheria pare indicativo del ruolo assunto dalle corti nei sistemi giuridici contemporanei, specialmente nel contesto europeo.

In un quadro giuridico contemporaneo in cui le corti hanno da tempo svestito i panni di quella *bouche de la loi* evocata da Montesquieu, di fronte alla crisi del parlamentarismo i tribunali ordinari e costituzionali diventano sempre più interlocutori primari e motore dell'evoluzione dell'ordinamento in una pluralità di settore quali i nuovi diritti, la bioetica[122] e le sfide derivanti dall'innovazione tecnologica. Si tratta infatti di argomenti che spesso mal si coniugano con i tempi delle assemblee parlamentari o con le difficoltà ad individuare soluzioni normative generali e condivise su temi divisivi[123].

Dall'altra parte, si apprezza anche un'esacerbazione della tendenza a spostare sul piano giudiziario i conflitti politici. Basti pensare al ruolo delle corti sul tema Brexit[124], in materia di verifica delle elezioni e con riguardo alle istanze separatiste[125].

L'integrazione sovranazionale e il ruolo dei giudici nazionali nel sistema eurounitario e nell'applicazione del diritto dell'U-

[118] Ceccherini, *L'indipendenza del potere giudiziario*, cit., 2207.

[119] Art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789.

[120] Occorre considerare altresì che questo processo in Polonia è stato inoltre realizzato con l'acquiescenza degli organi rappresentativi. La limitazione dell'indipendenza della magistratura e del Tribunale costituzionale incide così anche sul piano dell'equilibrio tra poteri laddove viene meno una forma fondamentale di controllo dell'operato della maggioranza.

[121] Celebre è il «*The First Thing we Do, Let's Kill All Lawyers*», qui intesi come giuristi, o esperti di diritto più che avvocati presente nell'Enrico VI di Shakespeare, parte 2, atto IV, scena 2. Si tratta di un passaggio che si presta a interpretazioni non univoche ma, come affermato nell'interpretazione del giudice Stevens della Corte Suprema statunitense, «*Shakespeare insightfully realized that disposing of lawyers is a step in the direction of a totalitarian form of government*». Cfr. *Walters v. Nat'l Ass'n of Radiation Survivors*, 473 U.S. 305, 371 n. 24 (1985) (Stevens, J., dissenting).

[122] Il dato è particolarmente evidente nell'ordinamento italiano come dimostrato, fra gli altri, dal caso Cappato. Si apprezza però la stessa tendenza anche in altri settori come quello dei diritti delle persone LGBTQ+, a partire dalla sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale.

[123] Sul punto, *ex multis*, Ceccherini, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, fasc. 2, 2013, 470 ss.; Barsotti, *Tra il dialogo e la cooperazione. Il nuovo ruolo delle Corti nell'ordine globale*, in Antoniolli, Benacchio, Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012 e Cartabia, *op. cit.*, 3 ss.

[124] Il riferimento è in particolare al caso *Miller* della Supreme Court del Regno Unito. In argomento, Tra i contributi più recenti Parisi, *Recesso dall'Unione (procedimento ex art. 50 TUE - diritto costituzionale britannico - "Crown's prerogative" - "sovereignty of the Parliament") Nota a High Court of Justice, Queen's Division, R (Miller) c. Secretary of State for Exiting the European Union 3 novembre 2016*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, fasc. 6, 1647-1649; Martinelli, *La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione britannica*, in *DPCE online*, 3, 2019, XVIII; Sgrò, *Il caso" Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *www.federalismi.it*., 8 marzo 2017.

[125] Sul punto si può richiamare ad esempio la vicenda catalana.

nione hanno ulteriormente arricchito la funzione del giudice e le ipotesi in cui quest'ultimo può discostarsi dalla legge nazionale, consentendo la disapplicazione del diritto interno contrario a quello unionale.

Tutto ciò non fa che contribuire ad un'accresciuta presenza del giudiziario sulla scena pubblica che si accompagna, tuttavia, ad una maggiore esposizione della magistratura. Quest'ultima, infatti, non può più vedersi come un potere nullo o, per quanto riguarda il giudice costituzionale, come un mero legislatore negativo, ma assume una centralità crescente che la rende anche un bersaglio naturale per un regime illiberale[126].

È dunque in questo contesto che deve leggersi l'attacco alle radici dell'indipendenza della magistratura nel cuore del continente europeo e si deve riflettere sulle condizioni (e le carenze) che lo hanno reso possibile, oltre che sulle contromisure da adottare. L'attuazione delle garanzie di indipendenza della magistratura dagli atri poteri, nella maggior parte delle costituzioni affidata alla legislazione ordinaria con lo strumento della riserva di legge, deve essere circondata da cautele e meccanismi di controllo. I casi di Polonia e Ungheria suggeriscono infatti che sono molti gli strumenti di pressione ed i meccanismi di interferenza che maggioranze illiberali possono utilizzare per minare l'indipendenza dei giudici, a partire da temi sensibili quali l'età pensionabile, le condizioni e i carichi di lavoro fino ad arrivare alla disciplina degli incarichi direttivi, dei trasferimenti, del trattamento economico, oltre che delle stesse caratteristiche dei procedimenti di nomina.

Riserve di legge troppo ampie, come sembra suggerire il caso polacco, possono sottrarre importanti aspetti dell'organizzazione del giudiziario dalle garanzie della rigidità costituzionale e finanche arrivare a paralizzare gli organi di controllo costituzionale, primi custodi delle carte. Ma anche un inadeguato sistema di pesi e contrappesi può rischiare di consegnare a forze illiberali margini di azione tali da stravolgere il sistema e svuotare di significato le conquiste dello stato di diritto.

In questo contesto, l'integrazione sovranazionale ha consentito di affiancare alle garanzie interne altri organismi di controllo esterni, custodi ultimi di valori facenti parte del patrimonio comune europeo. Non sorprendono allora risposte come la sentenza K 3/21 che tentano di sterilizzare il principio del primato e dissuadere i giudici nazionali dall'utilizzare uno degli ultimi strumenti rimasti per sindacare le scelte del legislatore. Neppure sorprende l'accusa rivolta alla Corte di Giustizia di aver dato avvio ad una nuova fase "imprevista", nella misura in cui quest'ultima è venuta a propria volta ad assumere il ruolo (inedito) di possibile garante dell'indipendenza dei giudici nazionali.

L'inasprimento della conflittualità tra Polonia, Ungheria e Unione europea ha comunque avuto il merito, secondo alcuni commentatori, di promuovere un affinamento degli strumenti di garanzia dell'*acquis* europeo in materia di *rule of law*, oltre che delle misure di *enforcement*[127]. Se per il momento alla punta del conflitto rappre-

[126] Cartabia, *op. cit.*, 4, la quale considera che non vale più in questa fase l'idea di Hamilton di una magistratura come «*least dangerous branch*».

[127] Cukani, *Il "Polish Gate"*, cit., 14 ss. Si vedano al riguardo anche le considerazioni più generali di Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021.

sentata dalla sentenza K 3/21 non è seguito un subitaneo e serio sviluppo dell'opzione POLEXIT[128], costante è stato l'orientamento seguito dalla Corte di Giustizia nell'ambito della c.d. condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea di cui al regolamento 2020/2092 e ferma la volontà di ancorare l'accesso ai fondi europei alla garanzia della *rule of law*[129].

Le misure senza precedenti adottate dall'Unione, in questo senso, sembrano volte a far passare l'idea che, contrariamente a quanto rivendicato dalle democrazie illiberali, l'identità nazionale non può porsi in antitesi con l'indipendenza della magistratura perché proprio quest'ultima, nel sistema valoriale europeo, «concorre a creare l'identità nazionale quale fondamento della 'struttura costituzionale' di cui parla l'art 4, paragrafo 2, TUE»[130].

Simone Pitto

[128] Le cause sono complesse e vanno dalla necessità di disporre di un consenso politico non sufficiente per l'attuale maggioranza, anche a seguito delle ultime elezioni del 2019 e alle criticità della situazione geopolitica seguita alla deflagrazione del conflitto in Ucraina.

[129] Si vedano in particolare le sentenze della Corte di Lussemburgo 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia/Parlamento e Consiglio* e 16 febbraio 2022, cause C-156/21, *Ungheria / Parlamento e Consiglio*. In argomento, Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La condizionalità*, in *Eurojus*, 2021, 171 ss.

[130] Sciarra, *op. cit.*, 17.

3. La riforma della giustizia israeliana: cronache dall'ultima frontiera costituzionale *

Sommario: **1.** Introduzione: le necessarie, molteplici chiavi di lettura. – **2.** La proposta di riforma governativa. – **3.** Gli elementi di contingenza. – **4.** Le radici del conflitto tra poteri. – **5.** I possibili sviluppi.

1. Introduzione: le necessarie, molteplici chiavi di lettura.

Manifestazioni di protesta, consecutivamente per settimane, con centinaia di migliaia di partecipanti (in uno stato di poco più di otto milioni d'abitanti)[1]; opposizioni parlamentari sul piede di guerra e riservisti dell'esercito che si appellano alla disobbedienza civile[2]; influenti giuristi locali che denunciano il pericolo di un «*coup without tanks*», ossia nientemeno che di un colpo di stato senza carri armati[3]; preoccupazioni espresse anche dalle cancellerie di altri paesi liberal-democratici[4]; il Presidente della Repubblica che pubblicamente discute di rischi di guerra civile, e si incarica di mediazioni bruscamente rigettate[5]; alfine, un rinvio della trattazione concesso dal governo in carica, pur acceso propugnatore[6].

Israele è da qualche mese al centro delle cronache, anche internazionali, per via del-

---

* Il contributo riproduce quello pubblicato sulla rivista *online* in data 31 marzo 2023, ed è a quella data aggiornato. Occorre considerare che uno dei possibili sviluppi che, nel paragrafo finale, si prefiguravano s'è realizzato: una parte di quella che all'epoca era la organica proposta di riforma giudiziaria, quella attinente al divieto di vaglio giudiziale di ragionevolezza delle politiche pubbliche, è stata poi scissa dalle restanti ed è entrata in vigore, a luglio 2023, previa approvazione della Knesset, ed è stata poi rapidamente impugnata dinanzi alla locale Corte suprema, e da questa caducata, con sentenza del gennaio 2024, per illegittimità costituzionale. S'è inverato dunque lo scenario istituzionalmente più problematico: con le incertezze che ne conseguono che s'assommano a quelle del conflitto post-7 ottobre, pure frattanto insorto.

1 Gold, Tal, *Half a million Israelis join latest protest against Netanyahu's judicial overhaul, organizers say*, in *Edition. CNN.com*, 12.3.2023, disponibile al sito https://edition.cnn.com/2023/03/12/middleeast/israel-protests-benjamin-netanyahu-intl/index.html.

2 Staff, *IDF fears more pilots will refuse to serve over judicial overhaul - report*, in *Times of Israel*, 22.3.2023, disponibile al sito https://www.timesofisrael.com/idf-fears-more-pilots-will-refuse-to-serve-over-judicial-overhaul-report/.

3 Israel, *Aharon Barak Says Levin's Justice Reform Is Like 'a Coup with Tanks,' Fantasizes about Being Shot by Firing Squad*, in *JewishPress.com*, 8.1.2023, disponibile al sito https://www.jewishpress.com/news/israel/aharon-barak-says-levins-justice-reform-is-like-a-coup-with-tanks-fantasizes-about-being-shot-by-firing-squad/2023/01/08/.

4 Lo Monaco, *Scholz bacchetta Netanyahu, Israele ancora in piazza*, in *Ansa.it*, 16.3.2023, disponibile al sito https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/europa/2023/03/16/scholz-bacchetta-netanyahu-israele-ancora-in-piazza_f7c832ec-1558-4d5f-bbe0-538f3092745e.html.

5 Staff, *Warning of civil war, Herzog unveils framework for judicial reform; PM rejects it*, in *Times of Israel*, 15.3.2023, disponibile al sito https://www.timesofisrael.com/a-golden-path-after-weeks-long-effort-president-debuts-overhaul-compromise-offer/.

6 Tal, Picheta, *Netanyahu announces delay to Israel judicial overhaul plans amid huge protests*, in *Edition.CNN.com*, 27.3.2023, disponibile al sito https://edition.cnn.com/2023/03/27/middleeast/israel-judicial-overhaul-protests-intl/index.html.

la discussa proposta di riforma della giustizia che il governo Netanyahu VI, insediatosi a fine dicembre 2022, ha subito incardinato presso la neo-costituita *Knesset*, la locale assemblea elettiva nazionale, dopo averla posta al centro dell'accordo di programma della nuova coalizione di destra vincitrice delle elezioni.

La proposta di riforma – oggi all'esame del parlamento in prima lettura, e saranno necessarie tre approvazioni – è già stata ampiamente discussa nella pubblicistica. Pare tuttavia opportuno ricapitolarne i contorni, e soprattutto interessante sottolinearne le necessarie molteplici chiavi di lettura, che partono dalla contingenza locale e globale ma affondano le proprie radici nella complessa storia costituzionale del paese, «un microcosmo formato da tutte le complessità concepibili»[7], e caratterizzato da un originale evoluzione «a tappe»[8], e da ripetuti conflitti tra poteri, rispetto ai quali siamo al cospetto dell'ultima, possibilmente non definitiva, frontiera.

In altre parole, è senz'altro possibile ragionare della matrice populista, e potenzialmente autocratica, della proposta riforma, che nel prosieguo si analizzerà nel dettaglio, comparandola con altre contemporanee esperienze di cd. *democratic backsliding* che hanno, in effetti, interessato tipicamente gli assetti dei rapporti tra la magistratura e gli altri poteri dello stato, come nel caso di specie[9]; ma una compiuta comprensione del fenomeno può aversi solo addentrandosi, almeno per sommi capi, nel significato costituzionale dello scontro tra poteri che si profila, ed in particolare nel fondamentale ruolo della Corte suprema di Gerusalemme nello sviluppo ordinamentale d'Israele, i cui portati la proposta riforma vuole espressamente delimitare.

Il contributo si svilupperà pertanto dapprima, nel prossimo paragrafo, descrivendo la proposta e discussa riforma; nel successivo paragrafo, sottolineandone le contingenze, relative alla dimensione politica locale e alle recenti tendenze globali; poi, nel paragrafo ancora successivo, inserendo le ultime cronache che la interessano nella prospettiva della storia costituzionale dello Stato di Israele, ed in particolare del ruolo della locale Corte suprema per la sua evoluzione e dei tentativi di resistenza ai suoi portati; da ultimo, ragionando dei possibili sviluppi che paiono profilarsi.

2. La proposta di riforma governativa.

La riforma della giustizia proposta dal governo Netanyahu VI e in discussione alla *Knesset* si compone di una serie di elementi. Essi vanno partitamente analizzati, al fine di giungere a una visione d'insieme delle sue finalità.

La proposta intende intervenire su cinque fondamentali aspetti del sistema costituzionale israeliano.

La prima dimensione del proposto intervento attiene alle modalità di selezione dei giudici nell'ordinamento.

L'attuale sistema, fondato sulle disposizioni della *Basic Law: the Judiciary* (la legge costituzionale in materia di ordinamento giudiziario), prevede che i giudici siano nominati da un *Judicial Selection Commit-*

[7] Sartori, *Parties and Party Systems. A Framework for Analysis*, New York 1976, 151.

[8] Secondo la definizione di Toniatti, *Israele: una Costituzione a tappe*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, 510.

[9] Sottolineano la consonanza, su cui vedremo nello specifico, Kremintzer, Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2020, 125, e sulla loro scorta Campelli, *Le ipotesi di judicial overhaul in Israele. Riflessioni comparate sulla potenziale regressione delle democrazie anche alla luce dei casi di Polonia e Ungheria*, in *federalismi.it*, 7/2023, 15.

tee composto da nove membri: il *Justice Minister* e il *Chairman Cabinet Minister* in rappresentanza del governo, due membri della *Knesset* usualmente designati in rappresentanza di maggioranza e opposizione parlamentare, due membri della locale *Bar Association*, ossia designati dall'avvocatura, tre membri in rappresentanza dei giudici della Corte suprema, tra cui il *Chief Justice*. Sempre attualmente, la nomina dei giudici ordinari avviene a maggioranza semplice tra i membri del *Judicial Selection Committee*; quella dei giudici della Corte suprema, in esito ad una riforma del 2008[10], avviene a maggioranza di sette membri su nove, così da garantire un sostanziale e speculare potere di veto tanto in capo alla componente magistratuale che a quella politica (composta dai due membri del governo e dal deputato di maggioranza), e così da garantire nomine necessariamente congiunte.

L'attuale proposta governativa mira alla modifica di tale assetto, al fine di dotare la maggioranza politica all'interno dell'eventualmente riformato *Judicial Selection Committee* di una capacità di decisione sostanzialmente autonoma. L'idea è di modificare la composizione del *Committee* portandola a undici membri: il *Justice Minister*, che fungerebbe anche da presidente, due altri ministri designati dal governo, i presidenti del *Constitution, Law and Justice Committee*, dello *State Control Committee*, dello *Knesset Committee* costituiti all'interno dell'assemblea parlamentare (anch'essi, quali presidenti di commissione parlamentare, solitamente riconducibili alla maggioranza), il *Chief Justice* e altri due giudici della Corte suprema scelti in autonomia dall'organo, due altri rappresentanti scelti dal *Justice Minister*, di cui uno avvocato. La necessaria maggioranza di sette membri per la nomina di ogni giudice, anche della Corte suprema, sarebbe così facilmente raggiungibile coi soli voti dei componenti in un modo o nell'altro riconducibili al governo in carica: così da potenzialmente dotare quest'ultimo di un pieno controllo su nomine e revoche degli appartenenti all'ordine giudiziario.

La seconda dimensione del proposto intervento attiene alle modalità del controllo di costituzionalità delle leggi in essere nell'ordinamento.

Nel sistema costituzionale israeliano – si vedrà più in dettaglio nei paragrafi seguenti – a partire dagli anni '90 s'è sviluppata per via pretoria una forma di controllo di costituzionalità delle leggi, nonostante l'inesistenza di una costituzione unidocumentale e rigida, e l'esistenza di un solo reticolo, incompleto, di cd. *Basic Laws* emanate nel corso dei decenni, adottate senza la previsione di alcun procedimento aggravato, e sino agli anni '90 vertenti solo su aspetti organizzativi dei poteri dello Stato. Sulla scorta della adozione nel 1992, da parte della *Knesset*, delle prime *Basic Laws* in materia di diritti fondamentali, la Corte suprema d'Israele ha dichiarato, col noto caso *United Mizrahi Bank* del 1995[11] (non a caso da più parti paragonato alla storica sentenza *Marbury v. Madison* della Corte suprema degli Stati Uniti che nel 1803 "inventò" il

[10] Che già ha interrotto il denunziato precedente sostanziale dominio da parte dei giudici della Corte suprema nel consesso, considerati sino a quella data capaci di porre in atto una sostanziale politica di cooptazione rispetto a professionalità e sensibilità affini (deliberando a maggioranza semplice con il voto, tradizionalmente concorrente, dei rappresentanti dell'avvocatura e/o almeno di alcuni dei rappresentanti politici).

[11] United Mizrahi Bank PLC v. Migdal Cooperative Village (1995) 49 (iv) PD 221.

judicial review of legislation[12]), l'esistenza di una «rivoluzione costituzionale» nell'ordinamento, ossia di un preteso cambiamento paradigmatico nella struttura costituzionale del paese e nei rapporti tra potere politico e potere giudiziario, prima modellati sull'ancoraggio alla *common law* britannica e ad un costituzionalismo "evoluzionista"[13], ma ormai da ritenersi fondati, invece, sulla *judicial supremacy*[14], e dunque sulla piena possibilità di un controllo giudiziale della conformità delle leggi ordinarie con i disposti delle *Basic Laws*.

Tale «rivoluzione costituzionale», a far data dal 1995, ha costituito il paradigma ampiamente maggioritario nella lettura della struttura costituzionale d'Israele: ma – pure vedremo più specificamente – tale paradigma interpretativo, seppur largamente adottato, non è mai stato l'unico, ha condotto ad un uso cauto e spesso contestato degli effetti poteri di controllo di costituzionalità delle leggi, e ha sempre conosciuto tentativi «contro-rivoluzionari» da parte del potere politico tesi alla riaffermazione della propria primazia[15].

Ecco dunque che l'attuale proposta governativa in discussione mira alla modifica di tale assetto, e dunque a porre un freno al potere di controllo di costituzionalità delle leggi che la Corte suprema d'Israele s'è arrogata: da un lato, finalmente, sancendone l'esistenza nell'ambito della normazione primaria, mediante l'adozione di una *Basic Law: the Legislation* sino ad oggi ripetutamente prefigurata ma mai emanata; dall'altro, espressamente limitandolo in due fondamentali sensi, ossia anzitutto vietando il *judicial review* avente ad oggetto *Basic Laws*, e dunque sancendo l'impossibilità di controllo giudiziale di «*unconstitutional constitutional amendments*»[16] (si noti: nell'ambito di un sistema che non differenzia l'adozione di *Basic Laws* mediante procedimenti legislativi aggravati, e dunque rimanendo solo nominalistica la differenza tra leggi ordinarie e tali "leggi fondamentali"), e poi richiedendo, per la dichiarazione

[12] *Ex pluribus* Groppi, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 3543, 3554; Segal, *The Israeli Constitutional Revolution: the Canadian Impact in the Midst of a Formative Period*, in *Forum Constitutionnel*, 1997, 53, 54; Halberstam, *Judicial Review, A Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, in *Cardozo Law Review*, 2010, 2393, 2424; ed estesamente sul raffronto Rabin, Gutfeld, *Marbury v. Madison and its Impact on the Israeli Constitutional Law*, in *University of Miami International & Comparative Law Review*, 2000, 303; criticamente infine Troper, *Marsball, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 24. Sulla «lucida, sillogistica, universale presentazione teorica del *judicial review*» nel noto caso Marbury v. Madison, e sul suo ruolo fondamentale, anche sul piano simbolico, negli studi costituzionalistici, v. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008, specie 180 ss.

[13] Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643, 1652: «*È noto che si possono contrapporre due modelli di sviluppo costituzionale: quello britannico dell'evoluzione delle regole fondamentali della convivenza sociale attraverso il graduale sviluppo delle leggi, delle consuetudini, della giurisprudenza, e quello continentale dell'evoluzione attraverso passaggi ordinamentali, rotture della continuità, momenti – cioè – costituenti. L'idea della radicalità di tale contrapposizione, molto diffusa tra Ottocento e Novecento, è in realtà risalente: la ritroviamo, in particolare, nella tesi ciceroniana della superiorità della forma di governo romana ("quam patres nostri nobis acceptam iam inde a maioribus relinquerunt") proprio in ragione della gradualità dei suoi sviluppi*».

[14] Per approfondimenti sulla ricostruzione teorica sottostante v. da ultimo Gardbaum, *What is Judicial Supremacy?*, in Jacobshon, Schor (a cura di), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham,, 2018, p. 21.

[15] Secondo la nota locuzione di Navot, Peled, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, in *Constellations*, 2009, p. 429

[16] Cfr. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, Oxford, 2017, e, per riferimenti* tradizionali, Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tubinga, 1951.

d'incostituzionalità di leggi ordinarie, una pronunzia della Corte suprema in necessaria seduta plenaria di quindici membri, e con un quorum deliberativo dell'80% dei membri stessi.

Fin troppo evidente, in tal ottica, l'intento governativo: una severa *actio finium regundorum* degli spazi tra potere giudiziario di controllo di costituzionalità delle leggi e potere politico, che, pur istituzionalizzando il primo, ne sancisca significativi limiti procedurali, e soprattutto esoneri dal controllo la normazione attuata nelle forme di *Basic Law* – senza però che tali forme prevedano, ad oggi, procedure aggravate particolari, e dunque essendo esse alla mercé di maggioranze politiche semplici.

Tale intento di ridefinizione dei ruoli tra politico e giudiziario risulta vieppiù chiaro se poi si guarda alla terza dimensione del proposto intervento, che attiene alla possibilità di cd. *override* parlamentare delle decisioni della Corte suprema in punto di incostituzionalità della legislazione.

L'idea che si propone è quella di dotare la *Knesset* in via generalizzata del potere di sovvertire, mediante votazione a maggioranza assoluta (61 deputati su 120), una decisione della Corte suprema che abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge: così ri-affermando, mediante deliberazione assembleare ulteriore, la vigenza della normazione censurata.

La proposta è, come detto, collegata a quella precedente esaminata, anche nei suoi aspetti di dettaglio: nel senso che si prevede che ove la Corte suprema, nel sistema di controllo di costituzionalità riformato, censuri una legge a maggioranza (di almeno 80% dei suoi componenti), la *Knesset* potrà subito esercitare i poteri di *override*, purché ciò faccia esplicitamente (ossia deliberando una nuova disciplina normativa in cui si espliciti la volontà di ri-affermazione nonostante il *dictum* giudiziale), e ciò farà con effetti temporanei di vigenza, di quattro anni o sino al compimento della corrente legislatura, così che sia poi una nuova composizione della *Knesset*, previe nuove elezioni, a poter affermare definitivamente la perdurante vigenza della legislazione in questione pur censurata; ove invece la Corte suprema abbia censurato la disciplina di legge all'unanimità dei propri componenti, non potrà essere la *Knesset* nella legislatura corrente al tempo della sentenza a esercitare il potere di *override*, ma solo potrà essere, eventualmente, una nuova composizione dell'assemblea parlamentare previe nuove elezioni ad esercitare tale potere, il tutto però stavolta con effetti senz'altro permanenti.

Si gioca, con tale proposta, con la generalizzazione di un meccanismo di pretesa soluzione della cd. *counter-majoritarian difficulty* teorizzata, da noti costituzionalisti americani[17], come insita in ogni esercizio di controllo di costituzionalità delle leggi: con il controllo di costituzionalità si sancisce sì la preminenza di regole e principi di rango costituzionale su deliberazioni legislative di rango ordinario; ma, sul piano istituzionale, si afferma la possibilità che giudici, o organi in ogni caso non eletti o comunque dotati di legittimazione diretta, annullino le volontà dei rappresentanti del corpo elettorale, e dunque agiscano in contrasto con la volontà maggioritaria, e ciò costituirebbe la "difficoltà" di base che alimenta il secolare

[17] *In primis* Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986, specie 34 ss.; sulla «ossessione» di certa dottrina costituzionalistica, specie nordamericana, per la questione v. Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *Yale Law Journal*, 2002, 153.

dibattito sulla legittimità e sulle forme di legittimazione necessarie a tal fine[18].

Il potere di cd. *override* parlamentare è uno degli svariati sistemi teorizzati e poi applicati, in ambito comparatistico[19], per la pretesa soluzione di tale intrinseco dilemma istituzionale: sancendo una deroga al principio di *judicial supremacy*, che darebbe all'organo di controllo di costituzionalità l'"ultima parola" sulla questione controversa, si prevede che l'organo politico si possa riappropriare di tale ultima parola, con deliberazione susseguente presa semmai con speciali maggioranze. Ma qui è ovviamente il punto: tale soluzione è invero prevista, in ambito comparatistico, da alcuni sparuti ordinamenti, e tra questi v'è già Israele rispetto a puntiformi disposizioni delle *Basic Laws* del 1992 sui diritti fondamentali (è insomma previsto che ove queste specifiche disposizioni fungano da parametro in un giudizio di costituzionalità, un *override* parlamentare è possibile); è di solito accompagnata da limiti di vigenza temporale e relativi ai possibili parametri costituzionali interessati[20]; la proposta in discussione è invece anzitutto relativa alla generalizzazione di tale istituto (relativamente ad ogni possibile parametro di costituzionalità, anche fondamentale), può condurre a ri-affermazioni di vigenza permanenti della legge censurata, e soprattutto si calerebbe in un contesto ordinamentale in cui, s'è detto, non esistono procedimenti legislativi aggravati per l'adozione di *Basic Laws* (donde il rischio che la disciplina costituzionale parametro sia sostanzialmente messa in dubbio, nella sua effettività, dalla successiva deliberazione che deroghi alla sua applicazione giudiziale), e la maggioranza assoluta di 61 deputati su 120 è usualmente appannaggio della coalizione governativa (donde il rischio che una mera maggioranza politica possa sovvertire in ogni caso decisioni giudiziali di incostituzionalità).

Ancora sostanzialmente collegata è la quarta dimensione del proposto intervento, che attiene alla volontà governativa di vietare *ex lege* ogni modalità di censura giudiziale dell'azione amministrativa *sub forma* di controllo di ragionevolezza.

Il vaglio giudiziale della ragionevolezza dell'azione amministrativa è istituto antico che appartiene *ab origine* all'ordinamento giuridico israeliano: come noto (e come di seguito si vedrà *in extenso*), tale ordinamento s'è modellato sin da principio con aderenza alla tradizione di *common law* britannica, che era unificante *law of the land* ai tempi del Mandato britannico in Palestina precedenti al 1948[21]. È importante rimarcare che

[18] Per una utile summa in italiano del dibattito in materia può vedersi Mezzetti, *Teoria della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, 307.

[19] Si v. ad es. rispetto al paradigma costituito dalla nota *Section 33* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nella dottrina italiana, Gerbasi, *Problematiche costituzionali sulla clausola nonobstant di cui all'art. 33 della Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in Amirante, Gambino (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padova, 2000, 241.

[20] V. appunto Sez. 33 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: «*33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under section (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under section (1). (5) Section (3) applies in respect of a re-enactment made under section (4)*».

[21] Lo sottolinea opportunamente oggi, discutendo della riforma, Ziegler, *The British Are Not Coming: Why You Can't Compare Israel's Proposed Legal Overhaul to the UK System*, in *Haaretz*, 7.2.2023, disponibile al sito https://www.haaretz.com/

all'aderenza a tale tradizione Israele deve anche la cd. *original jurisdiction* della Corte suprema quale Alta Corte di giustizia (*High Court of Justice*), supremo tribunale amministrativo destinato, in via diretta, al vaglio degli atti governativi e delle pubbliche autorità[22], che si affianca alla sua *appellate jurisdiction* quale organo di vertice dell'ordinamento per le questioni civili e penali.

Ciò si rimarca al fine di comprendere come la proposta in discussione sia, nuovamente, indirizzata contro il perenne idolo polemico dell'attuale maggioranza politica conservatrice d'Israele: la Corte suprema, rea in questo caso di avere sviluppato appunto quale Alta Corte di giustizia, a partire dalla fine degli anni '70, una invero assai largheggiante giurisprudenza tesa alla sostanziale eliminazione, per via interpretativa, delle principali restrizioni procedimentali al potere di scrutinio degli atti amministrativi e dell'esecutivo, ed in particolare dei requisiti di *justiciability* (idoneità di una controversia a essere decisa da un giudice) e di *standing* (legittimazione/interesse ad agire), e che avevano in precedenza impedito di pronunciarsi su molte delle questioni portate, anche informalmente od irritualmente, dinanzi ad essa[23]. La trasposizione di questa innovativa giurisprudenza (in larga parte imputabile all'ispirazione teorica del presidente della Corte Aharon Barak[24], che poi sarà nel decennio successivo il fautore della proclamata «rivoluzione costituzionale» cui s'è accennato) ai procedimenti conosciuti in veste di Alta Corte di giustizia ha finito per conformare un modello di giustizia amministrativa fortemente aperto alle istanze provenienti dalla società, pronto ad affrontare ogni tipo di questione sensibile anche di natura militare, facendo giustizia del motto «*everything is justiciable*» con cui era stato apertamente teorizzato[25]. Le decisioni paradigmatiche, rispetto ai requisiti processuali in discussione, furono: la sentenza *Elon Moreh*[26] del 1979, caso particolarmente pregnante che assunse all'epoca il clamore di notevole evento politico, perché la Corte vi sanciva l'orientamento del proprio *judicial review* anche nei confronti delle azioni governative strettamente connesse con la sicurezza nazionale (in una prima fase rubricate alla stregua di '*political questions*'), e lo faceva censurando una decisione in materia di insediamenti ebraici nei territori occupati, forse una delle questioni più delicate e connesse con l'identità dello stato-nazione israeliano[27]; e la senten-

opinion/2023-02-07/ty-article-opinion/.premium/the-british-are-not-coming-why-you-cant-compare-israels-legal-overhaul-to-the-uk/00000186-2cdb-d2f6-afe6-3dffe4880000.

[22] Sulla storia dell'istituzione v. da ultimo Sagy, *The Missing Link: Legal Historical Institutionalism and the Israeli High Court of Justice*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2014, 703.

[23] Barak-Erez, *Broadening the Scope of Judicial Review in Israel: Between Activism and Restraint*, in *Indian Journal of Constitutional Law*, 2009, 118, 119 ss.

[24] Facciamo soprattutto riferimento, a livello di pubblicistica internazionale, ad Barak, *Judicial Discretion*, New Haven, 1989; Id., *Forward: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, 2002, 119; Id., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, 2005; Id., *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, su cui si v. anche Neuer, *Aharon Barak's Revolution*, in *Azure*, 1998, 5758.

[25] Un modello che è stato definito di «iperattivismo giudiziario», e paragonato per apertura alle istanze sociali al sistema di giustizia costituzionale canadese, da Groppi, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione*, cit., 3557, sulla scorta della definizione di Dotam, *Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism*, in *Israeli Affairs*, 2002, 87 ss.

[26] Izat Muhamad Mustafa Dwaikat and others v. The State of Israel and others (1980) 34(i) P.D. 1.

[27] In proposito, anche con riferimento ai problemi di legittimazione affrontati dalla Corte nell'addentrarsi in simili questioni, Shamir, *'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, in *Law and Society Review*, 1990,

za *Ressler v. Minister of Defence* del 1988[28], con cui la Corte stabilmente definì un criterio di '*standing*' pressoché sovrapponibile a qualsiasi lamentela di violazione della *rule of law* e quindi alla generica sussistenza di un pubblico interesse, anche diffuso, e delineò una distinzione tra casi di «giustiziabilità normativa» e casi di «giustiziabilità istituzionale» che avrebbe inteso restringere, per l'avvenire, la categoria delle *political questions* ad eccezionali evenienze in cui la scelta di pronunziarsi da parte della Corte stessa avrebbe potuto mettere in dubbio la fiducia dell'opinione pubblica nel suo operato[29]. La Corte ha in tal senso da decenni strategicamente aperto le proprie porte a pressoché ogni tipologia di attore sociale e di sue doglianze; si è così costruita un ruolo centrale nel vaglio di legittimità dei poteri amministrativi e poi anche legislativi e financo di normazione costituzionale, esercitato sino a censurare, di recente, proprio anche *sub forma* di vaglio di ragionevolezza, l'abuso del procedimento legislativo[30], l'abuso delle forme delle *Basic Laws*[31], oltre che la violazione dei principi costituzionali.

Evidente allora che la contestazione governativa oggi in discussione non attiene di per sé al vaglio giudiziale di ragionevolezza, ma all'impiego, invero pervasivo, che la Corte ne ha fatto da decenni, sulla scorta di una giurisprudenza largheggiante ma mai sinora messa in discussione.

Da ultimo, la disamina va completata con la quinta dimensione del proposto intervento, che mira alla relativizzazione dell'importante, e "costituzionalizzato"[32], ruolo dell'*Attorney General*.

Tale organo, monocratico, si ispira anch'esso a forme di *common law*, ma assume nell'ordinamento israeliano un'originale postura. Anziché essere parte della compagine di governo, come omologhi organi in similari sistemi, ne è una sorta di consigliere giuridico, che però s'atteggia a mo' di autorità indipendente: lo rappresenta in giudizio, sovraintende alla pubblica accusa, formula pareri, spesso obbligatori[33]. Ma, proprio alla luce dell'indipendenza che gli è conferita, l'azione e i pareri dell'*Attorney General* sono prese di posizione che spesso impegnano, malvolentieri, il governo.

L'impegno al rispetto da parte del governo delle posizioni dell'*Attorney General* deriva, nella storia istituzionale d'Israele, proprio dalla tradizione del partito conservatore del *Likud*, il partito di Netanyahu. Dopo decenni di ininterrotto dominio po-

781.

[28] HCJ 448/81, Ressler v. Minister of Defense 35 P.D (1981) 81: una sentenza che si inseriva nella scia di ricorsi a più riprese promossi di fronte alla Corte volti a lamentare l'abuso, da parte del Ministero della Difesa, della propria discrezionalità nel garantire la esenzione dal servizio militare degli studenti delle scuole talmudiche superiori, le *Yeshivot*.

[29] Così Groppi, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione*, cit., 3558. Per una più estesa disamina si vedano Bendor, *Are There Any Limits to Justiciability? The Jurisprudential and Constitutional Controversy in Light of the Israeli and American Experience*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 1997, 311 e Barak-Erez, *Broadening the Scope of Judicial Review in Israel*, cit., 119 ss.

[30] V. HCJ 10042/16 Quantiski v. the Israeli Knesset (Aug. 6, 2017), e il commento di Bar-Siman-Tov, *In Wake of Controversial Enactment Process of Trump's Tax Bill, Israeli SC Offers a Novel Approach to Regulating Omnibus Legislation*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 13.12.2017, disponibile al sito www.iconnectblog.com/2017/12/in-wake-of-controversial-enactment-process-of-trumps-tax-bill-israeli-sc-offers-a-novel-approach-to-regulating-omnibus-legislation/.

[31] V. HCJ 8260/16 The Academic Center for Law & Business v. Israeli Knesset (Sept. 6,2017), e le riflessioni di Navot, Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, in *European Journal of Law Reform*, 2019, 403.

[32] Giacché il suo ruolo è positivizzato tanto nella *Basic Law: the Judiciary (1984)* che nella *Basic Law: the Government (2001)*.

[33] Sulla figura *in extenso* Ottolenghi, *La forma di governo*, in Groppi, Ottolenghi, Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello stato di Israele*, Torino, 2006, p. 111.

litico laburista, nel 1977 si insediò il primo governo conservatore guidato da Menachem Begin, allora leader del partito *Herut*, poi trasformatosi appunto in *Likud*. Accadde nel 1979 che l'*Attorney General* allora in funzione, Yitzhak Zamir, esercitò l'azione penale contro funzionari del ministero dell'interno per questione sensibile e sempre relativa al conflitto tra poteri: la rimozione coattiva di una tribù beduina da un'area occupata mentre la Corte suprema, in veste di Alta Corte di giustizia, stava deliberando il relativo giudizio e aveva emesso ordinanza cautelare. I membri della compagine governativa si adontarono rispetto all'azione dell'*Attorney General*, sino a richiederne la rimozione. Il primo ministro Begin non solo si oppose alla richiesta, ma tracciò la linea che da quel momento in poi ha disegnato l'autonomia dell'organo rispetto a quella governativa: «*The attorney general has special status in Israel*» Begin così iniziava il consiglio dei ministri del 29 aprile 1979 «*I don't think this status is carved in stone in the law, but it's enshrined in the custom that has existed since the founding of the state – and the power of custom is like the power of the law. … Because of this status, the cabinet doesn't intervene in the attorney general's considerations. … No bureaucrat in this country is allowed to demand that the attorney general revoke what he has decided on*». E concludeva: «*The attorney general has reached a certain conclusion, and the cabinet will not cancel it. It has no authority to do so*»[34].

Alla luce di questo rapido *excursus*, ben si possono comprendere le finalità governative attuali, tese a rimodulare la configurazione dell'*Attorney General* da organo indipendente a mero consulente posto nei ranghi del Ministero della giustizia, a rendere i pareri del medesimo espressamente non vincolanti per il governo, a consentire ai ministri di svincolarsi dalla necessaria rappresentanza giudiziale dell'*Attorney* mediante la possibilità di rappresentanza su base volontaria da parte del libero foro, in caso di differenza di vedute con costui.

Ovviamente, ha attratto critiche la posizione di un governo non solo esplicito nella sua volontà di diminuire la possibilità di vaglio da parte dei giudici sul proprio operato, ma anche riluttante ad accettare in tal ottica le prese di posizione dell'*Attorney General*[35].

3. Gli elementi di contingenza.

La proposta governativa di riforma in discussione, di cui si sono sopra delineati i contorni, va anzitutto compresa alla luce degli elementi di contingenza che la contestualizzano nell'attuale temperie, nel paese e a livello comparatistico, e che alcuni osservatori considerano come quelli maggiormente esplicativi[36].

[34] Weitz, *Netanyahu Hasn't Passed a Single Law, but a Different System of Government Is Already Here*, in *Haaretz*, 11.3.2023, disponibile al sito https://www.haaretz.com/israel-news/2023-03-11/ty-article/.premium/netanyahu-hasnt-passed-one-law-but-a-different-system-of-government-is-already-here/00000186-ccd2-dc44-abe6-cdfad7750000.

[35] Weiler, *Israel: Cry, the Beloved Country*, in *Verfassungsblog*, 1.2.2023, disponibile al sito https://verfassungsblog.de/cry-beloved-country/.

[36] V. ancora Kremintzer, Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, cit., e Campelli, *Le ipotesi di judicial overhaul in Israele. Riflessioni comparate sulla potenziale regressione delle democrazie anche alla luce dei casi di Polonia e Ungheria*, cit.

Si è già reso evidente che la proposta di riforma si innesti in un mai sopito conflitto tra poteri, di cui costituisce l'ultima frontiera, almeno dal punto di vista cronologico.

L'idea di una «rivoluzione costituzionale» consumatasi negli anni Novanta, e conducente a pieni poteri di controllo di costituzionalità delle leggi da parte della Corte suprema, in un paese che non ha una costituzione unidocumentale e rigida, è da decenni il paradigma interpretativo maggiormente accettato, ma non è mai stata avallata in senso univoco da ogni strato della complessa, plurale popolazione israeliana. Ciò vale, in generale, per parte significativa del fronte conservatore, ed in particolare vale per i plurimi fronti conservatori religiosi, che temono da sempre un sovvertimento dei delicati equilibri politici di un paese che, sin nella propria Dichiarazione d'indipendenza del 1948, s'è proclamato «*Jewish and democratic*»: ossia, temono il potenziale impatto laicizzante che l'applicazione *iussu iudicis* di principi costituzionali liberal-democratici potrebbe avere, ad esempio in settori simbolici ma altamente sensibili quali la gestione pluralistica su base religiosa dei regimi di diritto di famiglia[37] o le storiche esenzioni, pure su base religiosa, dal servizio militare[38].

Da tale constatazione deriva un primo elemento di contingenza da sottolineare: già si erano registrati, da almeno quindici anni, tentativi «contro-rivoluzionari» da parte del potere politico di riaffermazione della propria primazia rispetto alla proclamazione pretoria del potere di controllo di costituzionalità delle leggi, anche nelle gravi forme oggi proposte (o, *rectius*, riproposte)[39]; la proposta di riforma in discussione però li riunisce, ed è avanzata in un frangente in cui la dinamica politica può concretamente condurre ad una sua adozione.

Occorre infatti considerare che almeno sin dal 2007, e dunque subito successivamente al ritiro di Aharon Barak dalla sua presidenza (e quale carismatica guida), gli attacchi politici alla Corte iniziarono a concretarsi. Chi si fece primo promotore di quella che sarebbe divenuta una serie ripetuta di tentativi di contenimento del potere giudiziario fu l'allora ministro della giustizia Daniel Friedmann, un illustre accademico già voce critica rispetto al tralaticio sistema di nomine giudiziali nel paese[40], e che avrebbe poi anche nella propria produzione scientifica evidenziato aspre critiche sulla «rivoluzione» giudiziale[41]. Fu nell'ambito del suo mandato che si iniziò a prefigurare l'impiego di quel tipico arsenale di metodi che gli studi comparatistici tradizionali e le riflessioni svolte ci fanno facilmente prefigurare, e che s'attualizzano oggi.

In linea con le ragioni critiche del passato, egli propose anzitutto una riforma del sistema di selezione dei giudici, ed in particolare di quelli della Corte suprema, nella prospettiva di un «*court packing*»[42] in chia-

[37] Cfr. in merito Ottolenghi, *Profili storici* e Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, in Groppi, Ottolenghi, Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello stato di Israele*, cit., 11 ss.; Tedeschi, *Le Centenaire de la Mejelle*, in *Revue internationale. de droit comparé*, 1969, 125.

[38] Sul punto cfr. la ricostruzione recente di Ellenson, *The Supreme Court, Yeshiva Students, and Military Conscription: Judicial Review, the Grunis Dissent, and its Implications for Israeli Democracy and Law*, in *Israel Studies*, 2018, 197.

[39] Navot, Peled, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, cit.

[40] *Ivi*, 440.

[41] Friedmann, *The Purse and the Sword: The Trials of Israel's Legal Revolution*, Oxford, 2016: su cui, criticamente e in chiave comparatistica, Michelman, *Israel's "Constitutional Revolution": A Thought from Political Liberalism*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2018, 745.

[42] Il riferimento è ovviamente all'antecedente del *Judicial*

ve conservatrice, ossia di una ridefinizione degli equilibri di forza al suo interno[43]: ciò in particolare ragionando della possibile riforma della *Basic Law: the Judiciary* così da emendare la composizione di quel *Judicial Selection Committee* tradizionalmente incaricato delle nomine, e tradizionalmente dominato dagli stessi giudici della Corte suprema, capaci dunque di porre in atto, sino a quel momento, una sostanziale politica di cooptazione rispetto a professionalità e sensibilità affini.

Altra proposta fu quella di ridefinizione, addirittura mediante legge ordinaria, dell'ambito delle *Basic Laws* capaci di fungere da parametro in un giudizio di costituzionalità: giacché, da parte critica, si considerava che tra le varie questioni lasciate aperte dal caso *United Mizrahi Bank* del 1995 vi fosse quella di quali leggi fondamentali potessero fondare i nuovi poteri giudiziali, se solo quelle nuove sui diritti umani del 1992 od anche, opportunamente interpretate, anche quelle passate ed eventuali future[44]. A ciò, viste le polemiche sorte dalla sentenza che per prima aveva interessato la materia[45], si accompagnava l'idea di emendare la *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, cui pur confermare il potenziale valore parametrico, così da esentare le leggi relative alla cittadinanza, visto il loro potenziale simbolico, dal vaglio di costituzionalità[46].

Ancora, si propose di emendare sin da quell'epoca, in altri sensi, la *Basic Law: the Judiciary*: in particolare prevedendo *ex lege* la possibilità di *judicial review of legislation* solo da parte della Corte suprema (mirando a risolvere le pur registratesi incertezze sulla natura diffusa o accentrata dei relativi poteri[47]), e solo mediante deliberazioni di collegi di almeno nove giudici, con almeno due terzi dei voti dei giudicanti in favore (mirando a sradicare i pur registratisi episodi di deliberazioni di invalidità a composizione ristretta).

Non solo. Sostanziando appieno l'idea di una «contro-rivoluzione» chiamata a sradicare i frutti della «rivoluzione» di Barak, e dunque *in primis* l'idea della *judicial supremacy* fondata sul potere di controllo di costituzionalità delle leggi, si propose la positivizzazione di un generale potere di *override* da parte della *Knesset* rispetto ai *dicta* giudiziali: così che, nella configurazione dei disegni dell'epoca (comunque più garantistica rispetto a quella oggi propalata), una super-maggioranza di 70 membri su 120 della camera rappresentativa potesse rendere inefficace una dichiarazione di incostituzionalità, riasserendo validità ed efficacia della disciplina di legge censurata[48].

Procedures Reform Bill of 1937 nordamericano, con cui il Presidente Franklin D. Roosevelt si propose di emendare le procedure di selezione dei giudici della Corte suprema U.S.A. al fine di ottenere giudizi più favorevoli rispetto alla legislazione sul *New Deal*; per una recente ricostruzione storica in materia, si v. Braver, *Court-Packing: An American Tradition?*, in *Boston College Law Review*, 2020, p. 2747.

[43] Izenberg, *Friedmann Urges Revamping Judges Selection Committee*, in *Jerusalem Post*, 27.3.2007, disponibile al sito www.jpost.com/israel/friedmann-urges-revamping-judges-selection-committee.

[44] Price, *Israel Cabinet Backs Bill Restricting Supreme Court Review Power*, in *Jurist.org - Legal News and Commentary*, 7.9.2008, disponibile al sito www.jurist.org/news/2008/09/israel-cabinet-backs-bill-restricting/.

[45] HCJ 7052/03 *Adalah v. Minister of the Interior* (2006) 2 TakEl 1754.

[46] Navot, Peled, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, cit., 440.

[47] Su cui v. Aronson, *The Democratic Case for Diffuse Judicial Review in Israel*, cit., e, volendo, Pierdominici, *Diffusione e concentrazione del giudizio di costituzionalità delle leggi in Israele. L'ottica del conflitto tra poteri*, in Butturini, Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, Bologna, 2017, 183.

[48] Navot, Peled, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, cit., 440.

Nessuna delle proposte suddette si fece effettivamente strada, in quell'iniziale frangente come poi successivamente. Ciò nonostante ognuna di esse sia stata destinata a riemergere a più riprese nel dibattito pubblico, ad esempio nel 2012[49] e poi ancora recentemente con il mandato al ministero della giustizia della combattiva conservatrice Ayelet Shaked, la quale propose già in quel frangente l'idea, oggi tornata *à la page*, di un generale *override power* legislativo a sola maggioranza assoluta[50].

Solo, nel 2008, s'è emendata la disciplina del *Judicial Selection Committee* (la cui composizione pur rimase intatta) al fine di richiedere la cennata speciale maggioranza di sette membri su nove per nominare i giudici della Corte suprema: ciò motivando sulla base della delicatezza del ruolo, ma sostanzialmente nella speranza, già in effetti oggi in essere, di ribaltare le usuali dinamiche interne all'organo, che vedevano il sostanziale controllo delle nomine da parte dei giudici stessi, presenti nel *Committee* nel numero di tre, d'intesa coi membri dell'avvocatura, presenti nel numero di due, e così da privilegiare il peso dei componenti politici (due membri governativi e due membri parlamentari)[51]. Riforma parziale che però non ebbe effetti dirompenti, anzi avendone in fondo di condivisibili: richiamando ad un necessario vasto consenso nelle procedure di nomina, senza possibilità di preponderanze tra frange diverse di componenti.

Va dunque ben inteso in che senso si sottolinei tale primo elemento di contingenza: analoghi tentativi di «contro-rivoluzione» rispetto a quelli odierni si registrano, appunto, da quindici anni almeno; essi però non hanno mai incontrato, nel sistema parlamentaristico israeliano fondato sulla formula proporzionale e dunque indefettibilmente su governi di coalizione[52], l'ampio supporto necessario tra le forze politiche delle varie maggioranze succedutesi, pur se spesso conservatrici e dunque generalmente ostili rispetto all'attivismo considerato *liberal* della Corte[53].

Terminato tuttavia l'esperimento del governo di larga coalizione Bennett-Lapid in carica tra il 2021 e il 2022 (fondatosi sulla *conventio ad excludendum «rak lo Bibi»*, ossia "tutti dentro fuorché Bibi Netanyahu"), il governo Netanyahu VI oggi in carica si presenta come un potenziale sovvertimento delle dinamiche politiche degli scorsi anni. Esso gode nella *Knesset* di una maggioranza di supporto solida, che ammonta a 64 deputati su 120; e si fonda su una coalizione che può dirsi quella più a destra della storia di Israele, che federa gli storici alleati ultraortodossi *Shas* e *United Torah Judaism* e per la prima volta formazioni di destra radicale quali *Otzmà Yehudit*, *Tkumà* e *Noam*, rispetto alle quali il *Likud* è, insolitamente, "ala moderata"; e che è resa vieppiù omogenea

[49] Bottorf, *Israel Bill Would Allow Parliament to Overturn Supreme Court Decisions Cabinet Backs Bill Restricting Supreme Court Review Power*, in *Jurist.org - Legal News and Commentary*, 9.4.2012, disponibile al sito www.jurist.org/news/2012/04/israel-bill-would-allow-parliament-to-overturn-supreme-court-decisions.

[50] Si v. criticamente Harel, *The Israeli Override Clause and the Future of Israeli* Democracy, in *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, 15.5.2018, disponibile al sito verfassungsblog.de/the-israeli-override-clause-and-the-future-of-israeli-democracy.

[51] Levy Ariel, *Judicial Diversity in Israel: An Empirical Study of Judges, Lawyers and Law Students*, tesi dottorale depositata alla Faculty of Laws, University College London, disponibile al sito www.ucl.ac.uk/judicial-institute/sites/judicial-institute/files/judicial_diversity_in_israel.yla__1.pdf, 50 ss.

[52] Ottolenghi, *La forma di governo*, in Groppi, Ottolenghi, Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello stato di Israele*, cit., 79 ss.

[53] Mautner, *Law and the Culture of Israel*, Oxford, 2011, 159 ss.

dalla precedente, risentita esperienza all'opposizione.

Quel che insomma non s'era concretato negli scorsi due decenni, ossia una convergenza di forze conservatrici, sia religiose che più laiche, programmaticamente ostili, nel conflitto tra poteri, rispetto alla Corte e al suo operato, e pronte per ciò a sovvertire il sistema costituzionale, oggi viene in essere: tanto che, in punto di contingenza politica, va registrato che non solo (s'è accennato) la proposta riforma era parte del programma elettorale espressamente propalato dall'attuale maggioranza, e siglato dalle sue forze componenti, ma che, addirittura, in simultanea rispetto alla sua presentazione, che è tesa alla ridefinizione dei poteri costituzionali della Corte, il governo è pure al lavoro sul sensibile tema dell'ampliamento simmetrico dei poteri delle Corti rabbiniche, nell'idea di facoltizzarle ad agire da arbitri in materia civile sulla base del diritto religioso in presenza di accordo delle parti in conflitto – ma dunque ulteriormente tendendo alla delegittimazione del sistema giudiziario civile, e attentando all'uniformità ordinamentale e di trattamento dei cittadini[54].

Il fatto che anche il *Likud*, quale "ala moderata" di coalizione e soprattutto quale partito tradizionale, sia ormai decisamente spinto ad esacerbare il conflitto tra poteri – almeno ad oggi, e nonostante qualche primo timido recentissimo ripensamento[55] – deriva poi da un secondo elemento di contingenza, che pure va sottolineato.

Benjamin Netanyahu, leader del *Likud*, è dal 2020 imputato per frode e corruzione dinanzi alla *District Court* di Gerusalemme. Ciò non solo comporta ragioni nuove di tensione tra coalizione di governo e ordine giudiziario, che aggravano quelle già esistenti e di cui s'è detto; ma ha comportato ripetuti interventi dell'*Attorney General* che hanno stigmatizzato il conflitto d'interessi del primo ministro rispetto alla proposta riforma giudiziaria, e lo hanno invitato a non assumere, nell'*iter legis*, un ruolo attivo, in ottemperanza al patto da lui stesso siglato nel 2020[56], su invito proprio dell'*Attorney General*, per continuare a rivestire legittimamente cariche pubbliche di governo nonostante la delicata posizione assunta[57]. Si è recentemente arrivati addirittura all'approvazione di una specifica disciplina di legge che garantisce l'impossibilità di rimozione del primo ministro dall'incarico per ordine giudiziario, evidentemente fondata sul timore che l'*Attorney General* potesse richiedere alla Corte suprema misure del genere contro Netanyahu: e subito successivamente all'approvazione di tale discutibile disciplina novella, il primo ministro ha ripreso senza requie il proprio *battage* polemico sul tema[58].

[54] Ari Gross, *Bills to ban hametz, expand powers of rabbinic courts breeze through committee*, in *Times of Israel*, 19.2.2023, disponibile al sito https://www.timesofisrael.com/bills-to-ban-hametz-expand-powers-of-rabbinic-courts-breeze-through-committee/.

[55] Obel, Bachner, *Two Likud MKs back Gallant's call to pause overhaul; others urge PM to fire him*, in *Times of Israel*, 26.3.2023, disponibile al sito https://www.timesofisrael.com/several-likud-mks-back-gallants-call-to-pause-overhaul-others-urge-pm-to-fire-him/.

[56] Federman, *Israel's Netanyahu pressed to sign conflict-of-interest deal*, in *Associated Press News*, 10.9.2020, disponibile al sito https://apnews.com/article/trials-israel-virus-outbreak-benjamin-netanyahu-910eaed8d1ad6e8d985858c55931450e.

[57] Debre, *Israeli AG warns Netanyahu broke law on conflict of interest*, in *Associated Press News*, 24.3.2023, disponibile al sito https://apnews.com/article/israel-netanyahu-politics-judicial-overhaul-protests-crisis-courts-aefbf9607a6e3a0e1bb5e3355e733043.

[58] Stann, Kerrer-Lynn, *Knesset passes law shielding Netanyahu from court-ordered recusal 61-47*, in *Times of Israel*, 23.3.2023, disponibile al sito https://www.timesofisrael.com/knesset-passes-law-shielding-netanyahu-from-recusal-in-61-47-final-

Ciò spiega facilmente, già di per sé, perché la proposta di riforma sia largamente indirizzata contro la figura indipendente dell'*Attorney General*, oltre che contro l'ordine giudiziario organizzato.

Va poi ulteriormente rimarcato come, nel sistema israeliano, il circuito *Attorney General - High Court of Justice* si sia reso depositario di prerogative invero ampie, e di scarsa diffusione, per come delineatesi, a livello comparatistico.

Tra queste vi è quella del vaglio di ammissibilità dei candidati a ruoli parlamentari e di governo: talvolta sulla base di discipline di legge specifiche, tra cui quella di cui all'articolo 7a comma 2 della *Basic Law: the Knesset* che impedisce la candidatura nell'assemblea a chi inciti al razzismo; talaltra sulla base, più discutibile, di un vaglio di ragionevolezza della candidatura rispetto a elementi ostativi pregressi. Su tali fondamenti si sono registrate esclusioni quali quelle, recenti, dell'estate 2019 relativa alla rimozione dal seggio dei deputati della destra radicale ebraica Gopstein e Marzel[59] – membri del partito *Otzma Yehudit* dell'attuale Ministro della sicurezza nazionale Itamar Ben-Gvir – e del leader del partito *Shas* Aryeh Deri nel gennaio 2023 quale Ministro dell'interno dell'attuale compagine di governo, giacché reo di evasione fiscale e pregressi episodi corruttivi[60].

Anche in tal ottica, risultano evidenti gli elementi di tensione diretta tra maggioranza governativa attuale e ordine giudiziario.

V'è poi una contingenza che potremmo definire comparatistica, ossia che accomuna Israele ad altri ordinamenti nell'attuale temperie.

A più riprese, nell'inusuale lunga serie di governi guidati da Benjamin Netanyahu tra il 2009 e il 2021 (che è coincisa, non a caso, con la gran parte delle iniziative «contro-rivoluzionarie» che abbiamo descritto) i commentatori hanno ragionato di tendenze populiste della politica israeliana, quando non proprio di arretramento delle sue credenziali democratiche. Si sono stigmatizzati i ripetuti attacchi al potere giudiziario e all'indipendenza della figura dell'*Attorney General*[61], su cui ci siamo soffermati; ma anche l'adozione di nuove discipline penalizzanti nei confronti delle ONG, ampiamente attive nel paese nell'ambito della tutela dei diritti umani[62]; la centralizzazione del ruolo del *Committee of Ministers on Legislation* così da controllare, da parte governativa, il calendario dei lavori parlamentari[63]; l'avocazione in capo al primo ministro di plurime deleghe diffusamente esercitate[64].

vote/.

[59] Magid, *Supreme Court bans extreme-right Gopstein and Marzel from elections*, in *Times of Israel*, 26.8.2019, disponibile al sito https://www.timesofisrael.com/supreme-court-bans-extreme-right-gopstein-and-marzel-from-election-race/.

[60] Sharon, *AG: Deri's appointment as minister 'unreasonable in the extreme'*, in *Times of Israel*, 4.1.2023, disponibile al sito https://www.timesofisrael.com/ag-deris-appointment-as-minister-unreasonable-in-the-extreme/.

[61] Si v. organicamente il report di Scheindlin, *The Assault on Israel's Judiciary*, in *The Century Foundation*, 7.7.2021, disponibile al sito tcf.org/content/report/assault-israels-judiciary.

[62] Levinson, *Netanyahu Seeks to Clamp Down on Human-rights Groups and Bar Funding from Foreign States*, in *Haaretz*, 11.6.2017, disponibile al sito www.haaretz.com/israel-news/1.795078.

[63] Mediante un inedito accordo di coalizione che vincolava ogni parlamentare dei partiti di maggioranza al voto conforme agli indirizzi presi dal *Committee* ministeriale: lo rileva Stopler, *Special Symposium–Part 2 of 7: Constitutional Capture in Israel*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 21.8.2017, disponibile al sito www.iconnectblog.com/2017/08/constitutional-capture-israel.

[64] Mordechay, Roznai, *A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, in *Maryland Law Review*, 2017, 244, 257: «*Governmental powers and government*

S'è dunque molto ragionato in tema di preteso coinvolgimento del paese nelle odierne globali tendenze di «*constitutional retrogression*», o «*constitutional capture*» o «*democratic decay*»[65] che dir si voglia: le quali, secondo gli studiosi che più da vicino le hanno studiate, «*drawing on comparative law and politics analysis*», si invererebbero attorno a cinque tipiche dinamiche istituzionali, ossia la revisione costituzionale, l'eliminazione degli istituti di garanzia, la centralizzazione del potere nelle mani dell'esecutivo, la contrazione o distorsione della sfera pubblica, l'eliminazione della competizione politica[66].

In particolare, specie in punto di eliminazione degli istituti di garanzia e di centralizzazione del potere nelle mani dell'esecutivo, l'attacco all'indipendenza e alla funzionalità della magistratura è tipico di tali tendenze, e ben conosciuto anche in ordinamenti a noi prossimi, persino appartenenti all'Unione europea: si pensi agli ormai noti «*usual suspects*» Polonia e Ungheria, già oggetto di plurime censure da parte della Commissione europea e della Corte di giustizia in proposito[67], ma anche a casi meno noti come la Romania, ove recenti riforme giudiziarie hanno attirato critiche da parte dei commentatori e delle stesse istituzioni sovranazionali[68].

Proprio dall'accostamento tra analoghe tendenze alla tensione tra potere politico e ordine giudiziario, e a riforme limitanti la capacità della magistratura di svolgere in via indipendente il proprio ruolo, vari analisti hanno potuto osservare, soffermandosi anche su Israele, che «le somiglianze nelle misure adottate in diversi sistemi giuridici e politici, in contesti storici radicalmente diversi, suggeriscono non solo un certo grado di comunanza di idee e obiettivi, ma anche una certa condivisione di esperienze e pratiche da parte di forze illiberali»[69].

Il fenomeno dello scivolamento verso tendenze autocratiche è indubitabile, e certo simile a quello di altri ordinamenti – sebbene nei contesti dell'Est Europa vengano in rilievo mancate compiute transizioni costituzionali di origine relativamente recente,

departments are concentrated in the hands of Prime Minister Netanyahu, reducing the weight of his coalition partners. At a certain point, Prime Minister Netanyahu has simultaneously been Israel's Prime Minister, Foreign Minister, Communications Minister, Economy Minister, and Regional Cooperation Minister». La stessa Corte suprema fu investita, quale Alta Corte di giustizia, della questione, giudicata legittima nella sua transitorietà sebbene, espressamente, non opportuna: v. HCJ 3132/15 Yesh Atid v. Prime Minister of Israel (Apr. 13, 2016) (Isr.).

[65] Si v. almeno l'interessante dibattito online *Symposium: Constitutional Capture in Israel?* ospitato sulle pagine dell'*International Journal of Constitutional Law Blog* tra il 20.8.2017 e il 26.8.2017, la cui introduzione è disponibile al sito www.iconnectblog.com/2017/08/introduction-to-i-connecticon-s-il-symposium-constitutional-capture-in-israel/, nonché in italiano, volendo, Pierdominici, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, Padova, 2022.

[66] Huq, Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA Law Review*, 2018, 78, 118: «*Drawing on comparative law and politics analysis of these cases, we then extract five specific mechanisms by which constitutional retrogression unfolds. These are: (i) constitutional amendment; (ii) the elimination of institutional checks; (iii) the centralization and politicization of executive power; (iv) the contraction or distortion of a shared public sphere; and (v) the elimination of political competition*».

[67] Cfr. almeno Pech, Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 3, e, in italiano, Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE online*, 2020, p. 3999.

[68] Tănăsescu, *The independence of justice as proxy for the rule of law in the EU - Case study – Romania*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 1/2021, 103.

[69] Kremintzer, Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, cit., 152: «*it can be noted that the similarities in the measures taken across different legal and political systems, in radically different historical contexts, suggests not only some degree of commonality in ideas and goals, but also some sharing of experiences and practices by illiberal forces*».

posteriore al collasso dei sistemi socialisti[70], mentre in Israele, vedremo specificamente, il fenomeno è più radicato e, se vogliamo, strutturale, ossia relativo ad un programma di costituzionalizzazione frustrato sin da principio.

L'osservazione di tali tendenze è comunque rilevante, e deve condurci ad una connessa, necessaria, e forse più approfondita riflessione, che pure riecheggia teorizzazioni già svolte proprio relativamente alle esperienze di *democratic backsliding* dei paesi dell'Est Europa e che ben si attagliano alla nostra analisi degli sviluppi israeliani.

Kim Lane Scheppele, nota studiosa di Princeton, ha icasticamente descritto le riforme costituzionali ungheresi degli scorsi anni come una sorta di sindrome di Frankenstein, proprio nel senso del romanzesco personaggio mostruoso di Mary Shelley, capaci di condurre a un «Frankenstate»[71]: ciò al fine di sottolinearne il potenzialmente mostruoso effetto cumulativo, nonostante la possibile opinabilità di alcune di esse, e al fine di dissuadere gli osservatori, in tempo di tendenze globali al *democratic backsliding*, dal commentare riforme costituzionali simultanee una ad una, partitamente, nei loro aspetti magari innocui o similari ad altre esperienze comparatistiche, senza considerare il disegno complessivo capace di creare per accumulo, appunto, mostruosità costituzionali.

Tale insegnamento è di particolare utilità per l'analisi della proposta riforma in Israele.

Singolarmente prese, e a un occhio profano, le riforme attualmente suggerite possono sembrare relativamente innocenti, o essere vagamente giustificate proprio anche in ottica comparatistica – e ciò è stato puntualmente fatto nel corso del dibattito degli scorsi mesi[72]: in fondo assegnare le nomine giudiziarie apicali al controllo del governo in carica non è soluzione sconosciuta a ordinamenti liberal-democratici, persino prototipici come quello degli Stati Uniti d'America; richiedere una maggioranza speciale in un collegio giudiziale per la censura costituzionale delle leggi parlamentari può essere una soluzione inedita, ma *prima facie* forse nemmeno irragionevole, al problema storico, già cennato e onnipresente nelle teorizzazioni in materia, della cd. *countermajoritarian difficulty*, specialmente sentito ove non si incarichi per disciplina costituzionale positivizzata un organo *ad hoc* di tale compito, come invece nella tradizione europea[73]; la stessa idea di consentire all'assemblea parlamentare di sovvertire *ex post* gli effetti delle decisioni giudiziali di illegittimità costituzionale non è esperienza sconosciuta, anzi è ispirata a modelli noti, Canada e Finlandia su tutti, già persino trasposti in via puntiforme in Israele[74]; e

[70] Cfr. per un inquadramento, tra i vari, Mezzetti, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 441.

[71] Scheppele, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance. An International Journal of Policy Administration and Institutions*, 2013, 559.

[72] Lo sottolinea opportunamente anche Weiler, *Israel: Cry, the Beloved Country*, cit.

[73] A livello comparato, la previsione dei relativi poteri «expressis verbis in costituzione» è, o dovrebbe essere, la caratteristica fondamentale dei cd. sistemi accentrati di giustizia costituzionale: v. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, p. 188; seppure proprio il caso di Israele sia una possibile eccezione, cfr. volendo Pierdominici, *Diffusione e concentrazione del giudizio di costituzionalità delle leggi in Israele. L'ottica del conflitto tra poteri*, cit.

[74] La *Basic Law: Freedom of Occupation*, emanata nel 1992, fu emendata già nel 1994, su pressione dei partiti religiosi, proprio in esito ad un primo suo sensibile impiego giudiziale, quando, nel caso Mitral Ltd. v. The Prime Minister, 47(5) P.D. 485 (1993) la Corte suprema stabilì la violazione della legge fondamentale in parola da parte della legislazione ordinaria che poneva

le specificità dei ruoli dell'*Attorney General* nel sistema israeliano, e la potenziale pervasività della sua figura, risultano certo inedite ad uno sguardo d'altrove, e dunque può non sembrare assurdo concepire una riforma di tali aspetti.

È evidente però che la simultanea proposta di tali riforme non sia un caso, e il suo significato vada apprezzato organicamente, nell'interezza: connotandosi dunque, a prescindere dalla opinabilità di alcuni aspetti, come un sicuro affronto all'equilibro nella separazione tra i poteri, e fondato sull'esercizio di un fenomeno pure ormai noto agli studiosi di diritto costituzionale comparato, quello del cd. *abusive constitutional borrowing*, ossia sull'«appropriazione di modelli, concetti e dottrine costituzionali liberal-democratici, al fine di far avanzare progetti autoritari»[75]. Difatti, il successo del diritto costituzionale comparato, conclamatosi negli scorsi decenni, e che ha condotto alla rapida diffusione globale di istituti di marca liberal-democratica, porta con sé possibili dinamiche perverse: tra le quali quella che pare in atto proprio in Israele, come anche in altri ordinamenti, ossia la manipolazione e decontestualizzazione di modelli ed esperienze stranieri, asserviti strumentalmente alla giustificazione di soluzioni che tendono a limitare o corrompere, comunque a strumentalizzare, nozioni e istituti che negli ordinamenti di riferimento hanno avuto e hanno ben altro significato[76].

4. Le radici del conflitto tra poteri.

Si è già ampiamente suggerito che una piena contestualizzazione dell'attuale proposta riforma della giustizia in Israele non possa fare a meno di analizzare, a fianco delle sue pur evidenti ragioni contingenti, di cui s'è detto, le ragioni più profonde dell'esacerbato conflitto tra poteri che vi si incarna.

La conoscenza di queste ragioni passa dalla comprensione della storia costituzionale del paese, per intendere come gli attuali snodi siano l'ultima frontiera di un conflitto tra poteri che la attraversa da decenni.

Per comprendere tali sviluppi, occorre tornare all'origine, e dunque alla caratteristica fondamentale dell'ordinamento israeliano, cui già s'è fatto ampio cenno: quella

limiti all'importazione in Israele di carne non kosher, ossia non macellata secondo le regole ebraiche tradizionali. In esito a quella riforma, subito successiva alla pronunzia giudiziale, anche quella *Basic Law* fu dotata di una *notwithstanding clause*, che disponeva: «*(A) provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein*». Si dotò dunque il parlamento dell'ultima parola in tema di costituzionalità di una normativa in materia, purché mediante votazione a maggioranza assoluta e con una disciplina necessariamente a termine quanto ai suoi effetti.

[75] Dixon, Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, 2021, 1 ss.: «*Legal globalization has a dark side: norms intended to protect and promote liberal democratic constitutionalism can often readily be used to undermine it. Abusive constitutional borrowing involves the appropriation of liberal democratic constitutional designs, concepts, and doctrines to advance authoritarian projects. Some of the most important hallmarks of liberal democratic constitutionalism—including constitutional rights, judicial review, and constituent power—can be turned into powerful instruments to demolish rather than defend democracy*».

[76] Cfr. in tal ottica Groppi, *Il diritto comparato nel prisma delle regressioni democratiche. Recensione al volume di Rosalind Dixon e David Landau, Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy, Oxford University Press, 2021*, in Diritticomparati.it, 28.9.2022, disponibile al sito https://www.diritticomparati.it/il-diritto-comparato-nel-prisma-delle-regressioni-democratiche-recensione-al-volume-di-rosalind-dixon-e-david-landau-abusive-constitutional-borrowing-legal-globalization-and-the-subversion-of-liber/.

relativa all'assenza di una costituzione propriamente intesa, rigida e unidocumentale.

A propria volta, dette peculiarità hanno precise, e complesse e stratificate, ragioni storiche.

Israele è naturalmente un sistema giuridico cd. "misto"[77] giacché nell'area geografica, già prima dell'edificazione dello stato, originariamente convivevano diritto islamico ed eterogenei complessi di norme civilistiche del periodo ottomano, che si rifacevano a propria volta tanto al sistema di pluralismo particolaristico su base etnica della *Mejelle*[78] basato sulla *Shariya* quanto a codici napoleonici tradotti direttamente dal francese al turco[79]; dopo l'affidamento alla Gran Bretagna del mandato sulla Palestina, si sovrappose l'applicazione *per factum principis* del *common law* inglese[80]; a seguito delle varie ondate di migrazione di cui si nutrì Israele nei primi decenni di vita, per lo più provenienti dalla Germania e dai paesi dell'Est europeo, si sono innestate su queste basi profonde influenze *civilian*; ad ulteriore complicazione, le prime facoltà di giurisprudenza del paese furono aperte grazie al sostegno proveniente dagli Stati Uniti, il che consolidò progressivamente il ruolo della cultura, anche giuridica, angloamericana[81]. Si è composto, per stratificazione, un quadro pluralistico (*common law*, *civil law*, diritti confessionali) di rara complessità.

Ciò ha influenzato anche la singolare strutturazione costituzionale del paese. L'idea che una costituzione dovesse essere posta al vertice dell'ordinamento d'Israele fu sancita dagli stessi atti fondativi[82]; al momento dell'indipendenza israeliana dal Mandato britannico la rapida adozione di un testo costituzionale era considerata quasi certa[83]; gli eventi si dispiegarono però in maniera differente dalle attese e dagli impegni ufficialmente assunti anzitutto a livello diplomatico.

Il processo costituente formalmente aperto (nel fervido contesto storico del secondo dopoguerra) ebbe un primo intoppo già con la mancata conclusione dei lavori della prevista Assemblea costituente[84], che fu soppiantata dall'organo legislativo ordinario detto *Prima Knesset*; a livello politico, tanto le formazioni laburiste di maggioranza quanto i vari partiti del cd. «blocco religioso» cominciarono ad esprimere sempre più ampie ed esplicite riserve rispetto alla

[77] Sul punto v. Rivlin, *Israel as a Mixed Jurisdtiction*, in *McGill Law Journal - Revue de droit de McGill*, 2012, 781.

[78] V. ancora Ottolenghi, *Profili storici*, cit.; Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, cit.; Tedeschi, *Le Centenaire de la Mejelle*, cit.

[79] Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, cit., 42; Sassoon, *The Israel Legal System*, in Kittrie (a cura di), *Comparative Law of Israel and the Middle East*, Washington D.C., 1986, p. 75.

[80] Fu formalmente l'art. 46 del *Palestine Order in Council*, promulgato nel 1922 con la funzione di costituzione scritta del mandato, ad innestare nel sistema ordinamentale già stratificato il diritto inglese; l'intero complesso sarebbe poi stato confermato in vigore nel neonato stato d'Israele con le disposizioni transizionali dell'art. 11 dell'*Ordinanza sulla Legge e l'Amministrazione* del 1948.

[81] In tema si vedano le interessanti note di Caianiello, *Istituzioni e liberalismo*, Soveria Mannelli, 2005, 100-101.

[82] La Dichiarazione d'indipendenza del 1948 conteneva, notoriamente, un esplicito riferimento a una costituzione, da adottarsi da parte di un'assemblea costituente da eleggersi non più tardi del primo ottobre di quello stesso anno, in precisa correlazione quindi con l'indicazione contenuta nella Risoluzione ONU n. 181 a riguardo: «*We declare that, with effect from the moment of the termination of the Mandate being tonight, the eve of Sabbath, the 6th Iyar, 5708 (15th May, 1948), until the establishment of the elected, regular authorities of the State in accordance with the Constitution which shall be adopted by the Elected Constituent Assembly not later than the 1st October 1948, the People's Council shall act as a Provisional Council of State, and its executive organ, the People's Administration, shall be the Provisional Government of the Jewish State, to be called 'Israel'*».

[83] «*The constitution was perceived as inevitable*», secondo Goldberg, *Religious Zionism and the Framing of a Constitution for Israel*, in *Israel Studies*, 1998, 214.

[84] Ciò avvenne mediante una cd. *Transition Law* approvata tra il 14 e il 16 febbraio 1949, che venne denominata "costituzione transitoria" (*Hukkat Hama'avar*).

subitanea scrittura di un testo costituzionale; un primo progetto di costituzione pubblicato, il cd. "Progetto Kohn", di matrice laica e liberale, fu l'espresso bersaglio critico del nuovo "arco anti-costituzionale", proprio perché dotato di un chiaro contenuto valoriale, un preciso e progredito sistema di *checks and balances*, e – per quanto più qui interessa – perché esplicitamente votato ad investire la Corte suprema di poteri espressi di *judicial review of legislation*[85].

Si palesarono nel frangente le più varie ragioni d'opposizione all'idea di dotare effettivamente Israele di una carta costituzionale: lo stato d'emergenza già incandescente ai confini del paese, che si sarebbe in effetti reso imperituro; l'argomento cd. sociologico di chi voleva evitare di porre decisioni fondamentali vincolanti, in una fase primitiva, per un paese destinato per sua natura a crescere mediante ondate di immigrazione nel futuro[86]; l'idea che la formalizzazione di testi costituzionali fosse appannaggio di paesi interessati da transizioni costituzionali da regimi autoritari, e non necessaria in uno stato di completa nuova formazione; l'influsso del modello della *common law* e dunque anche del costituzionalismo evoluzionista britannico[87]; l'idea che la già promulgata Dichiarazione d'indipendenza e certe leggi di transizione rispetto al previo regime mandatario potessero già fungere da leggi fondamentali[88]; il problema già vivido della coesione sociale e culturale, in particolare per quel che riguardava il rapporto tra stato e religione, in uno stato che programmaticamente nasceva per essere al contempo «*Jewish and democratic*»[89].

Su basi tanto ideologiche quanto di contingenza politica venne adottata il 13 giugno 1950 la storica «*Risoluzione Harari*»[90]: con essa i latenti disaccordi e la dilazione del progetto costituente israeliano vennero in qualche modo ufficializzati, giacché la *Prima Knesset* incaricò il proprio *Constitution, Law and Justice Committe* di predisporre la futura costituzione gradatamente, portando all'attenzione dell'assemblea ciascuno dei singoli capitoli man mano approntati[91]; ognuno di questi capitoli avrebbe rappresentato una «*legge fondamentale*» (*Basic Law*), da discutere e approvare separatamente; e l'insieme dei capitoli sarebbe solo all'esito confluito in una organica costituzione dello stato[92].

Proprio in riferimento a questa capitale e certo peculiare risoluzione fu coniata, per

[85] Sul tema Radzyner, *A Constitution for Israel: The Design of the Leo Kohn Proposal, 1948*, in *Israel Studies*, 2010, 1.

[86] Anselmo, *Costituzione e democrazia: l'esperienza israeliana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 423.

[87] Aronson, *David Ben-Gurion and the British Constitutional Model*, in *Israel Studies*, 1998, 193 ss.

[88] *Ibidem*.

[89] Sin da quanto statuito nella Dichiarazione d'indipendenza del 1948 e nella Risoluzione ONU n.181; sul tema, in prospettiva comparata, si v. oggi Mancini, Rosenfeld, *The Dilemmas of Identity in a Jewish and Democratic State: A Comparative Constitutionalist Perspective*, in Sapir, Barak-Erez, Barak (a cura di), Israeli Constitutional Law in the Making, Oxford, 2013, 517.

[90] Dal nome del Membro della *Knesset* proponente, il giurista Yizhar Harari del *Progressive Party*.

[91] Previo dissolvimento dell'Assemblea costituente e sua trasformazione in *Prima Knesset*, dal che deriveranno teorizzazioni diverse sulla perpetuazione del potere costituente in parallelo a quello legislativo ordinario: sia consentito in tal senso il rimando a Pierdominici, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, cit., 22 ss., 83 ss.

[92] Il testo della risoluzione difatti recitava: «*The First Knesset charges the Constitutional, Law and Justice Committee with the duty of preparing a draft constitution for the State. The Constitution shall be composed of individual chapters, in such a manner that each shall constitute a Basic Law in itself. Each chapter shall be brought before the Knesset as the committee completes its work, and all chapters together will form the Constitution of the State*».

il contesto israeliano, la nota definizione di «costituzione a tappe»[93].

Sulla natura di questo progetto dilatorio e dilatato di strutturazione costituzionale sono opportune alcune puntualizzazioni.

La prima, la più evidente sin dalla lettura del testo della «*Risoluzione Harari*»: l'idea era di comporre una serie di capitoli, sotto forma di cd. *Basic Laws*, la cui riunione alla fine del progetto avrebbe composto una costituzione ancora da ratificare, «*a draft constitution for the State*». Nulla si prevedeva quanto al valore giuridico di dette *Basic Laws* nelle more del processo di strutturazione costituzionale, prima del vagheggiato *imprimatur* finale.

La seconda puntualizzazione. Era formalmente la sola *Prima Knesset* ad essere incaricata di poteri costituenti, vagliate le *Basic Laws* ad essa man mano proposte: si pensava insomma ad una dilazione del progetto costituzionale che coinvolgesse lo spazio di una legislatura, intenzione però subito tradita giacché si dovette aspettare la terza legislatura solo per l'adozione della prima legge fondamentale.

La terza, sostanziale, puntualizzazione, cui pure già s'è accennato: nei primi quarant'anni dalla storica risoluzione del giugno 1950, e sulla scorta di questa, furono adottate solo nove *Basic Laws*, essenzialmente di carattere «*organico-istituzionale*»[94], disciplinanti cioè l'organizzazione dello stato e le procedure di esercizio dei poteri degli organi costituzionali; molte di queste peraltro si limitarono a codificare e al massimo ad elaborare la normativa precedente, spesso senza alcuna innovazione che si potesse catalogare come di vera «rilevanza costituzionale»[95]. Il riferimento è alle *Basic Laws* «*The Knesset*» (1958), «*State lands*» (1960), «*The President*» (1964), «*The Government*» (1968, con emendamenti nel 1992 e nel 2001), «*The State economy*» (1975), «*Israel defense forces*» (1976), «*Jerusalem*» (1980), «*The Judiciary*» (1984), «*The State Controller*» (1988): una serie di 'leggi-capitolo', ognuna della quali peraltro non si differenziava sul piano formale dalla normazione ordinaria nemmeno per il procedimento d'adozione, né conteneva esplicite indicazioni al legislatore ordinario affinché completasse quanto stabilito nel proprio dettato, o espressi riferimenti e limiti ai contenuti della legislazione futura.

Quindi, nei suoi settantacinque anni di indipendenza e di sviluppo democratico sulle orme del modello ideologico liberal-democratico, Israele non è mai più riuscito a dotarsi di quel testo fondamentale, unitario e organico, che più volte si era ripromesso di adottare. Il progetto di *dilazione* e *dilatazione* mediante adozione graduale di una costituzione si è trasformato per decenni, come ben sottolineato in dottrina[96], in sostanziale *astensione*.

Occorre allora comprendere che, nei decenni in cui tale astensione politica dalla scelta costituzionale s'è perpetuata, anche nella forma del rifiuto di dotare il paese di un compiuto sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, la Corte suprema ha

[93] Toniatti, *Israele: una Costituzione a tappe*, cit., 510.

[94] Secondo la definizione di Anselmo, *Costituzione e democrazia: l'esperienza israeliana*, cit., 426.

[95] Sager, *Israel's Dilatory Constitution*, in *American Journal of Comparative Law*, 1976, 88, 94; Rubinstein, Medina, *The Constitutional Law of the State of Israel*, Tel Aviv, 1996, 377; Gavison, *A Constitution for Israel: Lessons from the American Experiment*, in *Azure*, 2002, 133, 158; Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, cit., 43.

[96] Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 1995, 309, 314.

svolto un sostanziale ruolo di supplenza, al contempo espandendo i propri poteri e la propria sfera d'influenza.

Orientando la propria attività istituzionale «*alla ricerca di una costituzione*»[97], in un'ottica di supplenza rispetto alle astensioni del legislatore, la Corte si produsse, dopo una primitiva fase astensionistica di formalistico rispetto della separazione tra poteri[98], già dalla metà degli anni '50, nella composizione per via pretoria di un aggiornato *judicial bill of rights*, catalogo di diritti fondamentali non positivizzati ma riconosciuti dalla Corte in assenza di ogni normazione in materia, e da questa tutelati specialmente nella propria veste di Alta Corte di giustizia. Non poteva, specie in questa fase, risalente già al primo decennio di operare della Corte, essere messa in discussione apertamente la supremazia del potere legislativo che derivava dal modello britannico: ma attraverso una composita opera interpretativa, alfine risultante in una vera e propria «*costituzione non scritta*»[99], la Corte strutturò un'ampia giurisprudenza di "tenore costituzionale" nell'ambito latamente amministrativo, anche su temi sensibili e complessi per il paese (dall'eguaglianza e dal diritto di non discriminazione[100] alla tutela della proprietà contro le illegittime espropriazioni[101], dalla libertà di religione e di coscienza[102] ai diritti politici d'elettorato attivo e passivo[103]).

Poi, a cavallo tra gli anni '70 e gli anni '80, in una fase di piena e matura consapevolezza del proprio ruolo e resasi ormai evidente «l'astensione degli organi politici e amministrativi»[104] da vaste aree di potenziale «*decision making*»[105], la Corte intensificò ed ampliò lo spettro del proprio interventismo in quest'ottica, mediante la giurisprudenza largheggiante in materia di *standing* e *justiciability* cui abbiamo già fatto cenno: in tal modo finendo per conformare un proto-modello di giustizia costituzionale fortemente aperto alle istanze provenienti dalla società, pronto ad affrontare ogni tipo di questione sensibile, secondo il motto «*everything is justiciable*» propalato da Aharon Barak[106].

Il ruolo «attivista» che la Corte era così venuta assumendo nei primi decenni di sviluppo s'è confermato, e secondo alcuni è deflagrato, con la «rivoluzione costituzionale» degli anni '90 che essa stessa ha voluto sancire.

Dopo decenni di tentativi abortiti per l'emanazione di una *Basic Law: the Legislation* che disciplinasse il potere di *judicial review*[107], o per l'adozione di una *Basic Law* sui diritti che s'affiancasse a quelle organizzative sui poteri già man mano emanate, e

[97] Parafrasiamo qui il titolo di uno storico contributo nello studio dell'azione della Corte suprema, quello di Nimmer, *The Uses of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution*, in *Columbia Law Review*, 1970, 1217.

[98] Contrassegnata dai casi Leon v. Gubernik (Acting District Commissioner of Tel-Aviv) (1948) 1 P.D. 58; 1 S.J. 41; Baron v. Prime Minister and Minister of Defence 1 P.D. 109 (1948); Jabotinsky and Kook v. Weizmann, HCJ 65/1951, su cui nello specific Mautner, *The Decline of Formalism and the Rise of Values in Israeli Law*, in *Tel Aviv University Law Review*, 1983, 503 (oggi in Id., *Law and the Culture of Israel*, cit.) e D. Kretzmer, *Forty years of Public Law*, in *Israel Law Review*, 1990, 341.

[99] Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution*, cit., 315 ss.

[100] Cargo & Freight Ships v. Finance Minister (1957) 11 PD 1490, 1498.

[101] City of Tel Aviv v. Lubin (FH) (1959) 13 PD 118.

[102] Peretz v. Kfar Shmariyahu (1962) 16 PD 201.

[103] Appello Elettorale 1/65 Yerdor v. Commissione elettorale centrale (1965) PD 19 365.

[104] Shetreet, *Developments in Constitutional Law: Selected Topics*, in *Israel Law Review*, 1990, 368, 405.

[105] *Ibidem*.

[106] V. nota 25 *supra*.

[107] Su tali evenienze sia consentito il rinvio a Pierdominici, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, cit., 29 ss.

assurgesse a sicuro valore parametrico, nel 1992, con modalità quasi rocambolesche, due *Basic Laws* in tema di diritti umani videro la luce, le *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e la *Basic Law: Freedom of Occupation*. Esse nacquero dallo smembramento, tattico, di un'ennesima proposta originariamente organica di legge fondamentale sui diritti politici e civili avanzata dal giurista e politico liberale Amnon Rubinstein, e, complice una serie di contingenze politiche in un clima di fine legislatura[108], passarono quasi inosservate nell'*iter* parlamentare (e non furono, come usuale, approvate con maggioranze particolari né con procedimenti speciali) e nel dibattito pubblico prima di incontrare, indefettibilmente, il momento della loro richiesta applicazione giudiziale.

Le vicende che seguirono sono però note. Arrivate alla cognizione della Corte con lo storico caso *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, esse furono l'occasione per sancire l'idea che una «*rivoluzione costituzionale*» era intercorsa nel paese, proprio stante il riconoscimento di un «*supra-legislative constitutional status*» delle nuove *Basic Laws Freedom of Occupation* e *Human Dignity and Liberty*, da cui si fece discendere la naturale possibilità per la Corte suprema di dichiarare l'invalidità della legislazione ordinaria che nel caso di specie non incontrava i requisiti previsti da queste. Israele, nelle parole del *Chief Justice*, con l'adozione delle leggi fondamentali del 1992 si era conformata all'evoluzione storica della «*comunità dei paesi democratici*», e aveva preso finalmente parte a quella che Barak ha da più parti definito come la «*human rights revolution*»[109] caratterizzante la seconda metà del XX secolo. L'idea fondante al centro di una simile rivoluzione *gestaltica* sarebbe proprio quella dell'importazione del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, nel caso di specie in forma di «*cooperazione continua*»[110] tra la Corte suprema e la *Knesset*, con il delinearsi in maniera progressiva di una cornice ideale per la protezione espressa dei diritti fondamentali: la Risoluzione Harari, le nove *Basic Laws* emanate prima degli anni '90 e i loro emendamenti, i precedenti giurisprudenziali di interpretazione dello status delle leggi fondamentali (pur senza dichiarazione formale di incostituzionalità[111]) e quelli a tutela dei diritti in ambito amministrativo rappresenterebbero tutte tappe coerenti di un unico cammino decrittabile in quest'ottica, coerente con l'idea secondo cui «*il ventesimo secolo*» sia da leggere come «*il secolo del judicial review, attraverso il quale è accordato un reale significato al principio costituzionale, alla democrazia costituzionale e al giusto bilanciamento tra la regola maggioritaria e i diritti umani, tra il collettivo e l'individuo*», e che «*si potrebbe dire che chiunque consideri antidemocratico il controllo di costituzionalità delle leggi, stia in effetti sostenendo che la stessa idea*

[108] Che rese meno ferrea la disciplina di partito e più libero il voto di molti degli esponenti tradizionalmente conservatori: ne dà conto anche Baldin, *La rigidità costituzionale come work-in-progress nell'ordinamento israeliano,* in Palermo, *La «manutenzione» costituzionale*, Padova, 2007, 266, 271-272.

[109] United Mizrahi Bank PLC v. Migdal Cooperative Village (1995) 49 (iv) PD 221, opinione del giudice Barak.

[110] *Ivi*, par. 3: «*ongoing cooperation*». Barak prende apertamente spunto, in proposito, da Agranat, *The Contribution of the Judiciary to the Legislative Enterprise*, in *Tel Aviv University Law Review*, 1984, 233.

[111] Il riferimento è a HCJ 98/69 Bergman v. Minister of Fin. [1969] IsrSC 23(1) 693, su cui si vedano Burt, *Inventing Judicial Review. Israel and America*, in *Cardozo Law Review*, 1988, 2013, 2044, e Nimmer, *The Uses of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution*, cit.

di costituzione sia antidemocratica»[112], qualunque sia il contesto costituzionale cui ci si riferisce e l'armamentario parametrico a disposizione.

La 'rivoluzione costituzionale' – scriveva la Corte – non si sarebbe del resto manifestata in Israele nel mero riconoscimento *per tabulas* dei diritti umani, da tempo conclamatosi attraverso la fitta rete di *leading cases* della Corte: piuttosto, essa sarebbe stata e sarebbe «*visibile nel mutato status costituzionale dei diritti umani*» stessi, i cui fondamenti teorici sarebbero a giustificazione dell'abbandono della teoria della incoercibilità del potere legislativo per lungo tempo sostenuta nel paese, sulla scia del modello di *common law*[113].

Nasceva così in Israele, in esito ad una pretesa «rivoluzione costituzionale» sancita in via interpretativa, il potere di controllo di costituzionalità delle leggi, tramite invenzione della Corte suprema di Gerusalemme: e veniva a mutare profondamente rispetto al passato l'assetto dei rapporti tra potere politico e potere giudiziario.

L'esercizio effettivo dei poteri di *judicial review of legislation* è stato, nei decenni, parco, ma assai dibattuto[114]: e se persino le opinioni concorrenti alla storica *majority opinion* del *Chief Justice* Barak nel medesimo caso *United Mizrahi Bank* esprimevano dubbi sui fondamenti interpretativi della Corte[115], e similmente opinavano alcuni eminenti costituzionalisti locali[116], le maggiori opposizioni si ebbero – già lo si è rimarcato – da alcune frange degli schieramenti politici conservatori, e s'ampliarono nel corso del tempo. Del resto, senza poter in questa sede dilungarsi sulle opzioni dottrinali sottese[117], basti registrare un paradosso: per anni s'è assistito nel paese ad uno straniante dibattito, mai davvero sopito, nel cui ambito il presidente della Corte suprema, Aharon Barak, influente personaggio pubblico, discuteva i dettagli della ormai formalizzata costituzione d'Israele, mentre il presidente della *Knesset*, il Ministro della giustizia, il presidente della *Israeli Bar Association* ne negavano ancora l'esistenza stessa[118].

Tali basi precarie della pretesa «rivoluzione costituzionale» hanno condotto ai ripetuti tentativi politici «contro-rivoluzionari» che abbiamo discusso, di cui la riforma in discussione è solo l'ultima frontiera.

[112] United Mizrahi Bank, opinione del giudice Barak, par. 80: «*The twentieth century is the century of judicial review. It imparts real meaning to the principle of constitutionality, to constitutional democracy and to the proper balance between majority rule and human rights, between the collective and the individual. It may be said that whoever argues that judicial review is undemocratic is in effect arguing that the constitution itself is undemocratic*».

[113] *Ivi*, par. 4: «*until now the prevailing view in Israel was that 'the all-powerful legislature may permit harm to citizens without legal or judicial limits' (Justice Sussman in H.C.J. 163/1957 Lubin v. City of Tel Aviv Yafo, 1958 12 PD 1041, 1079)*».

[114] Dettagli, volendo, in Pierdominici, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, cit., 114 ss.

[115] *Ivi*, 83 ss.

[116] Secondo Ruth Gavison, una delle voci più critiche rispetto all'impianto dottrinale di Barak, «*(T)here is no precedent, anywhere in the world, wherein the court decides on the supremacy of basic laws, and confers to itself the power of judicial review of Knesset legislation, without the existence of a full constitutional document and without explicit provision*»: Gavison, *The Constitutional Revolution: A Description of Reality or a Self- Fulfilling Prophecy?*, in *Mishpatim*, 1997, 28.

[117] Per cui siano consentiti i rinvii *supra* alle note 114 e 115.

[118] Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2012, 349, 351: «*there has been an ongoing vehement debate in Israel over the existence of a formal Israeli Constitution (including the question of whether a Constitution is even desirable). Thus, scholars and citizens have witnessed bizarre events over the last sixteen years in which the President of the Supreme Court discussed the details of Israel's formal Constitution, while the Chair of the Knesset, the Minister of Justice, or the head of the Israeli Bar Association denied its very existence during the same discussion. This debate continues today*».

L'abbiamo sottolineato: già si sono avuti in più occasioni, negli ultimi quindici anni almeno, tentativi di riforma del sistema di selezione dei giudici e di «*court packing*» in chiave conservatrice, tentativi di riforma del sistema di controllo di costituzionalità anche mediante previsione di supermaggioranze nel collegio della Corte, tentativi di limitazione degli ambiti del *judicial review* e di previsione di un generalizzato *override power* parlamentare. Solo, a differenza di oggi, non si coagularono maggioranze politiche capaci di approvare simili riforme.

Certo, le modalità populistiche e la tendenza globale a fenomeni di *democratic backsliding* paiono aver intensificato la posta in gioco, tanto da condurre oggi a una proposta congiunta di tali strumenti nell'ottica "mostruosa" cui pure abbiamo fatto cenno, sino a mettere in dubbio la storica adesione d'Israele al modello liberaldemocratico che l'ha caratterizzato nel contesto medio-orientale[119].

*

Va in quest'ottica fatto cenno all'ultimo episodio di tentata «contro-rivoluzione» costituzionale precedente a quella attuale: episodio che, vedremo, ci aiuterà sia a contestualizzare appieno le attuali proposte governative nell'ambito dello storico conflitto tra poteri, sia a ragionare di potenziali, futuribili sviluppi.

Nel 2018 il tono del conflitto si alzò nuovamente: in quel frangente, non mediante un'ennesima proposta di riforma istituzionale – che pure è seguita, con magnitudo intensificata – ma mediante un'astuta iniziativa politica della maggioranza conservatrice dell'epoca (sempre guidata dal *Likud* di Netanyahu).

La provocazione fu così riassumibile: ammettendo la volontà del potere politico di accettare la lettura proposta dalla Corte suprema rispetto all'impianto delle *Basic Laws* stratificatosi come disciplina di certa natura costituzionale, di per sé capace di fungere da parametro per il *judicial review of legislation*, in ogni caso lo stesso potere politico potrebbe certo riappropriarsi della prerogativa di scrivere nuove leggi fondamentali, ossia nuove leggi-capitolo di tale impianto costituzionale, così da forzosamente indirizzare la Corte nella propria attività interpretativa.

E la nuova legge capitolo che nel 2018 la maggioranza conservatrice intese aggiungere al reticolo di *Basic Laws* fu difatti particolare, e così orientata: una *Basic Law* titolata *Israel as the Nation State of the Jewish People*, tesa a divenire il preambolo della futura costituzione e dunque il preteso strumento interpretativo di ogni altra legge fondamentale, e perciò tesa a intervenire su temi strutturali lungamente dibattuti nel paese, quali quello dell'identità etnico-religiosa e dei confini territoriali; e, sul piano simbolico, adottata poche ore prima della visita ufficiale del presidente ungherese Orbán, durante la quale Netanyahu dichiarava ampia consonanza con i paesi del gruppo di Visegrád sui temi identitari[120].

L'idea era dunque quella di intervenire attivamente nell'opera di redazione del libro delle leggi costituzionali, e costruire, con tale nuovo capitolo, una «*Israel's new con-*

[119] Interessanti riflessioni in Mordechay, Roznai, *A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, cit.

[120] De Giovannangeli, *Netanyahu festeggia l'etnocrazia d'Israele con Orban, smacchiato di* antisemitismo, in *Huffington Post*, 19.7.2018, disponibile al sito www.huffingtonpost.it/2018/07/19/netanyahu-festeggia-letnocrazia-disraele-con-orban-smacchiato-di-antisemitismo_a_23485547/.

stitutional imagination» radicata su «*exclusive ethno-theological values*»[121]: mediante la costituzionalizzazione, pur nell'ambito di dichiarazioni di ampio respiro, di principi e regole quali l'idea che il paese sia «*national home of the Jewish people*» (art. 1a), che il (solo) popolo ebraico sia depositario di diritto all'auto-determinazione (art. 1c), che Gerusalemme, «*completa ed unita*», sia capitale (art. 3), che la lingua ufficiale sia il solo ebraico e che al più l'arabo goda di mero status speciale (art. 4), che gli insediamenti ebraici siano un patrimonio nazionale da incoraggiare e tutelare (art. 7). E si consideri che lo stesso testo della *Basic Law* licenziato nel 2018 è risultato essere un compromesso rispetto a ben più radicali visioni originarie: fu espunta in sede di *Constitution, Law and Justice Committee* l'idea generale che l'intero *corpus* giuridico israeliano dovesse essere interpretato alla luce dell'art. 1 della nuova *Basic Law*, subordinando espressamente il carattere democratico di Israele alla sua connotazione ebraica (proposta contro la quale dovette esprimersi pubblicamente anche l'allora Presidente della Repubblica Rivlin)[122]; la primitiva disposizione specifica in tema di promozione degli insediamenti ebraici, poi cassata, includeva persino la possibilità di istituire comunità segregate per religione e nazionalità[123].

Il potenziale discriminatorio della *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People* era insomma evidente e persino professato: e se il suo significato primo era, s'è detto, una riscrittura in chiave conservatrice del libro costituzionale israeliano, il portato subito conseguenziale è stato quello di chiamare, o persino sfidare, l'ordine giudiziario ad una sua applicazione, e ad un vaglio delle regole e dei principi che v'erano dettati.

L'occasione non s'è fatta attendere: con plurimi ricorsi presentati in rapida successione, da parte di partiti d'opposizione e di associazioni riconducibili a minoranze quali quella araba e quella druza, la Corte suprema quale Alta Corte di giustizia è stata subito chiamata a pronunziarsi sulla legittimità della *Basic Law* del 2018; e dunque, per il tramite, a esprimersi sulla configurabilità nell'ordinamento della dottrina dell'«*unconstitutional constitutional amendment*», ossia sull'esistenza di un nucleo duro di valore super-costituzionale, intangibile anche mediante legge fondamentale, ad esempio da identificarsi nel concetto identitario della natura «*Jewish and democratic*» del paese posto come potenziale «clausola di eternità»[124] (come Barak, in un *obiter dictum*, già suggerì in *United Mizrahi Bank*[125]); o sulla configurabilità

[121] Jamal, *Israel's New Constitutional Imagination: The Nation State Law and Beyond*, in *Journal of Holy Land and Palestine Studies*, 2019, 193, 194: «*The new hegemonic social and political elites seek to transform the Israeli constitutional identity from one that is based on constructive legal ambiguity into one that is based on exclusive ethno-theological values*».

[122] Campelli, *L'instabile equilibrio costituzionale israeliano: simboli e diavoli della Basic Law sullo Stato Nazione*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 1/2019, 87, 93.

[123] *Ivi*, 100.

[124] Ossia come limite alla revisione costituzionale derivante da principio super-costituzionale intangibile: v. ancora Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tubinga, 1951.

[125] Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2020, 227, 261: «*After the United Mizrahi Bank decision, Barak in dicta in various decisions seems to have created a two-tier system of supra-constitutional law. Already in United Mizrahi Bank, he suggested in dicta that the Court may resort to the doctrine of the "unconstitutional constitutional amendment" or "misuse of constituent power" to invalidate Basic Laws or amendments thereof*».

della più ancora radicale teoria dell'«abuso del potere costituente»[126], atta a invalidare non solo emendamenti ma anche l'impiego primigenio di leggi fondamentali[127].

Ciò è avvenuto nel luglio 2021, con l'interessante sentenza *Hason*[128] pronunziata su tali ricorsi riuniti, in esito ad un partecipato dibattito pubblico nel cui ambito precedenti membri arabi della Corte si sono espressi, nella pubblicistica, a favore della censura della *Basic Law*[129], mentre l'allora Ministra della giustizia Shaked contestava invece in radice, ancora pubblicamente e in un discusso editoriale, il potere della Corte di vagliare la legittimità delle *Basic Laws*, pena la sua trasformazione sostanziale in un'assemblea costituente o la sostanziale usurpazione dei relativi poteri[130].

La sentenza *Hason* è stata un'astuta replica da parte della Corte all'astuta iniziativa politica della maggioranza conservatrice: un esercizio di formale *self-restraint* interpretativo, che celava però, nemmeno troppo sommessamente, una piena resistenza all'attacco subito sul piano istituzionale nel conflitto tra poteri.

S'è trattato di un rigetto delle varie doglianze poste, a maggioranza di dieci componenti su undici, con l'opinione dissenziente del giudice Karra appartenente alla locale minoranza araba. L'opinione di maggioranza è stata redatta dalla presidente Hayut, e ha affrontato apertamente le varie questioni sostanziali ed istituzionali poste: per quel che qui interessa, con una sorta di sentenza interpretativa di rigetto, negando l'incostituzionalità della nuova *Basic Law*, nonostante le sue denunziate e riconosciute carenze dispositive, giacché riconosciuto possibile leggere le sue disposizioni «in senso ampio e in armonia costituzionale con tutte le altre *Basic Laws*», facendo giustizia alla sua natura di «solo capitolo della futura organica costituzione»[131]. La sentenza però, sul piano istituzionale, riaffermava una volta per tutte il ruolo di ultimo interprete da parte della Corte suprema all'interno dell'ordinamento, alla luce della già dichiarata supremazia del diritto costituzionale e dunque del portato della «rivoluzione» del 1995, attestando l'esistenza di un suo ruolo anche a giudicare di possibili incostituzionalità di *Basic Laws* – in assonanza con le teoriche di *common law* sulla cd. *basic structure doctrine*[132] – giacché pur nella «incompletezza dell'impresa costituzionale israeliana» e nella perdurante «assenza di mattoni importanti nella struttura costituzionale»[133] si può già stabilire che il sistema costituziona-

[126] V. sul punto, in ottica comparatistica, Dixon, Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, 2021, in particolare al cap. 6.

[127] Pure già concretamente esplorata dalla Corte in tema di contingenti *Basic Laws* sul bilancio dello Stato sanzionate come abusive, v. nota 31 *supra*.

[128] HCJ 5555/18 Hason v. Knesset (July 8, 2021).

[129] Bachner, *Retired High Court Judge Urges Ex-Colleagues to Overrule Nation-State Law*, in *Times of Israel*, 31.7.2018, disponibile al sito www.timesofisrael.com/retired-high-court-judge-urges-ex-colleagues-to-overrule-nation-state-law/.

[130] Shaked, *The Basic Law of All of Us*, in *Israel Hayom*, 2.8.2018, disponibile al sito israelhayom.co.il/ opinion/576425.

[131] Hason v. Knesset, *opinion* del giudice Hayut, par. 44: «sarebbe stato meglio avere una *Basic Law* (…) che chiarisse che lo Stato di Israele, oltre ad essere lo Stato nazione del popolo ebraico, è anche uno Stato impegnato per la piena uguaglianza dei diritti di tutti i suoi cittadini (…) ma un'altra regola viene in tal senso in rilievo, quella per cui nel condurre il controllo giurisdizionale la Corte non esamina la saggezza della legge. Esamina la sua costituzionalità e non converte in proprie le considerazioni del legislatore».

[132] V. in proposito lo storico caso Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr. (Writ Petition (Civil) 135 of 1970), su cui cfr. anche Pillay, *The Constitution of the Republic of India*, in Masterman, Schütze (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2019, 141, 159.

[133] Hason v. Knesset, *opinion* del giudice Hayut, par. 18.

le abbia fissati alcuni «principi di base che possono non essere modificati dall'autorità costituente»[134], e il cui rispetto deve poter essere posto al vaglio giudiziale.

La sentenza *Hason*, nell'affermare tale vasto potere della Corte, opportunamente lo legava anche al tema della natura più o meno aggravata del procedimento di revisione costituzionale: così che, in linea con l'esperienza comparatistica, a prescindere da alcune teoriche nazionali del tutto recalcitranti all'idea di identificare limiti impliciti[135], si possa riconoscere l'opportunità della pratica specialmente ove si rinvengano procedure di revisione flessibili e sotto il controllo sostanziale degli esecutivi in carica, con maggioranze parlamentari temporanee e interessi politici di corto respiro, e dunque ove fisiologicamente aumenta la possibilità di abuso del potere di revisione. Ciò giacché in tal ottica, si osserva, il rischio di abusi è maggiore, ove l'organo depositario sostanziale del potere di revisione è il medesimo decisore politico ordinario: la commistione di *ordinary politics* di breve termine e *constitutional politics*, che dovrebbero essere di più ampio respiro, conduce alla possibile strumentalizzazione di queste ultime[136]. Riflessioni di tal fatta trovano in effetti sublimazione nel peculiare assetto israeliano: il parlamento, come osservato, è monocamerale; il governo controlla ampiamente l'*iter* legislativo, o comunque ne è capace; non esiste effettiva separazione verticale dei poteri tra centro ed enti territoriali, a fini di mutuo controllo nell'attività legislativa[137]; il concetto stesso di revisione costituzionale è sfuggente, in assenza di una generale procedura rafforzata per l'adozione e l'emendamento delle *Basic Laws* e stante il carattere incompleto della costituzionalizzazione[138]; si sono già registrati casi di dichiarato abuso delle forme delle *Basic Laws*[139], e pure s'è recentemente prodotta una intensificazione sospetta nell'esercizio del potere di revisione[140];

[134] *Ibidem*: «il sistema costituzionale nel suo insieme non lascia spazio a dubbi sul fatto che l'esistenza e l'immagine dello Stato di Israele siano caratterizzate dal binomio 'ebraico e democratico' e che questo sia il cuore pulsante della 'costituzione israeliana'».

[135] Una preziosa disamina è in Albert, Nakashidze, Olcay, *The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments*, in *Hastings Law Journal*, 2019, 639.

[136] Grimm, *The Basic Law at 60 - Identity and Change*, in *German Law Journal*, 2010, 33, 40; Conrad, *Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration*, in *Delbi Law Review*, 1977-1978, 14; Navot, Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, cit., 421.

[137] Kremnitzer, *Israel's War on Democracy Is Here – and the Justice Minister's Leading the Charge*, in *Haaretz*, 1.8.2018, disponibile al sito haaretz.com/misc/writers/WRITER-1. 5601695: «*Israel of all countries needs to recognize the court's authority to intervene when a constitutional (i.e., Basic) law is involved – to the point of overruling it. Israel has no system of checks and balances like other democracies have, such as having two legislative houses, decentralization of power between states or regions, an obligation to be subject to international treaties or international courts, and so on. There is no real separation between the legislative and executive branches in Israel, and the Knesset's oversight of the government is not worth much either. The executive branch controls legislation by dint of its majority. The Knesset, and in effect the government, is both the legislative branch and the constitutive authority. Enactment of constitutional (Basic) laws can be accomplished by a regular majority and ordinary legislative procedures. The only element in the legal system with the power to impose checks and balances is the Supreme Court. No wonder those aspiring to absolute rule are acting to castrate it. Let's say the Knesset were to enact a law enshrining the supremacy of men over women, of heterosexuals over homosexuals, of whites over blacks, of soldiers over people who do not serve in the military and so on. According to Shaked's approach, the court would have to say 'Amen.' How much does the nation-state law – which is in effect a Jewish supremacy law – differ from these examples? And if this is so, our judicial system has become wide open to tyranny, arbitrariness and discrimination, unfettered and unrestrained*».

[138] Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, in *Israel Law Review*, 2011, 321, 322.

[139] V. ancora HCJ 8260/16 The Academic Center for Law & Business v. Israeli Knesset (Sept. 6, 2017), e Navot, Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, cit., 415 ss.

[140] Lo nota il giudice Mazuz nella propria *opinion* nel caso HCJ

non esiste alcun vaglio giudiziale da parte di corti sovranazionali, come ormai d'uso in vari ordinamenti liberaldemocratici consolidati[141]. In tal ottica, il potere di *judicial review* sulle *Basic Laws* sembra imporsi come necessario: altrimenti, dinanzi al riconosciuto esercizio di un potere costituente permanente da parte dell'assemblea elettiva nella continua composizione della «costituzione a tappe», basterebbe alla *Knesset* impiegare la formale etichetta di legge fondamentale per rendere immune qualsiasi sua normazione dal vaglio giudiziale, e per farsi sostanzialmente potere assoluto – quel che oggi la proposta governativa, si teme strumentalmente, propugna.

E ciò che s'è imposto come necessario s'è anche, in esiti ai descritti ultimi sviluppi, coerentemente concretato: la Corte suprema, dinanzi ad una sfida politica sul proprio ruolo ordinamentale giocata in punto di perimetrazione dei suoi poteri, dopo essersi arrogata in via interpretativa con la «rivoluzione costituzionale» i poteri di *judicial review* delle leggi ordinarie, ha posto espressamente le basi per un ampliamento del controllo alle *Basic Laws*, ove contrarie ad un nucleo duro costituzionale riconosciuto in senso antitetico al portato politico della *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People*.

5. I possibili sviluppi.

Situare l'attuale proposta di riforma governativa nella prospettiva del conflitto tra poteri che pervade da decenni il costituzionalismo israeliano non è solo un modo per meglio comprenderne le ragioni.

Certo, è evidente da quanto detto che la riforma della giustizia oggi all'esame della *Knesset* sia l'ultimo capitolo di uno scontro che affonda le proprie radici nei decenni di sviluppo dell'ordinamento: e che sia anzitutto la riproposizione di meccanismi di pervasivo depotenziamento del ruolo dell'ordine giudiziario già ipotizzati, ma oggi nutriti da una maggioranza governativa solida e da pulsioni populiste/autocratiche globali, e che soprattutto deriva dall'esito non brillante consumatosi nel 2021, con la descritta sentenza *Hason* della Corte suprema, del tentativo del potere politico di "regolare i conti" nel conflitto tra istituzioni con un intervento diretto sulla sostanza costituzionale del paese, al fine, non riuscito, di addomesticare l'interpretazione giudiziale.

Situare l'attuale proposta di riforma governativa nella prospettiva del conflitto tra poteri, in particolare ragionando sull'esito del depotenziamento della *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People* con la sentenza *Hason* della Corte suprema, è altresì rilevante giacché ci può aiutare a speculare su quali sviluppi possano porsi in esito all'infervorato dibattitto d'oggidì.

Riuscirà il governo ad imporre la propria riforma ad un paese profondamento spaccato, e sul piede di guerra? Quali dinamiche istituzionali potranno seguire?

5555/18 Hason v. Knesset., par. 5: «tra il 2015 e il 2021, sono state apportate circa 20 modifiche alle *Basic Laws*, alcune nel giro di pochi giorni, e ulteriori emendamenti costituzionali sono attualmente sul tavolo»; in tal ottica si consideri che esplicitamente il giudice Rubinstein, nella propria opinion nel precedente e discusso caso HCJ 8260/16 Ramat Gan Academic Center of Law and Business v. Knesset (6 September 2017) (Isr.), par. 35, annotò che «*the restraint that the constituent authority takes in amending the constitution obliges also restraint from the court; but the natural continuation is that the less restraint by the constituent authority when it amends basic principles, the wider the willingness of the court to review basic law*».

[141] Navot, Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, cit., 421.

Mi pare che ad oggi si profilino tre possibili esiti.

Uno, che all'inizio pareva improbabile, ma che oggi non è da escludere, è relativo al ritiro della discussa proposta, magari per collasso del governo che la propugna, alla luce delle tensioni che potranno derivare anche rispetto al prefigurato rinvio della trattazione parlamentare. Tale esito appare difficile stanti le dinamiche politiche suddette, che vedono sfociare oggi istanze a lungo covate, in un momento considerato finalmente propizio da parte conservatrice dopo anni di attesa; e giacché primissime crepe nella maggioranza di governo dopo settimane di contestazioni si sono già aperte, con il Ministro della difesa Yoav Gallant, del *Likud*, che ha invocato un periodo di riflessione, e che è stato per ciò solo rapidamente congedato da Netanyahu[142]. Pare chiaro, insomma, che la maggioranza conservatrice tenti di serrare i ranghi, e voglia insistere nella riforma, nonostante la dilazione dell'esame parlamentare da ultimo proposta.

L'altro possibile esito è quello di un compromesso. Da più parti, anche a livello accademico[143], si è iniziato a ragionare su una simile soluzione; e soprattutto se ne è fatto pubblico latore il Presidente della Repubblica Isaac Herzog, con una proposta che sulle prime – complice l'esacerbato dibattito – è stata sdegnosamente rigettata dal governo, ma che è frutto di un'articolata opera di composizione delle diverse posizioni in campo, mediante plurime consultazioni, ed è dunque degna di attenzione come futuribile sbocco, ancora possibile[144]. La proposta di compromesso presidenziale, pubblicata online[145], prevede: una riforma della composizione del *Judicial Selection Committee*, che comprenda undici membri come da proposta governativa, ma concepita in modo tale da non affidare né alla maggioranza parlamentare né all'opposizione, se coalizzata con le componenti magistratuali e laiche, una forza decisionale autonoma (così da incentivare nomine di compromesso); la definitiva costituzionalizzazione di ogni *Basic Law* esistente e futura, il cui emendamento o la cui adozione *ex novo* sarebbero da approvarsi con supermaggioranza parlamentare di 80 deputati su 120; il completamento delle *Basic Laws* sui diritti del 1992 con il campionario di diritti non espressamente ivi contemplati (il diritto all'uguaglianza e il divieto di discriminazione, nonché i diritti alla libertà di manifestazione del pensiero e di riunione, che pure la Corte già variamente riconduce al concetto di dignità invece già tutelato[146]); l'istituzionalizzazione dei poteri di *judicial review of legislation* della Corte suprema quale Alta Corte di giustizia, ma con restrizioni, seppure non potenti come quelle nella proposta governativa, quali l'obbligo di deliberazione a maggioranza di due terzi in un collegio di undici giudici[147], e con salvezza dal vaglio giudiziale, in

[142] Gold, Tal, Regan, Izso, Gotkine, *Mass protests erupt in Israel after Netanyahu fires minister who opposed judicial overhaul*, in *Edition.CNN.com*, 27.3.2023, disponibile al sito https://edition.cnn.com/2023/03/26/middleeast/israel-judicial-overhaul-legislation-intl/index.html.

[143] Sokol, *Right-wing Group Behind Netanyahu's Judicial Overhaul Turns on His ultra-Orthodox Allies*, in *Haaretz*, 26.3.2023, disponibile al sito https://www.haaretz.com/israel-news/2023-03-26/ty-article/.premium/right-wing-group-behind-netanyahus-judicial-coup-turns-on-his-ultra-orthodox-allies/00000187-1d8d-d4ca-afff-1d8d3e690000.

[144] V. sempre Staff, *Warning of civil war, Herzog unveils framework for judicial reform; PM rejects it*, cit.

[145] È disponibile, in ebraico, al sito https://www.mitve-haam.org/.

[146] V. Barak-Erez, *Broadening the Scope of Judicial Review in Israel*, cit.

[147] Il disegno di legge del governo richiede invece una maggioranza

forma espressa e positivizzata, del sensibile tema del servizio militare e delle questioni connesse[148]; assenza di potere di *override* della *Knesset* sulle sentenze della Corte, che invece è caposaldo delle proposte governative[149]; conservazione dei poteri di vaglio giudiziale fondato sulla ragionevolezza degli atti amministrativi, eccettuando però le risoluzioni governative puramente politiche, tra cui quelle relative alla nomina e alla revoca dei ministri; salvezza dell'indipendenza dell'*Attorney General*, pur se riconfigurato nei ranghi del Ministero della giustizia, e conservazione della vincolatività dei suoi pareri, con la possibilità però per il governo di rimuoverlo dall'incarico in caso di disaccordi sostanziali e continuativi coi ministri, previa approvazione in tal senso di un comitato speciale, o di procacciarsi un parere autonomo nei procedimenti giudiziali ove un ministero sia coinvolto e vi sia difformità di vedute con l'*Attorney General*.

Il terzo possibile esito è quello che conduce alla deflagrazione dello scontro tra poteri, e dunque alla definitiva approvazione della riforma, nelle prescritte tre letture, da parte dell'attuale maggioranza della *Knesset*, simpatetica con il governo in carica. È nell'ottica di tale opzione che, in particolare, abbiamo approfondito nel paragrafo precedente le vicende del periodo tra 2018 e 2021, e specificamente i portati della sentenza *Hason* della Corte suprema quale Alta Corte di giustizia. Si rammenterà infatti che in quel giudizio la Corte disinnescò il potenziale esplosivo della *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People* offrendone una interpretazione "conforme a costituzione" ed in particolare allo sviluppo costituzionale come propugnato nei decenni dalla Corte stessa: ma, nel far ciò, la Corte asserì una volta per tutte la propria competenza nel giudicare della costituzionalità di *Basic Laws*, ossia di leggi costituzionali, considerandosi garante ultimo del nucleo duro della sostanza costituzionale dell'ordinamento e dunque della sua generale tenuta.

A detta di insigni costituzionalisti, di ex *Attorney General*, di ex giudici apicali locali, tale ruolo di garante ultimo della Corte potrebbe venire sollecitato nel merito con l'approvazione della riforma: la Corte, nel paradossale ruolo di garante finale dei suoi stessi poteri in discussione, sarebbe con ogni probabilità chiamata ad esercitarli, se del caso per un'ultima volta, nel vaglio di una disciplina di *Basic Law* capace di attentare al quella natura «*Jewish and democratic*» dell'ordinamento consacrata nella Dichiarazione di indipendenza del 1948, e che osterebbe a discipline, anche in forma di leggi fondamentali, non conformi ai principi di *rule of law*, separazione dei poteri, indipendenza dell'ordine giudiziario, protezione effettiva dei diritti[150].

dell'80% rispetto al plenum necessario di tutti i 15 giudici dell'Alta Corte.

[148] Ciò consentirebbe essenzialmente alla *Knesset* di disciplinare a livello costituzionale il diritto degli studenti yeshiva ultraortodossi di ottenere esenzioni dal servizio militare, una questione estremamente controversa che ha diviso il paese per decenni: sul punto v. sempre Ellenson, *The Supreme Court, Yeshiva Students, and Military Conscription: Judicial Review, the Grunis Dissent, and its Implications for Israeli Democracy and Law*, cit.

[149] Sebbene paiano emergere spaccature sul punto, da un punto di vista dottrinale, tra gli ispiratori della riforma: v. Sokol, *Right-wing Group Behind Netanyahu's Judicial Overhaul Turns on His ultra-Orthodox Allies*, cit.

[150] V. variamente le posizioni espresse in Bar On, *Israel's High Court Will Strike Down the Coup Legislation, Top Legal Experts Say*, in *Haaretz*, 17.3.2023, disponibile al sito https://www.haaretz.com/israel-news/2023-03-17/ty-article-magazine/.highlight/israels-high-court-will-strike-down-the-coup-legislation-top-legal-experts-say/00000186-eb16-df90-a19e-ebbf15960000.

Non è prospettiva rosea: sia perché affaccerebbe sull'abisso di incertezza relativo alla disponibilità della maggioranza conservatrice ad accettare l'eventuale responso giudiziale; sia perché si tratterebbe in ogni caso di esercizio opinabile, seppur magari opportuno, dei poteri giudiziali, e che potrebbe non avvenire all'unanimità dei giudici della Corte (già nel caso *Hason* alcuni di essi si dissero contrari alla possibilità del vaglio di costituzionalità delle *Basic Laws*[151]), la qual cosa potrebbe condurre a ulteriori strumentalizzazioni sul piano politico e a un indebolimento della posizione dell'ordine giudiziario come necessario contropotere.

Leonardo Pierdominici[152]

[151] L'impiego di teoriche come quella della *Basic structure doctrine* è in effetti, alla luce delle specificità di Israele, discutibile. Negli ordinamenti ove tradizionalmente si ragiona di *unconstitutional constitutional amendments* esiste difatti una costituzione completa, frutto di un esercizio esaurito del potere costituente: sicché tale dottrina verrà impiegata per vagliare la legittimità del potere di revisione del testo costituzionale che ne è scaturito, quale forma di esercizio di potere costituito. Viceversa, in Israele senz'altro, e anche a detta della Corte suprema, «il processo di composizione della Costituzione non è ancora terminato»: dal che promanano una serie di problemi teorici di non poco conto. Come può ragionarsi di una «*basic structure doctrine*», se non v'è ancora nemmeno una «*full structure*» costituzionale? Come può ipotizzarsi una «*constitutional replacement doctrine*» sul modello colombiano – che dunque facoltizzi il giudice costituzionale a vagliare il portato della revisione, al fine di stabilire se essa modifichi o stravolga il tessuto costituzionale – se la costituzione non è completa, e dunque non può stabilirsi organicamente il suo portato? Come può la Corte desumere limiti impliciti alla revisione ed agire quale «guardiana della costituzione», se il progetto costituzionale è ancora in divenire? Su questi problemi teorici, che esorbitano le finalità del presente scritto, sia consentito il rinvio a Pierdominici, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, cit., 140 ss.

[152] Ricercatore di diritto pubblico comparato presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

4. Dopo la marcia delle mille toghe a Varsavia «per noi giudici polacchi un futuro ancora a rischio»

Parla *Monika Frackowiak*, giudice distrettuale di Poznan, sull'attacco all'indipendenza della magistratura in Polonia.

Sono più di dieci anni che lo Stato di diritto in Polonia è sotto scacco. Nell'ultimo lustro nel mirino delle istituzioni politiche è soprattutto la giustizia. L'indipendenza della magistratura e del suo organo di autogoverno sono visti come una minaccia per il coronamento delle politiche governative. Le iniziative dirette a controllare la Corte costituzionale e il Consiglio giudiziario, a rimuovere un'intera generazione di giudici, a minacciare la loro libertà di espressione e di giudizio sono state censurate ripetutamente anche a livello europeo. Ma non sembra che questi moniti e le resistenze interne riescano al momento a frenare il regime. Fare il giudice in Polonia diventa così ogni giorno più difficile.

Noi sappiamo, soprattutto dalla lettura dei quotidiani, che le interferenze del Governo polacco dell'amministrazione della giustizia sono state numerose. Puoi sintetizzarci le principali e più allarmanti?

«*Noi lo constatammo già a novembre 2015, quando il partito "Legge e Giustizia" ottenne la maggioranza nel Parlamento polacco. La prima cosa che fecero, fu di prendere il controllo sulla Corte costituzionale polacca. È un'istituzione essenziale nell'ordine legale polacco, visto che giudica sulla conformità delle leggi approvate dal Parlamento in relazione alla nostra Costituzione. Una volta che dipenda dalla politica del partito maggioritario, come avviene ora, l'attuale Corte costituzionale non può che confermare la legalità della nuova legge (anche quando questa sia apertamente contraria alla Costituzione)*».

Dopo questo primo passo ne sono venuti altri.

«*Nel 2017 è stata approvata la nuova legge sulle corti territoriali* (con competenze di primo e secondo grado – n.d.r.)*, che permette al ministro della giustizia di revocare presidenti e vice presidenti di qualsiasi tribunale in Polonia senza necessità di motivare. Attualmente una vasta maggioranza di uffici giudiziari polacchi è amministrata da presidenti designati direttamente dal Ministero della giustizia. Il presidente d'un ufficio ha enormi competenze nel lavoro di ogni giorno dei giudici (principalmente grazie alla nuova legge del 2017). Alcuni di loro usano queste prerogative non correttamente, contro i giudici che parlano pubblicamente o che assumono delle decisioni contrarie alla volontà del Governo. Ma il problema più preoccupante è la composizione del nuovo Consiglio nazionale della magistratura, che ora è divenuto un corpo completamente politicizzato. Oltre a occuparsi della nomina e della carriera dei giudici, il Consiglio decide anche su alcune*

questioni amministrative importanti, operando ad esempio come organo di seconda istanza nel caso in cui un giudice agisca in difformità ad una decisione del presidente)».

Abbiamo letto anche di iniziative di epurazione generalizzate nei confronti di magistrati. Di cosa si è *trattato?*

«*Nel 2017 è stata abbassata l'età pensionabile dei giudici delle corti territoriali, da 67 a 65 per gli uomini e a 60 per le donne, e dei giudici della Corte Suprema, da 70 a 65. Grazie all'intervento della Commissione europea, l'età pensionabile dei giudici delle corti territoriali è stata resa uguale per uomini e donne, ma nel frattempo alcune colleghe erano già state costrette ad andare in pensione e non sono più rientrate in servizio. Riguardo i giudici di Corte Suprema, dopo che la Corte Europea di Giustizia si è occupata a ottobre 2018 delle misure polacche sull'età pensionabile* (è l'ordinanza 19.10.2018, c-619/18 della vice presidente CGUE, nella procedura d'infrazione aperta dalla Commissione U.E. - n.d.r.)*, le autorità polacche hanno fatto un passo indietro e i vecchi giudici di Corte Suprema sono tornati a giudicare*».

Vi sono stati casi ripetuti di mancato rispetto delle sentenze delle Corte europee da parte del Governo della Polonia. Quali sono stati i più gravi, a tuo parere?

«*Pensiamo alla più importante decisione della Corte di giustizia, quella che riguarda il Consiglio Giudiziario polacco e la sezione disciplinare, pubblicata il 19.11.2019* (Corte giust. 19.11.2019, cause riunite c-585, 624 e 625-18 – n.d.r.). *Vi si è affermato che ogni corte giudiziaria che sia chiamata a valutare l'operato di un altro organo giudiziario deve accertarne innanzi tutto l'indipendenza, specialmente quando si tratti di un giudice delle più alte istanze. Gli elementi che sono state indicati dalla Corte europea come misura dell'indipendenza rendono evidente che la nuova sezione disciplinare, costituita presso la Corte Suprema polacca, non è un organo che dia garanzie d'imparzialità. La decisione del 19 novembre scorso ha riguardato anche la legittimazione del Consiglio Nazionale Giudiziario polacco e stabilito che i giudici designati da questo nuovo Consiglio devono essere sottoposti ad una valutazione che consenta di verificarne la loro effettiva indipendenza*».

Quale è stata la risposta del Governo polacco?

«*Una risposta adeguata del governo polacco sarebbe stata quella di promulgare una nuova legge per conformarsi alla decisione della Corte di giustizia. Invece il governo ha introdotto delle nuove disposizioni, chiamate „muzzle law", che vietano ai giudici polacchi di applicare la sentenza della Corte del 19.11.2019. Grazie a queste nuove norme, un giudice che sollevi una questione di legittimazione di altro giudice designato per decisione del nuovo Consiglio Giudiziario polacco, potrebbe addirittura venire espulso! Tutti i giudici che hanno cercato di applicare la decisione della Corte di giustizia sono attualmente sotto procedimento disciplinare e penale con l'accusa di abuso di potere. Una nuova legge in tal senso è stata approvata dalla SEJM, la camera bassa del Parlamento polacco, a maggioranza del partito di governo, in un solo giorno. È stata poi respinta dal Senato, dove i partiti di opposizione hanno la maggioranza per un voto, ma recentemente la SEJM ha respinto a sua volta il rigetto del Senato. Quindi ora, a dispetto dell'opinione negativa della Commissione Venice (organo*

consultivo del Consiglio d'Europa – n.d.r.), sta solo aspettando la firma del Presidente».

Il Consiglio della Magistratura polacco è stato sospeso dalla rete europea dei Consigli, perché si è ritenuto che non avesse più la necessaria indipendenza. Quali sono stati gli effetti di questo provvedimento per voi?

«*Sì, il Consiglio Giudiziario polacco è stato sospeso dall'European Networks of Councils for the Judiciary, ma i suoi membri non sembrano esserne molto preoccupati. Tuttavia, visto che la ENCJ è ben riconosciuta dalle istituzioni europee, come il Consiglio d'Europa, la Commissione Europea e la Corte di Giustizia Europea, quel provvedimento influenzerà sicuramente il loro approccio nei confronti del nostro Consiglio giudiziario*».

Cosa significa oggi fare il giudice in Polonia?

«*Sta diventando sempre più difficile. Le cosiddette riforme non hanno portato altro che un caos incredibile all'interno del nostro sistema giudiziario. Siamo oberati di lavoro: ad esempio io ho seicento processi aperti attualmente; ci sono circa ottocento scoperture nell'organico dei magistrati: il numero totale dei giudici polacchi sarebbe di 10.000. Siamo sotto pressione del Governo e dei media, che sono a loro volta sotto il controllo governativo. Recentemente il Presidente polacco si è appellato ai minatori del carbone dicendo loro che intende mettere ordine coi giudici! C'è stata una campagna diffamatoria organizzata dal vice ministro della giustizia contro alcuni nostri colleghi membri dell'associazione Iustitia e Themis. Alcuni account twitter anonimi hanno pubblicato dei dati sensibili riguardanti dei giudici, accessibili solo dai presidenti delle Corti e dal Ministro della giustizia. E ogni magistrato polacco è consapevole del fatto che giudicare un caso di rilievo politico può dare il via a una campagna diffamatoria contro di lui ed esporlo a un procedimento disciplinare*».

L'11 gennaio scorso la marcia delle mille toghe di Varsavia ha raccolto magistrati da venti paesi europei. Venticinquemila persone almeno hanno sfilato pacificamente in difesa di una giustizia indipendente in Polonia. Il risultato dell'evento ha risposto alle vostre aspettative? Quali pensi che potranno essere gli effetti della manifestazione?

«*È stato un evento meraviglioso, oltre la nostra immaginazione. I giudici polacchi che hanno partecipato alla marcia erano non meno di duemila e poi c'erano migliaia di altri operatori giudiziari, tra cui avvocati e procuratori. E siamo veramente grati al supporto dei nostri amici europei, dopo tutto apparteniamo alla stessa famiglia europea di valori. Sia per i magistrati polacchi che per quelli europei è stato uno dei momenti più toccanti della loro carriera. Siamo ancora in contatto e sono certa che questo evento avrà altri effetti per l'intera Europa in futuro. Ma per la situazione attuale in Polonia non avrà nessun impatto, anche se ovviamente il Governo è rimasto scioccato dall'eco che la marcia ha avuto in tutto il mondo. Ho paura che sfortunatamente i giorni più difficili siano ancora davanti a noi. Tuttavia sono sicura che alla lunga il ruolo del diritto avrà la meglio*».

***

Monika Frackowiak ha 45 anni e lavora come giudice nella Corte distrettuale di Poznan. Fa parte dell'associazione di giudici polacchi Iustitia ed è componente del *board* di Medel (Magistrats Européens pur la Démocratie et les Libertés). È stata tra le organizzatrici della „marcia delle mille to-

ghe" svoltasi a Varsavia l'11 gennaio 2020, che ha visto la partecipazione di venticinque associazioni di magistrati.

Marcello Basilico

5. La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto: l'"onda lunga" del caso *Repubblika*

Nota a Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblika* contro *Il-Prim Ministru*, causa C-896/19.

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** Il giudizio *a quo*: l'*actio popularis* promossa da *Repubblika*. – **3.** La decisione della Corte di Giustizia. – **3.1.** La ricevibilità delle questioni. – **3.2.** La prima questione: la portata «*apparently limitless*» dell'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE. – **3.3.** La seconda questione: il principio dell'obbligo di non regressione nella tutela della *rule of law*. – **3.3.1.** La giurisprudenza eurounitaria in tema di modalità di nomina dei giudici. – **3.3.2.** La "digressione" argomentativa della Corte nel caso *Repubblika*. – **4.** Alcune osservazioni conclusive. Dubbi e prospettive del caso maltese.

1. Introduzione.

La sentenza in commento[1] si inserisce nel solco di un recente indirizzo giurisprudenziale, sviluppato dalla Corte di Lussemburgo in tema di indipendenza dei giudici. In particolare, a partire dalla pronuncia *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[2], i giudici eurounitari hanno valorizzato il principio di tutela giurisdizionale effettiva sancito nell'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE[3], estendendone significativamente la sfera di operatività; sia nell'ambito della procedura di infrazione, sia – per ciò che maggiormente rileva in questa sede – nell'ambito del procedimento pregiudiziale. È evidente il tentativo della Corte di fronteggiare la deriva della *rule of law* nelle cc.dd. "democrazie illiberali", attraverso il sistema integrato composto da tale giudice e dagli organi giurisdizionali degli Stati nazionali[4].

[1] Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza del 20 aprile 2021, Repubblika contro Il-Prim Ministru, causa C-896/19.

[2] Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de Contas, causa C-64/16, commentata, *ex multis*, da Krajewski, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *European Papers*, vol. 3, 2018, n. 1, 395; Parodi, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in *European Papers*, vol. 3, 2018, n. 2, 985; Lazzerini, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, spec. 17 ss.

[3] A mente del quale «[g]li Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

[4] Parodi, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio*

Una siffatta elaborazione fa perno su alcuni postulati esplicitati nella decisione poc'anzi rammentata e successivamente ulteriormente sviluppati in alcune note sentenze rese nei confronti dell'ordinamento polacco[5], che conviene di seguito sinteticamente ripercorrere.

In primo luogo, la Corte di Giustizia ha sottolineato che l'articolo 19 TUE «concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE», rendendolo "azionabile"[6], e «affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali»[7]. Sulla base di questa premessa si è sostenuto che, sebbene l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza di questi ultimi, nell'esercitare tale attribuzione essi sono comunque tenuti a rispettare gli obblighi derivanti dal diritto eurounitario[8] e, quindi, ad assicurare che i propri giudici, in quanto parte del sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati da tale diritto, soddisfino i requisiti necessari a garantire un controllo giurisdizionale effettivo. In questo senso, può apparire perfino superfluo sottolineare come nel novero di tali presupposti figuri quello dell'indipendenza, «intrinsecamente connesso al compito di giudicare»[9], che rappresenta invero uno dei corollari al diritto fondamentale a un ricorso effettivo sancito dall'articolo 47, secondo comma CDFUE.

Nell'evidenziare l'interdipendenza tra quest'ultima disposizione e l'art. 19, primo paragrafo, secondo comma TUE[10], la Corte ha chiarito, nondimeno, che, diversamente dalla norma contenuta nella Carta di Nizza, l'art. 19 «riguarda "i settori disciplinati dal diritto dell'Unione", *indipendentemente*

dello Stato di diritto, cit., la quale osserva, a commento della sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses, che «la Corte di giustizia coinvolge attivamente i giudici nazionali nella protezione dello Stato di diritto come valore comune tutelato dall'art. 2 TUE. Così facendo, peraltro, […] offre loro, almeno indirettamente, la possibilità di reagire di fronte a eventuali misure nazionali idonee a ledere la funzione giudiziaria di cui sono titolari. Non di meno, il ruolo stesso della Corte di giustizia nel controllo del rispetto dello Stato di diritto da parte degli Stati membri risulta sensibilmente rafforzato atteso che, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, essa potrà pronunciarsi sulla compatibilità o meno di misure nazionali con il valore dello Stato di diritto, come declinato all'art. 19 TUE, a prescindere dall'esistenza di altri collegamenti con il diritto dell'UE».

[5] Il riferimento corre alle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) del 24 giugno 2019, Commissione contro Polonia (Indipendenza della Corte suprema), causa C 619/18; nonché del 19 novembre 2019, A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO contro Sąd Najwyższy (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema), causa C-585/18 e del 2 marzo 2021, A.B. contro Krajowa Rada Sądownictwa e a. (Nomina dei giudici della Corte suprema), causa C-824/18. A commento di queste pronunce, v., *ex multis*, Lazzerini, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia*, cit., *passim*; Ceccherini, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCEonline*, n. 3, 2019; Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *federalismi.it*, 21 febbraio 2021.

[6] In questo senso, cfr. von Bogdandy, Bogdanowicz, Canor, Rugge, Schmidt, Taborowski, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 4, 857.

[7] Associação Sindical dos Juízes Portugueses, cit., punto 32. Sull'impiego dell'art. 2 TUE, Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario*, cit., 8, evidenzia come la Corte abbia «dunque tradotto una diposizione "programmatica", l'art. 2 TUE, nella quale si elencano i valori sui quali si fonda l'Unione, in una norma "prescrittiva" e giustiziabile ancorandola all'art. 19 TUE».

[8] V. sul punto, Zagrebelsky, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in questa *rivista*, 28 maggio 2021.

[9] V., *ex multis*, A.K., cit., punto 120.

[10] Per cogliere la portata di questo profilo, si noti il diverso tenore delle conclusioni dell'avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, in relazione alla causa Associação Sindical dos Juízes Portugueses, secondo il quale «la nozione di "tutela giurisdizionale effettiva" ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE non [può] essere confusa con il "principio dell'indipendenza dei giudici", il quale è menzionato nella questione pregiudiziale come risultante, asseritamente, da tale disposizione».

dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta»[11]. Pertanto, come puntualizzato nelle successive pronunce, svincolato dai più severi margini applicativi posti dall'art. 51 della Carta, e nella prospettiva della nuova e significativa connessione con l'art. 2 TUE, l'art. 19 può essere invocato, quale «*stand-alone provision*»[12], nei confronti di misure nazionali che incidono negativamente sull'organizzazione della magistratura, a prescindere dall'esistenza di una specifica correlazione tra dette misure e l'attuazione del diritto eurounitario.

È in questo contesto che – come detto – si colloca e deve essere letta la pronuncia dello scorso 20 aprile.

2. Il giudizio *a quo*: l'*actio popularis* promossa da *Repubblika*.

Le questioni pregiudiziali sottoposte all'esame della Corte di Giustizia dalla Prima sezione del Tribunale civile di Malta, in veste di giudice costituzionale (*Prim'Awla tal-Qorti Civili – Gurisdizzjoni Kostituzzjonali*), sono sorte nell'ambito di una controversia avente ad oggetto la asserita non conformità al diritto eurounitario, per violazione del principio di separazione dei poteri e di indipendenza della magistratura, della procedura di nomina dei giudici maltesi vigente tra il 2016 e il 2020 delineata dagli artt. 96, 96 A e 100 della Costituzione dello Stato; sulla quale, pertanto, occorre brevemente soffermarsi.

Fino alla più recente revisione costituzionale intervenuta nel 2020[13], che ha estromesso l'esecutivo dalla procedura in parola, l'art. 96, primo comma Cost. disponeva che i giudici fossero nominati dal Presidente della Repubblica, su parere del Primo Ministro.

Il ruolo del Presidente era, dunque, di tipo «puramente formale»[14], risiedendo l'effettivo potere di scelta nelle mani del Primo Ministro, il quale, fino all'introduzione dell'art. 96 A Cost., a seguito della precedente modifica costituzionale del 2016, era vincolato al rispetto dei soli requisiti professionali[15] fissati dagli artt. 96 e 100 Cost. Con tale novella, infatti, è stato disposto che le candidature delle persone interessate a svolgere la funzione di giudice, sia presso le corti inferiori, sia presso quelle superiori, devono essere ricevute e preliminarmente esaminate dal Comitato per le nomine in magistratura appositamente costituito, che cura il registro delle manifestazioni di interesse da cui il Primo Ministro poteva attingere allorché un posto si fosse reso vacante. Nondimeno, anche all'indomani della modifica testè rammentata, il capo dell'esecutivo aveva conservato un considerevole mar-

[11] Associação Sindical dos Juízes Portugueses, cit., punto 29.

[12] Coli, *The Associação Sindical dos Juízes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?*, in www.diritticomparati.it, 1° novembre 2018 e, in senso analogo, Pech, Platon, *Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in *EU Law Analysis*, 13 marzo 2018.

[13] *Constitution of Malta (Amendment) Act n.* XLIII of 2020, *to amend the Constitution of Malta relative to the appointment of judges and magistrates*, accessibile tramite il link: https://legislation.mt/eli/act/2020/43/eng/pdf.

[14] Commissione di Venezia, opinione n. 940/2018, 17 dicembre 2018, 9.

[15] Vale a dire, l'esercizio, per un periodo continuativo o per periodi cumulati di almeno dodici anni, della professione di avvocato o la funzione di Maġistrat (giudice delle Corti inferiori), per i giudici delle giurisdizioni superiori (Imħallfin); e l'esercizio, per un periodo continuativo o per periodi cumulati di almeno sette anni, della professione di avvocato per i Maġistrat.

gine di discrezionalità: egli aveva, infatti, la possibilità di non conformarsi al giudizio espresso dal Comitato, sia pure a condizione di rendere pubbliche le ragioni della decisione esponendole entro cinque giorni dinanzi alla Camera dei Deputati.

Non stupisce, quindi, che nel 2018 la procedura descritta fosse stata oggetto di valutazione, sul versante della grande Europa, da parte della Commissione di Venezia, chiamata a esprimere un parere sull'indipendenza della magistratura maltese e, più in generale, sullo "stato di salute" delle istituzioni della Repubblica, in ragione degli allarmanti segnali di deterioramento della *rule of law*, venuti alla luce soprattutto a seguito dell'omicidio della giornalista d'inchiesta Daphne Caruana Galizia[16]. L'organo consultivo del Consiglio d'Europa aveva concluso che l'introduzione del filtro del Comitato nel 2016, pur rappresentando «*a step in the right direction*»[17], non costituiva ancora una garanzia sufficiente di indipendenza del sistema giudiziario maltese. In particolare, la Commissione aveva sottolineato l'inadeguatezza, per un verso, della composizione del Comitato, posto che la quasi totalità dei membri era di designazione parlamentare[18]; per l'altro, del ruolo comunque preponderante del Primo Ministro, lesivo del principio di separazione dei poteri[19].

È proprio sulla base di tali rilievi che, nel 2019 – un anno prima che il legislatore maltese procedesse nuovamente alla revisione della Costituzione[20] – l'associazione *Repubblika*, attiva nella difesa dei valori della giustizia e dello Stato di diritto a Malta, ha promosso, ai sensi dell'art. 116 della Carta fondamentale[21], l'azione popolare da

[16] La preoccupazione è stata avvertita e manifestata, a livello politico, sia sul versante del Consiglio d'Europa, sia su quello eurounitario. A quest'ultimo riguardo, si ricorda, da ultima, la Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2021 sull'assassinio di Daphne Caruana Galizia e lo Stato di diritto a Malta (2021/2611(RSP).

[17] Commissione di Venezia, opinione n. 940/2018, cit., 10.

[18] Cfr. ivi, 9-10: «The JAC is composed of the Chief Justice, the Attorney General, the Auditor General, the Ombudsman, and the President of the Chamber of Advocates. The delegation of the Venice Commission was informed about the rationale behind the current composition of the JAC. Two out of five members are chosen and dismissed by a two thirds majority in Parliament (The Ombudsman and the Auditor General), two members can only be dismissed by a two thirds majority in Parliament (the Chief Justice and the Attorney General), and one member is not appointed at all by politicians (the President of the Chamber of Advocates) […] In order to improve the system of judicial appointments, the Venice Commission therefore recommends: […] 2. The JAC should have a composition of at least half of judges elected by their peers from all levels of the judiciary».

[19] A p. 10 dell'opinione, la Commissione raccomanda che il Comitato «should propose a candidate or candidates directly to the President of Malta for appointment [and] [t]he proposal should be binding on the President».

[20] Segnatamente, la legge di revisione costituzionale poc'anzi citata ha modificato gli artt. 96, 96 A e 100 Cost., incidendo significativamente sulla procedura di nomina dei giudici, sia delle corti inferiori (Maġistrat), sia delle corti superiori (Imħallfin). Invero, allorché un posto si rende vacante, il Comitato per le nomine in magistratura propone i tre candidati ritenuti più idonei direttamente al Presidente della Repubblica, il quale sceglierà i giudici o i magistrati da tale novero, secondo i criteri di valutazione inseriti nella Costituzione (art. 96 A, comma 6, lett. d). È inoltre opportuno sottolineare che la riforma ha integrato la composizione del Comitato con componenti provenienti ed eletti dalla magistratura e riformato l'art. 85 Cost., rubricato «Esercizio delle funzioni del Presidente», aggiungendo alle ipotesi in cui egli non deve agire in conformità con il parere dell'esecutivo, «l'esercizio del potere conferito dalla presente Costituzione di nominare qualsiasi ufficio previsto dalla presente Costituzione» (art. 85, comma 1, secondo periodo, lettera d Cost.). Sulla bontà della riforma del 2020, si vedano le osservazioni della Commissione di Venezia, opinione n. 993/2020, 8-9 ottobre 2020, spec. 8. Sul fronte dell'Unione europea, cfr., invece, Commissione europea, Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto a Malta che accompagna il documento Relazione sullo Stato di diritto 2020. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea, 30.09.2020.

[21] Art. 116 Cost. Malta: «A right of action for a declaration that any law is invalid on any grounds other than inconsistency with the provisions of articles 33 to 45 of this Constitution shall appertain to all persons withoutdistinction and a person bringing such an action shall not berequired to show any personal interest in support of his action».

cui ha avuto origine la domanda di pronuncia pregiudiziale.

Segnatamente, l'associazione chiedeva al giudice nazionale, in primo luogo, di dichiarare che Malta, in ragione dell'assetto costituzionale vigente relativamente alle modalità di nomina dei giudici, aveva infranto gli obblighi sanciti dall'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE e dall'art. 47 CDFUE, poiché il potere discrezionale del Primo Ministro sollevava dubbi circa l'indipendenza dei designati. In secondo luogo, e conseguentemente, *Repubblika* chiedeva che fossero dichiarate nulle le nomine effettuate in base a tale sistema, in particolare, quelle formalizzate il 25 aprile 2019, nonché ogni altra nomina che fosse eventualmente intervenuta nelle more della causa, e di disporre che non ne fossero effettuate ulteriori, se non conformemente alle raccomandazioni contenute nel parere della Commissione di Venezia.

Nell'ambito di tale controversia, quindi, il giudice del rinvio si è rivolto alla Corte di Giustizia interrogandola, anzitutto, in ordine all'applicabilità dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma TUE e dell'articolo 47 della Carta, letti separatamente o in combinato disposto, con riferimento alla validità giuridica degli articoli 96, 96A e 100 della Costituzione di Malta. In caso di risposta affermativa alla prima questione, veniva poi chiesto se il potere del Primo Ministro fosse conforme alle disposizioni eurounitarie poc'anzi evocate, considerandolo, altresì, alla luce dell'articolo 96A della Costituzione entrato in vigore nel 2016 e, infine, quali fossero le ricadute della eventuale rilevata non conformità.

3. La decisione della Corte di Giustizia.

3.1. La ricevibilità.

Rigettata la domanda di procedimento accelerato e applicato, invece, il trattamento prioritario ai sensi dell'art. 53, par. 3 del regolamento di procedura, la Corte di Giustizia affronta in via preliminare il profilo della ricevibilità, replicando alle eccezioni sollevate dal governo polacco. Le censure di quest'ultimo si appuntavano, in particolare, sul sostanziale aggiramento della procedura per infrazione posto che, stante il *petitum* dell'azione promossa da *Repubblika*, attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale il giudice nazionale avrebbe sostanzialmente sollecitato la Corte a esprimersi sulla conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione.

Nel respingere tali obiezioni, il Giudice di Lussemburgo, per un verso, ribadisce come nell'ambito della procedura *ex* art. 267 TFUE, fondata su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, spetti esclusivamente ai primi valutare tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale, quanto la rilevanza delle questioni da sottoporle alla luce delle peculiarità del giudizio *a quo*. Per l'altro, la Corte di Giustizia puntualizza, sia pure implicitamente, che l'oggetto dell'*actio popularis* intrapresa da *Repubblika* – ovvero, come si è detto, l'accertamento in ordine alla (in)compatibilità di una disciplina nazionale con il diritto eurounitario – non comporta alcuna elusione degli artt. 258 e 259 TFUE: nell'ambito della competenza pregiudiziale, infatti, al Giudice dell'Unione spetta unicamente fornire a quello del rinvio gli elementi interpretativi per risolvere la controversia e non dichiarare esso stesso la conformità o meno del

diritto costituzionale maltese al diritto eurounitario.

Del resto, come argomenta in modo più esplicito l'avvocato generale Hogan[22], in altre occasioni i giudici eurounitari avevano avuto modo di chiarire che «la circostanza che l'azione esperita nel caso di specie abbia carattere declaratorio non osta a che la Corte statuisca su una questione pregiudiziale *se tale azione è consentita dal diritto nazionale* e detta questione corrisponde ad un bisogno oggettivo ai fini della soluzione della controversia con cui esso è ritualmente adito»[23]. Tanto più, prosegue Hogan, che nel sistema maltese «le decisioni di nomina non sarebbero considerate […] soggette a controllo giurisdizionale» e che, pertanto, «è attualmente esperibile solo il rimedio dell'*actio popularis*» per quanto tale strumento «rappresent[i] semplicemente un mezzo per contestare la costituzionalità di una legge e non si tratta di una procedura in cui può essere esaminata la validità di una nomina giudiziaria individuale»[24].

3.2. La prima questione: la portata «*apparently limitless*» dell'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE.

Ribaditi, dunque, gli ampi margini della propria competenza pregiudiziale, altrove definita «chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati»[25], la Corte di Giustizia passa ad esaminare il primo quesito concernente l'applicabilità al caso *de quo* dell'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE e dell'art. 47 CDFUE.

A tal fine, la Corte richiama gli approdi ermeneutici poc'anzi rievocati. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla pronuncia sul trattamento economico dei giudici portoghesi, l'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE deve essere interpretato nel senso che esso impone a «ogni Stato membro [di] garantire che gli organi che fanno parte […], del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione e che, pertanto, *possono trovarsi a dover statuire* […] sull'applicazione o sull'interpretazione [di tale] diritto, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva»[26]. In questa prospettiva, per stabilire l'applicabilità dell'art. 19 TUE alla causa *de qua*, è sufficiente determinare se «l'organo nazionale al centro di [essa]» sia, «fatte salve le verifiche spettanti al giudice del rinvio», «idoneo a pronunciarsi, in qualità di organo giurisdizionale, su questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto [eurounitario] e rientranti dunque in settori [da esso] disciplinati»[27].

---

[22] Opinione dell'Avvocato generale Hogan, Repubblika, C-896/19, ECLI:EU:2020:1055, 17 dicembre 2020, punto 28 ss.

[23] Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 10 dicembre 2018, *Whigthman e a.* contro *Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, punto 31.

[24] Opinione dell'Avvocato generale Hogan, cit. punto 90.

[25] A.B. e a., cit., punto 90. In proposito, riflette sulla "flessione" per c.d. costituzionale del rinvio pregiudiziale Gianello, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 2021, n. 1.

[26] A.B. e a., cit., punti 111-114 e, prima ancora, A.K., cit., punti 82-84 e Commissione/Polonia (Indipendenza della Corte suprema), cit., punto 51 (corsivi dell'A.).

[27] Particolarmente esaustivo, a questo proposito, risulta essere un passaggio della sentenza A.K., cit., punto 83: «Contrariamente a quanto sostenuto dal procuratore generale a tale riguardo, la circostanza che le misure nazionali di riduzione salariale discusse nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, siano state adottate a causa di esigenze imperative connesse all'eliminazione del disavanzo eccessivo del bilancio dello Stato membro interessato e nel contesto di un programma di assistenza finanziaria dell'Unione a tale Stato membro, come emerge dai punti da 29 a 40 di tale sentenza, non ha giocato alcun ruolo nell'interpretazione che ha portato la Corte a concludere per

Così, nel caso di specie, non vi è dubbio che i giudici maltesi, della cui procedura di nomina si discute nel procedimento principale, possano essere chiamati a pronunciarsi su questioni relative all'interpretazione o all'applicazione del diritto dell'Unione e ciò, come evidenziato dall'avvocato generale, «è di per sé […] sufficiente a garantire che [essi], nominati secondo la procedura prevista dalla Costituzione, [debbano] godere di sufficienti gradi di indipendenza giudiziaria per soddisfare i requisiti dell'articolo 19 TUE»[28].

Se, come si è già avuto modo di osservare, l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma TUE trascende i margini definiti dall'articolo 51, paragrafo 1, CDFUE; l'applicabilità dell'art. 47 CDFUE presuppone, invece, che la persona che lo invoca «si avvalga di diritti o di libertà garantiti dal diritto dell'Unione»[29]. Circostanza, quest'ultima, che non sussiste nel caso di *Repubblika*, la quale ha promosso dinanzi al giudice interno un'*actio popularis* concernente unicamente la non conformità al diritto dell'Unione della procedura di nomina dei giudici e il conseguente annullamento di quelle effettuate secondo tale protocollo.

Nondimeno, in virtù della stretta correlazione sussistente tra le due norme, già evidenziata nelle precedenti occasioni, la Corte sottolinea come «quest'ultima disposizione [debba] essere debitamente presa in considerazione ai fini dell'interpretazione dell'art. 19, par. 1»[30]. Invero, il diritto riconosciuto dall'art. 47 della Carta non può che essere garantito tramite l'imposizione dell'obbligo di cui all'art. 19 TUE, il quale, per contro, è riempito di contenuto dalle enunciazioni del primo, che, nel suo secondo comma, specifica il significato del diritto a un ricorso effettivo, disponendo che «[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge». In altre parole, tra le due previsioni vi è una "passerella costituzionale"[31], di talché «l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma TUE impone a tutti gli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, *segnatamente ai sensi dell'articolo 47 della Carta*, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»[32].

3.3. La seconda questione: il principio dell'obbligo di non regressione nella tutela della *rule of law*.

3.3.1. La giurisprudenza eurounitaria in tema di modalità di nomina dei giudici.

Ciò posto, la Corte si concentra sulla seconda questione – il "cuore" del *petitum* pregiudiziale – prendendo, anche a questo

l'applicabilità dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE alla causa di cui trattasi. Tale conclusione è stata, infatti, fondata sulla circostanza che l'organo nazionale al centro di tale causa, vale a dire il Tribunal de Contas (Corte dei conti, Portogallo), era, fatte salve le verifiche spettanti al giudice del rinvio in detta causa, idoneo a pronunciarsi, in qualità di organo giurisdizionale, su questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione e rientranti dunque in settori disciplinati da tale diritto» (corsivi dell'A.).

[28] Opinione dell'Avvocato generale Hogan, Repubblika, cit., punto 41.

[29] Repubblika, cit., punto 41.

[30] Ivi, punto 45 e, prima ancora, A.B. e a., cit., punto 143.

[31] Opinione dell'Avvocato generale Hogan, cit., punto 46.

[32] Corte di Giusitizia, sentenza del 14 giugno 2017, Online Games e a. contro Landespolizeidirektion Oberösterreich, causa C 685/15, punto 54.

riguardo, le mosse dai propri precedenti in merito alla verifica dell'indipendenza degli organi giurisdizionali, sotto lo specifico profilo delle modalità di nomina.

Nelle pregresse decisioni, la Corte di Giustizia, in assonanza, peraltro, con la giurisprudenza sviluppata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sull'art. 6 della Convenzione[33] , aveva specificato che il fatto che le nomine dei magistrati siano operate dall'esecutivo «non è, di per sé, idone[o] a creare una dipendenza dei designati nei confronti [di quest'ultimo], né a generare dubbi quanto alla loro imparzialità, se, una volta nominati, gli interessati non sono soggetti ad alcuna pressione e non ricevono istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni»[34]. A questo proposito, ad avviso dei giudici eurounitari, occorre infatti verificare, secondo un «*contextual approach*»[35], se «i requisiti sostanziali e le modalità procedurali che presiedono all'adozione delle decisioni di nomina siano tali da non poter suscitare nei singoli dubbi legittimi in merito all'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni e alla loro neutralità rispetto agli interessi contrapposti, una volta avvenuta la nomina degli interessati»[36].

In questo senso, la Corte di Giustizia aveva ulteriormente puntualizzato che la previsione, nell'ambito della procedura di nomina dei giudici, di un parere (*rectius*: di una proposta), formulato da parte di un organo asseritamente indipendente – quale, ad esempio, un Consiglio di Giustizia – è certamente idonea a rendere meno arbitrario il potere dell'esecutivo e, dunque, più obiettivo il sistema nel suo complesso; purché, ovviamente, «detto organo sia a sua volta sufficientemente» – ed effettivamente – «indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo e dall'autorità alla quale è chiamato a presentare una tale proposta di nomina»[37].

Anche rispetto a quest'ultimo profilo, non si può fare a meno di evidenziare come il Giudice lussemburghese si astenga dal definire precisi requisiti istituzionali o, quantomeno, delineare degli standard minimi; preferendo, invece, calare gli indicatori "neutri", di volta in volta enucleati o ripresi dalle precedenti pronunce, nel complessivo contesto ordinamentale di riferimento[38]. Così, ad esempio, in relazione alla composizione di un siffatto organo, in un caso si è affermato che «la preponderanza dei membri scelti dal potere legislativo» «non può, di per sé sola, indurre a dubitar[ne] dell'indipendenza»[39]; in un altro, che la medesima circostanza, «valutata alla luce dell'insieme [di altri] fattori pertinen-

[33] V. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'Uomo, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda, ric. n. 26374/18, 1° dicembre 2020, par. 207: «As pointed out by the Venice Commission and the CCJE (see paragraphs 122 and 126 above), there are a variety of different systems in Europe for the selection and appointment of judges, rather than a single model that would apply to all countries. The Court reiterates in this connection that although the notion of the separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in its case-law, appointment of judges by the executive or the legislature is permissible under the Convention, provided that appointees are free from influence or pressure when carrying out their adjudicatory role».

[34] Repubblika, cit., punto 56.

[35] Parlano di «contextual approach» Leloup, Kochenov, Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'? All the Eyes on Case C-896/19 Repubblika v Il-Prim Ministru*, in *RECONNECT Working Paper (Leuven)*, n. 15, 2021, 18 giugno 2021, spec. 13.

[36] Repubblika, cit., punto 57.

[37] A.K., cit., punto 137.

[38] Parlano di «contextual approach» Leloup, Kochenov, Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'? All the Eyes on Case C-896/19 Repubblika v Il-Prim Ministru*, in *RECONNECT Working Paper (Leuven)*, n. 15, 2021, 18 giugno 2021, spec. 13.

[39] Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 9 luglio 2020, Land Hessen, C-272/19, punti 55-58.

ti» evidenziati dal giudice del rinvio, «può invece indurre a dubitare dell'indipendenza di un organo chiamato a partecipare al procedimento di nomina di giudici, e ciò quand'anche, considerando detti elementi separatamente, una conclusione del genere non si imponga»[40].

3.3.2. La "digressione" argomentativa della Corte nel caso *Repubblika*.

Dopo aver richiamato tali assunti, la sentenza in esame opera una sorta di "biforcazione" argomentativa; offrendo al giudice *a quo* – e, prima di tutto, a se medesima, *pro futuro* – una prospettiva ulteriore, forse non del tutto inedita, ma quanto meno enunciata in modo esplicito[41], per valutare la conformità della misura ordinamentale in questione agli obblighi eurounitari[42].

In particolare, la Corte di Giustizia integra il combinato disposto degli artt. 2 e 19 TUE, con l'art. 49 TUE, ricavandone il *principio dell'obbligo di non regressione nella tutela dei valori dello Stato di diritto*.

A tal fine, la Corte osserva che gli Stati membri, sulla base dell'art. 49 TUE, hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni consacrati nell'articolo 2 TUE sui quali si fonda l'Unione e sui quali riposa, inoltre, la fiducia reciproca tra i Paesi dell'Unione. Da ciò consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei suddetti valori «costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro»[43] che, pertanto, non può modificare la propria normativa, in modo da comportare una *regressione* dello Stato di diritto e, in special modo, della garanzia di indipendenza dei giudici, che ne costituisce uno degli elementi più qualificanti.

Ciò che non può trascurarsi, peraltro, è che nella sentenza si individua altresì chiaramente il "punto di non regressione", costituito, nel caso di specie, dall'assetto ordinamentale vigente al momento dell'adesione di Malta all'Unione europea nel 2004. Vale a dire, dalle disposizioni costituzionali vigenti dal 1964 al 2016[44], a mente delle quali, come si è potuto osservare nel paragrafo 1, il potere di nomina dei giudici del Primo Ministro era limitato dai soli requisiti professionali previsti dagli artt. 96 e 100.

Da questo angolo visuale, la Corte non può far altro che rilevare che l'istituzione del Comitato per le nomine in magistratura ad opera della revisione costituzionale del 2016 sia stata tale da *rafforzare* l'indipendenza dei giudici potendo, «in linea di principio, contribuire a rendere obiettivo [il processo di nomina], delimitando il margine di manovra di cui dispone il primo ministro»[45] e, pertanto, che, diversamente da quanto occorso nella vicenda polacca[46], non vi è stata alcuna regressione.

Solo a questo punto, la Corte riprende l'analisi interrotta al punto 57 e passa sbrigativamente in rassegna, anzitutto, «una

[40] A.K., cit., punti 143-144 e, in senso analogo, A.B e a., punto 131.
[41] Si veda, in questo senso, il richiamo alle sentenze A.K., cit., e A.B. e a., cit., al punto 65.
[42] Repubblika, cit., punti 59-66.
[43] Ivi, punto 63.
[44] Secondo Bartoloni, *Limiti ratione temporis all'applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva: riflessioni in margine alla sentenza Repubblika c. Il-Prim Ministru*, in *Osservatorio europeo*, maggio 2021, 11, «la Corte, nel collegare l'art. 19 TUE rispettivamente agli articoli 2 e 49 TUE, sembrerebbe prospettare una automatica presunzione di conformità della Costituzione del 1964 ai requisiti imposti dal principio della tutela giurisdizionale effettiva». In proposito, v., infra, par. 4.
[45] Repubbika, cit., punto 66.
[46] Ivi, punti 65 e 66.

serie di regole menzionate dal giudice del rinvio», ritenute «idonee a garantire l'indipendenza del Comitato per le nomine in magistratura nei confronti dei poteri legislativo ed esecutivo»[47]: quali, la «composizione», il «divieto per i politici di parteciparvi, l'obbligo imposto ai membri di agire in piena autonomia e senza essere assoggettati a una direzione o a un controllo di qualsiasi altra persona o autorità», così come «l'obbligo per lo stesso Comitato di pubblicare, con l'accordo del Ministro della giustizia, i criteri su cui basa le proprie valutazioni». Nonché altri indici[48] alla luce dei quali «non risulta», ad avviso della Corte, «che le disposizioni nazionali […] siano, in quanto tali, idonee a suscitare nei singoli dubbi legittimi relativamente all'impermeabilità dei giudici nominati rispetto ad elementi esterni, in particolare, ad influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, e quanto alla loro neutralità rispetto agli interessi contrapposti, né che esse siano quindi atte a condurre ad una mancanza di apparenza di indipendenza o di imparzialità di detti giudici tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare ai singoli in una società democratica e in uno Stato di diritto»[49].

Sulla base di questi elementi, la Corte di Giustizia conclude che «l'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE, deve essere interpretato nel senso che non osta a disposizioni nazionali che conferiscono al Primo Ministro dello Stato membro interessato un potere decisivo nel processo di nomina dei giudici, prevedendo al contempo l'intervento, in tale processo, di un organo indipendente incaricato, segnatamente, di valutare i candidati ad un posto di giudice e di fornire un parere al primo ministro».

4. Alcune osservazioni conclusive. Dubbi e prospettive del caso maltese.

L'esito cui è pervenuto il Giudice di Lussemburgo con riguardo al caso maltese non appare del tutto appagante, soprattutto se si considera il diverso tenore dei rilievi formulati dalla Commissione di Venezia sulla riforma del 2016[50], che, peraltro, hanno trovato puntuale riscontro nelle modifiche *medio tempore* intervenute, cui la sentenza fa appena incidentalmente cenno[51].

La pronuncia, per vero, risulta coerente con il *case-law* della Corte di Giustizia, per quanto concerne sia la posizione in merito all'origine governativa delle nomine, sia il tema del coinvolgimento di organi asseritamente indipendenti nella procedura di designazione dei giudici. Ciononostante, l'analisi di contesto risulta piuttosto sintetica e non pare inverosimile che la riforma del 2020, pur non avendo inciso sull'oggetto del procedimento dinanzi al giudice del rinvio né sulla domanda di pronuncia

[47] Ivi, punto 67.

[48] Ivi, punti 70-71. Il riferimento corre, nello specifico, ad alcuni elementi che la Corte ritiene idonei a delimitare la discrezionalità del Primo ministro: quali, i requisiti professionali dei giudici posti dagli artt. 96 e 100 Cost. e, inoltre, l'obbligo motivazionale previsto nel caso in cui lo stesso avesse deciso di presentare al Presidente un candidato non proposto dal Comitato.

[49] Ivi, punto 72.

[50] Si vedano, in proposito, le osservazioni dell'avvocato generale Hogan, cit., secondo il quale «[a]i sensi del diritto dell'Unione», tali relazioni costituiscono sì «un'utile fonte di informazione», ma l'analisi della Commissione di Venezia «anche se è basata su una raffinata analisi giuridica e politica» «ha carattere essenzialmente politico» e il suo parere «mira al raggiungimento di un sistema ideale» (punto 88). In proposito, cfr. altresì Leloup, Kochenov, Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'?*, cit., spec. 13.

[51] Repubblika, cit., punto 24.

pregiudiziale, abbia, di fatto, abbassato la soglia di guardia dei giudici eurounitari rispetto all'assetto dell'ordinamento giudiziario maltese *ratione temporis sub iudice*. In particolare, preme segnalare come nella motivazione, per un verso, sia stata frettolosamente avallata la natura non necessariamente vincolante del parere rilasciato dal Comitato per le nomine in magistratura. Per l'altro, sia stato schivato un profilo lasciato per c.d. "in sospeso" nelle precedenti sentenze[52], vale a dire la mancata previsione di uno strumento di controllo giurisdizionale sulle decisioni di nomina dei giudici[53].

Ulteriori dubbi, poi, sorgono relativamente alla portata del vero *novum* della decisione, vale a dire l'esplicitazione del principio dell'obbligo di non regressione nella tutela dello Stato di diritto.

Come è stato sottolineato dai primi commentatori[54], si tratta, all'evidenza, di un *surplus* motivazionale. Invero, la Corte avrebbe potuto sciogliere il dubbio posto dal giudice del rinvio, semplicemente attingendo alla giurisprudenza pregressa.

Secondo alcuni autori, tale principio potrebbe essere stato introdotto con un intento per c.d. "limitativo"; ovverosia quello di «opporre dei chiari limiti *ratione temporis*» alla «forza espansiva virtualmente illimitata» dell'art. 19 TUE, che, in tale prospettiva, «arretrerebbe e non sarebbe applicabile dinanzi a norme rimaste inalterate dopo l'adesione dello Stato membro»[55].

In effetti, la formulazione del divieto di regressione nel caso *Repubblika* è legata a un presupposto piuttosto chiaro, tale per cui, «in assenza di modifiche che determinino un arretramento nella tutela, la normativa costituzionale vigente in uno Stato membro al momento della sua adesione all'Unione [sarebbe] assistita da una presunzione di conformità ai valori tutelati dall'art. 2 e quindi all'art. 19 TUE»[56].

Tuttavia, anche assumendo che la Corte voglia arginare possibili "derive" interpretative dell'art. 19, come sembra suggerirle l'avvocato generale Bobek in un caso di poco successivo[57]; appare assai inverosimi-

[52] Su questo aspetto, infatti, l'incedere della Corte di Giustizia si mostra assai incerto. V. A.K., cit., punto 145: «tenuto conto del fatto che, come emerge dagli atti a disposizione della Corte, le decisioni del presidente della Repubblica recanti nomina di giudici al Sąd Najwyższy (Corte suprema) non possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale, spetta al giudice del rinvio verificare se il modo in cui è definita, all'articolo 44, paragrafi 1 e 1 *bis*, della legge sulla KRS, la portata del ricorso esperibile contro una risoluzione della KRS contenente le sue decisioni relative alla presentazione di una proposta di nomina alla posizione di giudice presso tale organo giurisdizionale consenta di assicurare un controllo giurisdizionale effettivo nei confronti di tali risoluzioni, controllo vertente, quantomeno, sulla verifica dell'assenza di eccesso o di sviamento di potere, di errori di diritto o di errori manifesti di valutazione» e, di seguito, A.B. e a., punto 129: «mentre l'eventuale assenza della possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale nel contesto di un processo di nomina a posti di giudice di un organo giurisdizionale supremo nazionale può, in taluni casi, non rivelarsi problematica alla luce dei requisiti derivanti dal diritto dell'Unione, in particolare dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, la situazione è diversa in circostanze nelle quali l'insieme degli elementi pertinenti che caratterizzano un siffatto processo in un dato contesto giuridico-fattuale nazionale, e, in particolare, le condizioni in cui improvvisamente interviene la soppressione delle possibilità di ricorso giurisdizionale fino ad allora esistenti, siano tali da suscitare, nei singoli, dubbi di natura sistemica quanto all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici nominati al termine di tale processo».

[53] V. *supra*, par. 3.1., a proposito delle sia pur brevi considerazioni dell'avvocato generale sul tema.

[54] Leloup, Kochenov, Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'?*, cit., *passim*.

[55] Bartoloni, *Limiti ratione temporis all'applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva*, cit., 13.

[56] *Ibidem*.

[57] In merito alla lettura estensiva dell'art. 19 TUE, vale la pena quantomeno accennare alle perplessità espresse dall'avvocato generale Bobek nell'opinione resa il 23 settembre 2020, nell'ambito della più recente causa Asociația "Forumul Judecătorilor din România" (v. infra, nota lx). Il giurista rileva, infatti, che la portata «apparently limitless» della disposizione «both institutionally (with regard to all courts, or even bodies,

le che il Giudice dell'Unione intenda perseguire tale scopo attraverso un "appiattimento" della valutazione sulle possibili violazioni dello Stato di diritto, "cristallizzandone" il parametro nell'assetto ordinamentale vigente al momento dell'adesione di ciascuno Stato membro.

Così operando, infatti, la Corte finirebbe per introdurre un criterio non soltanto discriminatorio tra i Paesi dell'Unione[58], ma anche fortemente riduttivo di un concetto, per l'appunto quello di Stato di diritto, che non può che giovarsi e assimilare le evoluzioni in senso maggiormente garantista delle istituzioni. Paradossalmente, una riforma che annullasse le modifiche apportate alla Costituzione maltese nel 2020, che hanno rafforzato le garanzie di indipendenza della magistratura rispetto alle regole del 2016, potrebbe, in questo senso, non essere considerata una "regressione" in materia di organizzazione della giustizia.

Occorre, allora, collocare il principio in parola in una cornice più ampia.

La scelta di utilizzare un ragionamento nuovo, fondato sugli artt. 2, 19 e 49 TUE deve, invero, essere letta come una chiara intenzione della Corte di aprirsi, in prospettiva, ulteriori spazi argomentativi per dare il proprio apporto al tentativo di superamento del c.d. "dilemma di Copenaghen"[59]; ovvero l'incapacità delle istituzioni eurounitarie, soprattutto sul versante politico, di preservare il nucleo della *rule of law*, una volta che gli Stati abbiano fatto ingresso nell'Unione.

Confermano tale lettura due decisioni immediatamente successive a *Repubblika*, entrambe rese dalla Grande Sezione.

Il riferimento corre, *in primis*, alla sentenza pronunciata il 18 maggio[60] all'esito di un procedimento pregiudiziale avente ad oggetto una serie di modifiche – peggiorative – apportate tra il 2017 e il 2018 dalla Romania alle cc.dd. "leggi sulla giustizia". In particolare, si tratta di tre leggi che lo Stato aveva approvato nel 2004, con l'obiettivo di migliorare l'indipendenza e l'efficienza della giustizia, divenute oggetto di monitoraggio da parte della Commissione europea in forza del meccanismo di cooperazione e di verifica (MCV) istituito dalla decisione n. 2006/928, entrato in vigore in concomitanza dell'ingresso della Romania nell'Unione europea. In questo caso, il principio di non regressione viene evocato nella parte in cui

which potentially apply EU law), as well as substantively» potrebbe rappresentare, in prospettiva, sia un punto di forza, sia un punto di debolezza: «Will the Court in the future be ready to review whichever issues or elements brought to its attention by its national counterparts, alleging that this or that element of national judicial structure or procedure might pose, certainly in their subjective view, issues in terms of the degree of judicial independence they consider appropriate?» (punto 211).

[58] Cfr., in proposito, Leloup, Kochenov, Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'?*, cit., 18 e Canzian, *Indipendenza dei giudici e divieto di regressione della tutela nella sentenza Repubblika*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 3, spec. 717. Quest'ultimo, in particolare, sottolinea come una «sua applicazione generalizzata potrebbe anche rivelarsi per certi aspetti discriminatoria, perché non è affatto detto che ogni Stato membro sia stato ammesso presentando lo stesso grado di tutela rispetto ai valori comuni [...] Il principio potrebbe così tradursi in una serie di parametri mutevoli da Stato a Stato, rivelandosi meno efficace proprio laddove al momento dell'adesione la garanzia offerta dal diritto nazionale fosse meno intensa di quella di altri Paesi membri».

[59] Cfr. Parlamento europeo, Discussione plenaria sulla situazione politica in Romania, dichiarazione di Viviane Reding, 12 settembre 2012: «Once this Member State has joined the European Union, we appear not to have any instrument to see whether the rule of law and the independence of the judiciary still command respect». In senso analogo, e, Id., *The EU and the Rule of Law: What Next?*, discorso tenuto presso il Centre for European Policy Studies, 4 settembre 2013.

[60] Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza del 18 maggio 2021, Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România", causa C-83/19.

si stabilisce che tale decisione, e così pure le relazioni redatte dalla Commissione sulla base di essa, costituiscono atti adottati da un'istituzione dell'Unione, suscettibili, quindi, di interpretazione ai sensi dell'articolo 267 TFUE, nonché tuttora vincolanti per la Romania. In altri termini, esso viene correlato alla perdurante vigenza di strumenti introdotti dalle istituzioni eurounitarie allo scopo di monitorare i progressi di un (allora) aspirante e, poi, nuovo, Stato membro, ancora "fragile" sul versante delle garanzie del sistema giudiziario al momento dell'adesione.

Inoltre, la Corte ha applicato il principio nell'ultima vicenda della "saga" polacca. Il 15 luglio, nell'ambito di una procedura per infrazione[61], si è statuita la non conformità, rispetto agli articoli 19 TUE e 267 TFUE, di vari profili della riforma che nel 2017 ha pesantemente inciso, tra l'altro, il regime disciplinare della magistratura in Polonia. In questo secondo caso, pronunciandosi sulla mancanza di indipendenza e di imparzialità della Sezione disciplinare della Corte suprema, competente a riesaminare le decisioni emesse nei procedimenti disciplinari nei confronti dei giudici, la Corte di Giustizia ha concluso che «*tale evoluzione* [*rectius*, involuzione] *costituisce una riduzione della tutela del valore dello Stato di diritto ai sensi della giurisprudenza della Corte*» e che, per tale motivo, «la Repubblica di Polonia è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi del secondo comma dell'art. 19, paragrafo 1, TUE»[62]. In questa evenienza, è appena il caso di notare che il parametro di cui all'art. 49 TUE non viene menzionato: la regressione, dunque, viene "misurata" all'esito di una ricostruzione giurisprudenziale e fattuale ben più complessa e articolata di quella prospettata in *Republika*; se non altro, per la particolare gravità delle infrazioni contestate e poi accertate.

In conclusione, è possibile affermare che il principio enunciato nella sentenza sul caso maltese è destinato a trovare – ed in effetti ha già trovato – ulteriori applicazioni e significativi sviluppi nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Come è stato osservato, per di più, la sua portata potrebbe estendersi ben al di là dell'art. 19 TUE e, attraverso di esso, il Giudice dell'Unione potrebbe aver trovato «*a way to build a potential bridge [to the] many values deserving protection – including of course not only the most obvious candidates, such as democracy and fundamental rights, but also all the other aspects of the rule of law beyond the margins of judicial independence*»[63].

Dietro l'angolo, non è un caso, si prospettano i ricorsi promossi da Polonia e Ungheria[64] per l'annullamento del regolamento 2020/2092 contenente il c.d. "regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione"[65], al momento, di

[61] Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) del 15 luglio 2021, Commissione europea / Repubblica di Polonia, Causa C-791/19.

[62] Ivi, punti 112-113.

[63] Leloup, Kochenov, Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'?*, cit., 16.

[64] Cause C-156/21, Ungheria c. Parlamento e Consiglio e C-157/21, Polonia c. Parlamento e Consiglio.

[65] In argomento, cfr. Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, n. 3, 182. È interessante notare, a questo proposito, il considerando n. 12 del regolamento: «L'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto di cui all'articolo 2 TUE, impone agli Stati membri di prevedere una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, compresi quelli relativi all'esecuzione del bilancio dell'Unione. L'esistenza stessa di un effettivo controllo giurisdizionale destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca a uno Stato di diritto e presuppone l'esistenza di organi giurisdizionali indipendenti. Preservare l'indipendenza di detti organi è di

fatto, bloccato dal "combinato disposto" dei suddetti ricorsi e dalle criticate conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2021[66]; nonché le procedure di infrazione promosse dalla Commissione nei confronti di detti Stati in ragione della violazione dei diritti LGBT.

Giulia Battaglia

primaria importanza, come confermato dall'articolo 47, secondo comma, della Carta. Ciò vale segnatamente per il controllo giurisdizionale della regolarità degli atti, dei contratti o di altri strumenti che generano spese o debiti pubblici, in particolare nell'ambito di procedure di appalto pubblico ove è parimenti possibile adire detti organi».

[66] Conclusioni della riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020), doc. EUCO 22/20, CO EUR 17-CONCL, 2: «Al fine di garantire che tali principi siano rispettati, la Commissione intende elaborare e adottare linee guida sulle modalità con cui applicherà il regolamento, compresa una metodologia per effettuare la propria valutazione. Tali linee guida saranno elaborate in stretta consultazione con gli Stati membri. Qualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia, in modo da incorporarvi eventuali elementi pertinenti derivanti da detta sentenza. Il presidente della Commissione informerà il Consiglio europeo in modo esaustivo. Fino alla messa a punto di tali linee guida la Commissione non proporrà misure a norma del regolamento».

6. La separazione della carriera dei magistrati

Sommario: 1. Il passaggio dalla funzione requirente alla funzione giudicante e viceversa: numeri e propensione. – **2.** Il pubblico ministero, questo sconosciuto. – **2.1.** Le funzioni civili. – **2.2.** Le funzioni di appello. – **2.3.** Le funzioni di legittimità. – **3.** La riforma in discussione al Senato: opzione di funzione entro termine perentorio. – **4.** Conclusioni.

1. Il passaggio dalla funzione requirente alla funzione giudicante e viceversa: numeri e propensione.

Il numero dei passaggi dei magistrati dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti – e viceversa –, fotografa il perimetro del *transito* che tanto anima i *separazionisti*, e offre la reale dimensione del tema che, nei prossimi giorni, impegnerà il Senato della Repubblica, in sede di approvazione dell'art. 12 del D.D.L. S. 2595 – disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario –, e i cittadini italiani nella consultazione referendaria del prossimo giugno.

Negli ultimi sedici anni (ovvero dalla riforma Castelli-Mastella al 2021) è stato pari a 19,5 il numero medio annuo dei passaggi dalle funzioni giudicanti alle funzioni requirenti. In totale i passaggi dalla giudicante alla requirente sono stati 312, di cui 61 verso la Procura generale della Corte di cassazione.

Nello stesso periodo è stato invece pari a 28,5 il numero medio dei passaggi dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti. In totale i passaggi dalla requirente alla giudicante sono stati 456, di cui 25 verso la Corte di cassazione.

Tali dati vanno considerati alla luce del numero medio (dal 2006 al 2021) dei magistrati in servizio: 8620.

In sostanza, **il numero di passaggi dalla funzione giudicante alla funzione requirente ha coinvolto solo lo 2 magistrati su mille, quello inverso solo 3 su mille.**

Dal 2006 – anno dell'entrata in vigore dell'art. 13 d.lgs. n. 160/2006 che ha ridotto a quattro il numero massimo di passaggi – al 2021, **il numero dei passaggi effettuati dal medesimo magistrato è stato di regola uno solo, salvo trentanove magistrati che hanno effettuato due passaggi, solo un magistrato ne ha effettuati quattro** (peraltro in funzioni di legittimità civili)*.

I numeri ridimensionano drasticamente il fenomeno del cambio di funzioni.

Alla luce dei limiti introdotti dall'art. 13 d.lgs. n. 160/2006 non vi è rischio che i magistrati che cambiano funzione rimangano nello stesso distretto o nella stessa regione. La disciplina attualmente vigente assicura infatti la terzietà sia nell'essere che nell'apparire, prevedendo anche limiti ultronei rispetto allo scopo.

---

* I dati statistici sono stati forniti dall'Ufficio statistico del Consiglio superiore della magistratura a ciò autorizzato e che si ringrazia

Con riferimento alla propensione dei magistrati al cambio di funzioni è utile ricordare l'iter introduttivo e abrogativo della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 13 d.lgs. n. 160/2006.

Detta diposizione precludeva ai magistrati di prima nomina l'assegnazione alla funzione requirente, il legislatore in quell'occasione valorizzò lo svolgimento della funzione giudicante ai fini della formazione professionale della magistratura requirente. La disposizione richiamata fu abrogata dall'articolo 1 della legge n. 187/2011[1].

La norma è stata abrogata non per un ripensamento in ordine all'utile propedeuticità della funzione giudicante ma per ragioni di ordine squisitamente pratico: l'impossibilità di coprire con tramutamenti ordinari i posti degli Uffici di Procura di primo grado rimasti vacanti. Fu il rischio della paralisi delle Procure della Repubblica che determinò infatti l'abrogazione della norma.

L'introduzione del comma secondo dell'art. 13 d.lgs. n. 160/2006 o meglio la sua abrogazione, ha consentito di acquisire un dato di conoscenza di fondamentale importanza ovvero che i magistrati non sono propensi al cambio di funzioni.

La scelta della funzione dipende, più di quanto non si tenga conto, da motivi geografici ovvero dalla vicinanza della sede di prima destinazione a quella di provenienza.

In magistratura, per il principio di cui all'art. 104 della Costituzione, non si nasce pubblici ministeri o giudici ma lo si diventa al momento dell'assegnazione della sede di prima destinazione, scelta che dipende dalla sede familiare e dalla posizione in graduatoria.

Tale scelta, come emerge dai dati statistici, segna poi il futuro del magistrato.

Molti magistrati provengono dall'avvocatura e la carriera degli operatori di giustizia, avvocati e magistrati, ha un'infinità di passaggi comuni.

La questione della separazione, a ragionare secondo logica e senza preconcetti è un problema mal posto, il frutto forse di un *mantra* che origina dal *Gip di mani pulite* – che peraltro mai nella sua carriera svolse le funzioni di pubblico ministero – un mantra vecchio di trent'anni di cui i giovani attori della giustizia, avvocati, giudici e pubblici ministeri del primo grado hanno perso memoria quanto all'origine.

Prima di mani pulite, vigente il codice Rocco, l'argomento della separazione non era in voga.

Diverso il rito, senz'altro minori le garanzie, ma nessuno, anche oggi, oserebbe dubitare della professionalità e terzietà dei giudici Falcone e Borsellino che, per la fun-

[1] Originariamente, infatti, l'art. 13 d.lgs. n. 160/2006 precludeva ai magistrati di prima nomina, anteriormente al conseguimento della prima valutazione di professionalità, la possibilità di essere destinati a svolgere talune funzioni: le funzioni requirenti, giudicanti monocratiche penali, di giudice per le indagini preliminari o di giudice per l'udienza preliminare. Il Ministro della giustizia Alfano, nell'audizione presso la Commissione giustizia della Camera del 9 dicembre 2009, evidenziava come tale scelta avesse di fatto posto fine alla prassi secondo la quale nelle sedi vacanti per difetto di aspiranti venivano mandati, come pubblico ministero o giudice per le indagini preliminari, i giovani vincitori di concorso. Tale preclusione ha nei fatti aggravato la c.d. scopertura delle sedi disagiate. Per fare fronte alle esigenze di copertura di tali sedi – che si concentrano specialmente nel Sud d'Italia, in regioni ad alta densità di criminalità organizzata – il Governo è allora intervenuto con il decreto legge n. 193/2009 (convertito dalla legge n. 26/2010). Il decreto-legge, pur mantenendo la sopra richiamata preclusione, consentiva una deroga in presenza di specifiche condizioni oggettive di scopertura delle sedi e con riferimento ai magistrati nominati con un decreto ministeriale del 2009. A questi ultimi, al termine del tirocinio, con provvedimento motivato il Consiglio superiore della magistratura, ove alla data di assegnazione delle sedi ai magistrati nominati con il decreto ministeriale sussista una scopertura superiore al 30 per cento dei posti, può attribuire le funzioni requirenti al termine del tirocinio, anche antecedentemente al conseguimento della prima valutazione di professionalità, in deroga a quanto è previsto dalla normativa vigente (https://leg16.camera.it/561?appro=661, *Temi per l'attività parlamentare - Funzioni attribuibili ai magistrati di prima nomina*).

zione esercitata, quella di giudice istruttore, sommavano, la funzione requirente a quella giudicante, facevano le indagini e rinviavano a giudizio.

2. Il pubblico ministero, questo sconosciuto.

"*Il pubblico ministero è organo pubblico che agisce a tutela di interessi collettivi*"[2], questa la definizione offerta dalla Corte costituzionale in coerenza con l'etimologia del nome, dal latino *minister*, aiutante.

Il pubblico ministero ha un ruolo propulsivo essenziale, nella fase delle indagini preliminari, egli agisce in base al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, secondo la previsione di cui all'articolo 112 della Costituzione.

Il richiamato principio costituzionale al quale è sottoposta la sua azione, lo dovrebbe esimere dalle accuse di essere un persecutore – come lo descrivono invece i promotori del referendum –.

L'obbligatorietà dell'azione penale, della quale deve farsi carico il pubblico ministero, altro non è che la manifestazione del principio di uguaglianza che, nel processo, si declina, nella parità di trattamento davanti alla legge.

Tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge è la frase scritta nelle aule dei Tribunali e si tratta di un monito che vale per tutta la magistratura in ragione dell'appartenenza a un unico ordine.

L'obbligatorietà non è espressione dell'essenzialità della persecuzione come enfatizzo e attualizzato dalla direttiva di cui al all'art. 1 n. 9 lett. a) della legge n. 134 del 2021 che delega il governo a modificare la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, *prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna*.

La delega conferma che il pubblico ministero, anche nella fase delle indagini preliminari, ha compiti che sono espressione dello *ius dicere*.

La direttiva rimette al pubblico ministero un giudizio prognostico più pregnante di quello richiesto al giudice per le indagini preliminari a legislazione vigente. Trattasi di disposizioni in linea con l'art. 358 cod. proc. pen. che rimette al pubblico ministero il compito di svolgere gli accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato.

La formazione del pubblico ministero, eventualmente anche attraverso il previo esercizio delle funzioni giurisdizionali, meglio predispone all'applicazione dell'art. 358 cod. proc. pen. e all'applicazione delle previsioni di riforma di cui all'art. 1, comma 9 lett. a) legge 137/2021. Un pubblico ministero, già giudice, meglio potrebbe contribuite al PNRR sotto il profilo dell'esercizio mirato dell'azione penale nell'obiettivo del contenimento delle risorse e della riduzione dei tempi della giustizia penale. Anche sotto tale profilo, come si dirà, la previsione di cui all'art. 12 del disegno di legge delega della riforma dell'ordinamento giudiziario appare incoerente con la situazione contingente e con gli obiettivi che dovrebbe prefiggersi la riforma della giustizia.

La separazione fondata sul principio della *parità delle armi* tra accusa e difesa guarda solo al pubblico ministero delle indagini e del dibattimento, e bypassa ogni considerazione in ordine alle diverse funzioni che il nostro ordinamento affida al pubblico ministero.

[2] Corte cost., sent. n. 26 del 6 febbraio 2007.

La *parità delle armi* è infatti manifestazione essenziale del processo accusatorio, relativa a un segmento significativo ma, al tempo stesso, parziale delle funzioni del pubblico ministero – quelle che svolgono 1800 magistrati in primo grado – ovvero quelle che riguardano il processo penale di primo grado, frazione minuta nell'ambito della ben più ampia e articolata declinazione di una funzione complessa preposta alla tutela della collettività e del vivere civile.

Chi rimane alla soglia del processo penale e guarda solo al dibattimento, per avere in aula un accusatore paritario al difensore, perché reso scevro dalla condivisioni con il giudice della comune appartenenza, rinuncia alla terzietà del magistrato requirente che si snoda nei gradi successivi di giudizio e – evaporata nelle fasi del processo la pulsione sottesa all'affermazione della tesi accusatoria – assurge nella fase del sindacato della legittimità a *paladino dell'osservanza della legge, delle garanzie processuali e dei diritti*.

Il pubblico ministero, al pari del giudice, esercita una funzione pubblica e partecipa alla giurisdizione. Per Costituzione si distingue dal giudice solo per la funzione che esercita, requirente in opposizione a quella giudicante, gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme di ordinamento giudiziario e ciò a differenza del giudice che è sottoposto solo alla legge.

È dunque "*tecnicamente parziale*" e "*valoristicamente povera*"[3] la definizione di pubblico ministero quale semplice portatore di un interesse punitivo.

Nei diversi gradi del processo penale il ruolo del pubblico ministero si caratterizza poi, al pari di quello del giudice, dal graduale distaccarsi dal fatto.

La funzione del pubblico ministero si trasforma nel corso del processo, da funzione essenzialmente accusatoria a funzione di garanzia del rispetto della legge, fino a trasformarsi, in sede di legittimità, in funzione nomofilattica, in tutto identica a quella del giudice di legittimità, funzione che si caratterizza per essere finalizzata al controllo dell'esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge, scevra da pulsioni rappresentative di tesi proiettate verso esiti punitivi. Nel dibattito in tema di separazione è bene non dimenticare che il pubblico ministero in sede di legittimità ha il potere di ricorrere *ex* art. 363 c.p.c. nell'interesse della legge e che nel processo penale è organo propulsore, per il ruolo di garanzia che gli è assegnato, di approdi giurisprudenziali anche in favore dell'imputato.

2.1. Le funzioni civili.

Il pubblico ministero svolge un ruolo essenziale, fondamentalmente giurisdizionale, quale organo propulsore di provvedimenti del giudice civile in settori del vivere sociale che non possono essere lasciati alla mera disponibilità dei privati.

Si pensi alle funzioni che è chiamato a svolgere in materia di *fine vita*, di *famiglia*, di *incapaci*, di *separazione* e *divorzio* o nel *settore economico della crisi* e dell'*insolvenza,* funzioni che mettono in luce come, non solo nel settore penale, ma anche nel settore civile, è assegnatario dell'alto compito della tutela dei diritti fondamentali*, della tu-*

[3] «Il pubblico ministero nel sistema disegnato dalla nostra costituzione, in quanto interprete dei valori della collettività e, al pari del giudice, della dignità umana e il suo ruolo non è *tecnicamente accusatorio* ma *sostanzialmente difensivo* di una comunità democratica e pluralistica» De Leo, *Dalla prescrizione alle impugnazioni. Tempi dell'azione, tempi del processo e ideologie sul pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8, 2007, 31.

tela della collettività e dell'osservanza della legge[4].

2.2. Le funzioni di appello.

Con riguardo all'esercizio del potere di impugnazione[5], vale l'affermazione, secondo cui "*il potere di impugnazione*" del pubblico ministero, non è una proiezione del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, di cui all'art. 112 della Costituzione. Tanto evidenzia l'errore di prospettiva che focalizza un ruolo accusatorio del pubblico ministero anche nei successivi gradi di giudizio.

L'affermazione secondo cui il potere di impugnazione non è proiezione dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale è avvalorata dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 280 del 1995 sino alla sentenza n. 26 del 2007[6].

[4] Il pubblico ministero «agisce esclusivamente nell'intento di garantire l'osservanza della legge», tanto che – tra l'altro – deve svolgere anche gli «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» (art. 358 cod. proc. pen.) e può proporre gravame «quali che siano state le conclusioni del rappresentante del pubblico ministero» (art. 570, comma 1, cod. proc. pen.) (Sez. U, n. 6203 del 11/5/1993, Amato, Rv. 193743, in *Foro Italiano*, anno 1993, fasc. 10 556).

[5] Sono ormai superati gli orientamenti secondo cui dall'obbligatorietà dell'azione penale discende l'obbligatorietà dell'impugnazione e – in tal senso, è stato affermato che "*il principio di obbligatorietà dell'azione penale ha come necessario corollario la predisposizione in favore del pubblico ministero degli strumenti per porre rimedio alla decisione errata che ha posto un ostacolo irragionevole all'esercizio dell'azione penale*" – un orientamento intermedio, secondo cui l'obbligo è temperato da una discrezionalità necessitata dall'intervento di una decisione del giudice e dalla conseguente necessità del vaglio da parte del requirente quanto ai motivi della decisione, «Non può disconoscersi, tuttavia, come una affermazione siffatta presupponga in capo al pubblico ministero – nel momento in cui debba determinarsi, in concreto, all'esercizio o al non esercizio del potere di appello contro una sentenza di proscioglimento – uno spazio di discrezionalità "politica" difficilmente compatibile con il principio costituzionale che gli impone l'obbligo di "esercitare" (non, dunque, soltanto di "iniziare", stando alla distinzione lessicale desumibile dall'art. 74, comma 1, ord. giud.) l'azione penale, senza alcuna distinzione tra i diversi gradi del procedimento. Anche perché, se così fosse, ciò significherebbe riconoscere al pubblico ministero un potere di disponibilità – circa la sorte di una iniziativa d'accusa in ipotesi non condivisa dal giudice di primo grado – che, essendo riferibile anche a criteri di mera convenienza, risulterebbe di per sé inconciliabile rispetto all'esigenza di attuazione del principio di legalità su cui si fonda proprio l'art. 112 Cost. Al contrario, appare come conseguenza "naturale" ed imprescindibile di quest'ultimo principio che il pubblico ministero, di fronte ad una sentenza che abbia a suo avviso ingiustamente disatteso la "pretesa punitiva" (e sempreché non siano sopravvenute situazioni tali da escludere obiettivamente la permanenza del corrispondente pubblico interesse), debba proporre appello, non essendogli consentiti altri margini di valutazione discrezionale in ordine all'eventuale non esercizio del relativo potere». Grevi in *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Cass. pen., fasc. 4, 2007, 1414.

[6] Intervento della Corte costituzionale, quello di cui alla sentenza n. 26/2007, seguito alle modifiche introdotte all'art. 593, comma 2, c.p.p. per effetto dell'art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 46, che aveva sostanzialmente eliminato (salva l'ipotesi eccezionale di sopravvenienza di una nuova prova "decisiva") il potere d'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento l'art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 46. È stato dichiarato incostituzionale l'art. 593 c.p.p. nella parte in cui "esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, c.p.p., se la nuova prova è decisiva", in ragione della violazione del principio del giusto processo del quale è espressione il principio della parità delle armi. Il principio affermato dalla Corte cost. è che "*Il principio di parità delle parti nel processo penale non significa necessaria omologazione di poteri e facoltà, anche con riferimento alla disciplina delle impugnazioni. Infatti, il potere del pubblico ministero di impugnare nel merito la sentenza di primo grado presenta margini di "cedevolezza" più ampi del simmetrico potere dell'imputato, in quanto, mentre il primo trova copertura costituzionale solo entro i limiti della parità delle parti, non potendo essere configurato come proiezione necessaria della obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, il secondo si correla al valore espresso dal diritto di difesa. Le eventuali limitazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa devono comunque rappresentare soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità. - Sul fatto che la garanzia del doppio grado di giurisdizione, non fruisce, di per sé, di riconoscimento costituzionale, v., citate,* ex plurimis, *sentenza n. 280/1995 e ordinanza n. 316/2002. - Sulla impossibilità di configurare il potere di impugnazione del pubblico ministero quale proiezione necessaria della obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, v., citate, sentenza n. 280/1995 e ordinanze n. 165/2003, n. 347/2002, n. 421/2001, n. 426/1998. - Sulla correlazione tra potere di impugnazione dell'imputato e diritto di difesa, v., citata, sentenza n. 98/1994. - Sulla compatibilità con il principio di parità delle parti della norma che esclude l'appello del pubblico ministero avverso le sentenze di condanna*

Il principio che si rinviene nella giurisprudenza della Corte costituzionale è che il potere di impugnazione del pubblico ministero ha come copertura costituzionale il principio del giusto processo nella declinazione della parità delle parti e non già quello dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Se la scelta in ordine alla proposizione del ricorso per Cassazione non dipende dall'obbligatorietà dell'azione penale perché di mezzo c'è una decisione giurisdizionale – che ha in qualche modo disatteso l'assunto accusatorio, con riguardo all'accertamento del fatto o alla qualificazione giuridica – è evidente come il pubblico ministero che svolge funzioni di appello non esercita una funzione accusatoria in quanto è tenuto a ancorare la sua discrezionalità alla tenuta della sentenza, sotto il profilo della corretta applicazione della legge sostanziale e della legge processuale nonché della motivazione posta a sostegno della valutazione probatoria e delle determinazioni raggiunte, ciò costituisce conferma di quello che si è anticipato ovvero che si scolora nelle fasi di giudizio il ruolo del pubblico ministero come accusatore.

2.3. Le funzioni di legittimità.

I sostituti procuratori generali presso la Corte di cassazione svolgono sia funzioni civili che funzioni penali e, nell'uno come nell'altro caso, esercitano funzioni dirette alla corretta applicazione della legge, espressione dell'esercizio di funzioni nomofilattiche non dissimili da quelle svolte dalla Corte di cassazione. Il suo sindacato e le sue determinazioni sono rivolti esclusivamente a ciò che concerne la fondatezza o l'infondatezza del ricorso con esclusivo riferimento alle censure di legittimità proposte contro la sentenza, tanto che pensare al procuratore generale come pubblico accusatore fa sorridere.

3. La riforma in discussione al Senato: opzione di funzione entro termine perentorio.

L'art. 12 del D.D.L. S2595 Bonafede Cartabia, in discussione nei prossimi giorni al Senato propone la modifica dell'art. 13 d.lgs. n. 160/06, nella parte relativa al numero di passaggi.

L'emendamento in discussione prevede che il passaggio dalla funzione requirente alla giudicante, e viceversa, possa essere richiesto dall'interessato, per non più di una volta nell'arco dell'intera carriera, entro il termine di sei anni dal maturare, per la prima volta, della legittimazione al tramutamento previsto dall'articolo 194 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, ovvero a conti fatti entro dieci anni dell'entrata in servizio.

In pratica, entro i sei anni dalla prima legittimazione al trasferimento, il magistrato sceglie se rimanere per sempre nelle funzioni scelta da MOT o se cambiare la funzione, poi basta. Non è un passaggio ma un'opzione da esercitare entro un termine perentorio.

La previsione del secondo possibile cambio è uno specchietto per le allodole perché solo il giudice civile – che mai abbia svolto funzioni penali – potrà andare a fare il pubblico ministero e il pubblico ministero potrà andare a fare solo il giudice civile "*in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, ove vi*

emesse in sede di giudizio abbreviato v., citate, sentenza n. 363/1991, ordinanze n. 46/2004, n. 165/2003, n. 347/2002, n. 421/2001, n. 305/1992, e n. 373/1991).

siano posti vacanti in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro".

La previsione, quanto al secondo passaggio, non prende in considerazione la distinzione tra gradi di merito e legittimità né si considerano le funzioni civili di legittimità.

Insomma la disciplina del secondo passaggio manca di logica giustificatrice. In realtà sembra che con la proposta si sia voluto mascherare il carattere di opzione della scelta da fare entro i sei anni dalla prima legittimazione, unico "assestamento" possibile dopo la scelta della prima sede.

Quali sono le ragioni della proposta di modifica dell'art. 13 d.lgs. n. 160/2006 stante la l'indiscussa applicazione dei limiti – anche ultronei – e l'esiguo numero dei cambi di funzioni?

Quale l'utilità sotto il profilo del giusto processo o della ragionevole durata?

Come potrebbe migliorare il servizio giustizia con tale riforma?

L'impossibile risposta a queste domande e gli effetti della proposta di modifica illuminano sulla *ratio legis*: la previsione in discussione altro non è che uno *step* verso la separazione della magistratura requirente e dalla giudicante. Se l'emendamento sarà approvato si otterrà, con legge ordinaria, un risultato per cui sarebbe invece necessaria una riforma costituzionale: la magistratura requirente sarà separata dalla magistratura giudicante.

Ma per Costituzione, come proclama l'art. 104, "*la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni potere*", ordine a cui appartengono indifferenziatamente i giudici e i pubblici ministeri e ciò costituisce la legittimazione costituzionale al passaggio dei magistrati da una funzione all'altra, nel rispetto dei limiti di incompatibilità e terzietà.

4. Conclusioni.

L'esigua percentuale dei passaggi da una funzione all'altra non giustifica la rinnovata accesa attenzione del legislatore in tema di separazione delle funzioni.

Al tempo stesso l'esigua percentuale dei passaggi da una funzione all'altra, insieme alla scarsa propensione al cambio di funzioni, apparentemente nemmeno giustifica l'accorata manifestazione di dissenso della magistratura.

L'incidenza minima del passaggio di funzioni e la mancanza di argomenti concreti idonei a spiegare perché l'attuale articolo 13 d.lgs. n. 160/2006 non funziona svelano, in realtà, la ragione sottesa alla proposta contenuta nella legge delega.

La vera ragione, quella di principio, che si richiama quando non ci sono argomenti ostensibili, è che, scardinando l'appartenenza della magistratura requirente dall'unico ordine autonomo e indipendente, come voluto dalla Costituzione e consacrato all'art. 104, lo statuto della magistratura requirente potrebbe essere ridisegnato come meno autonomo e meno indipendente di quello del giudice, con possibili condizionamenti da parte del potere esecutivo.

Questa l'unica possibile ragione di una previsione normativa altrimenti inutile, questo il vero rischio.

Ciò allora spiega l'accorata manifestazione di dissenso della magistratura, come abbiamo visto non propensa al cambiamento di funzioni.

La magistratura non dissente dalla riforma per la conservazione di privilegi di casta. Di questo dovrebbero prendere atto i cittadini chiamati a partecipare al quesito referendario.

Le ragioni dell'accorato dissenso sono determinate dalla profonda consapevolezza che il migliore dei mondi possibili, per ci-

tare Voltaire, è quello in cui la magistratura requirente è autonoma e indipendente esattamente come la magistratura giudicante e che l'art. 104 della Costituzione, non dovrebbe essere surrettiziamente modificato.

Se si vuole modificare l'art. 104 della Costituzione ciò deve avvenire attraverso i presidi previsti per la modifica dei principi costituzionali ovvero con lo strumento della revisione costituzionale, previa accurata considerazione e adeguato bilanciamento da parte di maggioranza qualificata di tutte implicazioni derivanti dal privare la magistratura requirente dell'identica autonomia e indipendenza che la Costituzione ha riservato alla magistratura giudicante.

Paola Filippi

7. Vent'anni dopo

Dopo l'articolo di Paola Filippi "La separazione della carriera dei magistrati: la proposta di riforma e il referendum"[1] probabilmente non ci sarebbe nulla da aggiungere per spiegare le ragioni dell'adesione allo sciopero indetto dall'ANM per il prossimo 16 maggio quando si tratta del tema "separazione delle carriere".

Tuttavia, poiché quella dello sciopero è una scelta fatta "*non per protestare, ma per essere ascoltati, non contro le riforme, ma per far comprendere, dal nostro punto di vista, di quali riforme della magistratura il Paese ha veramente bisogno*", credo sia ancora tempo di ritornare sull'argomento.

Si parla qui dell'art. 12 del DDL di riforma che modifica l'attuale art. 13 Ord. Giud., limitando ad una sola possibilità nel corso dell'intera esperienza professionale del magistrato un eventuale cambio di funzioni da requirente a giudicante o viceversa.

La descrizione dettagliata di questo intervento normativo, il come e quando verrebbe consentito il passaggio tra funzioni, lo si è in più sedi analizzato; mi dedico quindi alla ricerca del perché di questa riforma che si inserisce e rinnova un progetto politico intrapreso oramai da vent'anni a questa parte, nonostante la Costituzione.

Le riforme si cercano, si propongono, si elaborano, si deliberano quando si deve migliorare un sistema che non funziona ma, come è stato detto e ribadito in ogni sede e da ultimo nella chiarissima relazione con cui il Presidente Giuseppe Santalucia ha aperto l'assemblea generale dell'ANM del 30 aprile scorso[2], non sembra proprio che la previsione di ulteriori restrizioni al mutamento di funzioni trovi motivazioni valide né sul piano teorico e di principio né su quello pratico se la si propone quale soluzione ai problemi di una giustizia lenta e di una magistratura ai minimi della fiducia da parte dei cittadini.

Essa non risponde infatti né alla domanda di una migliore tempistica dei processi né ad una dichiarata azione di contrasto al "carrierismo" dei magistrati dei quali, insieme ad altre linee direttrici di questo DDL, sembra sollecitare piuttosto una sempre più marcata personificazione della funzione, a dispetto dell'impegno a confrontarsi con esperienze diversamente formative nel corso della vita professionale.

Dallo scritto di Paola Filippi si comprende anche quanto sia privo di consistenza pratica, nell'attualità, il tema del passaggio di funzioni: di questo dobbiamo dire "grazie" alla riforma Castelli-Mastella che nella sua prima formulazione, anni 2002/2004 prevedeva **così come ripropone l'attuale DDL,** una sola possibilità di mutamento di funzioni nel corso della carriera, previsione poi attenuata nel 2006 quando si concesse la possibilità di passare da Giudice a PM e

[1] Giustizia Insieme 5 maggio 2022.

[2] "Introduzione all'Assemblea Generale dell'ANM del 30 aprile 2022 del presidente Giuseppe Santalucia", in Giustizia Insieme 3 maggio 2022.

viceversa fino a quattro volte nel corso della vita lavorativa del magistrato.

Nel 2002, di fronte ad una proposta come quella odierna, i magistrati non ebbero alcun timore nel far sentire la loro protesta mentre si discuteva il DDL del Ministro Castelli, una riforma che addirittura avrebbe visto, due anni dopo, il Presidente della Repubblica Ciampi rinviare il testo alle Camere ravvisando alcuni motivi di **palese incostituzionalità** in previsioni quale quella delle comunicazioni del Ministro della Giustizia comprendenti "le linee di politica giudiziaria per l'anno in corso" ritenute in contrasto con le garanzie di indipendenza della magistratura, le attribuzioni del CSM e il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Cosa è cambiato da allora?

Leggendo il testo del DDL attualmente all'esame del Senato non troviamo solo lo sbarramento al cambiamento di funzioni. L'art. 13 prevede infatti che nella formazione dei progetti organizzativi delle procure il dirigente dell'ufficio indichi le priorità alla luce "di criteri generali indicati dal Parlamento con legge**".**

Non solo.

Leggiamo anche, nel testo trasmesso al Senato, che il progetto organizzativo viene adottato ed è approvato dal Consiglio superiore della magistratura, previo parere del consiglio giudiziario, **"valutate le eventuali osservazioni formulate dal Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 11 della legge 24 marzo 1958, n. 195"** senza alcuna indicazione di quali dovrebbero essere i possibili ambiti di intervento ministeriale.

Un intervento ed un interessamento dell'esecutivo che, ovviamente, non toccano gli uffici degli organi giudicanti e le loro tabelle e che, in un ordinamento indirizzato ad una sostanziale separazione delle funzioni appaiono potenzialmente corrosivi dell'indipendenza ed autonomia del Pubblico Ministero.

Lo sciopero dei magistrati del 2002 costituisce un precedente importante, se ne leggiamo le ragioni e se consideriamo a quale idea di magistratura "riformata" si opponeva.

Cosa è cambiato da allora, quanto alla sostanza ed alla direzione di alcune riforme e per quale motivo oggi dovremmo essere meno attenti e preoccupati di quanto lo fossimo nel 2002?

Allora, forse, fu più semplice opporsi ad una iniziativa governativa che, nelle sue dichiarate intenzioni, poteva essere definita dall'allora Segretario Generale dell'ANM Nello Rossi quale "*punitiva e mortificante controriforma*".

Allora, forse, era più chiaro e più comprensibile il disegno, più netta ed identificabile la sua provenienza.

Guardando ad oggi, non c'è dubbio che il quadro generale nel quale si sono inserite sia l'iniziale scrittura del DDL Cartabia che gli **emendamenti peggiorativi inseriti d'intesa tra i partiti di maggioranza** una volta giunto alla Camera, non abbia quasi nulla dei connotati dell'epoca Castelli/Berlusconi se non una esigenza di tenere insieme, ad ogni costo, una maggioranza pluricomposita.

In realtà non risulta nemmeno tanto difficile rinvenire segni di una inspiegabile distonia tra le norme qui esaminate e quanto invece previsto da un'altra importante e recente riforma promossa dallo stesso Governo e dal medesimo Ministro, e precisamente con quanto previsto, in tema di processo penale, dall'art. 1 Comma 9 della legge 134 del 27 settembre 2021 "*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché' in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*".

Come già evidenziato nell'articolo di Paola Filippi, la L. 134/2021 conferisce delega al Governo per "*modificare la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che* il pubblico ministero *chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna*" e, poco più avanti, "*per modificare la regola di giudizio di cui all'articolo 425, comma 3, del codice di procedura penale nel senso di prevedere che* il giudice *pronunci sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna*".

Come non pensare ad una evidente contraddizione tra l'indicazione di una identica regola di giudizio per il Giudice e per il PM, al riconoscimento dato al ruolo della magistratura requirente investita di scelte decisionali di assoluta valenza giudiziale, chiamato a tradurre nelle sue richieste conclusive la motivata proiezione di un possibile giudizio di merito, e la scelta di stringere quello stesso Pubblico Ministero in un angolo sempre più distante da quella "cultura della giurisdizione" che solo la difficoltà e la pratica del giudicare consentono di fare realmente propria?

Una contraddizione tanto evidente denuncia per un verso la mancanza un'idea precisa, di un chiaro disegno politico alla base della scelta di procedere – a dispetto di principi costituzionali – nel percorso di separazione delle carriere, per un altro porta, inesorabilmente, a pensare che in fondo la ragione di questa ennesima modifica della legge di Ordinamento Giudiziario non sia altro, per chi è riuscito a subemendare il DDL presentato in Parlamento che "*punitiva e mortificante*", anche oggi, anche vent'anni dopo.

Queste scelte di separatezza hanno in qualche modo assicurato un migliore funzionamento della giustizia e una maggiore tutela per il cittadino?

I dati sull'esito dei procedimenti sono la più efficace smentita di chi ha esibito il rischio di "vicinanza" tra pubblico ministero e giudice come pericolo per l'imparzialità di quest'ultimo, affermazione che ha assunto ormai il valore di una leggenda metropolitana.

Cosa dovremmo aspettarci insistendo sulla strada della separazione?

A dirla tutta il nostro Paese ha già sperimentato un Pubblico Ministero davvero separato. Succedeva fino al 1946 quando "il PM esercita(va) sotto la direzione del ministro le funzioni che la legge gli attribuisce". E sino al 1988 l'art.70 Ordinamento Giudiziario recitava " i Procuratori della Repubblica esercitano le loro funzioni personalmente o per mezzo dei dipendenti addetti ai rispettivi uffici". È a questo che si vuole tornare?

E allora, se servono idee che aiutino il nostro sistema penale a lavorare in modo più efficiente, favorendo la corretta applicazione di criteri di priorità e di regole di giudizio comuni così come delineate dalla Legge delega n. 137/2021 perché non provare da una prospettiva completamente diversa?

Accentuare o proseguire sulla strada della separazione delle carriere, con un Pubblico Ministero soggetto distinto ed "altro" vuol dire avere un PM autoreferenziale e sempre più lontano dalla più complessa prospettiva giudiziale che al contrario si arricchisce del contributo della difesa, gestendo quindi la fase delle indagini con lo sguardo rivolto al possibile, corretto esito conclusivo.

La strada da percorrere dovrebbe essere un'altra, quella della promozione di un maggiore interscambio delle funzioni, dalla condivisione dei contenuti della giuri-

sdizione sia per una gestione davvero coordinata degli uffici, **sia incentivando e valorizzando il passaggio da funzioni giudicanti a requirenti e viceversa come strumento per una vera e progressiva formazione comune, che oltre a legare sempre più gli uffici requirenti con quelli giudicanti coinvolga necessariamente anche l'avvocatura, incrementando interrelazioni e sinergie, con una vera simmetria nelle scelte su specializzazioni e modalità organizzative, criteri di priorità discussi e trasparenti, piena e reciproca consapevolezza di risorse, flussi, capacità di definizione che orientino le scelte.**

Per fare una scelta in questo senso servirebbero provvedimenti legislativi in controtendenza, con una attenuazione delle incompatibilità nei passaggi, scelte che renderebbero anche più agevoli i percorsi di carriera dei magistrati più giovani, soprattutto per le colleghe chiamate a conciliare – è vero, è ancora oggi così – le loro giuste aspirazioni professionali con la necessità di limitare trasferte di fatto non compatibili con la cura della famiglia così come servirebbe una precisa opzione nelle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura che, a partire dalle Circolari, favorisca e valorizzi il passaggio tra funzioni

Dobbiamo invertire una tendenza culturale che rischia di portare ad una gerarchia cieca e ad una autoreferenzialità senza sbocchi.

Anche per questo, anche per dare testimonianza della possibilità di intraprendere strade diverse penso sia giusto aderire all'astensione indetta dall'Associazione Nazionale Magistrati, uscendo da un circolo vizioso nel quale, vent'anni dopo, una *controriforma punitiva e mortificante* ci vorrebbe ancora rinchiudere, allontanando ancora di più l'esercizio della giurisdizione dalle reali esigenze dei cittadini.

Morena Plazzi

8. La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura

Sommario: 1. Introduzione: la fine del sogno. – **2.** La decostruzione della magistratura. – **3.** Il diavolo nei dettagli. – **4.** Cenni di conclusioni per un nuovo inizio.

Nei sogni cominciano le responsabilità
(Delmore Schwartz)

1. Introduzione: la fine del sogno.

Per iniziare vorrei partire da una fine, perché la fine possa essere un nuovo inizio.

Stiamo tutti vivendo – proprio tutti, magistrati e non – la fine di un grande sogno, quello del disegno costituzionale della magistratura, tratteggiato nel IV titolo della parte II della nostra Carta costituzionale.

Era davvero un sogno grande e bello quello dei nostri costituenti, forse senza pari negli altri ordinamenti: la fondazione di una magistratura interclassista, cui si accede per meriti tecnico-giuridici accertati in un pubblico concorso (art. 106, primo comma), costituita come un "ordine" istituzionale, ma non gerarchico ("i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni": art. 107, quarto comma), la cui autonomia e indipendenza da ogni altro "potere" (art. 104, primo comma) era concretamente assicurata dalle modalità di costituzione di un organo *ad hoc*, il Consiglio superiore della magistratura (composto in modo da dare effettività a quelle garanzie, pur nella inevitabile necessità di assicurare un "governo" della magistratura), da precise garanzie in tema di inamovibilità e di azione disciplinare (artt. 104, 105 e 107), da effettività (l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria: art. 109) e dal radicamento della legittimazione giudicante in una soggezione – quella alla legge, ma "soltanto" alla legge – che bene mette in luce il carattere di "servizio" di una giustizia amministrata "in nome del popolo"; un'autonomia e una indipendenza che si legittima in una sottomissione, quella a una "legge" davanti alla quale "tutti i cittadini" "sono eguali" (art. 3) e per la violazione della quale tutti devono avere uguale probabilità di essere puniti ("il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale": art. 112).

Un grande sogno non privo di caratteri di effettività e di realismo, garantiti da precisi e concretissimi vincoli (inamovibilità, restrizioni all'azione disciplinare, caratteri dell'organo di governo dei magistrati).

Un sogno libero, potente e concreto, che è andato molto vicino alla sua realizzazione: ho sperimentato direttamente (diversa-

mente da quanto purtroppo si legge)[1] che esso ha consentito l'accesso alla magistratura ai meritevoli, indipendentemente dall'estrazione sociale, ben più che in molte altre professioni giuridiche, facendomi lavorare in un contesto che mi ha consentito di servire rispondendo solo alla mia coscienza, con un'autonomia e una indipendenza inimmaginabili in altri ambiti.

Questo sogno ormai è finito: una lenta, progressiva, più o meno consapevole, opera di "decostruzione" ha lavorato negli anni, per faglie interne ed esterne, e lo ha distrutto: l'evidenza degli ultimi progetti di riforma, già attuati e in fase di attuazione[2], ne sono solo l'esito finale, la mera punta di un iceberg cresciuto nel tempo e le cui fondamenta sono ben più ampie e profonde delle ultime contingenze – riconducibili principalmente al cd. "modello giustizia -25%" per ottenere i fondi del PNNR – che hanno determinato l'urgenza di questi interventi e la determinazione nel perseguimento dell'obiettivo.

Inutile fare la guerra ai fatti: si finirebbe solo per ingrossare la folta e stolida schiera dei *laudatores temporis acti* (il sogno è andato vicino alla realizzazione, ma non è mai stato completamente realizzato, neppure in passato); né mi iscriverei al partito degli ottusi sostenitori delle "magnifiche sorti e progressive" di un futuro che ci consegna a inarrestabili cambiamenti sempre migliorativi, al partito degli innovatori per il solo gusto dell'innovazione, di chi è per il cambiamento solo per il cambiamento: credo che, con i disastri di una guerra alle nostre porte e i tanti fallimenti interni, ci sia ben poco da aggiungere sulla natura illusoria di questa prospettiva; si andrebbe soltanto a formare quella che Eugenio Montale chiama "una notevole sezione dell'industria delle false idee"[3]. Tuttavia, non mi riconosco neppure nel partito rassegnato dei cinici realisti, cui invece sempre Montale si ascrive, quello di chi vede una sola legge generale delle vicende umane, quella per cui a ogni guadagno e ad ogni avanzamento corrisponde sempre una equivalente perdita in altre direzioni, sì che resta invariato solo il totale di ogni possibile felicità umana.

Mi sento invece vicino e affine a coloro che pervicacemente si ostinano a voler capire, per poter continuare a lottare per questo sogno, grande, bello e realizzabile: per farlo, si tratta, prima di tutto, di comprendere le ragioni della "decostruzione" avvenuta e, una volta comprese le ragioni, verificare se si può ancora contribuire alla realizzazione di quel sogno costituente per il quale, come è chiaro e come credo, vale la pena di lottare ancora, almeno per la responsabilità che abbiamo nei confronti delle generazioni future.

[1] Ad es., tra i molti, v. di recente Cassese, *Il governo dei giudici*, 2022.

[2] In particolare mi riferisco al la legge 27 settembre 2021, n. 134 di delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, e al disegno di legge (A.C. 2681-A, ora A.S. 2595) approvato dalla Camera, che delega il Governo a riformare l'ordinamento giudiziario e ad adeguare l'ordinamento giudiziario militare, introduce nuove norme, immediatamente precettive, in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura. Come noto, poi, con 5 decreti del Presidente della Repubblica del 6 aprile 2022, è stata fissata al 12 giugno 2022 la data per la votazione su 5 referendum abrogativi sulla giustizia, dichiarati ammissibili dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 56, 57, 58, 59 e 60 del 2022).

[3] Citato in Marchese, *Visiting angel. Interpretazione semiologica della poesia di Montale*, Torino, 1977, 12.

2. La decostruzione della magistratura.

"De-costruzione", vocabolo ossimorico, vocabolo tecnico (ad esempio della filosofia di Derrida)[4], magnificamente evocativo di qualcosa che demolendo una struttura costruisce qualcosa di diverso e che, in qualche modo, può essere traslato, in accezione impropria, per descrivere quello che è avvenuto al disegno costituzionale della magistratura in questi anni. Non si tratta di sovvertimenti improvvisi, rivoluzioni eclatanti, scontri manifesti contro il testo costituzionale, ma di progressivi slittamenti di senso, quasi inavvertiti o addirittura sentiti come virtuosi che, accumulandosi, hanno alterato radicalmente la struttura che li produceva.

Entriamo un poco più nel dettaglio e vediamo che la decostruzione della magistratura ha operato sia per **fattori interni** alla magistratura medesima, sia per **fattori esterni**.

Proviamo ad elencarli.

Tra i fattori interni alla magistratura, il primo in ordine di tempo è forse rappresentato dalla **crisi della soggezione del giudice alla legge**: in nome di un'ermeneutica giuridica (favorita dall'accademia)[5] che, alla riconosciuta impossibilità ricostruttiva di una *intentio auctoris* (il mito della volontà del legislatore), rinuncia a riconoscere i limiti di una pur sempre riconoscibile *intentio operis* (molteplici i significati attribuibili a un testo di legge, ma non tutti, con un "contesto" che aiuta a selezionarne un ristretto numero di possibili), si rivendica – come unica strada possibile per il diritto moderno – la *intentio lectoris* (la volontà del giudice); il giudice è sempre meno il tecnico che effettua operazioni di "sussunzione" del fatto nella fattispecie descritta dalla norma ed è sempre più l'autore diretto di "bilanciamenti" di valori, attraverso i quali ricostruisce il senso e seleziona le disposizioni applicabili per garantire la soluzione che, in base alla sua "precomprensione" (convinzioni personali di varia natura), risulta più "giusta" nel caso concreto. Si tratta di una formula che evoca spaventosamente da vicino i fantasmi del cd. "diritto libero", utilizzato in epoca nazista per giustificare le più discutibili operazioni giuridiche, ma che, ricontestualizzato in una dimensione teorica di "uso alternativo del diritto"[6], che esalta la funzione sociale del giudice verso i più deboli, anche in chiave di tutela dei loro diritti costituzionalmente garantiti, non solleva in genere particolari preoccupazioni e incontra invece il maggioritario plauso della dottrina, anche costituzionale. Si tratta di una lunga parabola, che parte dalla celebre Assemblea della ANM di Gardone, attraversa la stagione dei cd. "Pretori d'assalto", per approdare poi alle metodiche ermeneutiche delle cd. interpretazioni "costituzionalmente orientate" e, successivamente, "convenzionalmente o comunitariamente orientate", attraverso l'irruzione delle fonti sovranazionali nell'ordinamento interno,

[4] Derrida, *De la grammatoligie*, Paris, 1967. Per una introduzione al tema cfr. Ferraris, *La svolta testuale. Il decostruzionismo in Derrida, Lyotard, gli "Yale Critics"*, 1984. Sulla declinazione giuridica del decostruzionismo è nota la polemica tra Dworkin e Fish (Fish, *Is there a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities, 1980*); sul tema in Italia v. almeno il fondamentale Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, 1996, 227-246.

[5] Per tutti v. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, 131 ss.

[6] V. *L'uso alternativo del diritto*. Vol. I - *Scienza giuridica e analisi marxista*. Vol. II - *Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di Barcellona, 1973.

così da innovare profondamente il metodo di motivare e argomentare le decisioni: largo uso del principio di proporzione, spesso inversione della logica del decidere (si parte dalla conclusione ritenuta più giusta, per poi ricercare e privilegiare gli argomenti testuali che la sostengono), attenzione prioritaria alla propria "precomprensione" dei valori da privilegiare e tutelare nella soluzione dei casi concreti attraverso operazioni di bilanciamento tra gli interessi coinvolti[7].

Per una sorta di eterogenesi dei fini, nella specie quello di assicurare una più larga ed effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona e garantire soluzioni più giuste, si è progressivamente minato uno dei capisaldi costituzionali dell'autonomia e indipendenza del giudice: la sua soggezione soltanto alla legge. Da organo soggetto "soltanto" alle legge, di fronte a una "legge" che non è più ritenuta in grado di porre effettivi vincoli, il giudice finisce per risultare non più soggetto a nulla: inebriato da una libertà mai prima conosciuta, non si avvede di perdere inconsapevolmente la radice costituzionale della sua legittimazione giudicante e non sa prevedere che, prima o poi, la tendenza all'omeostasi del sistema gli avrebbe chiesto il conto, avrebbe individuato nuove forme di responsabilizzazione, così da mettere a rischio quell'autonomia e indipendenza che il costituente voleva garantita da una soggezione, che, ormai non solo più scientificamente, ma sempre di più anche nella pratica, si riconosce impossibile, quella alla legge.

Alla crisi della soggezione del giudice alla legge, sul versante del pubblico ministero, corre parallela la **crisi dell'obbligatorietà dell'azione penale**. Qui, prima ancora che scientifica o ideologica, la crisi è imposta dalla "forza del fatto": sopra una certa dimensione demografica e in presenza di una legislazione penale inflazionistica, mancano inevitabilmente le risorse per perseguire tutti e tempestivamente i reati che vengono commessi; inizia a farsi strada l'idea che l'obbligatorietà dell'azione penale sia illusoria (molti reati si prescrivono o vengono archiviati), di tal che si fa sempre più diffusa la convinzione che, in realtà, il principio di obbligatorietà nasconda scelte selettive incontrollate sull'*an* e sul *quando* della persecuzione da parte delle diverse Procure della Repubblica. Così, anche su questo versante, quasi senza che ce se ne avveda, spinti dalla forza del fatto e dalla inevitabile limitatezza di risorse ed energie, si minano le fondamenta costituzionali delle garanzie e della legittimità di un pubblico ministero autonomo e indipendente da altri poteri, che trovano la loro radice appunto nell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, cui è correlato il principio di obbligatorietà dell'azione. Quanti però avvertono che ogni deriva dal principio di obbligatorietà sacrifica il principio di eguaglianza davanti alla legge e quanti invece plaudono a quello che viene ritenuto un freno, finalmente imposto, a quello che viene avvertito come un uso politico dell'azione penale da parte di magistrati che, per definizione, non hanno responsabilità politica? In questa situazione davvero può stupire che nella riforma si sia arrivati a prevedere osservazioni del Ministero della Giustizia sui progetti organizzativi delle Procure della Repubblica e criteri generali di priorità nell'esercizio dell'azione penale da parte del Parlamento? Davvero ci si può sorprendere che non si avverta la tensione con gli artt. 3, 104 e 112 della Costitu-

[7] Vista la sterminata letteratura in proposito sia consentito rinviare per i riferimenti bibliografici a Epidendio, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Diritto Penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 3-4 2012.

zione o che non ci si avveda dei possibili condizionamenti, diretti o indiretti, da parte di vari potentati sull'esercizio dell'azione penale, creando una giustizia penale forte con i deboli e debole con i forti? O peggio ancora di una giustizia penale che segue le ondivaghe ed emotive reazioni di una opinione pubblica a sua volta condizionabile dai *social* (in cui la stessa distinzione tra vero e falso pare diventata un mito) e votata alla *cancel culture*? A preoccupate riflessioni dovrebbe portare quanto sta avvenendo – nella convinzione oltre tutto che si sia solo agli inizi – nella consapevolezza, però, della dimostrata incapacità di gestire e comunicare le difficoltà nella persecuzione dei reati.

Tra i **fattori esterni,** della decostruzione del disegno costituzionale, inserirei invece i mutamenti dei modelli strutturali del processo e dei suoi protagonisti che, a mio avviso, hanno portato verso una **"personalizzazione" delle funzioni**. Il fenomeno è particolarmente evidente nell'emblematico caso del procedimento penale e, segnatamente, nel passaggio dal codice di rito del 1930 a quello Vassalli. Molteplici (ma quanto astratte!) le discussioni accademiche sulle trasformazioni del ruolo del pubblico ministero: eppure chiunque abbia avuto esperienza dell'operare pratico dei pubblici ministeri nel vecchio e nel "nuovo" codice ha l'elementare percezione dell'importanza crescente che ha assunto non l'ufficio, ma la singola persona del pubblico ministero, organo sempre più inquirente che requirente, più concentrato cioè sulle tecniche di indagine e di accertamento che sulla sua funzione giuridica nel dibattito processuale. Del resto – e più in generale – in un processo che sempre più si vuole di "parti" (*adversary*), che sempre più si vede come un agone sportivo (sulla spinta delle suggestioni della "sporting theory" del processo), in cui al centro non è più la "verità" (anche accademicamente ritenuta come un concetto compromesso o, comunque, di difficile accertamento), ma la "vittoria", intesa come prevalenza di una posizione sull'altra in base alle capacità personali dei contendenti, era inevitabile che si verificasse una spinta verso il "protagonismo", verso l'esaltazione di individualità. Qui la matrice della trasformazione è accademica: certo, una matrice teorica animata nelle origini dalle più buone intenzioni di lotta contro i fantasmi e gli eccessi storici di una "inquisitorietà" che aveva visto più di una grave degenerazione, più di una grave compromissione dei diritti fondamentali della persona, sacrificati sull'altare dell'accertamento della verità ad ogni costo. Eppure, non si è visto che ogni trasformazione chiede un prezzo da pagare: per l'ennesima eterogenesi dei fini, con l'intento di meglio tutelare l'imputato, si è finito per relegarlo sullo sfondo di un'arena in cui i protagonisti sono il singolo difensore e il singolo pubblico ministero e poi buon ultimo, ma non per importanza, il giudice che emette la "grande sentenza", quella che farà parlare di sé. Può forse stupire, dunque, che, in un mondo sempre più "mediatizzato" (dai mezzi di comunicazione più tradizionali fino ai "social"), i "protagonisti" di questo agone saltassero dalle grigie aule giudiziarie – sempre meno frequentate da ormai ottocenteschi "spettatori in presenza" del processo – alla stampa, alla televisione o alle piattaforme digitali? Può forse essere una sorpresa che, come oggi si usa dire, si imponesse accanto a quello giudiziario un "processo mediatico"?

Anche nel mondo del diritto, come in quello della fisica, ad ogni azione corrisponde una reazione ed ecco, allora, arrivare provvedimenti diretti a regolare e limitare l'accesso ai media dei magistrati, con inconvenienti che da più parti si sono già

sottolineati[8] e paventati con viva preoccupazione, legati alle inevitabili asimmetrie comunicative che tali restrizioni comportano. Eppure, ancora una volta, ci si poteva davvero attendere che, prima o poi, questi provvedimenti non dovessero arrivare?

3. Il diavolo nei dettagli.

Esistono poi **fattori misti** (sia interni sia esterni alla magistratura) che si sviluppano in alcuni quasi impercettibili dettagli, all'apparenza fenomeni e normative di stretto respiro, di valenza quasi burocratica: ma, come si usa dire, "il diavolo è nei dettagli". Si pensi a quanto è avvenuto a proposito dell'ordinamento giudiziario[9]. L'importanza di questo settore di disciplina non era sfuggita ai costituenti che hanno previsto una riserva di legge in proposito ed è significativo che la vera realizzazione del grande disegno costituente si possa ritenere iniziata solo con alcune previdenti riforme della precedente disciplina. Si leggano, ad esempio, le mirabili pagine sul "terribile" esame da aggiunto – scritte da Cordero sul suo vecchio manuale di procedura relativo al vecchio codice[10] – e si comprenderà quale ingessatura e quale indiretto controllo della magistratura poteva essere ottenuta, attraverso uno sbarramento alla stessa permanenza nell'ordine giudiziario per chi non superasse un esame, da affrontare nei primi anni di carriera, e condotto da parte di magistrati della Corte di cassazione. Si comprenderà quale liberazione per la magistratura, al fine di una effettiva realizzazione del suo disegno costituzionale, abbia significato un assetto ordinamentale basato sostanzialmente su progressioni (anche stipendiali, oltre che di carriera) che avvenivano per anzianità senza demerito. Una progressione che, anche nelle denominazioni, segnalava lo stretto legame tra tempo dell'esperienza e possibilità di svolgere determinate funzioni (magistrato di Tribunale, consigliere di Corte di appello, consigliere di Corte di cassazione, consigliere di Corte di cassazione abilitato all'esercizio delle funzioni direttive superiori), senza che ciò significasse necessità del concreto esercizio delle funzioni, a conferma di una magistratura non gerarchica, che non si distingue per gradi.

Spesso ci si dimentica da dove siamo venuti e si vedono solo i difetti di un sistema che, pure, era il risultato di un'attenta valutazione dei rischi, per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che avevano avuto altri sistemi.

Ecco allora profilarsi, con il plauso peraltro di larga parte della stessa magistratura, riforme ordinamentali ancora una volta animate da ottime intenzioni e ispirate a concezioni meritocratiche-efficientiste (per non dire aziendalistiche) delle funzioni: passaggio a valutazioni quadriennali (I, II, III, fino alla VII) sganciate da denominazioni legate a legittimazioni funzionali; abbassamento progressivo dell'anzianità necessaria per accedere a funzioni semi-direttive e direttive che, a seconda della dimensione dell'ufficio, consentono ad esempio di accedere alla Presidenza di un Tribunale con la sola terza valutazione di professionalità, di accedere a funzioni semidirettive anche solo con la II valutazione di professionalità, così

[8] Ad es. Dell'Utri, *Processo mediatico e difesa della persona*, in *Giustizia Insieme*, 2022.

[9] Cfr. artt. 10, 12 e 45 del d.lgs. n. 160 del 2006. Per una recente disamina dei possibili e più gravi effetti del disegno di legge sulla riforma dell'ordinamento giudiziario v. Ionta, *I nuovi condizionamenti del magistrato e altri che non passano mai*, in *Giustizia Insieme*, 2022.

[10] Cordero, *Procedura penale*, VIII ed., 1985.

come alle funzioni di legittimità attraverso i concorsi riservati ai cd. juniores[11].

L'abbassamento delle condizioni di legittimazione legate alla valutazione di professionalità conseguita si lega poi, in connessione sinergica, all'adozione del criterio dell'anzianità come residuale a parità di valutazione risultante dagli indicatori del merito e delle attitudini, ciò in base anche al cd. testo unico sulla dirigenza giudiziaria (circolare del CSM n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015 e successive modificazioni) che, come è stato rilevato dal Consiglio di Stato[12], difettando la clausola legislativa a regolamentare e riguardando comunque una materia riservata alla legge *ex* art. 108, comma 1, Cost.), non costituisce un atto normativo, ma un atto amministrativo di auto-vincolo nella futura esplicazione della discrezionalità del CSM a specificazione generale di fattispecie in funzione di integrazione, o anche suppletiva dei principi specifici espressi dalla legge (in altre parole, si tratta di una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell'organo di governo autonomo).

Ora, al di là di mille discussioni e mille precisazioni che possono e sono state fatte in proposito, mi pare comunque difficilmente contestabile l'esistenza di una franca svolta "giovanilistica" nell'accesso a funzioni dirigenziali e superiori, se è possibile, come pure è possibile, diventare Presidente di un Tribunale con soli dodici anni di anzianità e consigliere della Corte di cassazione dopo soli otto anni di magistratura (con possibili esperienze fuori ruolo che, per quanto formative, non sono riconducibili al "mestiere" di magistrato): ma, si sa, la bravura deve essere premiata e ancor più deve esserlo, se essa si trova in giovani colleghi pieni di energie e di entusiasmo. Peccato che, in questo modo, inevitabilmente si sveglia il demone dormiente che alberga in ogni animo umano (quindi anche nei magistrati), quello dell'ambizione, che non è legata solo a remunerazioni economiche, ma anche alla ricerca di un prestigio di posizione (effettivo o avvertito come tale), pericoloso demone dell'ambizione dei magistrati che il costituente e il primo legislatore ordinamentale avevano cercato di sopire il più possibile, nella consapevolezza della sua estrema pericolosità in uffici così delicati come quelli della magistratura.

A ciò si aggiunga che, con l'encomiabile finalità di evitare pericolose e sospette interazioni ambientali derivate dal perdurante esercizio di una medesima funzione in un medesimo ufficio, ancor più se dirigenziale, si è stabilita una temporaneità dell'incarico (decennale in genere e, per i direttivi, di otto anni previa conferma dopo quattro anni): peccato che in questo modo si spingano, anche coloro che sono rimasti miracolosamente non intaccati da particolari ambizioni, a ricercare altre collocazioni (comprensibilmente cercate tra quelle ritenute più prestigiose), laddove per i direttivi, mi si perdoni il cinismo, pensare che essi francescanamente ritornino a svolgere le funzioni di mero giudice o sostituto procuratore[13] mi pare francamente ingenuo, specie quando si è fatto di tutto per solleticar-

[11] Per una disamina anche storica delle valutazioni di professionalità in magistratura v. con ampli riferimenti Serrao D'Aquino, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati*, in *Giustizia insieme*, 2020.

[12] Cfr. Consiglio di Stato, Sezione quinta, Sentenza 21 maggio 2020, n. 3213.

[13] Cfr. il citato art. 45 del d.lgs. n. 160 del 2006, la cui lettera pare stigmatizzare il comportamento di chi, scaduto da un incarico direttivo, non ne chiede o non ne ottiene altro, "punendolo" con l'attribuzione di funzioni "non direttive" nel medesimo ufficio.

ne l'ambizione, attraverso cambiamenti che si vogliono meritocratici.

Il giovanilismo meritocratico ed efficientista – che pure sta ormai vacillando anche nell'ambito strettamente economico-aziendale, dove aveva più di qualche ragione per esservi promosso – trasposto nel cd. "sistema giustizia" comporta una serie di conseguenze, anche di tenuta del disegno costituzionale della magistratura, che credo dovessero essere più attentamente considerate.

In primo luogo, fra le conseguenze da più parti e ripetutamente rimarcate, v'è l'ulteriore dilatazione dei margini di discrezionalità delle valutazioni del Consiglio superiore della magistratura: ora, se già si riteneva non soddisfacente l'esercizio di tale discrezionalità nell'ambito più limitato imposto dai confini dell'anzianità, ci si sarebbe dovuti chiedere per quali ragioni l'ampliamento di tale discrezionalità avrebbe dovuto portare a un suo miglioramento, anziché a più vistose derive, come purtroppo si è verificato e come è stato reso evidente dal noto "caso Palamara", ormai cristallizzato negli esiti di alcuni dei procedimenti disciplinari avviati che, se mai ce se ne fosse stato bisogno, hanno altresì dimostrato come i limiti temporali degli incarichi (ultradecennalità, e verifiche dopo quattro anni con il limite degli otto per gli incarichi direttivi) non hanno rappresentato un valido strumento di prevenzione contro possibili storture.

In secondo luogo, bisogna domandarsi se ci sia resi adeguatamente conto che, l'ampliamento della discrezionalità dell'organo di auto-governo della magistratura, avrebbe inevitabilmente determinato il corrispondente e altrettanto preoccupante ampliamento della discrezionalità della giustizia amministrativa, istituzionalmente investita del controllo di tali scelte, come altrettanto puntualmente verificatosi (anche in casi eclatanti, come la scelta degli apicali, quali il Presidente e il Presidente aggiunto della Corte di cassazione).

In terzo luogo, se le scelte meritocratiche in ambito economico-aziendalistico, pur non prive di complessità, sono comunque riconducibili a un regime di tecniche ormai consolidate di valutazione delle *performances*, che consente di controllarne la coerenza e la pertinenza secondo margini di obiettività crescente, altrettanto non può dirsi in ordine al merito dell'attività giudiziaria: non solo per le maggiori incertezze legate alle valutazioni qualitative delle prestazioni giudiziarie – non riducibili ad algoritmi, a meno di non voler consentire alle tesi, che personalmente ritengo agghiaccianti, di quelle teorie dell'jntelligenza artificiale applicata al diritto che spingono di fatto verso la sostituzione del decidente e del requirente umano da parte di macchine – ma anche perché sembrano sussistere valide ragioni per dubitare che ciò sia auspicabile. Infatti, se (come sembra proporsi recentemente) la valutazione delle *performances* del magistrato deve collegarsi al suo grado di conformità (rispetto ai precedenti o alle decisioni del giudice e dei successivi gradi di giurisdizione) inevitabilmente si riproporrebbe una ingessatura della magistratura, ancora più incisiva di quella corderianamente lamentata a proposito del già citato esame da aggiunto, in un sistema che invece si nutre di un dinamismo legato ai "casi vivi" (ciò che giustifica il rifiuto della già ricordata sostituzione dell'agente umano con la macchina) e che, a differenza dei cd. sistemi di *common law*, non presenta neppure tradizionali e consolidate regole di regimentazione degli *overruling*, come dimostrato dagli impressionanti rivolgimenti degli orientamenti giurisprudenziali anche a livello di Sezioni Unite della Corte di cassazione o, addirittu-

ra, della stessa Corte costituzionale. Che dire poi dell'insufficiente precisione e dettaglio qualitativo dei rilievi statistici che, oltre tutto, sono allo stato gestiti principalmente a livello ministeriale, con ulteriori rischi di condizionamenti esterni. Quali siano gli effetti paradossali di un sistema di valutazione efficientista dei dirigenti giudiziari è manifestato dai rischi di trasformazione del "sistema giustizia" in una sorta di "sentenzificio", che ha portato a quello che ritengo un *unicum* mondiale (se rapportato ai dati demografici della popolazione) della giustizia, quello cioè di una Corte di cassazione che, ad esempio in materia penale, produce più di sessantamila sentenze all'anno. Non mi pare che si debba essere esperti di statistica o fini processualisti e comparativisti: davvero si vuole credere e affermare che il servizio in questo modo reso possa essere più efficiente e qualitativamente superiore?

Esula dagli intenti di questo breve scritto un più compiuto esame della materia disciplinare: mi limito ad osservare che, anche in questo campo, i fatti, prima della teoria, abbiano dimostrato quanto fosse illusorio pensare che una progressiva tipicizzazione e moltiplicazione di fattispecie di illecito disciplinare, più o meno obbligatorie, potesse impedire derive etiche all'interno della magistratura (noto è del resto che l'inflazione delle fattispecie di illecito ponga inevitabilmente maggiori problemi di *enforcement*), mentre pare evidente il rischio che simili assetti spingano verso una "giustizia difensiva", debole contro le parti più agguerrite e potenti, forte con quelle più deboli e meno aggressive, secondo una schema di inconvenienti che dovrebbe essere già ben noto alla luce della pratica ormai storica della cd. "medicina difensiva". Che dire poi della proposta previsione di un organo *ad hoc* (la cd. Alta Corte disciplinare) che, per rimediare alla ritenuta inefficienza del Consiglio Superiore della magistratura, non sostituisca le competenze (del resto costituzionali) di quell'organo, ma si ponga come alternativa al controllo delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, sul cui operato meno evidenti sembrano gli elementi di fondatezza di un giudizio complessivamente negativo. In disparte ogni considerazione sul fatto che la modellazione della cd. Alta Corte disciplinare sullo schema della Corte costituzionale non rappresenti affatto una garanzia in questo caso, posto che la natura da alcuni ritenuti "ibrida" di quell'organo (giurisdizionale e politico), giustificata dalla sua funzione di controllore delle leggi, desterebbe invece più di una preoccupazione in riferimento al controllo disciplinare di un ordine che si vuole costituzionalmente autonomo e indipendente da ogni altro potere.

4. Cenni di conclusioni per un nuovo inizio.

Alla luce di quanto si è detto pare difficile dubitare che dalla riforma progettata e in atto della magistratura spirino forti venti contrari al sogno costituzionale, tratteggiato in esordio, che probabilmente andava ben al di là di quanto i singoli interpreti, istituzionali e non, hanno storicamente fatto esprimere a quel testo.

D'altro canto, pare altrettanto evidente che si tratti di venti di riforma che provengono da lontano, generati da squilibri (per così dire) "termodinamici" tra ciò che, da molto tempo e progressivamente, è avvenuto all'interno e all'esterno della magistratura.

Dunque, in un tempo di acceso dibattito sulla valutazione della riforma in atto, di discussione sulla legittimità di alcune forme di reazione (quali uno sciopero da alcuni ritenuto "politico" della magistratura, ma a

difesa delle garanzie costituzionali di tutti i cittadini), credo che il problema debba essere affrontato alla radice e che l'attenzione debba essere riportata alla genesi di questa tempesta: la cosa a mio avviso più preoccupante di quanto sta avvenendo, infatti, è che la discussione, i progetti di riforma, gli atti già adottati, non affrontino minimamente le ragioni profonde della crisi del disegno costituzionale della magistratura o, addirittura, che aggravino la situazione, aggiungendo forza ai fattori che questa crisi hanno generato.

E allora partiamo prima di tutto da alcune evidenze: partiamo dunque dalla constatazione del fallimento pratico del metodo dell'anzianità residuale e degli indicatori di merito e attitudinali, che hanno finito per incoraggiare spinte carrieristiche all'interno della magistratura, incomparabili rispetto a quanto avveniva in precedenza, e per legittimare una sorta di gerarchizzazione dell'ordine (contraria al suo assetto costituzionale), se non di diritto certamente nei fatti e nella percezione all'interno della magistratura, oltre che accumulare nel Consiglio Superiore della Magistratura e negli organi di giustizia amministrativa poteri discrezionali senza eguali nella storia precedente, con margini estremamente esigui di controllo effettivo dell'operato e prevedibilità dei giudizi resi. Si tratta di un fallimento pratico che, a mio avviso, corrisponde anche al fallimento teorico di una indebita trasposizione di criteri aziendalistici a un ordine, come quelle dei magistrati, le cui funzioni devono rispondere a criteri che non si esauriscono in un mero efficientismo quantitativo (della produzione di provvedimenti), né a criteri qualitativi di valutazione ispirati a una esteriore conformità tra richieste ed esiti o tra giudizi nei vari gradi, neppure desiderabile in astratto del resto, in quanto finirebbe per ricondurre a una *juristocracy* delle giurisdizioni superiori e una gerarchizzazione della magistratura espressamente contraria al testo costituzionale.

Si abbia dunque il coraggio di riconoscere l'errore commesso e ridare centralità al criterio dell'anzianità. Non me ne vogliano i giovani colleghi, ma il mestiere di magistrato è un mestiere artigianale, si impara e si migliora facendo, con umiltà, con l'esercizio costante della prudenza per evitare di commettere di nuovo gli stessi errori, un mestiere che sappia riconoscere e sfruttare le conoscenze che gli vengono dagli esperti (professori, magistrati più anziani o migliori di noi): non è un mestiere da grandi scienziati del diritto; se si vuol fare l'ingegnere o il fisico teorico del diritto si doveva tentare la strada accademica, con tutti i privilegi, ma anche con tutti gi oneri e le criticità di quella strada. L'esperienza è costitutiva del buon magistrato: dunque l'anzianità non può e non deve essere demonizzata e non credo, alla luce di quanto storicamente avvenuto, che essa abbia rappresentato davvero un limite per una migliore giustizia, avendo invece rappresentato una soluzione minimale per salvaguardare il grande sogno costituzionale di un ordine istituzionale non gerarchico, che legittima la sua autonomia e indipendenza nel servizio-sottomissione alla legge, un sistema che ha consentito di evitare il dilatarsi pericoloso di spazi di discrezionalità da parte degli organi di autogoverno e ha permesso di mantenere sotto controllo l'inevitabile ambizione umana (ancor più pericolosa, per chi ha i poteri di un magistrato) e, infine, che aveva preservato la magistratura da sbandamenti tali da legittimare ingerenze reattive sempre più ficcanti da parte degli "altri poteri" di cui parla la Costituzione.

Anche le crescenti critiche al cd. "correntismo" in magistratura – che in tempi recenti hanno trovato sempre più numerosi

e neofiti adepti, dopo anni di sostanziale silenzio e di sua indifferente o interessata pratica – credo siano in larga parte illusorie: la tendenza ad associarsi, a unirsi in gruppi e "sotto-gruppi", insieme a chi condivide le stesse opinioni e idee, è a mio avviso una insopprimibile tendenza umana (prima che un diritto costituzionale). Il vero problema, semmai, è quello di promuovere un associazionismo "culturale", di identità culturale tra gruppi di magistrati che condividono le medesime opinioni e idee in materia di giustizia e di suo esercizio, che non sia invece un associazionismo "politico" (di identità per adesione a ideologie esterne al giuridico, se mai è possibile la distinzione, collaterale alla politica esercitata in Parlamento) o un associazionismo di "interessi contingenti", ispirato alla promozione personale e alla provvisoria condivisione di medesimi e variabili intenti pratici in quanto confluenti verso la realizzazione di comuni interessi egoistici. Mi rendo conto: tutto molto semplice da affermare in teoria, quasi "donchisciottesco" da realizzare in pratica, ma preferisco passare da idealista consapevolmente ingenuo, che da dissimulatore critico che ben sa, cinicamente, come quanto si butterà formalmente fuori dalla porta, ritornerà dentro, prontamente e sostanzialmente, dalla finestra alla prima occasione.

In secondo luogo, occorre evitare la tentazione delle "grandi sentenze" per il gusto delle grande sentenza che faccia parlare di sé, o delle "grandi indagini" per il gusto della grande indagine che ponga in primo piano l'inquirente, occorre contrastare, prima di tutto culturalmente, il "personalismo" giudiziario, riscoprendo il valore della condotta del magistrato come espressione di un atto dell'ufficio, ciò che si può realisticamente perseguire attualizzando i principi di sottoposizione alla legge e di obbligatorietà dell'azione penale, che sono il fondamento costituzionale dell'autonomia e della indipendenza della magistratura. È un falso mito pensare che la moderna scienza ermeneutica assegni una libertà senza limiti rispetto al testo, che essa legittimi un "uso alternativo del diritto" e che non sia possibile ricostruire, anche in tempi di dilagante "diritto giurisprudenziale", un sistema di vincoli rispetto alla legge che consenta di dare nuova linfa al principio di sottoposizione alla legge e che consenta di distinguere tra "uso" e "interpretazione". Come disse Umberto Eco, con la semplicità profonda dei grandi che non temono l'accusa di banalità: "*c'è nel Codice Rocco un comma che s'intitola 'Turbata libertà degli incanti' e posso leggere questo titolo come un incipit poetico, fra rondismo ed ermetismo, sui fremiti di un'adolescenza delusa. Ciò non toglie che le convenzioni linguistiche mi dicano che in quel testo 'incanti' vuol dire aste e l'articolo si riferisce alla turbativa d'asta. Ecco la differenza tra uso e interpretazione*"[14]. Non si cerchino dunque alibi in pretesi e male intesi approdi della linquistica o della filosofia: il principio di sottoposizione del giudice alla legge, non solo resta ancora scritto nella nostra Costituzione, ma ha un preciso e fondamentale spazio di operatività. Allo stesso modo la limitatezza delle risorse o il numero dei reati commessi, non vuol dire selezione dei reati da perseguire secondo personali o variabili apprezzamenti delle singole Procure, ma secondo criteri obiettivi e verificabili, del resto ampiamente noti a seguito degli studi in merito. Ridimensionato il ruolo del magistrato, come ricostruttore dei significati possibili e selezionati dal contesto e come ragionevole titolare di un'azione penale che

[14] Eco, *I limiti dell'interpretazione*, IV ed., 2004, 127.

resta obbligatoria, si potrà forse ripensare allo stesso come espressione di un ufficio, riguadagnando in termini di tutela contro aggressioni e ingerenze sulla persona, quanto si perde in termini riconoscimento personale e merito: per il costituente la magistratura è un servizio, non uno strumento di affermazione di ambizioni personali (nel caso ci si rivolga ad un altro *cursus honorum* o ad altre professioni che a questo lascino maggiori spazi).

In terzo luogo, non me ne vogliano gli amici professori (lo si fa non *contra*, ma *pro academicos*), occorre che la dottrina riscopra il suo ruolo, che essa rifiuti di essere mera glossatrice di "sentenze didattiche", che oltre a decidere il caso concreto si presentano come vere e proprie ricostruzioni di sistema, e recuperi un effettivo ruolo critico che, per essere efficace e recepito, deve però dimostrarsi capace di "theoria", cioè di visione e previsione di tutte le conseguenze nei diversi casi che realisticamente si possono dare, oltre quello deciso, evitando un'astrattezza priva di concrete ricadute o sentimentali adesioni a ideologie, che sempre più sanno di pensiero unico e che rischiano di far smarrire quella neutralità tecnica che sola permette di giustificare una "scienza" del diritto, che non sia mera "politica" del diritto.

Infine, essendo quello del disegno costituzionale della magistratura un grande sogno appartenente a tutti, non certo ai soli magistrati, spero che – anche e soprattutto grazie all'aiuto dei costituzionalisti (che auspicherei più attivi) – si possa rendere maggiormente consapevoli tutti, esercenti di qualsiasi professione forense o in genere cittadini, dei contenuti effettivi di questo disegno, dell'importanza di quanto si sta perdendo e di una resistenza che non sia intesa come difesa corporativa, ma come salvaguardia di un sistema comune da consegnare anche alle generazioni future, che i costituenti, grazie alla sofferenza patita e all'autorevolezza morale di chi aveva provato le proprie convinzioni anche a rischio della vita, ci hanno donato.

Contro i venti contrari, come sa ogni buon navigante, si deve andare di bolina: queste le direzioni a mio avviso da prendere, direzioni che chiamano noi tutti a una reazione prima di tutto "culturale", di proposta (prima di tutto nella quotidianità dell'esercizio del nostro lavoro, ancor prima che nei dibattiti nelle varie sedi), di un modello di magistrato nuovo e allo stesso tempo antico, in quanto radicato nel disegno costituzionale mai del tutto attuato e di cui si sta clamorosamente smarrendo il senso: un magistrato appartenente a un ordine non gerarchico, che si distingue non per grado ma per funzioni, che radica la sua autonomia e indipendenza da ogni altro potere nella sua soggezione soltanto alla legge e all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione, a tutela del valore supremo dell'uguaglianza di tutti di fronte alla legge.

Tomaso Epidendio

9. Il giudice che i cittadini hanno diritto di avere secondo Costituzione

Sommario: 1. I progetti di riforma costituzionale volti a separare la carriera della magistratura giudicante da quella requirente. – **2.** Essi contengono, soprattutto, ulteriori modificazioni dell'ordine giudiziario di particolare allarme. Analisi di queste altre proposte di riforma. – **3.** Prima ulteriore proposta: la modifica della composizione dei membri del CSM. – **4.** Seconda ulteriore proposta: l'abolizione del principio secondo il quale i magistrati si distinguono soltanto per funzioni. – **5.** Segue: la normativa e gli orientamenti che già oggi derogano a questo fondamentale principio costituzionale. – **6.** Terza ulteriore proposta: la riscrittura dell'art. 106, 3° comma Cost. e il venir meno della regola secondo la quale l'accesso alla magistratura ordinaria si dà solo per concorso pubblico. – **7.** I limiti di tali proposte di riforma. – **8.** Segue: i limiti alla revisione costituzionale e l'impossibilità di compromettere il principio di indipendenza della magistratura. – **9.** Segue: i limiti in base ai nostri valori repubblicani.

La civiltà dei popoli si misura non tanto dalla bontà delle leggi che li reggono, quanto dal grado di indipendenza raggiunto dagli organi che queste leggi sono chiamati ad applicare

Piero Calamandrei, *Governo e magistratura*, Siena, 2021, 7

1. I progetti di riforma costituzionale volti a separare la carriera della magistratura giudicante da quella requirente.

Sono in discussione da qualche anno in Parlamento più disegni di modifica della nostra Carta costituzionale sulla possibilità di separare la carriera dei magistrati giudicanti da quella dei magistrati requirenti.

A questi progetti è stato dato il nome di *Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*.

Vi sono, infatti, sul tavolo, più proposte di revisione della costituzione: in tal senso possono essere ricordati i progetti A.A.C. 23, 434, e 824, che presentano testi identici, e poi la proposta A.C. 806, che presenta, rispetto a quelle, solo piccole differenze.

Tutte queste proposte prevedono di separare le carriere della magistratura giudicante da quella requirente.

Gli A.A.C. 23, 434, e 824 riproducono integralmente il testo dell'A.C. 14 della XVIII legislatura di iniziativa popolare, e si tratta di un progetto che fu esaminato dalla Commissione affari costituzionali a partire dal febbraio del 2019; le ultime proposte di riforma sono invece del gennaio 2023.

Tutte queste proposte prevedono:

a) la separazione formale dell'ordine giudiziario nelle due categorie della magistratura giudicante e della magistratura requirente, con previsione di distinti concorsi per l'accesso in esse;

b) e conseguentemente due diversi organi di autogoverno della magistratura, uno per la magistratura giudicante e uno per la magistratura requirente.

Si prevede, infatti, una modifica dell'art. 104 Cost. che andrebbe ad affermare che: "*L'ordine giudiziario è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente*"; e si prevede conseguentemente un: "*Consiglio superiore della magistratura giudicante*" e poi, art. 105 *bis* Cost. un "*Consiglio superiore della magistratura requirente*"; e infine l'art. 106 Cost. asserirebbe che: "*Le nomine dei magistrati giudicanti e requirenti hanno luogo per concorsi separati*".

In questo modo, la separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri, da tempo da molti pretesa, si realizzerebbe in modo pieno, e senza alcun equivoco o mezza misura.

A ciò si aggiunga che i progetti di riforma in questione pretendono di modificare altresì l'art. 112 Cost. sull'obbligatorietà dell'azione penale, con un testo che disporrebbe per il futuro che: "*Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale nei casi e nei modi previsti dalla legge*".

Non solo così il pubblico ministero sarebbe in futuro un magistrato separato all'interno dell'ordinamento giudiziario, ma anche non avrebbe più la determinazione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale, le quali passerebbero nelle mani della politica, ovvero del Parlamento (*rectius*: del Governo), che farebbe (magari di anno in anno) una legge per stabilire quali siano i reati da perseguire con priorità e quali viceversa da collocare in lista di attesa.

Piero Calamandrei, nel 1921, scriveva che: «*Dire da un lato che la giustizia è indipendente dalla politica, e dall'altra lasciare al governo la facoltà di decidere se la giustizia debba seguire il suo corso; affermare da una parte che la legge è uguale per tutti, e dall'altra lasciare al potere esecutivo la facoltà di farla osservare soltanto nei casi in cui ciò non dispiaccia al partito che è al governo, è tale un controsenso che non importa spendervi su molte parole per rilevarne tutta la enormità*».

Evidentemente, dopo cento anni, siamo sempre al medesimo punto.

2. Essi contengono, soprattutto, ulteriori modificazioni dell'ordine giudiziario di particolare allarme. Analisi di queste altre proposte di riforma.

Personalmente, mi sia consentito ricordare che fin dalla stesura della prima edizione del mio manuale di *Ordinamento giudiziario*, ovvero venti anni fa, nel 2004, presi posizione contro la separazione delle carriere, addirittura, provocatoriamente, definendo i pubblici ministeri "*giudici requirenti*" (pag. 155).

Negli anni, non ho poi avuto modo di mutare questa mia posizione, che anzi ho ribadito anche in un più recente saggio apparso su www.judicium.it del 9 novembre 2017, *Contro la separazione delle carriere tra pubblici ministeri e giudici*.

Ma non è questo, al momento, il tema che mi preoccupa.

Al contrario, desidero evidenziare che sotto l'etichetta di una modifica che riguarderebbe la separazione delle carriere, in realtà oggi si profilano modifiche dell'ordine giudiziario di più vasta e più incisiva gravità, e che viceversa non emergono né nei titoli delle proposte di riforma, che continuano a definirsi solo *Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante*

e requirente della magistratura, né nel dibattito pubblico.

Conviene allora rivolgere la nostra attenzione soprattutto a quelle, perché, sommessamente, le trovo preoccupanti.

3. Prima ulteriore proposta: la modifica della composizione dei membri del CSM.

La prima è questa: i progetti di riforma menzionati intendono modificare la composizione dei membri del CSM rispetto a quella esistente, e dispongono che il rapporto tra membri togati e membri laici non dovrà più essere quello di 2/3 di membri togati e un 1/3 di membri laici, così come stabilirono i nostri costituenti nel 1947, ma dovrà trasformarsi invece in un rapporto di parità, ovvero metà dei membri dovranno essere nominati tra i magistrati ordinari secondo criteri fissati dalla legge, e l'altra metà dovrà al contrario comporsi di avvocati e professori universitari nominati dal Parlamento (oppure dal Parlamento e dal Presidente della Repubblica nella misura di ¼ ciascuno).

Al riguardo, infatti, si propone di modificare l'art. 104 Cost., che al 4° comma andrebbe a statuire che: "*Gli altri componenti* (del CSM giudicante) *sono scelti per metà tra i giudici ordinari con le modalità stabilite dalla legge, e per l'altra metà dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo quindici anni di esercizio*"; parimenti il nuovo art. 105 *bis* Cost. sul CSM requirente disporrebbe che: "*Gli altri componenti sono scelti per metà tra i pubblici ministeri ordinari con le modalità stabilite dalla legge e per l'altra metà dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo quindici anni di esercizio*".

È evidente che se la maggioranza dei membri del CSM è togata, è possibile considerare l'amministrazione della giurisdizione distanziata dall'attività politica; ma se al contrario i membri laici saranno in parità di numero rispetto ai togati, e vice-presidente resterà egualmente un membro laico, va da sé che gli equilibri dell'organo non saranno più gli stessi, e l'idea dei nostri costituenti di una amministrazione della giurisdizione non subordinata alla classe politica, se non ai governanti di turno, andrà persa.

L'incidenza della politica sulla giurisdizione, così, potremmo dire, si istituzionalizzerebbe, ed entreremo in questo modo in una nuova fase costituzionale della magistratura.

4. Seconda ulteriore proposta: l'abolizione del principio secondo il quale i magistrati si distinguono soltanto per funzioni.

La seconda importante novità, contenuta anch'essa in tutti i progetti di riforma qui a commento, è la soppressione del 3° comma dell'art. 107 Cost.

Quella disposizione recita, come è noto, che: "*I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*".

Si tratta di un momento essenziale dell'organizzazione della magistratura, volto a significare che tutti i giudici sono eguali fra loro, e sono soggetti soltanto alla legge, e che quindi la magistratura, come da più parti negli anni è stato sostenuto, costituisce funzione diffusa, priva di strutture gerarchiche.

Nelle schede di lettura su tale intervento predisposte dalla Camera dei Deputati a pag. 24 si legge che: "*La modifica appare consequenziale rispetto alla separazione formale dell'ordine giudiziario nelle due categorie della magistratura giudicante e della magistratura requirente*".

Certamente questa contrapposizione sarà la prima che caratterizzerà i magistrati se si arriverà ad una simile riforma; tuttavia questa contrapposizione non dovrebbe egualmente impedire che i vari magistrati, ognuno nel proprio ordine, continuino poi però a distinguersi solo per diversità di funzioni.

Se si arriva, invece, all'abrogazione integrale del 3° comma dell'art. 107 Cost. senza nient'altro specificare, pare evidente che la novità può essere non solo funzionale alla nuova contrapposizione tra magistratura giudicante e requirente, ma anche idonea ad incidere sulla struttura e l'organizzazione delle due magistrature, con il rischio che a questo punto tutti gli ordini giudiziari, giudicanti o requirenti che siano, perdano il modello di magistratura diffusa fino ad oggi avuto, e si assimilino così, puramente e semplicemente, alle altre pubbliche amministrazioni.

5. Segue: la normativa e gli orientamenti che già oggi derogano a questo fondamentale principio costituzionale.

Il tema, sia consentito, è di particolare delicatezza, poiché l'idea di immaginare una gerarchia nell'esercizio della funzione giurisdizionale, e di limitare la libertà dei singoli giudici di interpretare la legge, è purtroppo una realtà che già esiste; e se il valore costituzionale secondo il quale i giudici si distinguono solo per funzioni verrà meno, allora davvero si potrà immaginare un ordine giudiziario futuro con dei giudici sovra-ordinati e dei giudici sotto-ordinati, con dei giudici di serie A e altri giudici di serie B; e la novità costituzionale non inciderebbe più, solo e soltanto, sull'art. 107, 3° comma Cost., bensì anche, conseguentemente, sull'art. 101, 2° comma Cost., secondo il quale: "*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*"; e lo scadimento del 2° comma dell'art. 101 Cost. potrebbe infine, fuori da ogni retorica, incidere altresì, a mio sommesso parere, su lo stesso 1° comma della medesima disposizione costituzionale, e per la quale "*La giustizia è amministrata in nome del popolo*".

Sia consentito ricordare la situazione già oggi esistente.

a) Una prima tendenza a gerarchizzare l'attività del giudice la troviamo nella legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario 17 giugno 2022 n. 71, che ha rafforzato i poteri dei capi degli uffici, prevedendo che la loro carriera dirigenziale sia subordinata alla *acquisizione di competenze manageriali, alla capacità di analisi ed elaborazione dei dati statistici, e alla capacità di dare piena e completa attuazione a quanto indicato nel progetto organizzativo*, ed inoltre ha disposto che ai fini della valutazione della professionalità di ogni singolo magistrato, oltre alla valutazione di produttività e laboriosità, va dato un giudizio con riferimento ad un fascicolo personale contenente i dati statistici, nonché possibili *gravi anomalie in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle successive fasi o nei gradi del procedimento o del giudizio*.

b) Un'altra tendenza, che si è andata via via nel tempo rafforzando, è quella per la quale l'interpretazione della legge spetta solo alla magistratura di vertice, ovvero alla Corte di Cassazione, e non a tutti i giudici;

ed infatti: ba) i giudici di merito, a fronte di una nuova questione, non possano liberamente interpretare la legge ma devono (preferibilmente) rimettere la questione alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 362 *bis* c.p.c.; bb) i giudici non hanno parimenti (preferibilmente) la libertà di interpretare la legge secondo Costituzione o secondo la normativa comunitaria, ma sono invece tenuti a sollevare questioni di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale o pregiudiziali comunitarie dinanzi alla CGUE; bc) e soprattutto, è opinione diffusa che il principio di nomofilachia si sia trasformato in una sorta di *stare decisis* di natura anglosassone, con (preferibilmente) obbligo dei giudici di merito di attenersi agli indirizzi della Corte di Cassazione senza niente osservare.

c) Una terza tendenza è quella di immaginare che il Ministro della Giustizia possa superare i limiti di cui all'art. 110 Cost. ovvero possa occuparsi non solo dei servizi attinenti alla giustizia, bensì proprio di taluni aspetti dell'esercizio della funzione giurisdizionale (per questo mi permetto di rinviale al mio *Brevi note sul dimenticato art. 110 Cost.*, in questa rivista, ottobre 2023), in questo modo, inevitabilmente, e in una certa misura, consentendo al Ministero stesso di vigilare e contribuire alle modalità di esercizio della funzione giudiziaria.

L'abolizione del 3° comma dell'art. 107 Cost. può costituire legittimazione e rafforzamento di tutte queste tendenze, capaci di modificare la natura e la struttura della nostra magistratura.

6. Terza ulteriore proposta: la riscrittura dell'art. 106, 3° comma Cost. e il venir meno della regola secondo la quale l'accesso alla magistratura ordinaria si dà solo per concorso pubblico.

La terza novità concerne la modifica dell'art. 106, 3° comma Cost., che andrebbe a disporre che: "*La legge può prevedere la nomina di avvocati e di professori ordinari universitari a tutti i livelli della magistratura giudicante*".

Si ricorda che il 3° comma dell'art. 106 Cost. prevede invece che: "*Su designazione del CSM possono essere chiamati all'ufficio di consigliere di cassazione per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori*", e la materia è disciplinata nel dettaglio dalla legge 5 agosto 1998 n. 303.

Le differenze tra un testo e l'altro sono evidenti: ca) nel primo caso il potere di inserire in magistratura soggetti aspiranti fuori concorso è affidato al CSM, nel secondo caso viene invece trasferito alla legge, che evidentemente potrà regolare il fenomeno in modo del tutto discrezionale, non essendo fissati in Costituzione criteri per ciò; cb) nel primo caso si tratta di accedere solo presso la Corte di cassazione, mentre ora si immagina che il fenomeno possa estendersi *a tutti i livelli della magistratura giudicante*; cc) nel primo caso la condizione per accedere senza concorso alla magistratura è quella di aver conseguito *meriti insigni*, mentre oggi pare che ogni professore e ogni avvocato, anche senza meriti insigni e

senza anzianità particolare, possa accedere ad ogni tipo di magistratura.

Si comprende non solo, così, come l'istituto sia stato totalmente snaturato, ma anche come vi sia in questo modo il rischio che in magistratura possano accedere soggetti privi di idonea formazione, fuori da ogni logica concorsuale, e fuori da ogni controllo del CSM.

E soprattutto può esservi il rischio, se si esce dalla logica del concorso pubblico, che vi siano un domani dei magistrati che debbano dire grazie a qualcuno per essere diventati tali.

7. I limiti di tali proposte di riforma.

Alla luce di tutto questo non si tratta allora, a mio parere, di discutere se sia giusto o meno separare la carriera giudicante da quella requirente, si tratta di domandarsi che fine possa fare il nostro ordine giudiziario si dovessero approvare riforme di questo genere.

Nel nostro sistema costituzionale i tre cardini sui quali poggia il principio di separazione dei poteri e di indipendenza della magistratura sono quelli:

a) di avere un organo di amministrazione della giurisdizione il quale, seppur non composto di soli magistrati, sia comunque indipendente dal potere politico;
b) di avere una magistratura ordinaria alla quale si accede solo per concorso pubblico;
c) e infine di avere una magistratura soggetta solo alla legge, strutturata in modo non gerarchico, e distinta al proprio interno esclusivamente in base alle funzioni svolte.

Se queste tre caratteristiche vengono meno, la stessa idea di magistratura quale corpo che si distingue dalle altre amministrazioni dello Stato viene meno.

E io credo che una rivoluzione costituzionale di questo genere, che disegnerebbe un'altra magistratura rispetto a quella che fino ad oggi abbiamo avuto, non solo sia programma che abbiamo il dovere di osteggiare, ma anche, più radicalmente, costituisca una novità impedita nel nostro sistema repubblicano.

Ed infatti, giova ricordare, ci sono riforme della Costituzione che si possono fare, e riforme della Costituzione che non si possono fare; non tutto può essere oggetto di revisione costituzionale.

Non è forse inutile, dunque, aprire una parentesi per ricordare i limiti di revisione della nostra Carta costituzionale.

8. Segue: i limiti alla revisione costituzionale e l'impossibilità di compromettere il principio di indipendenza della magistratura.

Ed infatti, seppur l'art. 139 Cost. reciti solo che: "*La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*", nessun costituzionalista ha mai pensato che fuori da questo limite tutto il resto possa essere modificato.

È evidente che in Assemblea costituente, appena usciti dalla guerra e dal fascismo, la paura del ritorno alla monarchia era forte, e questo giustificava la disposizione di cui all'art. 139 Cost., voluta tanto dalle sinistre (Togliatti), quanto dai cattolici (Dossetti, Moro).

Ma già in Assemblea giuristi di primo piano quali Piero Calamandrei sottolineavano come la rigidità della Costituzione non

potesse ridursi al solo impedire il ritorno della monarchia, e doveva invece necessariamente estendersi alla immutabilità dei valori fondamentali della Repubblica e delle disposizioni relative ai diritti di libertà.

E così, facendo seguito alla presa di posizione di Piero Calamandrei, Lodovico Sforza Benvenuti sottoponeva all'Assemblea plenaria del 3 dicembre 1947, un art. 130 *bis*, che recitava: "*Le disposizioni della presente Costituzione che riconoscono e garantiscono diritti di libertà, rappresentando l'inderogabile fondamento per l'esercizio della sovranità popolare, non possono essere oggetto di procedimenti di revisione costituzionale, tendenti a misconoscere o a limitare tali diritti, ovvero a diminuirne le guarentigie*".

L'articolo, seppur condiviso nella sostanza da tutti, non trovava tuttavia approvazione per ragioni formali, atteso che taluni sostenevano che la norma potesse essere fonte di dispute e dubbi interpretativi.

Ad ogni modo nessuno in Assemblea costituente metteva in dubbio che i diritti di libertà della persona e i principi fondamentali della Repubblica potessero essere oggetto di revisione costituzionale; ed in particolare ciò veniva sottolineato con forza in un importante intervento da Paolo Rossi.

Il tema della revisione costituzionale si rendeva poi, evidentemente, materia di dibattito dottrinale, nonché oggetto di decisione da parte della Corte Costituzionale.

Già Costantino Mortati poneva la differenza tra limiti espressi e limiti impliciti, e altri giuristi sostenevano parimenti che il limite di revisione della forma repubblicana implicasse inevitabilmente l'interpretazione del valore da dare al termine "repubblica", dovendo esso essere necessariamente comprensivo dell'intero impianto fondamentale del sistema costituzionale.

Si sosteneva, inoltre, che questi limiti impliciti potessero poi dividersi tra limiti impliciti materiali, se ricavabili dal testo formale di altre disposizioni della carta costituzionale, e limiti impliciti sistematici, non ricavabili direttamente da specifiche norme ma desumibili dai principi fondamentali irrinunciabili della nostra organizzazione statuale libera e democratica, ovvero ancora da "*quei diritti i quali, pur non essendo esplicitamente menzionati nella costituzione, risultano implicitamente tutelati sulla base del sistema di valori che essa fa proprio*" (Pizzorusso).

D'altronde, sarà poi questa la posizione della Corte costituzionale, per la quale: "*La costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana, quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana*" (così Corte Cost. 29 dicembre 1988 n. 1146).

Tra questi valori fondamentali, o "*valori supremi*", non può non essere ricompreso quello della divisione dei poteri, che già infatti era stato indicato come non rivedibile in Assemblea costituente da Piero Calamandrei e Lodovico Sforza Benvenuti.

9. Segue: i limiti in base ai nostri valori repubblicani.

Possiamo concludere con una affermazione del tutto evidente e del tutto scontata: il

nostro sistema costituzionale non può fare a meno di un suo pilastro fondamentale quale quello dell'indipendenza della magistratura.

Se nel periodo del fascismo l'amministrazione della giustizia fu, come in tutti i regimi totalitari, controllato e diretto dalle forze di Governo, la nostra Repubblica, uscita da quella esperienza, doveva, e deve ancor oggi, in modo del tutto immutato, avere necessariamente dei giudici indipendenti dal Governo; e per avere veramente dei giudici indipendenti dal Governo "*non basta liberarli dal timore che il loro atteggiamento di ribellione contro gli intrighi politici possa in qualche modo danneggiarli, ma bisogna altresì togliere loro ogni speranza che un atteggiamento servile ed inchinevole possa giovare alla loro carriera futura*" (Calamandrei).

Tornare viceversa ad un sistema che richiami il passato, ove l'influenza della politica, e quindi del Governo, sulla magistratura si faccia sentire, è rivoluzione costituzionale da ritenere impossibile, qualcosa che si pone non solo in contrasto con la lettura sistematica dell'art. 139 Cost., bensì anche, e tutt'assieme, con i valori della nostra vita democratica.

E non si tratta, al riguardo, di avere opinioni di destra oppure di sinistra; le prime proposte di riforma del Titolo IV della nostra Costituzione, infatti, furono avanzate nel 2019 da forze politiche di centro sinistra, mentre le ultime, di questo anno 2023, sono state presentate da forze politiche di centro destra: è possibile in questo modo constatare, con una certa delusione, la convergenza di tutte le forze politiche in argomento.

Contro questi progetti, di destra o di sinistra che siano, dobbiamo opporre il principio irrinunciabile della separazione dei poteri e ricordare in modo netto, secondo un motto della filosofia illuminista, che difendere l'indipendenza della magistratura non significa difendere i giudici (con, alle volte, le loro arroganze nella gestione quotidiana della vita giudiziaria): significa difendere la democrazia dello Stato, significa custodire la libertà di tutti i cittadini: perché nessun avvocato avrà una funzione nel processo se il giudice che gli sta di fronte non avrà l'indipendenza del decidere, nessuno cittadino sarà mai libero se non saranno liberi i giudici, nessuno Stato potrà definirsi democratico se il suo governo pretenda di incidere nello svolgimento della funzione giurisdizionale.

Giuliano Scarselli

III.
La tutela dei diritti umani

1. In memoria di Ebru Timtik: la resistenza dell'avvocatura in Turchia

Sommario: **I.** Essere giovani avvocate/i in Turchia. – Premessa. – **1.** Il ruolo dell'avvocatura in Turchia. – **2.** Essere giovani avvocati in Turchia oggi. – **2a.** Memorie d'infanzia. – **2b.** La ricerca di un riscatto nella difesa degli ideali democratici. – **2c**. La persecuzione per la tutela giurisdizionale dei diritti umani. – **II.** L'avvocatura alla prova dello stato di emergenza. – **1.** Lo stato di emergenza, i decreti emergenziali e le "purghe". – **2.** L'impatto sociale dei decreti emergenziali e la normalizzazione dell'emergenza. – **3.** La riforma presidenziale in Turchia. – **4.** La persecuzione dell'avvocatura in Turchia durante e dopo lo stato di emergenza. – **III.** Ebru e noi. – **1.** La scelta di Ebru e le responsabilità di Stato. – **2.** La lotta per la difesa del giusto processo e delle giuste condizioni detentive. – **3.** Il nuovo arresto di Aytaç Ünsal. – **4.** Conclusioni.

Abstract

Ebru ci ha lasciato un'eredità impegnativa, interrogarci sul ruolo dell'avvocatura nella difesa dei diritti e dello stato di diritto. Per capire il suo gesto, occorre andare indietro nel tempo e capire le radici della scelta di dedicarsi all'avvocatura, in una società in rapido movimento eppure terribilmente statica nelle dinamiche di repressione del dissenso. Cosa significa essere giovani avvocate/i in Turchia dopo i fatti di Gezi Park? Come ha vissuto l'avvocatura turca l'esperienza dello stato di emergenza dopo il fallito colpo di stato? Perché Ebru ha scelto il digiuno fino alla morte? Il suo gesto ci parla di noi? Tre approfondimenti con gli occhi di un'avvocata ed osservatrice internazionale, che in Turchia può ritornare solo con la memoria, interdetta dal ritornarvi fisicamente proprio in ragione della sua stretta collaborazione con i colleghi turchi.

Di queste case
non è rimasto
che qualche
brandello di muro.

Di tanti
che mi corrispondevano
non è rimasto
neppure tanto.

Ma nel cuore
nessuna croce manca.

È il mio cuore
il paese più straziato.

(Ungaretti)

I. Essere giovani avvocate/i in Turchia.

Premessa.

Sono stata osservatrice internazionale in Turchia per quattro anni, prima di essere respinta alla frontiera con divieto di reingresso. In quei quattro anni, alle volte anche una o più volte al mese, mi sono recata in Turchia per osservare le udienze di processi in cui i nostri Colleghi erano (e sono) imputati con accuse gravissime, reati di terrorismo o contro l'unità dello stato, per il solo motivo di aver svolto la loro professione di avvocati. Ho conosciuto i colleghi imputati ed i loro difensori, ho partecipato alle riunioni dei collegi difensivi, ho letto capi di imputazione, verbali di udienza, sentenze, ed insieme a loro ho anche attraversato le riforme legislative e quelle politiche che il Paese stava vivendo, osservando il ruolo svolto dall'avvocatura in quella società complessa ed in movimento.

Ho conosciuto avvocati, giudici, giornalisti, parlamentari, sindaci, accademici, attivisti per i diritti umani, insegnanti, gente comune della capitale, dei grandi centri metropolitani e delle cittadine curde, ed anche nostri concittadini expat. Ho imparato qualche parola di turco, e la lingua curda fino al livello A2. Ho osservato elezioni svolte sotto la minaccia armata, e la vita nei villaggi e nei quartieri curdi sopravvissuti al regime di coprifuoco, alla fine del processo di pace, mentre dall'altro lato del confine prima imperversava la resistenza dei curdi a Daesh (Isis), e poi si susseguivano le operazioni militari turche per il controllo e l'occupazione del territorio siriano ed iracheno sottratto dai curdi al controllo dell'Isis (Scudo dell'Eufrate, Peace Spring, Ramoscello d'Ulivo). Ho incontrato le profughe yezide nei campi di accoglienza ufficiali e non ufficiali della Turchia, del Rojava, del Kurdistan iracheno. Ho partecipato a matrimoni, funerali, feste di compleanno, manifestazioni, seminari. Ho partecipato a conferenze nazionali ed internazionali, ho rilasciato interviste e scritto articoli e rapporti che sono finiti sui tavoli dell'ONU e del Parlamento italiano[1].

Ciò di cui sono stata testimone in Turchia, ha segnato indelebilmente la mia vita privata e professionale. Non è facile scriverne, e non è questa la sede dove poterlo fare compiutamente. Ad essere del tutto onesta, parlare e scrivere di Turchia per me significa ogni volta mettere sale su di una ferita ancora aperta. È una scelta tanto dolorosa quanto inevitabile, quella di non dimenticare, di non volgere altrove lo sguardo ed anzi puntarlo proprio lì, sempre. Dolorosa perché richiama alla mente l'attualità della sofferenza di molti colleghi conosciuti, stimati professionisti oggi in carcere, o a rischio di detenzione in ragione dei procedimenti pendenti, e per le violenze che continuano indiscriminate nei confronti della popolazione civile curda, delle persone lgbt, dei diversi gruppi religiosi ed etnici presenti nel Paese e più in generale dei gruppi di opposizione al regime attuale.

Dopo il mio respingimento ho preso l'unica decisione per me possibile, quella di mantenere dritto il timore, e continuare a segnare la rotta con direzione Turchia, sebbene non potessi più navigare in quelle acque agitate.

La situazione è peggiorata incredibilmente, e la rete di solidarietà internazionale

[1] https://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=assemblea_allegato_odg&idlegislatura=17&anno=2015&mese=10&giorno=02.

costruita grazie alle strette relazioni intrecciate con i colleghi turchi, ha consentito di squarciare il velo sulle quotidiane negazioni del diritto alla difesa, sulle violazioni dei diritti dei detenuti, sulle torture e sui crimini contro l'umanità che ad oggi si stanno consumando a casa dei nostri vicini. Rendere queste violazioni di pubblico dominio e non smettere mai di cercare giustizia è stato il mio giuramento. Farlo in quanto avvocata ed insieme alle realtà nazionali ed internazionali dell'avvocatura è stato il mio obiettivo.

Chi era Ebru Timtik, e perché abbia scelto di intraprendere un digiuno fino alla morte, non lo si può capire leggendo la sua biografia su Wikipedia o i coccodrilli sui giornali. Per capire il suo gesto, occorre capire cosa significhi in generale scegliere di essere avvocate/i in Turchia, ed in particolare cosa significhi oggi, per i giovani della mia generazione, indossare la toga in quel Paese. Mi scuserete quindi, se nel ricostruire questi ultimi anni, mi soffermerò sul ruolo dell'avvocatura, lasciando in secondo piano la non meno grave e sistematica persecuzione (e resistenza) di giornaliste/i, magistrate/i, uomini e donne di cultura e della politica.

1. Il ruolo dell'avvocatura in Turchia.

L'assenza di separazione tra il potere governativo e quello giudiziario ha sempre costituito un grave vulnus all'indipendenza della magistratura in Turchia ed al rispetto dei principi del giusto processo e del diritto alla difesa.

Nonostante la riforma costituzionale del 2010, e la creazione del Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori (HSYK), persistevano criticità strutturali che già furono documentate e censurate dalla Relatrice Speciale dell'ONU per l'indipendenza di giudici e degli avvocati nel suo rapporto sulla missione in Turchia del 2011[2].

Già allora la Relatrice notava che "*L'aumento del numero di casi di arresto, detenzione e di avvio di indagini per accuse legate al terrorismo di avvocati che difendono individui accusati di terrorismo è di particolare interesse per lo Special Rapporteur. Il Principio fondamentale n. 18 sul ruolo degli avvocati prevede che gli avvocati non siano identificati con i loro clienti o le cause dei loro clienti come risultato dell'adempimento delle loro funzioni ed il principio n. 20 afferma che gli avvocati godono dell'immunità civile e penale per le dichiarazioni pertinenti rese in buona fede nelle memorie scritte o orali o nelle loro apparizioni professionali dinanzi ad un tribunale, o altra autorità legale o amministrativa. Questi principi sono tra i più violati su base quasi quotidiana, poiché è tutt'altro che raro che vengano avviate indagini contro avvocati sulla base di un loro presunto collegamento o favoreggiamento delle presunte attività criminali dei loro assistiti. Purtroppo ciò sembra che avvenga sempre più spesso in Turchia*"[3].

Parole profetiche, in quanto l'utilizzo politico del sistema giudiziario ha reso possibile, specialmente dopo la grande manifestazione popolare di Gezi Park, una serie di indagini che hanno colpito avvocati, difensori di giornalisti e attivisti per i diritti

[2] https://undocs.org/A/HRC/20/19/Add.3. Si veda anche Perilli, *Lo Stato di diritto, l'indipendenza della magistratura e la protezione dei diritti fondamentali: la tragica deriva della Turchia dal 2013*, in La magistratura, 16 febbraio 2017, online. http://www.associazionemagistrati.it/doc/2514/lo-stato-di-diritto-lindipendenza-della-magistratura-e-la-protezione-dei-diritti-fondamentali-la-tragica-deriva-della-turchia-da.htm.

[3] Ibidem, para. 64.

umani, per il solo fatto di avere esercitato le loro funzioni difensive, assimilando il loro ruolo a quello dei propri assistiti, specie quando accusati di reati politici, di attentare all'unità dello stato o di terrorismo.

A partire da Gezi Park, le continue riforme alla legislazione antiterrorismo e l'estensione dei poteri di polizia hanno permesso il perfezionamento di un diritto penale del nemico volto a criminalizzare ogni forma di dissenso.

Ed infatti la persecuzione di giornalisti, attivisti politici e magistrati e la sistematica violazione dei diritti umani delle "minoranze" è iniziata ben prima del colpo di stato del 2015, che ha consentito esclusivamente la legittimazione e l'estensione di tali pratiche attraverso l'imposizione dello stato di emergenza[4].

2. Essere giovani avvocati in Turchia oggi.

2a. Memorie d'infanzia.

Per capire quello che è successo ad Ebru Timtik occorre comprendere chi sono le/i giovani avvocati attivi in prima a linea a difesa dei diritti umani in Turchia, e perché hanno scelto di dedicarsi a questa professione.

La Turchia ha attraversato momenti molto bui nella sua storia recente. La violenza di stato è stata rivolta nei confronti delle "minoranze" etniche, religiose, politiche. Una violenza brutale, sproporzionata ed al di fuori della legge, alla quale anche molti bambini hanno assistito, della quale hanno subito le conseguenze, e che ha generato nella memoria collettiva dei traumi trasmessi intergenerazionalmente, ed al contempo la voglia di vivere in una società diversa, di pace, tollerante.

I bambini e le bambine le cui vite sono state segnate da questi traumi[5], crescendo si sono trovati davanti a una scelta, per raggiungere l'obiettivo di una società migliore, e più giusta con i deboli. Questa scelta, come mi è stato riferito in uno dei miei viaggi, per molti è stata tra il diventare avvocato e lottare per la democrazia, o arruolarsi tra le file della lotta armata.

Ho ascoltato molte storie sull'infanzia dei miei colleghi e delle mie colleghe: alcune di discriminazione generale, altre davvero terrificanti. Chi di loro aveva visto da bambino la loro madre o la loro sorella stuprata dai militari davanti agli occhi, chi aveva avuto parenti senza nessuna colpa, se non quella del loro orientamento politico, scomparsi e poi ritrovati dopo giorni e giorni di ricerche torturati nelle stazioni di polizia, e poi detenuti per anni prima di essere assolti, o morti in carcere senza mai uscirne.

[4] Per approfondimenti: Spinelli, Giovene di Girasole, *Manuale per osservatori internazionali dei processi. La difesa dei diritti umani*, Roma, 109 ss. In distribuzione gratuita su richiesta al C.N.F. http://www.nuovaeditriceuniversitaria.it/Libro-la-difesa-dei-diritti-umani.html.

[5] Soyalp, (2019*). A transdisciplinary perspective on the historical traumas among armenian, kurdish, and turkish people of anatolia: Transgenerational trauma, "Turkishness," and the epistemologies of ignorance* (Retrieved from https://search.proquest.com/dissertations-theses/transdisciplinary-perspective-on-historical/docview/2334214331/se-2?accountid=9652.
Bolton, Michalopoulos, Ahmed, Murray & Bass (2013). *The mental health and psychosocial problems of survivors of torture and genocide in Kurdistan, Northern Iraq: A brief qualitative study*. Torture, 23, 1–14.
Daud, Skoglund & Rydelius (2005). *Children in families of torture victims: Transgenerational transmission of parents' traumatic experiences to their children*. International Journal of Social Welfare, 14, 23–32.
Kaitz, Levy, Ebstein, Faraone & Mankuta (2009). *The intergenerational effects of trauma from terror: A real possibility*. Infant Mental Health Journal, 30, 158–179.

Chi era stato costretto a seguire la famiglia, esiliati nella grande metropoli, allontanati dai villaggi natii dai famigerati guardiani del villaggio. Quelli come me nati all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, non potevano parlare la loro lingua natale, il curdo. È stato vietato dopo il colpo di stato del 1980, fino al 1991, così come era vietata qualsiasi "circolazione e pubblicazione di idee" nella stessa lingua. Furono cambiati i nomi dei villaggi e delle città: così Gever divenne Yuksekova, Amed fu ribattezzata Diyarbakir, e così via. Persino i nomi delle persone, dei monti e dei fiumi non potevano più essere in curdo. Alcuni di loro, da adulti, hanno scelto di riappropriarsi delle loro radici, studiando la lingua all'Istituto di cultura curda (chiuso per decreto durante lo stato di emergenza), altri apprendendola in carcere, come una collega, oggi parlamentare, che vi era ingiustamente finita per oltre due anni, per il solo fatto di far parte del team difensivo di Abdullah Ocalan, senza mai averlo incontrato.

Cito le memorie della collega turca in esilio volontario a Vienna, Serife Ceren Uysal: "*Almeno per la mia generazione in Turchia, ciò a cui abbiamo dovuto assistere durante la nostra infanzia e la nostra giovinezza ha determinato la posizione che abbiamo preso nella nostra vita professionale.*

Immagina un bambino curdo che è stato sottoposto a migrazione forzata, che ha visto suo padre, suo zio o altre persone nel suo villaggio essere giustiziati a colpi di arma da fuoco. Quel bambino curdo aveva bisogno di nascondersi sotto il letto durante le notti per essere protetto dalla caduta dei proiettili … Quante notti? Non lo so perché questa non è la mia storia, non l'ho mai vissuta. Posso solo immaginare quanto sia doloroso, e posso solo immaginarlo attraverso gli occhi dei miei colleghi che hanno vissuto queste situazioni.

Ad esempio, pensa a un altro bambino. Questo bambino potevo essere io o migliaia di altri avvocati turchi. Suo zio, che era un insegnante, è stato rapito di notte da casa da uomini armati e mascherati. Tutta la famiglia lo ha cercato nelle stazioni di polizia per 10 giorni. Le informazioni ufficiali sono state ottenute dopo 10 giorni. Quando lo hanno visitato dopo 10 giorni, lo zio alto e forte non poteva stare in piedi a causa delle torture a cui era stato sottoposto. Tuo zio, che ti accarezza i capelli e ti abbraccia ogni volta che ti vede, non ha la capacità di alzare la mano. Sono passati dei mesi … Tuo zio è ancora in prigione. Tutti in famiglia sono infelici. Tuo cugino che è più giovane di te non capisce. Furioso … Mesi dopo, lo zio fu assolto.

Cosa resta nella memoria di quel bambino? Forse la paura rimane. Così come il desiderio di fare qualcosa contro l'ingiustizia. Questo bambino diventerà un avvocato e cercherà di impedire che altri zii vengano torturati. Diamo un nome a questa bambina e chiamiamola Ebru Timtik!"[6].

Sono memorie che lasciano paura, rabbia e sete di giustizia. Erano gli anni Ottanta e Novanta, gli anni delle sparizioni forzate, delle torture di stato e degli omicidi politici nei confronti di chiunque curdo o comunista, giornalista o sindacalista, fosse sospettato di essere entrato in qualsiasi modo in contatto con organizzazioni sovversive, in particolare con il PKK[7].

[6] https://iadllaw.org/2020/12/a-life-dedicated-to-justice-and-struggle-ebru-timtik/.

[7] "Il golpe del 1980 concluse nel modo più drammatico uno dei periodi più bui della storia turca: episodi di violenza tra militanti dell'estrema sinistra e dell'estrema destra, tra maggioranza sunnita e minoranza alevita, nascita del PKK e del terrorismo curdo inizialmente diretto contro rivali tribali e feudali, grave crisi economica, incapacità dei leader politici dell'epoca, Demirel e Ecevit, di affrontare la situazione con una visione politica chiara

Human Rights Watch tra il 1992 e il 1996 aveva contato almeno 500 sparizioni forzate[8], 800 secondo il movimento che ancora oggi chiede verità e giustizia, quello delle "madri del sabato"[9]. Circa duemila villaggi curdi in quel periodo furono militarizzati e distrutti, provocando oltre due milioni di rifugiati[10]. La Turchia ha ricevuto 34 condanne dalla CEDU solo per le sparizioni forzate avvenute in quegli anni[11], molte delle quali rimaste ineseguite.

2b. La ricerca di un riscatto nella difesa degli ideali democratici.

I bambini che sono cresciuti con questi ricordi negli occhi, con questo sradicamento, hanno scelto di essere avvocati per farsi agenti di pace, per combattere le ingiustizie con le armi del diritto e dei diritti umani, per difendere gli ultimi dagli abusi di stato, per estirpare i germi del nazionalismo e contribuire a creare, per sé e per gli altri, un Paese democratico, laico, rispettoso delle diversità. Hanno una profonda cultura umanistica ed internazionale, e cercano di attingere all'esperienza di chi altrove nel mondo prima di loro ha usato le armi dei diritti umani per rendere un mondo migliore. Molti di loro sono politicamente impegnati e fanno parte di numerose associazioni a tutela dei diritti umani. Rimasi stupita, alla mia prima osservazione, nel vedere un giovanissimo collega il quale, saputo che ero italiana, si avvicinò a me e mi mostrò raggiante le lettere dal carcere di Gramsci, che stava leggendo con entusiasmo. Rimasi addirittura esterrefatta quando poi sentii un collega turco citare durante un'arringa la sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale italiana sul principio di colpevolezza.

Le immagini della loro infanzia che quei bambini, oggi avvocati, hanno conservato nella memoria, con l'interruzione del processo di pace, nel marzo 2015, drammaticamente si sono ripresentate ai loro occhi, dapprima come nefasti presagi e poi come inquietanti realtà. Lo scenario si è ripetu-

avevano condotto il Paese in una guerra civile strisciante. La maggioranza della classe media (e non solo) turca accolse il golpe militare con un sospiro di sollievo, come del resto fece anche lo schieramento occidentale. Ma il sollievo durò molto poco, in quanto la svolta autoritaria si rivelò particolarmente pesante per il Paese, con un tentativo in buona parte riuscito di completa depoliticizzazione del Paese: chiusura del Parlamento, scioglimento di partiti, sindacati e associazioni, censura permanente. Non solo i movimenti di estrema sinistra e quelli filoislamici (nella cui nascita qualche anno prima molti vedono la longa manus dei militari nel tentativo di contrastare i primi), ma anche i repubblicani, i nazionalisti e gli attivisti curdi pagarono conseguenze durissime. Dal golpe scaturì poi la Costituzione del 1982, simbolo tuttora vigente di una difficile sintesi islamico-nazionalista filoccidentale in chiave autoritaria che ha plasmato la Turchia moderna ma ha anche contribuito a creare ulteriori tensioni, in particolare aggravando la questione curda e contribuendo al consolidarsi del ruolo chiave del PKK" Fonte: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/940332/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione6-h1_h121.

[8] https://www.hrw.org/report/2012/09/03/time-justice/ending-impunity-killings-and-disappearances-1990s-turkey; https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/TURKEY933.PDF.

[9] https://en.wikipedia.org/wiki/Saturday_Mothers.

[10] *Conflict Studies Journal at the University of New Brunswick*. Lib. unb.ca. Retrieved 29 August 2010. Jongerden, Joost (2007-05-28). *The Settlement Issue in Turkey and the Kurds*: An Analysis of Spatial Policies, Modernity and War. BRILL. 82. Human Rights Watch/Helsinki, *Turkey's failed policy to aid the forcibly displaced in the southeast*, A Human Rights Watch report, vol. 8, no. 9 (D), June 1996. Human Rights Watch, *Displaced and Disregarded: Turkey's Failing Village Return Program*, A Human Rights Watch report, vol. 14, no. 7 (D), October 2002.

[11] Si veda ad esempio European Court of Human Rights, *Osmanoğlu v. Turkey*, judgment of 24 January 2008, *Sayği v. Turkey*, judgment of 27 January 2015, *Orban v. Turkey*, judgement of 6 November 2002, ed altri.

to uguale, con le sparizioni forzate[12] e le operazioni antiterrorismo che dal 2015 al 2016 si sono svolte nel sud-est della Turchia, con l'imposizione in via amministrativa di coprifuoco ed attività armate, e che hanno afflitto tutta la popolazione in 32 distretti (a maggioranza etnica curda, bacino di voto del partito di opposizione HDP, che alle elezioni del 2015, avendo superato la soglia di sbarramento con il 13% dei voti aveva impedito ad Erdoğan di ottenere la maggioranza necessaria a trasformare la Turchia in una repubblica presidenziale)[13]. Secondo l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, queste "operazioni anti-terrorismo" hanno afflitto 1,6 milioni di persone e provocato almeno 355000 profughi interni, in conseguenza della distruzione operata nel corso delle operazioni militari[14]. Oltre 2300 civili sono stati uccisi[15], a parte i combattenti ed i militari morti nel conflitto. Crimini contro l'umanità, che hanno colpito indiscriminatamente i civili, che ho avuto modo di documentare direttamente in diverse missioni di osservazione[16], mio malgrado.

Se si riescono a ricostruire le tappe che hanno portato all'immane tragedia di quegli anni, e le conseguenze del conflitto in termini di perdite di vite umane e di danneggiamento di beni, ciò che non si riesce a spiegare è la profonda tragedia del vedere una popolazione, cittadini di un Paese del Consiglio d'Europa, colpita in maniera sproporzionata, ed illegittimamente, dalle autorità del Paese che dovrebbe proteggerli, con crudeltà, a titolo di punizione collettiva di un intero gruppo sociale, senza ottenere protezione sufficiente dalle autorità sovranazionali, per impedire quello che alcuni hanno definito un vero e proprio tentativo di genocidio culturale dei curdi, ancora in atto[17].

Immaginate voi l'effetto che può fare, vedere i propri concittadini ed i propri famigliari in stato d'assedio, la propria città ed il proprio quartiere rasi al suolo, i propri vicini ammazzati dai cecchini dell'esercito, dai propri connazionali, in nome di una lotta al terrorismo in cui essere curdo equivale ad essere terrorista, sicché la punizione arriva senza processo ed è collettiva, in uno Stato che pure fa parte del Consiglio d'Europa,

[12] E che, dopo il colpo di stato, sono state perpetrate anche in danno dei sospetti gulenisti: https://www.hrw.org/news/2020/04/29/turkey-enforced-disappearances-torture.

[13] https://espresso.repubblica.it/internazionale/2015/10/12/news/turchia-tremila-morti-in-tre-mesi-bombe-cecchini-attentati-cosi-muore-la-democrazia-1.234010.

[14] Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the functioning of democratic institutions in Turkey, Resolution 2121 (2016), 22 June 2016, paragraph 10.

[15] https://www.crisisgroup.org/content/turkeys-pkk-conflict-visual-explainer.

[16] http://www.staticfiles.it/clients/ggdd/file-; https://ilmanifesto.it/Demirtaş-entra-a-cizre-testimonianza-di-avvocata-italiana-e-assedio-e-strage/reposit/posts/2015/09/20150921110852/documents/ggdd_20150921110852.pdf; https://www.repubblica.it/solidarieta/emergenza/2015/10/30/news/il_kurdistan_nella_morsa_turco-siriana_tra_le_esecuzioni_sommarie_e_la_ricostruzione_di_kobane-126244488/.

[17] Si veda in particolare Zagato, *Il coprifuoco in Turchia e la violazione di massa dei diritti umani. Sulla via di un genocidio culturale?*, Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100.
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017. Online qui: https://edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/article/ricerche-giuridiche/2018/1/art-missing-article-doi_nKXob2Y.pdf, https://ekurd.net/genocide-kurdish-case-turkey-2018-02-06, https://it.scribd.com/doc/60669321/Kurtlerin-sonu-haydar-isik, https://tr.wikipedia.org/wiki/K%C3%BCrt_Sorununda_Demokratik_%C3%87%C3%B6z%C3%BCm_Bildirgesi.
https://www.aninews.in/news/world/middle-east/kurdish-leader-says-turkey-pursuing-socio-political-genocide-against-kurds20191221203508/, *Cultural Genocide and Asian State Peripheries*, a cura di Sautman, Berlino, 2006, 12. *Social Inequality & The Politics of Representation*, di Pascale, sez. 15 *Language as a means of civilizing the kurdish women in Turkey*, 234. Van Bruinessen, *Genocide of the Kurds*, in *The Widening Circle of Genocide*, di Charney, Piscataway, 1994.

e che per un simile spargimento di sangue neppure è ricorso alla proclamazione dello stato d'emergenza, assegnando ad una figura prefettizia di diretta nomina governativa il potere di stabilire i limiti temporali e territoriali del coprifuoco, in assenza di qualsiasi base legale[18].

Immaginate voi la responsabilità che ci si deve assumere nei confronti dei propri cari, dei propri compaesani, per cercare la giustizia, in un mondo che non ha nulla di giusto, in un crescendo di disumanità che annulla il confine tra quello che i curdi siriani subiscono dall'Isis a Kobane, e quello che i militari e paramilitari turchi fanno ai curdi di Cizre, Şırnak, Nusaybin, Silvan, Yuksekova...

Immaginate voi cosa significhi spiegare tutto questo ai vostri colleghi e vicini di casa che vivono con voi a Istanbul o nella capitale, e che non hanno mai messo piede in Bakur (il sud-est della Turchia popolato dai curdi) e non hanno la più pallida idea di quello che là si sta consumando, per via della censura.

Immaginate voi cosa significhi spiegare tutto questo a colleghi europei che nel frattempo, ignari di ciò, magari pianificano una bella vacanza ad Antalia o una visita all'alba sul monte Nemrut.

Immaginate voi cosa significhi spiegare tutto questo a un Giudice europeo il quale ritiene insussistenti i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria ovvero umanitaria in favore di un richiedente asilo curdo, perché "*nel paese non vi è una situazione oggettiva che mette a rischio i diritti umani*"…

Il Governo, nel suo bollettino quotidiano, aggiorna sul numero di "terroristi" che vengono "neutralizzati" nelle operazioni antiterrorismo. Io mi sono sempre espressa pubblicamente affinché i giornalisti italiani non utilizzino questo termine proprio della comunicazione di regime turca. Che cosa significa "neutralizzati"? Significa ammazzati a sangue freddo in operazioni militari. Non arrestati, fermati, detenuti e sottoposti a processo. A questo dovrebbero servire, in uno stato di diritto, le operazioni antiterrorismo. Allora non si utilizzi il termine neutralizzati, ma uccisi, perché è l'unico idoneo a descrivere la realtà.

Chi sono questi "terroristi" "neutralizzati"? C'è da chiederselo. È terrorista una donna disarmata, come Shirin Bilgin, di 37 anni, freddata da un cecchino per essere uscita sul balcone durante il coprifuoco[19]? O una donna disarmata come Selamet Yeşilmen, che era incinta, stava male, e mentre provava a raggiungere il giardino dal secondo piano per chiedere aiuto, insieme a due dei suoi cinque figli, di dieci e quattordici anni, è stata freddata da un cecchino sulle scale, davanti ai suoi figli, che, sebbene feriti, si sono salvati scappando di nuovo in casa[20]? Dopo tutti questi anni, il fascicolo relativo alla morte di Selamet si trova ancora in fase di indagini. Il Pubblico Ministero non ha disposto il rinvio a giudizio, perché, nonostante le testimonianze dei presenti, il referto autoptico e le foto del carrarmato sul luogo del delitto, a suo avviso "*non ci sono elementi sufficienti per trovare il*

[18] https://rm.coe.int/ref/CommDH(2016)39; https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)010-e, para 98-100.

[19] https://armedia.am/eng/news/26435/turkish-policeman-killed-pregnant-woman.html.

[20] https://bianet.org/english/print/169283-4th-day-of-curfew-in-nusaybin-one-dead-four-wounded; https://www.ilmattino.it/primopiano/esteri/donna_curda_incinta_uccisa_polizia_turca_foto-1359359.html.

colpevole"[21]. Purtroppo l'elenco di attacchi deliberati nei confronti di civili, soprattutto donne e bambini[22], è lungo, e non rende onore alle forze armate turche, rimaste impunite per i crimini contro l'umanità commessi nel corso di queste operazioni.

La realtà è che tutto questo non è neanche lontanamente immaginabile, se non lo si vive, se non lo si vede con i propri occhi. L'incubo di subire le conseguenze di una guerra, ma in un paese che è in pace. L'incubo della morte e della distruzione, per mano di quei militari che sono tuoi concittadini, ma che ti vedono come un nemico da annientare senza scrupoli e senza regole, non in Siria, non in Iraq, ma in un paese che fa parte del Consiglio d'Europa…

Ciò che più mi ha colpito, nel visitare le cittadine colpite dal coprifuoco, nel parlare con le persone, nel raccogliere le testimonianze e nel visionare quelle raccolte dai colleghi turchi, non sono solo le torture e le esecuzioni sommarie, quanto la deliberata umiliazione dei civili durante le operazioni di coprifuoco. Le case di quelli che sono stati allontanati sono state violate e saccheggiate. Sono stati lasciati escrementi umani sui letti. Sperma sulla biancheria intima estratta dai cassetti. Preservativi sporchi di sangue. Scritte nazionaliste sui muri delle case. Cimiteri bombardati. Madri che, in un calvario senza fine, giravano di stazione di polizia in obitori per reclamare la restituzione dei corpi dei loro figli, costrette a passare in rassegna i cadaveri mutilati e torturati di quelli caduti durante il coprifuoco.

Non dimenticherò mai il viso di quella madre che a Yuksekova ci raccontava la storia del suo caro figlio, mostrandoci la sua stanza bruciata, e del riconoscimento del suo cadavere a lungo cercato, dopo oltre un mese dalla perdita del contatto con lui, nell'obitorio. Forse un giorno sarà possibile scrivere apertamente di questi orrori rimasti impuniti, e chiederne conto a chi li ha commissionati, a chi non li ha impediti.

Tanta sofferenza è inimmaginabile, in un paese del Consiglio d'Europa, in tempo di pace. Così come è inimmaginabile che siano stati lasciati morire così tanti civili nell'indifferenza generale dei media e delle istituzioni, disattenti e disinteressati a queste notizie, che pure venivano fatte circolare e documentate dai noi osservatori internazionali e dai giornalisti locali, a costo della loro vita e della loro libertà.

Şırnak, dopo 81 giorni di coprifuoco, non era altro che un cumulo di macerie. Io l'avevo visitata pochi mesi prima, come osservatrice alle elezioni del 1 novembre 2015, insieme ai colleghi originari di quella città. Una città di montagna, di una bellezza che affascina, ma irrimediabilmente turbata da un episodio orribile occorso giusto un mese prima delle elezioni: un ragazzo curdo di 28 anni, un attore, Haci Osman Birlik, cognato della deputata HDP Leyla Birlik, era stato ucciso nella città di Şırnak con 28 corpi di arma da fuoco dalle forze armate turche nel corso delle "operazioni antiterrorismo" del 2 ottobre, ed il suo corpo era stato trascinato da un furgoncino dell'esercito per le strade della città, e poi il video era stato postato sui social media[23]. Un episodio orribile che ha segnato la società civile in maniera indelebile, e che ha

[21] https://100-reasons.org/selamet-yesilmen/.

[22] https://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2016/07/2016.07.02_Idil-KadinCocukRaporu-EN.pdf.

[23] https://www.nytimes.com/2015/10/06/world/europe/turkey-to-investigate-images-of-dead-kurdish-man-being-dragged.html; https://observers.france24.com/en/20151008-turkey-police-dragged-streets-kurdish-video.

spinto molti giovani curdi prima non politicizzati ed estranei alla lotta armata ad unirsi in gruppi di autodifesa nelle città sottoposte a coprifuoco, a difesa della popolazione civile dalla violenza militare. Suo padre è stato processato per propaganda terroristica per aver esibito al funerale la foto del figlio con la scritta in curdo "I martiri non muoiono mai". Era stato assolto dal Tribunale di Diyarbakir, ma a gennaio 2020 la sentenza è stata ribaltata in sede di appello. Gli avvocati della famiglia avevano sporto denuncia contro Hacı Murat Dinçer, l'ufficiale di polizia che aveva ordinato il trascinamento del corpo del ragazzo, con l'accusa di tortura e maltrattamenti, e per insulto alla memoria del defunto, abuso di autorità e omicidio di primo grado, provando che Birlik era ancora vivo quando era stato legato al veicolo. Nei quattro anni e mezzo da allora, il caso ha avuto uno scarso sviluppo, tuttavia l'ufficiale ha partecipato alle elezioni parlamentari del 2018 come candidato del partito al governo per la giustizia e lo sviluppo. Dinçer ha anche ricevuto un premio dal presidente Recep Tayyip Erdoğan per i suoi servizi a Şırnak[24].Ciò è stato possibile perché con un provvedimento del giugno 2016 era stato disposto, al fine di assicurare impunità agli abusi commessi dalle forze di sicurezza nelle operazioni antiterrorismo, che per iniziare un'indagine nei confronti di un militare impegnato in tali operazioni fosse necessario un permesso accordato dal Governo, e che competente per il giudizio fosse il Tribunale militare.

La notte prima delle elezioni del 1 novembre 2015 mi trovavo a Şırnak in delegazione insieme a due parlamentari italiani, una giornalista ed un'altra collega avvocata. Ricordo nitidamente il coprifuoco, il rumore dei carrarmati in movimento nella strada di sotto, e poi l'operazione di polizia con tanto di elicottero, a meno di un chilometro dal nostro albergo. E in un contesto di militarizzazione totale si svolsero quelle elezioni[25]. Mesi dopo, quando in televisione vidi passare le immagini di Şırnak alla fine del coprifuoco, e su Twitter vidi quel cumulo di sassi che era divenuta la casa di famiglia di uno dei miei colleghi, il suo intero quartiere, non trovai le parole per lui. È in Turchia che per me i versi di Ungaretti hanno acquistato vita e significato.

2c. La persecuzione per la tutela giurisdizionale dei diritti umani.

Oggi come ieri, alcune delle macro-violazioni commesse nei confronti dei civili curdi sono finite davanti alla Corte EDU[26].

[24] https://ahvalnews.com/turkey-kurds/turkish-court-overturns-acquittal-kurdish-man-charged-attending-sons-funeral.

[25] https://www.giuristidemocratici.it/Comunicati/post/20151105131006.

[26] Abdullah Kaplan v. Turkey (no. 4159/16), Adem Tunc v. Turkey (no. 4552/16), Ahmet and Zeynep Tunc v. Turkey (no. 4133/16), Ahmet Tunc v. Turkey (no. 39419/16), Alpaydinci and Others v. Turkey (no. 10088/16), Altun v. Turkey (no. 4353/16), Balcal and Others v. Turkey (no. 8699/16), Bedri and Halime Duzgun v. Turkey (no. 901/16), Caglak v. Turkey (no. 2200/16), Cengiz Abis and Others v. Turkey (no. 10079/16), agli and Others v. Turkey (no. 6990/16), Dolan v. Turkey (no. 9414/16), Erkaplan v. Turkey (no. 10085/16), Eroglu v. Turkey (no. 478/16), Gecim v. Turkey (no. 5332/16), Gorgoz v. Turkey (no. 480/16), Inan v. Turkey (no. 2105/16), Irmak v. Turkey (no. 5628/16), Karaduman and Cicek v. Turkey (no. 6758/16), Karaman v. Turkey (no. 5237/16), Kaya v. Turkey (no. 9712/16), Koc and Others v. Turkey (no. 8536/16), Omer Elçi v. Turkey (no. 63129/15), Oncu v. Turkey (no. 4817/16), Oran v. Turkey (no. 1905/16), Paksoy v. Turkey (no. 3758/16), Sariyildiz v. Turkey (no. 4684/16), Seniha Surer and Others v. Turkey (no. 10073/16), Seviktek v. Turkey (no. 2005/16), Sultan and Suleyman Duzgun v. Turkey (no. 891/16), Tunc and Yerbasan v. Turkey (no. 31542/16), Uysal v. Turkey (no. 63133/15), Vesek v. Turkey (no. 63138/15), Yavuzel and Others v. Turkey (no. 5317/16).

Chi ha promosso questi ricorsi, per ciò solo è stato perseguitato. Come d'altronde tutte/i coloro che hanno documentato quanto occorso durante le operazioni antiterrorismo nel corso dei c.d. coprifuochi ad orologeria nelle città del sud-est curdo, tra il 2015 ed il 2016.

Un giovane collega turco, Ramazan Demir, ha ricevuto minacce ed è stato criticato pubblicamente in ragione dei ricorsi che ha presentato alla Corte costituzionale turca e alla Corte europea per i diritti umani in relazione alle pratiche di coprifuoco in corso nel sud-est regione. Il Pubblico Ministero, tra le condotte contestate, ha inserito anche quella di "*denigrare la Turchia a causa dei ricorsi presentate alla Corte europea dei diritti dell'uomo e dei contatti che aveva con avvocati stranieri*". Ramazan Demir, prima di essere arrestato, aveva fatto in tempo ad iniziare 50 procedimenti davanti alla Corte europea per i diritti umani. Ad Human Rights Watch ha riferito che a suo avviso l'operazione di polizia e l'arresto degli avvocati, ed il suo in particolare, sia stato un tentativo di impedire loro di adempiere ai loro doveri professionali di avvocati e di diffondere informazioni, anche tramite i social media, circa il coprifuoco generale dal 14 dicembre 2015 al 1° marzo 2016 e le operazioni militari e di polizia contro i gruppi affiliati al PKK nella città sudorientale di Cizre[27]. Demir è stato uno degli avvocati che con maggiore frequenza si era rivolto alla Corte europea dei diritti umani nei mesi precedenti la sua detenzione per conto di clienti i cui parenti erano rimasti feriti e intrappolati a Cizre e che avevano urgente bisogno di assistenza medica. Nel gennaio 2016 la Corte europea aveva ordinato "misure provvisorie", in cinque casi che coinvolgevano persone ferite nei quartieri di Cizre, ordinando alle autorità turche di proteggere la loro vita e la loro integrità fisica. Solo uno dei cinque richiedenti a favore dei quali il tribunale aveva emesso una misura urgente è stato sottoposto a cure mediche[28].

L'ex Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks, ha proposto un intervento di terzi nella causa in corso presso la Corte europea che esamina la condotta delle forze di sicurezza a Cizre. Nell'atto di intervento, ha sollevato serie preoccupazioni riguardo al procedimento penale contro Demir che, ha suggerito, si è verificato "*sia in primo luogo che incidentalmente, in relazione al suo ruolo legittimo di portare i casi alla Corte*"[29]. Infatti, il 15 novembre e il 10 dicembre 2018, subito dopo la partecipazione di Demir, il 13 novembre, alle udienze davanti alla Corte Europea di Strasburgo per conto dei suoi clienti, il Ministero della Giustizia, attraverso la sua sezione per i diritti umani e la Direzione Generale del Diritto e della Legislazione, ha scritto al Pubblico Ministero e all'Ordine degli Avvocati di Istanbul per chiedere l'apertura di un'indagine disciplinare nei suoi confronti. In risposta, il 3 gennaio 2019 l'Ordine degli avvocati di Istanbul ha aperto un'indagine che potrebbe portare alla radiazione di Demir dalla professione legale.

Il processo c.d. "ÖHD2" nei confronti di Ramazan Demir e di altri 11 suoi colleghi e colleghe dell'associazione ÖHD (avvocati

[27] Human Rights Watch interview with Ramazan Demir, January 22, 2019. https://www.hrw.org/report/2019/04/10/lawyers-trial/abusive-prosecutions-and-erosion-fair-trial-rights-turkey#_ftn67.

[28] V. anche: "*Turkey: State Blocks Probe of Southeast Killings*," July 11, 2016: https://www.hrw.org/news/2016/07/11/turkey-state-blocks-probes-southeast-killings.

[29] https://rm.coe.int/168070cff9 , para. 41, 10.

curdi libertari), iniziato nel 2017, è ad oggi ancora pendente[30].

Ma più di tutti, ieri come oggi, c'è un uomo, anzi un avvocato, che ha affiancato le famiglie delle vittime nella loro richiesta di giustizia sia a livello nazionale che davanti alla Corte Edu: Tahir Elçi, uno dei fondatori di Amnesty Turchia, nonché Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Diyarbakir, ucciso con un colpo alla nuca il 28 novembre 2015, mentre denunciava i crimini contro l'umanità commessi durante le operazioni antiterrorismo avvenute nel corso del coprifuoco proclamato a più riprese nel quartiere di Sur[31], con il danneggiamento anche di monumenti dichiarati dall'Unesco Patrimonio dell'Umanità.

Il suo non è stato un omicidio ordinario, quanto piuttosto una pubblica esecuzione. C'erano tantissime telecamere a riprendere la sparatoria nel corso della quale ha perso la vita, perché è avvenuta durante una conferenza stampa all'aperto. La conferenza stampa si è svolta davanti ad uno storico minareto danneggiato dalle operazioni di sicurezza la mattina del 28 novembre 2015. Durante questa conferenza si è svolto un conflitto armato tra due militanti armati del PKK e la polizia, durante il quale è stato ucciso colpito a morte Tahir Elçi. Il Governo inizialmente aveva accusato del suo omicidio due "terroristi curdi" che erano inseguiti dalla polizia. Le indagini, condotte dai colleghi dei poliziotti coinvolti nella sparatoria, dopo tre anni, si trovavano ad un punto di stallo, ancora contro ignoti, ed era scomparso un frammento di un video che riprendeva il momento dell'omicidio. Così l'Ordine degli Avvocati di Diyarbakir ha incaricato Forensic Architecture di procedere ad una ricostruzione indipendente dei fatti[32], dalla quale è emerso che i colpi sparati a Tahir Elçi provengono dall'arma di uno dei tre poliziotti coinvolti nella sparatoria. La ricostruzione mostra che, quando i militanti erano ormai fuggiti, i poliziotti scaricavano quaranta colpi in nove secondi in direzione di Tahir Elçi, ed uno di questi lo colpiva alla nuca, determinando la sua morte.

La ricostruzione di Forensic Architecture ha consentito il rinvio a giudizio dei tre poliziotti, che tuttavia sono stati imputati per il solo omicidio colposo, essendo stati sparati i colpi che hanno ucciso Elçi, secondo l'accusa, per "neutralizzare" dei "terroristi del PKK", uno dei quali è stato rinviato a giudizio per omicidio volontario, ciò in palese contrasto con la ricostruzione di Forensic Architecture, che ha dimostrato come nessuno dei quaranta colpi visibili durante le riprese della scena è stato sparato dai "terroristi del PKK". Secondo il Pubblico Ministero "*Dato che … la posizione di Tahir Elçi al momento della morte non può essere determinata chiaramente, che il proiettile che ha causato la sua morte non può essere recuperato e che non ci sono filmati del momento in cui è stato colpito, è possibile che uno dei proiettili di Uğur Yakışır (militante del PKK) e delle pistole [del secondo militan-*

[30] Per approfondimenti: Spinelli, Giovene di Girasole, *Manuale per osservatori internazionali dei processi. La difesa dei diritti umani*, Roma, 126 ss. In distribuzione gratuita su richiesta al C.N.F. http://www.nuovaeditriceuniversitaria.it/Libro-la-difesa-dei-diritti-umani.html.

[31] https://en.wikipedia.org/wiki/Siege_of_Sur_(2016); https://www.hdp.org.tr/Images/UserFiles/Documents/Editor/amnestyreporteng.PDF; https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/12/turkey-curfews-and-crackdown-force-hundreds-of-thousands-of-kurds-from-their-homes/.

[32] https://forensic-architecture.org/investigation/the-killing-of-tahir-Elçi.

te] Mahsum Gürkan possa aver colpito Tahir Elçi".

Al contrario, secondo la ricostruzione di Forensic Architecture, "*nessuno dei quaranta colpi di arma da fuoco che sono visibili o udibili durante il periodo delle riprese (durante il quale più telecamere stavano registrando la scena) sono stati sparati dai due militanti del PKK. Piuttosto, gli unici colpi che avrebbero potuto uccidere Elçi, sono stati sparati da uno dei tre ufficiali che abbiamo identificato*".

Numerose associazioni internazionali di giuristi si sono dette preoccupate del fatto che il caso non stia procedendo in conformità ai principi che disciplinano il giusto processo[33].

Fin dalla prima udienza, che si è svolta il 21 ottobre 2020 alle ore 10, davanti alla 10a Corte penale superiore di Diyarbakir, gli avvocati che rappresentano la famiglia Elçi hanno lamentato che l'indagine si è svolta in violazione del Protocollo del Minnesota, tardivamente, determinando la perdita di prove cruciali, incluso il proiettile che ha ucciso Tahir Elçi, e con l'interrogatorio degli agenti di polizia che erano sulla scena e che hanno sparato il colpo letale solo all'inizio del 2020, più di quattro anni dopo l'omicidio. Inoltre, il pubblico ministero ha rifiutato di ascoltare diversi testimoni presentati dagli avvocati della famiglia di Tahir Elçi e non ha convocato gli agenti di polizia responsabili della pianificazione e dell'esecuzione dell'operazione e del monitoraggio della conferenza stampa. Le registrazioni video delle telecamere di sicurezza intorno alla scena e delle telecamere di sicurezza della polizia nell'area sono state manomesse o non sono state acquisite. Diverse registrazioni cruciali erano mancanti o le parti rilevanti che coprivano il tempo dell'omicidio sono state cancellate.

Il processo è stato rinviato al 3 marzo 2021, con grande apprensione da parte degli osservatori internazionali in quanto già l'udienza dinanzi al 10 ° tribunale penale di Diyarbakir il 21 ottobre 2020 è stata molto problematica perché, anche davanti a così gravi rilievi sulle indagini espressi dalla famiglia di Elçi nell'atto di costituzione di parte civile, la Corte ha rifiutato la richiesta degli avvocati della famiglia di essere ascoltati all'inizio dell'udienza, come previsto dal codice di procedura penale, ed ha declinato di ascoltare di persona gli agenti di polizia imputati, insistendo invece per ascoltarli tramite un sistema di videocomunicazione ufficiale, senza che tuttavia fossero visibili alla famiglia di Tahir Elçi o ai suoi avvocati, perché il piccolo schermo era troppo lontano da loro per essere visto, ed in violazione di legge perché non erano in presenza di un giudice designato al momento del loro esame, sicché non è stato possibile garantire il rispetto delle norme procedurali appropriate, compresa l'identificazione degli imputati. Neppure è stato concesso il controesame alle parti civili. C'erano poi diversi problemi tecnici che rendevano difficile ascoltare la dichiarazione degli imputati, e questi problemi tecnici non sono stati risolti dalla Corte, anche su richiesta degli avvocati della famiglia. In quell'occasione il tribunale ha rifiutato più volte di consentire agli avvocati di parlare e presentare le loro richieste. Ha minacciato gli avvocati e la signora Elçi che, se avessero insistito per parlare, sarebbero stati espulsi dall'aula con la forza. Gli avvocati hanno ricusato i giudici sulla base di questi eventi durante l'udienza. Tuttavia, il Tribunale non si è pronunciato su questa richiesta. Secondo il

[33] https://www.uianet.org/es/valores/joint-statement-case-concerning-killing-tahir-Elçi-and-lack-effective-investigation-his.

regolamento di procedura, prima di procedere con l'udienza, il giudice avrebbe dovuto preliminarmente decidere sull'istanza di ricusazione. Ci sono insomma gli elementi per temere che il processo non verrà trattato da un tribunale indipendente, imparziale e competente che sia in grado di stabilire i fatti e la verità sull'omicidio di Elçi, nel rispetto degli standard internazionali in materia di diritto ad un equo processo, ed in conformità con gli obblighi internazionali assunti dalla Turchia.

Suonano profetiche le dichiarazioni rilasciate da Demirtaş, co-presidente del Partito Democratico dei Popoli (HDP), alla morte dell'amico e collega Tahir Elçi: "*Dubitiamo che questo omicidio politico sarà completamente risolto. Abbiamo il diritto di essere dubbiosi. Non potremmo dire addio ad altri amici caduti con la tranquillità che gli assassini saranno arrestati. Abbiamo lavorato affinché questo stato fosse di tutti, e ci stiamo ancora lavorando. L'assassino di Tahir non è lo stato, ma la mancanza dello stato*"[34].

Ancora oggi l'opinione più diffusa è che quella di Tahir Elçi sia stata una vera e propria esecuzione dimostrativa, per via non solo delle modalità omicidiarie, ma anche del contesto nel quale sono occorse.

Tahir Elçi era noto per il suo impegno prioritario per la ripresa del processo di pace e la ricerca di una soluzione politica al conflitto curdo. Oltre alle sue difese in qualità di avvocato, era parte o in alcuni casi un membro fondatore di alcune tra le più prominenti organizzazioni non-governative turche, inclusa la Fondazione per i Diritti Umani in Turchia ed Amnesty International Turchia. Nel 2013 ha ottenuto la storica condanna della Turchia da parte della CEDU nel caso *Benzer e altri v. Turchia*[35], per il bombardamento da parte dei militari turchi di due villaggi con un aereo che, nel marzo 1994, che aveva causato la morte di più di 30 dei parenti stretti dei ricorrenti, ed il ferimento di alcuni dei ricorrenti, nonché la distruzione della maggior parte della loro proprietà e del bestiame. Il governo turco aveva ingiustamente incolpato del massacro il PKK. Prima ancora, negli anni '90 Elçi aveva difeso a Cizre i diritti dei curdi detenuti, torturati, e cercato giustizia per le vittime di sparizioni forzate, anche rischiando la propria vita per portare avanti queste azioni giudiziarie.

Ma, al momento dell'omicidio, stava ricevendo reiterate minacce di morte perché circa un mese prima, il 12 Ottobre 2015, durante un'intervista televisiva al canale nazionale della CNN Turk, aveva condiviso le sue visioni della questione curda e sulla fine del processo di pace, dichiarando che il Partito dei lavoratori del Kurdistan (PKK) non dovrebbe essere considerato un'organizzazione terroristica, perché quello tra il governo turco ed il PKK è da considerarsi un conflitto armato esteso alla popolazione Kurda che rivendica la propria identità culturale e civile, oltre che politica ("*Anche se alcuni degli atti del PKK hanno natura terroristica, il PKK è un movimento politico armato... È un movimento politico con richieste politiche e con un sostegno molto forte nella società*"), sostenendo che una risoluzione pacifica del conflitto richiederebbe il riconoscimento del fatto che il PKK, nonostante la sua documentata storia di vio-

[34] https://english.alaraby.co.uk/english/comment/2015/12/1/the-death-of-turkeys-tahir-el%C3%A7i.

[35] https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-128036&filename=001-128036.pdf.

lenza, è principalmente un'entità politica, con richieste politiche e con un sostegno significativo tra la popolazione civile del paese[36]. Concetto peraltro oggetto di dibattito giuridico a livello internazionale, che pochi mesi dopo il suo omicidio è stato confermato anche da una sentenza del Tribunale di Bruxelles del 3.11.2016, successivamente confermata anche dalla Cassazione belga[37].

A riprova del suo impegno per una soluzione pacifica del conflitto che infiammava il "Bakur", il fatto che egli, al crescere dell'uccisione di civili nel corso delle operazioni da parte delle autorità turche, mentre la resistenza popolare alle operazioni si intensificava e si creavano i gruppi di autodifesa armata locali, ancora una volta aveva fatto appello alla calma ed al ritorno al processo di pace tra il governo e il PKK, ed insieme ad altri avvocati, aveva chiesto il permesso di visitare il leader imprigionato del PKK, Abdullah Ocalan, nella speranza che avrebbe lanciato un appello affinché i suoi seguaci smettessero di resistere con le armi. Il governo respinse la sua domanda. Ocalan il 28 settembre 2006 aveva fatto rilasciare una dichiarazione al suo legale, Ibrahim Bilmez, in cui chiedeva al PKK di dichiarare un armistizio e cercare di raggiungere la pace con la Turchia, sostenendo la teoria del Confederalismo Democratico[38]. Il Comunicato di Ocalan affermava che "Il PKK non dovrebbe utilizzare le armi tranne che se attaccato con l'intento di annichilimento" e che "è molto importante costruire un'unione democratica tra i Turchi e i Curdi. Con questo processo la via al dialogo democratico verrà finalmente aperta". Per questo da allora aveva preso parte ai colloqui di pace. Il 27 febbraio 2015 le due parti erano pervenute ad un risultato storico, un accordo in 10 punti, c.d. "Accordo di Dolmabahçe", che prevedeva i pilastri per una soluzione democratica del conflitto. La dichiarazione fu presentata alla stampa internazionale dalle due parti coinvolte, che avevano accettato di iniziare i negoziati nella prigione dell'isola di Imrali con la partecipazione di Abdullah Ocalan ed il gruppo di monitoraggio nominato da Erdoğan e Ocalan. Ma, poco prima delle elezioni, il presidente Erdoğan respinse integralmente la dichiarazione e il processo di dialogo, e, dopo le elezioni nel corso delle quali il partito filocurdo di opposizione HDP ottenne brillanti risultati, iniziò la militarizzazione del sud-est curdo del Paese.

Elçi era un lucido analista delle conseguenze nefaste per il Paese dell'interruzione del processo di pace, e cercava una soluzione democratica e definitiva alla questione curda nel Paese, che evitasse il prolungarsi di quelle violenze nei confronti del suo popolo. Questa a suo avviso era possibile solo attraverso la dismissione della logica del nemico interno, mediante un dibattito pubblico onesto su quanto stava accadendo nel sud-est del Paese, sulla pericolosità dell'escalation di violenza che le operazioni militari avevano innescato. Per questo aveva chiesto di poter visitare Ocalan, per questo aveva rilasciato quell'intervista.

All'intervista sono seguiti il linciaggio mediatico, le minacce di morte, ed a distanza di pochi giorni, il 20 ottobre, l'arresto con l'accusa di aver diffuso "propaganda

[36] Due settimane dopo, ha spiegato i suoi commenti al giornalista freelance Yvo Fitzherbert. "Non l'ho detto perché sostengo il PKK", ha detto, nei commenti pubblicati dopo la sua morte. "Piuttosto, volevo affermare un fatto riguardo alla loro legittimità agli occhi di molti curdi" https://english.alaraby.co.uk/english/comment/2015/12/1/the-death-of-turkeys-tahir-el%C3%A7i.

[37] https://www.retekurdistan.it/2020/01/14/corte-di-cassazione-pkk-non-organizzazione-terroristica-ma-parte-belligerante/?fbclid=IwAR3G8UR4kfC2p5-K3SPrSnJEEq3EWCUU3WcqbYfKQWDVaTBgWkLQNgMFGRk.

[38] http://ocalanbooks.com/downloads/it-confederalismo-democratico.pdf.

terroristica" a nome del PKK, reato punito con una pena massima di sette anni e mezzo di reclusione. L'Ordine degli avvocati all'epoca accusò le autorità di "criminalizzare la libertà di parola".

In una lettera congiunta alle autorità turche, the Lawyers for Lawyers Foundation (L4L), Fair Trial Watch (FTW) e Lawyers Rights Watch Canada (LRWC), in occasione dell'arresto dichiararono: "*Ci opponiamo fermamente al modo in cui viene trattato il signor Elçi. Gli avvocati, come gli altri cittadini, hanno diritto alla libertà di espressione. In particolare, avranno il diritto di prendere parte alla discussione pubblica su questioni riguardanti la legge, l'amministrazione della giustizia e la promozione e protezione dei diritti umani. Il diritto alla libertà di espressione degli avvocati è esplicitamente stabilito nell'articolo 23 dei Principi Fondamentali delle Nazioni Unite sul ruolo degli avvocati.*

Gli avvocati in Turchia, compreso il signor Elçi, svolgono un ruolo fondamentale nel documentare gli eventi che si verificano nel conflitto nel sud-est della Turchia e nel sostenere le vittime delle violazioni dei diritti umani. È essenziale che il prezioso ruolo svolto dagli avvocati in una società democratica come la Turchia sia riconosciuto dal governo turco, soprattutto in tempi difficili come questi. La Turchia è obbligata 'a garantire che gli avvocati siano in grado di svolgere tutte le loro funzioni professionali senza intimidazioni, impedimenti, molestie o interferenze improprie' e 'non subiranno né saranno minacciati di persecuzione di sanzioni amministrative, economiche o di altro tipo per qualsiasi azione intrapresa conformemente a doveri professionali, standard ed etica riconosciuti' (Articoli 16 e 17 dei Principi Fondamentali). Gli avvocati devono essere in grado di svolgere il proprio lavoro senza temere che ciò possa avere conseguenze negative per se stessi. Il trattamento del signor Elçi si pone in contraddizione con tali principi"[39].

Il giorno stesso fu disposta la scarcerazione di Elçi a causa dell'immediata mobilitazione a livello internazionale in suo favore, ma gli venne imposto il divieto di viaggio all'estero fino alla conclusione delle indagini.

D'altronde, già in passato Elçi era stato arrestato e perseguitato in ragione della sua indipendenza di giudizio e di azione professionale, identificato con i propri assistiti del PKK. E la sua integrità e la ricerca di giustizia per il torto subito fu il motivo per cui ottenne l'ammirazione dei colleghi e l'amore del popolo

Tahir Elçi infatti, insieme ad altri avvocati turchi, si era rivolto alla Corte europea per i diritti umani per lamentare che nel novembre e nel dicembre 1993 erano stati detenuti da agenti delle forze dell'ordine con il pretesto di essere coinvolti in attività criminali, ma in realtà perché avevano rappresentato i propri assistiti dinanzi alla Corte per la sicurezza dello Stato ed erano stati coinvolti nel lavoro di documentazione delle violazioni dei diritti umani dai medesimi subite davanti alla Commissione Europea contro la Tortura. Tutti affermavano che la loro detenzione era illegale, ovvero era avvenuta in violazione dell'articolo 5 della Convenzione. Alcuni di loro, tra cui Tahir Elçi, lamentarono la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, per essere stati torturati e comunque maltrattati nel corso della detenzione, e dell'articolo 8 della Convenzione ed 1 del Protocollo n. 1, per la perquisizio-

[39] https://www.lrwc.org/turkey-arrest-and-investigation-of-human-rights-lawyer-tahir-Elçi-letter/.

ne ed il sequestro di beni arbitrariamente subito al momento dell'arresto.

Tahir Elçi fu arrestato nel suo studio legale di Cizre. I suoi giornali, i suoi computer, i suoi fascicoli, vennero sequestrati. Anche la sua casa fu perquisita. Il trattamento che gli fu riservato fu terribile: "È stato denudato, insultato, minacciato e picchiato. I suoi testicoli sono stati strizzati e l'acqua fredda è stata versata su di lui. Questo è durato circa un'ora. Quindi hanno portato il ricorrente al comando della gendarmeria del distretto di Cizre dove è stato tenuto, bendato, per un paio di giorni in uno scantinato. Successivamente è stato consegnato al comando della gendarmeria provinciale di Diyarbakir".

Solo dopo due giorni suo fratello è stato avvisato della sua detenzione. Per 15 giorni è stato trattenuto al comando della gendarmeria provinciale di Diyarbakir in regime di *incommunicado detention*. Ha affermato che durante questo primo periodo di detenzione è stato interrogato sotto tortura riguardo il motivo dei ricorsi che aveva presentato per conto dei clienti alla Commissione. La corrispondenza e la documentazione relativa a tali ricorsi gli sono state messe davanti dai suoi interrogatori. Avrebbe dovuto confessare di avere rapporti con il PKK e di essere un corriere del PKK. Quando si è rifiutato è stato torturato. Gli inquirenti lo hanno aggredito e insultato, in particolare riguardo a uno dei casi che aveva portato alla Commissione riguardante eventi nel villaggio di Ormaniçi. È stato spogliato e lasciato nudo. È stato minacciato di morte se avesse sostenuto l'accusa relativa ai casi di allontamento forzato ed alle sparizioni forzate dal villaggio. Ad un certo punto è stato portato in campagna su un veicolo militare e gli è stato detto che doveva essere ucciso. Tuttavia, si è rifiutato di firmare qualsiasi dichiarazione di confessione, anche dopo essere stato lavato con acqua fredda e dopo che gli avevano schiacciato i testicoli. Nel comando della gendarmeria era costretto a sdraiarsi su un pavimento di cemento, bendato, gli era proibito parlare con gli altri o alzarsi in piedi. Nel giro di 24 ore ha ricevuto una fetta di pane raffermo ed è stato portato in bagno due volte. Una richiesta di altre esigenze da soddisfare era una scusa per ulteriori sessioni di tortura. È stato portato davanti a un pubblico ministero il 10 dicembre 1993, e là gli sono state presentate accuse basate sulle dichiarazioni di un certo Abdülhakim Güven, un pentito del PKK che beneficiava della legge sul rimorso. È stato erroneamente affermato che una rivista e un documento illegali erano stati trovati nel suo ufficio. Suo fratello, Ömer, che era stato presente anche durante la ricerca e aveva controfirmato il rapporto di ricerca, ha potuto confermare questo errore, così come l'altro fratello, Mehmet, che era stato presente anche durante la ricerca. Un falso rapporto di ricerca (una copia inviata via fax non originale) ha soppiantato la versione autentica nel fascicolo del tribunale nazionale. Il ricorrente è stato detenuto in custodia cautelare da un giudice dal 10 dicembre 1993 al 17 febbraio 1994, quando è stato rilasciato dopo un'udienza dinanzi alla Corte per la sicurezza dello Stato. Nonostante le ripetute richieste dei suoi rappresentanti legali, i suoi fascicoli e la corrispondenza della Commissione presumibilmente non gli sarebbero mai stati restituiti. La sua attività professionale è stata irrimediabilmente danneggiata da questi procedimenti, dopo di che si è trasferito a Diyarbakır. Analogo il trattamento riservato ai suoi colleghi.

Nel caso *Elçi and others v. Turchia* (2013) la Corte riscontrò una violazione degli articoli 3, 5 § 1 e 8 della Convenzione

nel trattamento riservato agli avvocati turchi ricorrenti[40].

E' chiaro perché Tahir Elçi era un faro per gli avvocati turchi in un momento così difficile: perché aveva già navigato in acque burrascose, ed aveva guidato la nave in porti sicuri. Con la sua guida nella denuncia dei crimini contro l'umanità commessi durante il coprifuoco, gli avvocati procedevano sicuri, non cedendo davanti alle indagini, agli arresti, alle intimidazioni. La sua esecuzione pubblica è stata un segnale chiaro rivolto a chiunque fosse intenzionato a prendere il testimone del suo impegno professionale[41]. Nessun avvocato, dopo il suo omicidio, si sarebbe più sentito al sicuro. La risposta è stata collettiva: decine di migliaia di persone al suo funerale, e la sua foto in tutte le manifestazioni dell'avvocatura. Sotto, la scritta "non ti dimenticheremo mai".

Se Tahir Elçi ha pagato con la morte il proprio impegno professionale, la fedeltà alla propria funzione, l'incorruttibilità della sua indipendenza, non è andata meglio ai difensori del leader del PKK Abdullah Öcalan.

Vale la pena ricordare che Abdullah Öcalan è stato riconosciuto tardivamente rifugiato politico dal Tribunale di Roma. Rapito dai servizi segreti turchi mentre si trovava in Kenya, in Turchia, all'esito di un procedimento sommario nel quale fu enormemente compresso il diritto di difesa, è stato condannato a morte, pena poi modificata nell'ergastolo a vita a seguito dell'abolizione della pena di morte in Turchia, e per dieci anni è stato detenuto da solo nell'isola prigione di Imrali. Dopo l'isola prigione si è popolata di altri cinque detenuti politici, all'esito della visita del Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa, che aveva censurato le condizioni di totale isolamento in cui veniva detenuto. Nel 2005, la Grande Camera della CEDU, nel caso *Öcalan V. Turkey* (Application no. 46221/99) ha stabilito che la Turchia aveva violato gli articoli 3, 5 e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rifiutando di consentire a Öcalan di presentare ricorso contro il suo arresto e condannandolo a morte senza un giusto processo[42]. La richiesta di Öcalan per un nuovo processo è stata rifiutata dai tribunali turchi. Per tutto il periodo di interruzione del processo di pace, ad Öcalan non è stato permesso di ricevere le visite dei famigliari. Nel 2014 la Corte EDU, nel caso nel caso *Öcalan V. Turkey n. 2* (Application n. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07) ha ha ritenuto che vi fosse stata violazione dell'articolo 3 della Convenzione per quanto riguarda le condizioni di detenzione del ricorrente nel periodo di isolamento totale, e per quanto riguarda la condanna del ricorrente all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, constatando che, in assenza di qualsiasi meccanismo di revisione, l'ergastolo inflitto a carico del ricorrente costituiva una condanna "irriducibile" che costituiva un trattamento disumano. La Corte ha inoltre dichiarato che non vi era stata violazione dell'articolo 8 ritenendo legittime le restrizioni applicate al diritto di visita dei famigliari, per motivi di sicurezza e ordine pubblico.

Dal 27 luglio 2011 al 2 maggio 2019 il collegio difensivo di Abdullah Öcalan non è mai stato autorizzato a vederlo. Dal luglio 2011 al dicembre 2017 i suoi avvocati han-

[40] http://echr.ketse.com/doc/23145.93-25091.94-en-20031113/.

[41] https://www.dinamopress.it/news/perche-dobbiamo-tenere-viva-la-memoria-di-tahir-Elçi /.

[42] http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69022.

no presentato più di 700 ricorsi per visite, ma tutti sono stati respinti[43]. Il Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa, nel suo ultimo rapporto relativo alla visita effettuata nel 2019 ad Imrali ha esortato le autorità turche "*a prendere le misure necessarie per garantire che tutti i detenuti nella prigione di Imralı siano effettivamente in grado, se lo desiderano, di ricevere le visite dei loro parenti e avvocati. A tal fine, si dovrebbe porre fine alla pratica di imporre il divieto di visite familiari per motivi 'disciplinari'*"[44].

Il 2011 non è una data casuale: allora è iniziata la nuova ondata di persecuzione degli avvocati di Ocalan con il processo c.d. "KCK Lawyers/1", nel quale sono imputati 46 avvocati, difensori di Ocalan, molti dei quali dopo l'arresto nel novembre del 2011 hanno scontato anni di custodia cautelare in carcere, accusati di essere collegati con la Unione delle Comunità del Kurdistan (KCK), considerata dal governo turco come organizzazione terroristica legata al PKK. Questo processo è solo uno dei processi KCK instaurati in tutto il Paese a seguito di maxi operazioni di polizia che hanno portato in tutta la Turchia all'arresto nel 2009 di oltre 8mila giornalisti, sindacalisti, politici, deputati, sindaci e consiglieri comunali, accusati di fare parte del KCK (ed oggi perlopiù condannati a svariati anni di carcere). Gli imputati di questo processo, tutti avvocati, hanno fatto parte del collegio di difesa di Abdullah Öcalan. Secondo l'accusa gli avvocati trasferivano istruzioni da parte di Ocalan ai suoi sostenitori. La difesa sostiene da sempre l'inconsistenza delle accuse, tenuto conto del fatto che i colloqui tra Ocalan ed i suoi difensori venivano video registrati ed avvenivano in presenza delle guardie carcerarie e, inoltre, che molte prove poste a fondamento dell'accusa sono false oppure sono state assunte illecitamente violando il diritto di difesa (ad esempio intercettazioni telefoniche disposte senza l'autorizzazione dell'A.G.). Questo processo è costruito su prove false: è stato accertato infatti che esso trae origine da indagini operate da polizia giudiziaria e Pubblici Ministeri attualmente indagati e detenuti da vari mesi poiché sono stati condannati per aver confezionato prove false in altri processi. La Corte costituzionale si era pronunciata dichiarando illegittima la Corte speciale che aveva iniziato il processo a carico dei 46 avvocati, che hanno subito una lunga carcerazione preventiva prima di essere rimessi in libertà. A seguito di questa pronuncia il processo è stato trasferito innanzi al tribunale ordinario di Istanbul, con il numero di procedimento sopra indicato. Nell'udienza del 28 giugno 2016 gli avvocati avevano chiesto l'acquisizione degli atti relativi ai procedimenti che vedevano imputati i pubblici ministeri e il giudice che ha deciso sull'ammissione delle prove nel processo tenutosi davanti al Tribunale speciale, per avere costruito e ammesso prove false in oltre 240 altri procedimenti, e di attendere la pronuncia della Corte Costituzionale circa la (il)legittimità della prosecuzione del processo davanti a una Corte differente. La Corte ha accolto entrambe le istanze dei difensori. Nel corso del 2017 il processo ha subito alcuni rinvii formalmente motivati, tra l'altro, dal fatto che gli atti relativi agli altri procedimenti non erano stati ancora trasmessi nella loro interezza. All'udienza del 6 luglio 2017, tenutasi nonostante l'ennesimo cambio di collegio, circostanza che nel sistema processuale penale turco non

[43] http://www.freeocalan.org/news/english/lawyers-meet-with-ocalan-for-the-first-time-in-8-years.

[44] http://hudoc.cpt.coe.int/eng?i=p-tur-20190506-en-13.

determina la necessità di dover riaprire il dibattimento, prima dell'inizio dell'udienza il Tribunale si è rivolto agli osservatori internazionali presenti, dando loro il benvenuto, rimarcando però che la Costituzione turca non prevede la presenza di avvocati stranieri, ammessi solo perché l'udienza è pubblica. La sensazione, condivisa, è che la presenza alle udienze di alcuni processi in Turchia di avvocati dei maggiori Paesi europei, oltre che di alcune rappresentanze diplomatiche, passi tutt'altro che inosservata. L'esito dell'udienza non era scontato, nello scorso mese di aprile infatti il processo a carico degli imputati non avvocati, accusati di far parte del KCK, si era concluso a Diyarbakir con pesanti condanne, fino a 25 anni di reclusione. L'udienza si è svolta in un clima generale reso pesante dalle quotidiane azioni repressive ed i continui arresti di intellettuali, accademici, magistrati, pubblici funzionari, politici dell'opposizione, giornalisti, avvocati e perfino del Presidente della sezione turca di Amnesty International. La difesa in questo processo è compromessa dal fatto che tutti i difensori fanno parte dell'associazione degli avvocati libertari curdi ÖHD, che, in esecuzione del decreto emergenziale del 22 novembre 2016, è stata dichiarata illegale ed i cui beni sono stati confiscati. Da allora la persecuzione nei confronti dei colleghi appartenenti a tale associazione si è intensificata, dando origine anche al processo ÖHD. I colleghi a loro volta indagati per i medesimi reati non possono dunque più far parte del collegio difensivo[45]. Ad oggi il procedimento è pendente.

Paradossalmente (ma non troppo) anche il mio respingimento è legato al solo fatto di aver osservato i loro processi. Pochi mesi dopo il colpo di stato, sono stata respinta alla frontiera, dopo oltre 16 ore di trattenimento, con divieto permanente di reingresso. Nella sentenza di primo grado, confermata fino alla corte costituzionale turca, ed ora all'esame della Corte Europea per i Diritti Umani, si afferma che provvedimento con il quale sono stata respinta ed è stato vietato il mio ingresso in Turchia è legittimo, a tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico, in quanto la sottoscritta, stando alle informazioni fornite dal MIT (Servizi segreti turchi) "*ha una stretta collaborazione con gli avvocati turchi e stranieri di Abdullah ÖCALAN, capo di un'organizzazione terroristica, ed ha partecipato alle udienze del processo Kongra-Gel (PKK)/ KCK* (cioè quello in cui sono imputati gli avvocati di Ocalan) *come osservatore internazionale*".

II. L'avvocatura alla prova dello stato di emergenza.

1. Lo stato di emergenza, i decreti emergenziali e le "purghe".

Forse quanto fin qui condiviso è sufficiente ad esprimere la difficoltà di essere avvocati e di scegliere di difendere "il nemico" nella Turchia di Erdoğan.

Ma per certo è insufficiente a rendere idea della paranoia che ha caratterizzato la produzione legale emergenziale, e di con-

[45] Paragrafo estratto da: Spinelli, Giovene di Girasole, *Manuale per osservatori internazionali dei processi. La difesa dei diritti umani*, Roma, 120. In distribuzione gratuita su richiesta al C.N.F. http://www.nuovaeditriceuniversitaria.it/Libro-la-difesa-dei-diritti-umani.html.

seguenza la difficoltà dell'esercizio del diritto di difesa e della professione legale dopo il "fallito colpo di Stato" del 15 luglio 2016.

Il 21 luglio si è riunito il Consiglio di Sicurezza, che ha dichiarato lo stato di emergenza, ai sensi degli articoli 15 e 120 della Costituzione Turca, ed il giorno stesso ha comunicato al Segretario Generale del Consiglio d'Europa di avvalersi della facoltà di sospendere gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea per i diritti umani (CEDU) facendo ricorso alla clausola derogatoria contenuta nell'art. 15 della Convenzione stessa, ed altresì ha comunicato all'Ufficio OHCHR delle Nazioni Unite la deroga a numerosi articoli ICCPR[46].

La proclamazione dello stato di emergenza ha consentito l'estensione del "trattamento speciale" prima riservato agli avvocati di Ocalan e dei terroristi di sinistra, a tutta la categoria dell'avvocatura indipendente, identificata con il "nemico" di volta in volta difeso, e per ciò solo perseguitata. Si è registrato un vero e proprio passaggio da un utilizzo indiscriminato del diritto penale del nemico alla società del controllo totale.

Le parole migliori per descriverla sono quelle di un avvocato turco intervistato da HRW nel luglio 2018: "*For courts to see no distance between a lawyer and their client is a new development. If a lawyer defends a Kurd these days that makes him a Kurdish nationalist. If he defends a FETÖ suspect he is a FETÖ member. As a lawyer you meet your client in prison and you have no possibility of confidential communication since there's a prison guard present, a microphone, and a camera. In court, the judges accept none of your requests, such as hearing independent expert witnesses. We are seeing eight-hour trial hearings which are purely symbolic and in which nothing is taken seriously. The courts are completely unresponsive to lawyers. There is no equality of arms left, no possibility of being able to look the judge in the eye*"[47].

Vale la pena tuttavia ricordare sinteticamente in ordine cronologico tutti i provvedimenti che hanno colpito l'avvocatura durante lo stato di emergenza, che, ricordiamo, è stato prorogato in Turchia per sette volte, e cioè per due anni dopo il fallito colpo di stato, fino al 19 luglio 2018[48].

I 31 decreti emergenziali che si sono susseguiti dal 2016 al 2018[49], emessi ai sensi dell'art. 121 della Costituzione turca[50], oltre ad aver disposto le famigerate "purghe", hanno introdotto fortissime compressioni al diritto di difesa. Qui sinteticamente si citano solo alcune delle disposizioni principali, al fine di intellegibile la portata della normazione emergenziale, sia per il numero di persone raggiunte da misure limitative della propria libertà personale e comunque incidenti sui propri diritti fondamentali in maniera significativa, sia per la compressione del diritto alla difesa ed al giusto processo.

[46] E di preciso agli articoli 2, 3, 9, 10, 12, 13, 14, 17, 19, 21, 25, 26, 27.

[47] https://www.hrw.org/report/2019/04/10/lawyers-trial/abusive-prosecutions-and-erosion-fair-trial-rights-turkey.

[48] https://www.hrw.org/report/2019/04/10/lawyers-trial/abusive-prosecutions-and-erosion-fair-trial-rights-turkey.

[49] https://rm.coe.int/cets-005-tur-decl-annex-list-of-laws-04-05-2018/16807c80de.

[50] *During the state of emergency, the Council of Ministers, meeting under the chairpersonship of the President of the Republic, may issue decrees having the force of law on matters necessitated by the state of emergency. These decrees shall be published in the Official Gazette, and shall be submitted to the Grand National Assembly of Turkey on the same day for approval; the time limit and procedure for their approval by the Assembly shall be indicated in the Rules of Procedure.*

Con il decreto emergenziale (d.e.) n. 667 del luglio 2016, è stata disposta l'estensione del fermo di polizia e la videoregistrazione e limitazione dei colloqui tra indagato/imputato e difensore. Sono state introdotte deroghe al diritto dell'imputato di comparire in udienza, anche se si tratta di udienza di convalida di misura cautelare personale. È stato imposto di omissare i nomi della polizia giudiziaria in tutti gli atti. Il Pubblico Ministero è stato autorizzato a presentare in udienza un capo di imputazione provvisorio. È stata estesa la possibilità di cancellazione del passaporto anche al coniuge della persona che sia licenziata o indagata per presunti legami terroristici.

Con il d.e. 668 del luglio 2016 sono stati chiusi 45 giornali, 16 televisioni, 15 riviste, 3 agenzie stampa, 23 radio e 29 editori, ed è stata autorizzata la polizia ad interrogare ed arrestare le persone senza previa delega della magistratura.

Con il d.e. 669 dello stesso mese sono stati licenziati oltre 2000 tra militari e poliziotti, e scarcerati 38mila detenuti.

Con i d.e. 670 e 671 dell'agosto 2016 sono state chiuse tutte le scuole militari e riordinato il sistema scolastico militare. Tutte le compagnie di telecomunicazioni sono state obbligate a provvedere entro due ore agli ordini che, in esecuzione dei d.e., dispongano intercettazioni e controllo di internet, con immediato trasferimento dei dati all'autorità richiedente.

Nel settembre 2016 sono stati emanati i d.e. n. 672, 673 e 674, con i quali sono stati imposti il rientro di giudici e pubblici ministero andati spontaneamente in pensione (672) ed il riassetto dell'organizzazione penitenziaria (673). È stato disposto il commissariamento delle municipalità i cui membri fossero stati indagati, il che potrebbe apparire una disposizione secondaria, ma non lo è se si considera che Erdoğan ha costruito il suo consenso interno identificando il partito filo-curdo di opposizione HDP come "braccio politico" del PKK, sicché il numero di sindaci[51], assessori e consiglieri delle municipalità a guida HDP indagati per terrorismo e rimossi dal loro incarico già prima del decreto, nel corso delle operazioni antiterrorismo del 2015, è impressionante. Per non parlare poi degli attacchi alle sedi del partito HDP, successivi alle elezioni del 7 giugno 2015[52], e che si sono susseguiti in tutto il Paese per mesi: ben 105 solo tra il 6 e l'8 settembre 2015[53], cioè una settimana dopo l'entrata in vigore del decreto emergenziale 672, con cui il governo turco ha commissariato tra il 2016 ed il 2018, 95 Comuni di 102 a guida curda (HDP), ed arrestato 93 sindaci. 15 di loro sono stati già condannati. La maggior parte di loro è ancora dietro le sbarre[54]. In totale, quasi 15'000 membri e rappresentanti eletti del partito HDP membri e rappresentanti eletti sono stati arrestati. 5'000 di loro sono ancora detenuti. In una conferenza stampa del 7 gennaio 2020, l'HDP ha dichiarato che nel solo 2019 ci sono stati 4567 arresti e 797 detenzioni. Cioè il governo turco ha continuato ad utilizzare i decreti emergenziali per perseguitare i politici curdi anche dopo la fine dello stato di emergenza, senza sottoporre le disposizioni emergenziali al vaglio del parlamento come prescritto dalla legge. Ad oggi, 20 co-sindaci HDP eletti nel marzo 2019 e almeno 27 sindaci curdi eletti alle elezioni amministrative del 2014 resta-

[51] https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_arrested_mayors_in_Turkey.

[52] https://www.hdp.org.tr/en/civilian-losses-and-assaults-at-hdp-offices-in-numbers-law-commission-report-17-june-26-august/8919/.

[53] https://www.hdp.org.tr/en/attacks-against-the-peoples-democratic-party-since-september-6th-2015/8920/.

[54] https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/45/NGO/89.

no dietro le sbarre. Decine di altri sindaci eletti nel 2014 e nel 2019 hanno trascorso anni ìnteri in prigione prima di essere rilasciati, senza aver potuto assumere la loro carica.

Va poi osservato che da tale persecuzione non sono rimasti indenni i vertici nazionali del partito. Infatti prima ancora dell'adozione di tale decreto emergenziale, e prima ancora del colpo di stato, a maggio del 2016 era già stata approvata la riforma costituzionale che modificava l'art. 83 della Costituzione, prevedendo l'abolizione dell'immunità parlamentare nei confronti dei parlamentari indagati. A seguito di questo emendamento, il numero di procedimenti aperti nei confronti dei parlamentari di opposizione è aumentato del 200%. I co-presidenti del partito HDP e parlamentari Selahattin Demirtaş e Figen Yuksekdag sono stati arrestati il successivo novembre insieme ad altri 11 deputati HDP. Ad oggi, solo quattro di loro sono stati rilasciati. Nel settembre 2018 Demirtaş è stato condannato a quattro anni e otto mesi di carcere per aver diffuso propaganda terroristica, guidato un gruppo terroristico e incitato all'odio e all'ostilità del pubblico[55]. Tra dicembre 2015 ed aprile 2016, sono stati aperti 510 fascicoli di indagine nei confronti dei parlamentari curdi dell'HDP, la maggior parte dei quali per reati di opinione[56] collegati ai fatti occorsi durante il coprifuoco, per i quali è stata rimossa l'immunità. L'HDP ha commentato affermando che "*Revocando le immunità dei deputati HDP il regime di Erdoğan ha ottenuto qualcosa che non avrebbe potuto raggiungere in precedenza tramite i mezzi legali e paralegali a sua disposizione: e cioè l'esclusione dell'opposizione dei curdi e dei loro alleati, che è basata su una piattaforma democratica, attraverso un colpo amministrativo ben architettato*". La portata della persecuzione è stata così significativa da venire criticata anche dall'IPU[57] e dalla Commissione Venezia del Consiglio d'Europa, che, con l'opinione del 14.10.2016 ha affermato che "*L'attuale situazione nella magistratura turca rende questo il momento peggiore possibile per abolire l'inviolabilità*" e che "*L'emendamento costituzionale del 12 aprile 2016 è stato una misura ad hoc, un provvedimento 'one shot', ad homines, diretto nei confronti di 139 singoli deputati per cause già pendenti prima della costituzione del Parlamento. Agendo come potere costituente, la Grande Assemblea Nazionale ha mantenuto il regime di immunità come stabilito negli articoli 83 e 85 della Costituzione per il futuro, ma ha disposto la deroga a questo regime per casi specifici riguardanti persone identificabili, sebbene mediante l'utilizzo di un linguaggio generico. Si tratta di un uso improprio della procedura di modifica costituzionale*"[58].

[55] Demirtaş è imputato in vari procedimenti e rischia condanne per un totale di 142 anni di reclusione. L'imputazione a suo carico è stata resa nota solo mesi dopo l'inizio della detenzione. Le accuse includono l'essere tra i fondatori del PKK, sebbene Demirtaş avesse solo cinque anni quando fu fondato il PKK. Le prove a suo carico derivano dai suoi discorsi pubblici, interviste ai media e persino dalla sua partecipazione alle celebrazioni kurde del Newroz. Al processo di Demirtaş è stato impedito a tutti gli osservatori stranieri di entrare nell'edificio del tribunale. Il tribunale si trovava in un edificio appositamente costruito in una prigione ad alta sicurezza ad alcuni chilometri da Ankara, per l'occasione circondato da polizia armata, cannoni ad acqua e con aree riservate ai membri dell'AKP, incoraggiati ad intimidire gli osservatori. Demirtaş ha condotto l'ultima campagna elettorale dal carcere, attraverso messaggi videoregistrati e sottoposti al vaglio della censura, telefonate e lettere.

[56] https://www.hdp.org.tr/Images/UserFiles/Documents/Editor/AnAssessmentReport.pdf.

[57] https://www.hdp.org.tr/Images/UserFiles/Documents/Editor/IPUdecision.pdf.

[58] https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)027-e, para. 78 e 80.

Significative in tal senso le due pronunce della Corte Europea per i diritti umani relative al "caso Demirtaş", che hanno confermato la natura strumentale e persecutoria della riforma costituzionale. Con la prima pronuncia del 20 novembre 2018, nel procedimento *Selahattin Demirtaş c. Turchia*, la Corte ha accertato la violazione degli articoli 5, par. 3, 18 e 3 del Protocollo n. 1 alla Cedu stabilendo che la detenzione di Selahattin Demirtaş doveva cessare, in quanto perseguiva il secondo fine predominante di reprimere il pluralismo e limitare la libertà del dibattito politico. Nello specifico la Corte aveva dichiarato all'unanimità, che ci era stata violazione dell'articolo 5 § 3 della Convenzione, e 5 § 4 perché, sebbene egli fosse stato arrestato e detenuto con "ragionevole sospetto" di aver commesso un reato, visti i motivi addotti dai tribunali nazionali, ha ritenuto che le autorità giudiziarie abbiano ingiustificatamente prolungato la durata della misura cautelare in carcere. La Camera ha inoltre ritenuto, all'unanimità, che vi era stata violazione dell'articolo 3 del Protocollo N. 1 (diritto a libere elezioni) della Convenzione in quanto, sebbene il signor Demirtaş avesse mantenuto il suo status di membro del parlamento per tutta la durata del suo mandato, ha riscontrato che la sua incapacità di prendere parte alle attività dell'Assemblea Nazionale a seguito della sua custodia cautelare avevano costituito un'ingiustificata ingerenza con la libera espressione dell'opinione popolare e con il suo diritto ad essere eletto e a sedere in Parlamento. La Camera ha inoltre dichiarato, con sei voti contro uno, che vi era stata violazione dell'articolo 18 (limitazione sull'uso delle restrizioni sui diritti) in combinato disposto con l'articolo 5 § 3. Ha ritenuto che fosse stato stabilito oltre ogni ragionevole dubbio che il prolungamento della custodia cautelare in carcere del sig. Demirtaş, in particolare durante due campagne cruciali, vale a dire il referendum costituzionale e le elezioni presidenziali, aveva perseguito lo scopo ulteriore predominante di soffocare il pluralismo e limitare la libertà del dibattito politico, che è al centro del concetto di società democratica[59]. La sua avvocata Benan Molu ha affermato che si è trattato della prima volta che la Turchia è stata condannata per violazione dell'Articolo 18, l'unico non approvato all'unanimità. La violazione è stata infatti approvata con 6 voti a favore e uno contrario, dove Işıl Karakaş, la giudice che rappresenta la Turchia, si è dissociata dalla decisione[60]. Il 18.3.2019 la Grande Camera ha accettato di pronunciarsi su ricorso di entrambe le parti. Il 22.12.2020 è stata pubblicata la sentenza nel procedimento *Selahattin Demirtaş c. Turchia (2),* che è particolarmente significativa e merita in una disamina approfondita in separata sede. Basti qui ricordare che, con riferimento al giudizio circa l'illegittimità della rimozione dell'immunità parlamentare dal quale siamo partiti verso questa digressione, la Corte EDU richiama testualmente l'opinione del 14.10.2016 della Commissione Venezia, affermando che l'emendamento costituzionale del 20 maggio 2016 è un emendamento *ad homines una tantum*, senza precedenti nella tradizione costituzionale turca, che ha costituito un "*uso improprio della procedura di modifica costituzionale*". La Corte ha quindi ritenuto che vi era stata violazione dell'articolo 10 della Convenzione, perché l'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione del ricorrente non soddisfaceva il requisito della prevedibilità, poiché difen-

[59] http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6255318-8141028.
[60] https://www.balcanicaucaso.org/aree/Turchia/Sentenza-Cedu-Selahattin-Demirtaş-deve-essere-scarcerato.

dendo un punto di vista politico, il ricorrente avrebbe potuto legittimamente aspettarsi di godere dei benefici del quadro giuridico costituzionale in vigore, e quindi dell'immunità per i discorsi pronunciati nell'esercizio delle sue funzioni, che gli è stata invece negata a seguito della riforma costituzionale. La Grande Camera ha poi confermato anche tutte le altre violazioni già riscontrate nel 2018 dalla Camera. La sentenza della Corte del 2020 può definirsi coraggiosa, in quanto riconosce la natura strumentale alla compressione dei diritti fondamentali del ricorrente del lungo periodo di detenzione, e quanto ciò incida sullo stato di diritto. La Corte ha attribuito un peso considerevole alle osservazioni dei terzi intervenienti, ed in particolare al Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, che aveva indicato l'utilizzo strumentale della legislazione nazionale per mettere a tacere le voci dissenzienti. La Corte ha rimarcato che il ricorrente in particolare era stato privato della sua libertà durante due cruciali campagne, quella del referendum del 16 aprile 2017 e quella delle elezioni presidenziali del 24 giugno 2018. A giudizio della Corte, la sua custodia cautelare gli aveva senza dubbio impedito di contribuire efficacemente alla campagna contro l'introduzione di un sistema presidenziale in Turchia. Inoltre, era evidente che gli oppositori politici del ricorrente erano stati avvantaggiati dal fatto che egli avesse dovuto condurre la sua campagna elettorale dal carcere. Secondo la Corte poi il fatto che non solo la voce del ricorrente, ma anche quella degli altri parlamentari HDP e sindaci eletti, fosse stata silenziata attraverso la detenzione cautelare, e per un periodo così lungo, non solo aveva privato migliaia di elettori di rappresentanza in Assemblea Nazionale, ma aveva anche mandato un pericoloso messaggio all'intera popolazione, riducendo sensibilmente l'ambito del libero dibattito democratico.

Ritornando alle misure introdotte con i decreti emergenziali, con i d.e. 675 e 676 dell'ottobre 2016, hanno disposto il licenziamento di oltre 10.000 pubblici impiegati, oltre 2700 impiegati del ministero della salute, ed oltre 1200 del ministero dell'educazione. È stata disposta la cancellazione dalle scuole pubbliche turche degli studenti presenti in Gran Bretagna, negli Stati Uniti ed in Canada, ed è stata tagliata la borsa di studio per coloro che si trovavano in programmi di scambio all'estero. C'è stata poi una stretta sul controllo delle università, con il licenziamento di oltre 1200 accademici scomodi e previsione in capo al Presidente della Repubblica del potere di nomina dei rettori. Sotto il profilo del diritto alla difesa, è stata imposta per legge la registrazione e la trasmissione al pubblico ministero dei colloqui tra difensori e detenuti.

Con riferimento al licenziamento degli accademici, vale la pena ricordare la portata massiccia dell'operazione punitiva portata avanti nei confronti dei c.d. "accademici della Pace". Nel gennaio 2016, molti eminenti docenti di università pubbliche e private (medici, ingegneri, architetti, scienziati, economisti, letterati, giuristi), con una conferenza stampa, resero pubblico un appello dal nome "*Non saremo parte di questo crimine*" che chiedeva la fine delle operazioni militari dell'esercito turco nel sud est a maggioranza curda. L'appello ebbe 1.128 firmatari, tutti accademici turchi, cui si aggiunsero alcune centinaia di accademici e ricercatori di altre parti del mondo, fra cui intellettuali come Noam Chomsky e David Harvey. Gli accademici denunciavano come dietro la patina delle operazioni antiterrorismo si nascondessero in realtà violenze sproporzionate nei confronti dei civili: città assediate e distrutte, stragi, torture, definen-

do la violenza in atto "un massacro deliberato e pianificato". Tutti i firmatari sono stati indagati per propaganda a favore di organizzazioni terroristiche (KCK/PKK) ai sensi dell'articolo 7/2 della legge turca contro il terrorismo e dell'articolo 53 del codice penale turco. Hanno tutti perso il loro lavoro, professori prelevati dalla polizia negli atenei, o all'alba dalle loro case davanti ai familiari, le porte dei loro uffici sigillate e in alcuni casi vandalizzate. Alcuni sono stati arrestati, altri hanno "solo" ricevuto il divieto di uscire dal Paese. Nel 1984 il leader della giunta militare Kenan Evren aveva preso di mira gli intellettuali che chiedevano democrazia durante il colpo di stato militare. Kenan aveva definito gli intellettuali "traditori". Dopo 32 anni il presidente turco Reccep Tayyip Erdoğan ha fatto la stessa dichiarazione affermando: "*Questi intellettuali chiedono a persone di altri paesi di seguire la situazione in Turchia. Sono dei traditori*". Il boss mafioso nazionalista Sedat Peker li ha minacciati con queste parole: "Faremo scorrere il vostro sangue" e "Faremo il bagno nel vostro sangue". Molti di loro oggi sono rifugiati in Europa[61].

Il numero totale di accademici vittime delle purghe in Turchia nel corso dello stato di emergenza è di 6081. 398 di loro erano gli "accademici per la pace"[62].

Molti degli accademici per la pace sono stati condannati a pene detentive comprese tra 15 mesi e 3 anni[63]. È stata sospesa l'esecuzione della pena nella maggior parte dei casi, ma per 29 accademici no, in quanto la pena detentiva in questione era superiore a 2 anni. Nel luglio 2019, la Corte costituzionale turca ha stabilito che i diritti di espressione dei firmatari della petizione erano stati violati, e nel settembre 2019 un tribunale turco per la prima volta ha assolto uno degli Accademici per la pace. Grazie all'intervento della Corte Costituzionale 171 accademici per la pace sono stati dichiarati innocenti da 17 tribunali separati a settembre 2019[64].

Con i d.e. 677 e 678 del novembre 2016 sono state chiuse 375 associazioni accusate di mettere in pericolo la sicurezza internazionale. Tra queste numerose associazioni di avvocati, di giudici e fondazioni per i diritti umani, le quali svolgevano una funzione cruciale nella promozione dell'applicazione dei principi del giusto processo, per la protezione dei diritti dei detenuti e nel rapportare sulle violazioni dei diritti umani (ÖHD, CHD, MHD, IHD, TOHAV, YARSAV).

Con il medesimo decreto è stato previsto che tutti i dipendenti di scuole e istituzioni guleniste licenziati, indagati per presunti legami terroristici, con il passaporto proprio e del coniuge cancellato ed i beni già sequestrati, lasciassero entro 15 giorni gli alloggi pubblici dei quali disponevano e che non potessero mai più a vita avere lavori di pubblico impiego.

Con i d.e. n. 679, 680 e 681, 682 e 683 del gennaio 2017 sono state disposte ulteriori "liste di proscrizione" per pubblici ufficiali

[61] Spinelli, Giovene di Girasole, *Manuale per osservatori internazionali dei processi. La difesa dei diritti umani*, Roma, 136. In distribuzione gratuita su richiesta al C.N.F. http://www.nuovaeditriceuniversitaria.it/Libro-la-difesa-dei-diritti-umani.html.

[62] Human Rights Foundation of Turkey, *Akademisyen İhraçları: Hak İhlalleri, Kayıplar ve Güçlenme Süreçleri Raporu*, November 2019, https://tihvakademi.org/wp-content/uploads/2020/02/akademisyenihraclariy.pdf.

[63] https://journals.sagepub.com/pb-assets/AcademicsForPeace-March2019%20%281%29.pdf. Si veda anche: https://dipec.wp.unisi.it/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/GROPPI-Universit%c3%a0-in-Turchia-che-fare-250217.pdf.

[64] https://en.wikipedia.org/wiki/Academics_for_Peace.

ed accademici sospettati di essere in contatto o affiliati di organizzazioni terroristiche, ed è stata disposta la revoca della cittadinanza a chi si trovasse all'estero ed entro 90 giorni non avesse risposto all'avviso a comparire.

Con il d.e. 684 del gennaio 2017 è stato diminuito il periodo di custodia di 30 giorni, a 7 giorni, prendendo in considerazione le raccomandazioni del Consiglio d›Europa, ed è stata abrogata la disposizione che prescrive che il colloquio con i loro avvocati delle persone arrestate possa essere limitato per un periodo di cinque giorni.

Con i d.e. 686 e 687 del febbraio 2017, sono state previste specifiche relative ai funzionari del pubblico impiego colpiti dalle misure ed alla gestione dei beni congelati durante le operazioni.

Con i d.e. 688 e 689 del marzo 2017 sono state revocate le misure adottate nei confronti di alcuni pubblici ufficiali e studenti che si trovavano all'estero.

Con il d.e. 690 dell'aprile 2017 sono state adottate disposizioni in materia di competenza giudiziaria e per la nomina dei membri della Commissione d'inchiesta sullo stato di emergenza.

Con il d.e. 691 del giugno 2017 vengono introdotte ulteriori misure accessorie alla legislazione antiterrorismo. Con il d.e. 692 del luglio 2017 sono state disposte nuove "purghe" e con i d.e. 693 e 694 dell'agosto 2017 sono continuate le "purghe" e sono state disposte nuove chiusure di associazioni ed agenzie stampa. Il periodo massimo di detenzione preventiva per i reati in materia di terrorismo è stato aumentato da tre a cinque anni. È stato introdotto il diritto all'esame in forma protetta degli investigatori. Si è prevista la possibilità di riservare la decisione e dare lettura del dispositivo della sentenza anche nelle ipotesi in cui l'avvocato difensore dell'imputato non sia in udienza e non abbia rassegnato le proprie conclusioni. Con il d.e. 695 del dicembre 2017 sono stati licenziati altri 115 pubblici ufficiali. Con il d.e. 696 dello stesso mese sono state introdotte modifiche al codice di procedura penale lesive del diritto alla difesa, come la previsione che è consentito il proseguimento del processo anche quando neppure l'avvocato d'ufficio si presenti in udienza senza giustificato motivo, o come l'introduzione per il pubblico ministero della possibilità di ricorrere avverso le decisioni che dispongano il rilascio del sospettato o dell'accusato. In materia di esecuzione della pena, è stato introdotto l'obbligo di indossare le divise fornite dall'amministrazione penitenziaria, a pena di sanzione disciplinare. È stata poi disposta l'immunità totale per tutte quelle azioni compiute dai civili "che hanno agito per proteggere la democrazia durante il tentativo di colpo di stato terroristico". Con il d.e. 697 del gennaio 2018, è stata chiusa una radio e sono continuate le "purghe". Alcuni pubblici ufficiali con gli ultimi decreti sono stati reimmessi nel loro impiego.

Si tenga conto che dei pubblici ufficiali vittime delle purghe, stando ai numeri ufficiali, il numero di giudici e pubblici ministeri licenziati ed indagati è stato di 3926, cioè il 30% circa dei magistrati in carica all'epoca in Turchia[65].

[65] European Commission, 2018 Turkey Report, 17 April 2018, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-turkey-report.pdf, 23.

2. L'impatto sociale dei decreti emergenziali e la normalizzazione dell'emergenza.

L'impatto dei decreti emergenziali sull'accesso alla giustizia, di sopra accennato, non può essere letto disgiuntamente all'impatto socio-economico delle misure disposte dai medesimi decreti: i decreti emergenziali hanno costituito uno strumento sistematico di oppressione contro persone di tutte le età, generi, religioni, in generale per tutte/i coloro che non si adattavano all'ideologia, alle politiche, alle pratiche o all'agenda del governo, che per questo motivo sono state etichettate, accusate di coinvolgimento nella trama del colpo di stato o di essere nemici dello stato con vari pretesti. Per la loro "neutralizzazione" sono stati utilizzati i poteri di emergenza, associate alle già esistenti leggi sul terrorismo formulate in modo vago. Di conseguenza, le autorità governative sono state in grado di sospendere, licenziare ed eliminare più di 250.000 persone con posizioni nel settore pubblico e arrestare o detenere più di 130.000 di loro in un breve lasso di tempo. Inoltre centinaia di istituzioni del settore privato, imprese, associazioni, fondazioni, media, canali televisivi sono stati chiusi, persino confiscando alcuni dei loro beni o facendole rilevare da amministratori nominati dal governo. Azioni di questo tipo hanno creato danni incommensurabili e immense vittimizzazioni di uomini d'affari e lavoratori anche nel settore privato. Quindi, migliaia di persone che lavoravano nel settore pubblico, privato e volontario venivano arrestate, detenute o imprigionato in quei processi. Di conseguenza, volendo fare una stima delle vittime primarie e secondarie dell'abuso dei poteri emergenziali da parte del governo, il numero supera 1.200.000 persone[66].

Il governo ha goduto così tanto dei poteri dello stato di emergenza che lo ha prorogato più e più volte, avvicinando la sua durata di applicazione a due anni.

Finito lo stato di emergenza, le disposizioni liberticide introdotte con i decreti emergenziali sono state riassorbite nella legislazione ordinaria, normalizzando l'eccezione. Infatti, con le nuove leggi introdotte nel luglio 2018, ed in particolare con la legge n. 7145, è stato consentito al Presidente ed all'esecutivo di mantenere i poteri conferiti loro nel quadro dello stato di emergenza, che pertanto di fatto prosegue con tutte le limitazioni che ciò comporta per la compromissione definitiva della situazione dello Stato di diritto e dei diritti umani in Turchia, considerato che molte delle procedure in vigore durante lo stato di emergenza ancora oggi sono applicate dalle forze di polizia e dai funzionari locali.

3. La riforma presidenziale in Turchia.

Non si deve poi dimenticare che *medio tempore*, ad un anno dal fallito colpo di stato, tra un decreto emergenziale e l'altro, con il leader dell'opposizione in carcere, si è tenuto, durante lo stato di emergenza, nell'aprile 2017, il referendum costituzionale che ha introdotto il sistema presidenziale in Turchia. Il giudizio che, a tre anni di distanza, è pervenuto da parte della Corte EDU nell'ambito del caso Demirtaş, è stato tranchant, circa la sua illegittimità. Infatti que-

[66] https://drive.google.com/file/d/1OvlRz8Gg5EEFaIUaiP_bJtwzD281X0OT/view, 1.

sta riforma elettorale è stata votata durante lo Stato di Emergenza, da un Parlamento in cui il leader dell'opposizione democratica Selahattin Demirtaş, la copresidente del partito HDP Figen Yüksekdağ e numerosi parlamentari si trovavano all'epoca (e si trovano tuttora) in custodia cautelare in carcere, in conseguenza dell'emendamento costituzionale votato il 20.5.2016 che aveva rimosso l'immunità per i parlamentari indagati. Sicché il Parlamento (monco) aveva iniziato a discutere la riforma costituzionale il 9 gennaio 2017. Quel giorno, una manifestazione pacifica di protesta davanti al Parlamento è stata dispersa dalla Polizia con la violenza. Il dibattito parlamentare è stato contrassegnato da episodi di violenza fisica tra i parlamentari del partito di maggioranza AKP e quelli del partito CHP. Sono state mosse accuse di violazione della segretezza del voto. Il Parlamento ha adottato la riforma costituzionale il 21 Gennaio 2017, con 339 voti a favore, 142 voti contrari, 5 voti bianchi e 2 voti nulli. Il Presidente ha firmato il testo della riforma il 10 febbraio 2017 e fissato il referendum elettorale il 16 aprile 2017. Molte fonti autorevoli ed istituzionali hanno evidenziato che nel merito la riforma costituzionale mira ad introdurre un "sistema presidenziale alla turca" irrispettoso del principio democratico fondamentale della divisione dei poteri e del bilanciamento dei poteri tra gli organi costituzionali. Numerose sono state le censure di illegittimità segnalate in particolare dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, con l'opinione 875/2017[67]. È stata censurata in primo luogo la tempistica e la regolarità della procedura costituzionale. La Commissione sul punto ha affermato senza mezzi termini che "se una riforma costituzionale deve essere necessariamente approvata durante uno stato di emergenza, devono essere rimosse tutte le restrizioni alle libertà politiche oppure il referendum deve essere rimandato dopo il termine dello stato di emergenza". Infatti, sebbene la Costituzione turca non impedisca l'adozione di riforme costituzionali durante lo Stato di emergenza, a differenza di numerose altre costituzioni, è evidente che nessuna riforma elettorale può dirsi democratica se avviene in un contesto dove non è assicurata la libertà di espressione del pensiero e di manifestazione, in assenza della possibilità di un discorso democratico sul testo della riforma. La Commissione ha rilevato che con oltre 150 media chiusi per decreto emergenziale, è palese che i pochi altri rimasti aperti adotteranno una sorta di autocensura preventiva su un tema così scottante, con l'esito di una probabile campagna elettorale monolaterale. A ciò si aggiunga che la regolarità della procedura parlamentare è stata minata da molteplici fattori ed in particolare dalla sua breve durata, dall'assenza di 11 deputati di opposizione al momento del dibattito e della votazione, in quanto detenuti in custodia cautelare in carcere a seguito dell'eliminazione dell'immunità parlamentare (nonostante la Commissione di Venezia avesse già con sua precedente nota chiesto il ripristino dell'immunità parlamentare), dalla violazione del voto segreto, addirittura attraverso la videoregistrazione e la diffusione televisiva della procedura in forma integrale, che ha consentito di identificare gli astenuti dal voto e di mostrare deliberatamente il proprio voto ad altri parlamentari, ed è stata mandata in onda televisivamente. La Commissione di Venezia inoltre ritiene che il regime presidenziale "alla turca", ben lontano dal sistema presidenziale statunitense, poiché at-

[67] https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e.

tribuisce enormi poteri al Presidente, senza prevedere un idoneo sistema di contropoteri, rischia piuttosto di assomigliare a uno dei tanti regimi autoritari asiatici, africani o latinoamericani che hanno tratto solo ispirazione dal sistema statunitense, senza riproporre le medesime garanzie di separazione dei poteri, in particolare per quanto riguarda il controllo dell'operato del Presidente. Davanti all'impressionante numero di nuovi poteri attribuiti al Presidente, i contropoteri attribuiti al Parlamento sono stati ritenuti del tutto insufficienti. Anche per quanto riguarda l'indipendenza del potere giudiziario, la Commissione di Venezia ha ritenuto gli emendamenti costituzionali sottoposti al referendum si pongono in contrasto con gli standard europei in quanto riducono l'indipendenza del potere giudiziario nei confronti del presidente. Senza mezzi termini, la Commissione di Venezia ha rilevato che "le modifiche costituzionali rappresentano un pericoloso passo indietro nella tradizione costituzionale democratica della Turchia", ed ha voluto sottolineare "i pericoli di degenerazione del sistema proposto verso un regime autoritario e personalistico", rimarcando che "l'attuale stato di emergenza non garantisce il setting democratico dovuto per l'esercizio di un referendum costituzionale". La campagna elettorale infatti è stata caratterizzata da incidenti diplomatici all'estero da parte dell'AKP, ed all'interno del Paese da numerosi episodi di repressione di ogni tentativo di campagna elettorale per il no. Basti pensare al licenziamento di Irfan Degirmenci, storico conduttore di programmi di in-formazione sull'emittente nazionale Kanal D, licenziato per aver dichiarato su Twitter il suo 'no' al referendum. O all'arresto del 21enne studente universitario Ali Gül, per essere comparso in un video – diventato virale in rete – in cui promuove il "No" al referendum. Un rapporto pubblicato dal quotidiano Cumhuriyet, che ha monitorato i passaggi televisivi e radiofonici dei vari partiti del panorama politico nazionale, riporta che in 22 giorni la tv e radio di stato turche hanno concesso al partito AKP 4.113 minuti, di cui solo ad Erdoğan 1309, al CHP 216 minuti, al Movimento nazionalista 48 minuti, all'HDP 1 minuto. Fanatici dell'AKP hanno colpito anche in Europa, con un'aggressione in danno di curdi che si recavano a Brussels in consolato turco per registrarsi per il voto. Tre sono le persone che hanno riportato conseguenze dall'aggressione, una donna in particolare è stata ferita al collo.

Il referendum costituzionale del 16 aprile 2017 ha costituito uno spartiacque storico in grado di segnare le sorti della democrazia in un importante Paese membro del Consiglio d'Europa e della NATO. Ha costituito l'occasione per Erdoğan di monopolizzare tutte le funzioni legislative, esecutive e giudiziarie.

Volendo spiegare in maniera elementare ed in pochi passaggi il contenuto della riforma in senso presidenziale[68], si può illustrare il venir meno della separazione dei poteri sintetizzando come segue: Il Presidente della Repubblica ha assunto i poteri del presidente del Consiglio dei ministri e del Consiglio dei ministri, e queste cariche sono state abolite. È il Presidente della Repubblica che indica il Parlamento una rosa dei ministri tra cui scegliere. Il Parlamento non ha più il potere di controllare o di istituire i ministri, e non ha più il potere di sfiducia nei confronti del Presidente della Repubblica. Il Presidente della Repubblica può essere anche il capo di un partito, as-

[68] Per una lettura più approfondita si rimanda a: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/chiappetta.pdf.

sumendo il potere di scelta della lista dei deputati. Può sciogliere unilateralmente il Parlamento. Può porre il veto sul bilancio. Può emanare decreti anche aventi lo stesso contenuto di una legge respinta dal Parlamento. Il veto del presidente su una legge può essere superato solo da 301 parlamentari su 600. Il Presidente della Repubblica può creare per decreto nuovi ministeri, enti pubblici e paramilitari. Il Presidente della Repubblica elegge 12 dei 15 giudici costituzionali che hanno il potere di controllo sui decreti da lui emessi. Nomina funzionari, burocrati, dirigenti scolastici, rettori ed il Ministro dell'Istruzione. Ha il comando supremo delle forze militari del paese. Può proclamare lo stato di emergenza. Nomina ambasciatori. Nomina il Ministro della Giustizia e sei dei 12 Consiglieri del Consiglio Supremo della Magistratura. Nessuno se non la Corte Costituzionale, per metà da lui nominata, può controllare il suo operato e quello dei suoi eletti.

A mio parere, non sarebbe scorretto parlare di dittatura.

4. La persecuzione degli avvocati in Turchia durante e dopo lo stato di emergenza.

Si è già detto della persecuzione subita dagli avvocati in Turchia per aver difeso le vittime dei crimini contro l'umanità e denunciato e perseguito le gravi violazioni dei diritti umani commesse dalle forze militari turche nel sud-est curdo durante le operazioni anti-terrorismo portate avanti dopo l'interruzione del processo di pace.

Si è già detto anche di come pure durante lo stato di emergenza, dal 2016 al 2018, gli avvocati siano stati in prima linea nella denuncia delle torture, dei trattamenti disumani e degradanti[69] e delle sparizioni forzate[70] di coloro che erano sospettati di legami con le organizzazioni terroristiche.

Se vogliamo invece prendere in esame esclusivamente l'impatto dei decreti emergenziali sulla classe forense, i numeri non sono meno impressionanti di quelli riferiti ad altre categorie: il report del gruppo "Arrested Lawyers Initiative"[71] ha documentato in Turchia tra il 2016 ed il 2020 l'arresto di 14 Presidenti dell'Ordine degli Avvocati, oltre 600 avvocati e l'avvio di indagini per terrorismo nei confronti di oltre 1500 di loro.

Gli avvocati sono stati senza dubbio uno dei gruppi più colpiti, perché colpire loro ha significato ostacolare la difesa dei "nemici" che loro assistevano, e con i quali sono stati indebitamente identificati.

Si è già detto di come i decreti emergenziali abbiano compresso il diritto alla difesa, eliminando la privacy nella relazione tra l'avvocato ed il suo assistito detenuto, e restringendo le possibilità di incontro[72]. Anche le possibilità di accesso al fascicolo di indagine sono state ristrette[73], ed è stato addirittura previsto che l'udienza possa

[69] Human Rights Foundation of Turkey, Activity Report (June 2017-June 2018), 2 June 2018, https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2019/07/%C3%87al%C4%B1%C5%9Fma-Raporu-2018_tihv.Pdf p. 9-12; Human Rights Watch, "In Custody: Police Torture and Abductions in Turkey", 12 October 2017, https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/turkey1017_web_0.pdf.

[70] İnsan Hakları Derneği, "2017 İnsan Hakları İhlalleri Raporu", https://www.ihd.org.tr/2017-insan-haklari-ihlalleri-raporu-ohal-altinda-gecen-bir-yil/; Human Rights Watch, "In Custody: Police Torture and Abductions in Turkey", 12 October 2017, https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/turkey1017_web_0.pdf.

[71] https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/688046/Rapporto+febbraio+2020+dell%E2%80%99associazione+Arrested+lawyers+Initiative+sulla+persecuzione+di+massa+degli+Avvocati+in+Turchia+-+INGLESE.pdf/a2253747-2655-44aa-bb5e-2c3a5bd1c64e.

[72] Art. 6 d.e. 667.

[73] Art. 3 d.e. 668.

svolgersi anche in assenza del difensore dell'imputato, e che il processo possa concludersi anche senza che egli abbia rassegnato le conclusioni[74]. È stato poi previsto che un avvocato indagato per aver fondato un'organizzazione criminale, fondato e guidato un'organizzazione armata e per accuse di terrorismo, possa essere escluso dal suo dovere di avvocato se difende una persona indagata o imputata per le medesime fattispecie[75].

Il rapporto di "The Arrested Lawyers Initiative" ha stimato che il numero di avvocati a cui è stato vietato rappresentare i propri clienti si è ormai avvicinato a 400, e che la maggior parte di questi è stata indagata in quanto membro di una delle associazioni di avvocati chiuse dai decreti emergenziali del novembre 2016[76]. Basti ricordare tra le associazioni chiuse la Progressive Lawyers Association (Çağdaş Hukukçular Derneği) della quale fanno parte Aytaç Ünsal ed Ebru Timtik, e molti membri della quale sono ad oggi ancora in carcere, incluso il Presidente, Selcuk Kozagacli, e la sorella di Ebru, Barkin Timtik, nonché purtroppo di nuovo anche lo stesso Aytaç Ünsal; e la Lawyers for Freedom Association (Özgürlükçü Hukukçular Derneği), della quale fanno parte Ramazan Demir , di cui sopra si è riferito, e Levent Puskin, collega attivo nella difesa dei diritti LGBTQI, di recente assolto dall'accusa a suo carico[77].

Oltre che agli avvocati attivi nelle associazioni forensi impegnati nella tutela dei diritti umani, l'attacco si è rivolto anche nei presidenti degli ordini forensi critici con la politica presidenziale, e numerose indagini sono state avviate anche a partire dalle dichiarazioni pubbliche rilasciate dagli esponenti dell'Ordine. Fatto di cronaca recente è l'apertura di un'indagine nei confronti degli esponenti degli Ordini forensi di Ankara, Izmir e Diyarbakır, per aver criticato una dichiarazione che costituiva un discorso d'odio contro gli omosessuali, pronunciata dal capo della direzione degli affari religiosi. L'indagine per "insulto ai valori religiosi di una parte della popolazione" è partita proprio a seguito della denuncia proposta dal Capo della Direzione Affari Religiosi[78].

Non solo agli avvocati indagati per terrorismo è stato impedito di rappresentare i propri assistiti indagati per la medesima fattispecie ma, cosa ancor più grave, a molti avvocati è stato impedito di raggiungere o mantenere il titolo solo in ragione del fatto di essere sottoposti ad indagini. I numeri, anche in questo caso, sono impressionanti: Secondo le statistiche ottenute dall'UTBA, al 13 agosto 2020, c'erano 1252 casi presentati dal Ministero della Giustizia contro decisioni di ammissione. In 376 casi è stata annullata l'iscrizione. In 175 casi la richiesta del Ministero è stata respinta. 701 casi erano ancora in sospeso[79].

Come evidenziato dai colleghi turchi che hanno denunciato la situazione: "*È evidente che l'impossibilità di esercitare la professione di avvocato non riguarda solo il individuo interessato, ma anche altri che hanno*

[74] Art. 1 e 5 d.e. 676 e d.e. 696.
[75] Art. 2 d.e. 676.
[76] *The Arrested Lawyers Initiative, The Rights to Defense and Fair Trial Under Turkey's Emergency Rule*, https://arrestedlawyers.files.wordpress.com/2018/02/the-rights-to-defense-fair-trialin-turkey.pdf, 10.
[77] https://lawyersforlawyers.org/en/levent-piskin-acquitted/.
[78] https://www.reuters.com/article/us-turkey-rights-homosexuality-idUSKCN2291LE.
[79] Il problema è ampliamente affrontato in questa pubblicazione, 23 ss.: https://www.tahirelcivakfi.org/storage/files/ae36e3a1-90bd-44bf-8817-08321ade8533/Ruhsatsiz-Avukatlar---INGILIZCE-(1).pdf.

bisogno di essere difesi. Laddove gli ordini degli avvocati rischiano la separazione secondo le opinioni politiche nel sistema recentemente modificato (di cui si dirà tra poco)*, questa ingerenza con la professione di avvocato mira a dissuadere gli studenti dissidenti all'università dall'esercizio dei propri diritti e libertà, ad escludere dalla professione individui che non sono ritenuti 'graditi', per 'pulire' il futuro della professione di avvocato da persone con determinate opinioni e per lasciare 'un certo gruppo di persone' indifeso, senza avvocati*"[80].

Ma come se non bastasse l'impatto dei decreti emergenziali sulla già misera vita degli avvocati turchi, altri colpi ulteriori hanno contribuito a smantellare definitivamente la labile parvenza di legalità rimasta, e ad indebolire il ruolo dell'avvocatura mediante ulteriori e gravi interferenze. Infatti con decreto presidenziale n.5/2018, la Presidenza turca si è arrogata l'autorità per ispezionare gli ordini degli avvocati e sospendere il loro presidente e membri del consiglio (articolo 6) 15. È chiaro che il potere della Presidenza turca di sospendere i dirigenti eletti di consiglio dell'Ordine ha compromesso in modo significativo la loro indipendenza.

Come se ciò non fosse sufficiente, al termine dello stato di emergenza, il 15 luglio 2020, è entrata in vigore la legge di riforma degli ordini forensi, che prevede che nelle province in cui gli avvocati iscritti agli ordini locali siano più di 5000, sia possibile creare più di un ordine forense, su richiesta di almeno duemila iscritti. Inoltre, aumenta il numero di delegati che ogni ordine può inviare a rappresentarlo all'Unione Turca degli Ordini Forensi (UTBA). La riforma è stata chiaramente pensata per privare di potere e mettere più facilmente a tacere i grandi Ordini forensi (Ankara, Izmir, Diyarbakir…) che si sono rivelati critici nei confronti del regime[81]. È evidente infatti che la creazione nella stessa provincia di organi multipli di rappresentanza dell'avvocatura ne favorisce la politicizzazione, e dunque mina l'indipendenza degli iscritti nell'esercizio della professione, introducendo nuovi criteri di scelta dell'Ordine a cui appartenere (come per noi, l'iscrizione è obbligatorio ai fini dell'esercizio della professione) che non siano il criterio "neutro" della competenza territoriale dell'Ordine, dando luogo a possibili discriminazioni. In tal senso si è espressa anche la Commissione Venezia del Consiglio d'Europa con l'opinione n. 991/2020[82] . Gli avvocati hanno protestato con una grande manifestazione nazionale, che è stata attaccata dalla polizia[83].

Alla luce di queste considerazioni sparse, sulle misere sorti riservate alla funzione dell'avvocatura in Turchia dal regime al potere, forse appare più chiaro il significato e la portata simbolica della lotta intrapresa dai due colleghi detenuti, Aytaç Ünsal ed Ebru Timtik.

[80] *Ibidem*, 70.

[81] https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/europa/2020/06/30/turchia-in-parlamento-contestata-riforma-di-ordini-avvocati_045bab14-cf6b-43a8-a1e4-57d4eab0488f.html.

[82] https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)029-e.

[83] https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/06/22/turchia-marcia-di-protesta-degli-avvocati-contro-Erdoğan-bloccata-dalla-polizia-le-immagini/5844030/.

III. Ebru e noi.

1. La scelta di Ebru e le responsabilità di Stato.

«Dove iniziano i diritti umani universali? In piccoli posti vicino casa, così vicini e così piccoli che essi non possono essere visti su nessuna mappa del mondo. Ma essi sono il mondo di ogni singola persona; il quartiere dove si vive, la scuola frequentata, la fabbrica, fattoria o ufficio dove si lavora. Questi sono i posti in cui ogni uomo, donna o bambino cercano uguale giustizia, uguali opportunità, eguale dignità senza discriminazioni. Se questi diritti non hanno significato lì, hanno poco significato da altre parti. In assenza di interventi organizzati di cittadini per sostenere chi è vicino alla loro casa, guarderemo invano al progresso nel mondo più vasto. Quindi noi crediamo che il destino dei diritti umani è nelle mani di tutti i cittadini in tutte le nostre comunità».
(27 marzo 1958, *In Your Hands*, Eleanor Roosevelt).

Ebru Timtik ed Aytac Ünsal erano detenuti dal 12 settembre 2018 con l'accusa di appartenenza al Fronte di liberazione popolare rivoluzionario fuorilegge (DHKP-C). Il 20 marzo 2019, la 37a Alta Corte penale di Istanbul aveva condannato Timtik a 13 anni e sei mesi e Ünsal a 10 anni e sei mesi.

Entrambi erano imputati in due maxiprocessi che vedevano coinvolti i membri della loro associazione, il c.d. "processo CHD1", ed il "processoCHD 2".

Nel processo ÇHD1 sono indagati 22 avvocati, tutti membri dell'associazione ÇHD (Associazione dei giuristi progressisti). Il 18 gennaio 2013 le loro abitazioni sono state perquisite dalla polizia turca alle 4 di notte, in violazione dell'art. 118 del codice di procedura penale turco. Dapprima sono stati arrestati 22 avvocati, poi altri 7 dopo pochi giorni. Il Presidente dell'associazione è stato in carcere per oltre un anno. Questo processo come il processo KCK, inizialmente era di competenza di Corti Speciali antiterrorismo, successivamente dichiarate anticostituzionali, in quanto prevedevano restrizioni al diritto di difesa contrarie ai principi CEDU. Molte sono le questioni sollevate dai colleghi nel processo riassunto davanti al Tribunale ordinario: dalla mancata richiesta di autorizzazione al Ministero della Giustizia per le perquisizioni nelle case e negli uffici legali dei colleghi, alle intercettazioni illegittimamente acquisite. Le indagini di polizia sono state caratterizzate da macroscopiche irregolarità. Per fare un esempio: in uno dei capi d'imputazione del processo ÇHD nei confronti degli avvocati, era stata considerata una prova dell'appartenenza dei legali ÇHD all'organizzazione terroristica DHKP/C il fatto che un comunicato stampa rilasciato dagli avvocati in occasione dell'arresto di alcuni membri dell'associazione fosse stato ripreso e pubblicato su un sito internet che, secondo l'imputazione, apparteneva alla struttura organizzativa stessa (!), oppure il fatto che un avvocato avesse incontrato a cena in vacanza uno dei propri assistiti, che avesse partecipato al funerale del proprio assistito (!), oppure il fatto che statisticamente la maggior parte degli arrestati appartenenti al gruppo fosse difeso da avvocati dell'associazione ÇHD. Una delle accuse principali nei confronti degli avvocati imputati è l'aver suggerito ai loro assistiti di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande della polizia mentre erano in stato di arresto, producendo una

statistica che dimostrava che il numero di loro assistiti che esercitavano il loro diritto al silenzio era più alto rispetto alla media. Inoltre, secondo l'accusa, gli imputati sono colpevoli di aver istruito i loro assistiti per continuare lo sciopero della fame in carcere e quindi nel perseguimento degli obiettivi del DHKP-C. Non c'era alcuna prova diretta di ciò, ma l'accusa ha cercato di attirare l'attenzione sul fatto che i singoli prigionieri hanno continuato a seguire il digiuno dopo la visita da parte dei loro avvocati, per cui loro durante i colloqui devono aver trasmesso istruzioni ai prigionieri per continuare gli scioperi della fame. Molti anche gli episodi incresciosi avvenuti nel corso delle udienze: dalle violenze della polizia nei confronti dei colleghi mentre chiedevano di parlare con il Pubblico Ministero nel suo ufficio, alla carica di polizia nei confronti dei colleghi dentro e fuori il Tribunale, mentre tenevano la conferenza stampa dopo l'udienza. Il giudice che presiedeva il collegio in più occasioni ha agito in modo aggressivo nei confronti degli imputati e degli avvocati della difesa. In due occasioni il Presidente ha iniziato a urlare contro gli imputati e, contrariato per la risposta degli avvocati, ha sgombrato la stanza del tribunale. Un avvocato difensore ha chiesto scuse al Presidente per la sua condotta, senza ottenerle. L'imputazione dei colleghi è stata favorita dalla riforma della normativa in materia di terrorismo del 2004, che ampliava le ipotesi di istigazione, propaganda e partecipazione all'associazione terroristica in palese violazione del principio di tassatività.

L'Associazione dei Giuristi Progressisti (Çağdaş Hukukçular Derneği) conta circa 2000 membri (su circa 85000 avvocati in Turchia). In esecuzione del decreto emergenziale del 22 novembre 2016 ÇHD è stata dichiarata illegale ed i suoi uffici sigillati ed i suoi beni confiscati. Da allora la persecuzione nei confronti dei colleghi appartenenti a tale associazione si è intensificata, dando origine anche al processo ÇHD2.

Sia Ebru che Aytac, insieme al Presidente dell'associazione Selçuk KOZAĞAÇLı ed altri 17 avvocati membri di ÇHD, sono accusati nel processo ÇHD2 di appartenenza ad un'organizzazione terroristica (DHKP-C, il Partito / Fronte Rivoluzionario per la Liberazione del Popolo). Alcuni degli avvocati sono anche accusati di essere leader del DHKP-C. Otto di loro sono anche imputati nel processo ÇHD1. Gli avvocati che sono accusati in entrambi i processi sono accusati dello stesso reato, l'appartenenza all'organizzazione terroristica, DHKP-C.

Da novembre 2017 Selçuk KOZAĞAÇLI è detenuto in isolamento nel carcere di Silivri. Sta soffrendo a causa dell'isolamento. Le sue ripetute richieste di contatti occasionali con altri prigionieri sono state respinte. Gli osservatori internazionali nutrono forti riserve circa l'ordine di detenzione preventiva nei confronti di Selçuk KOZAĞAÇLı[84]. Lui e altri 7 imputati sono stati accusati per gli stessi fatti del processo CHD1, in violazione del principio del ne bis in idem, e sono stati posti in custodia cautelare in carcere sebbene per le medesime accuse nel primo procedimento la sua custodia cautelare, 4 anni fa, venne revocata[85].

[84] Selçuk KOZAĞAÇLI è membro del comitato esecutivo ELDH, associazione europea di cui ÇHD fa parte. Ha un'ottima reputazione al di fuori della Turchia come avvocato per la difesa dei diritti umani. Nel 2014 gli è stato conferito il premio Hans-Litten dall'associazione di avvocati tedeschi Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen e.V. VDJ. La più grande associazione di avvocati tedeschi Deutscher Anwaltsverein DAV ha scritto in occasione del suo arresto nel novembre 2017: "Secondo la DAV, l'arresto di Kozağaçlı esemplifica un numero di casi in cui gli avvocati in Turchia sono stati arrestati per aver difeso i loro clienti".

[85] Spinelli, Giovene di Girasole, *Manuale per osservatori internazionali dei processi. La difesa dei diritti umani*, Roma,

Al momento della morte di Ebru era pendente il ricorso davanti alla corte di cassazione turca.

Ebru aveva iniziato lo sciopero della fame a pochi giorni di distanza dal collega Aytaç Ünsal, membro della sua stessa associazione, la Çağdaş Hukukçular Derneği, per chiedere un processo equo e condizioni detentive giuste per sé, per gli altri avvocati detenuti e per i propri assistiti in carcere.

Il 5 aprile 2020, giorno che in Turchia è dedicato all'avvocatura, hanno iniziato lo sciopero della fame fino alla morte, privandosi dei nutrienti essenziali alla loro sopravvivenza.

La loro speranza era che, grazie anche alle pressioni internazionali, le autorità cambiassero idea, ed includessero nell'amnistia di prossima approvazione anche i detenuti politici, in particolare quelli gravemente malati[86]. Nelle carceri, incluse quelle dove loro erano reclusi, imperversava il covid, sia tra i detenuti che tra le guardie carcerarie. Le celle erano state igienizzate una tantum, scarseggiavano i dispositivi di protezione. Nelle loro fragili condizioni, la situazione era potenzialmente letale. Tuttavia la loro richiesta è rimasta inascoltata[87].

Il loro sciopero della fame è stato un calvario vissuto collettivamente insieme agli avvocati turchi ed agli avvocati espatriati dalla Turchia, da noi osservatori internazionali, con il compito di coordinare le azioni di informazione e di solidarietà.

Ogni giorno nuove notizie, ogni giorno nuove forme di tortura. La paura del contagio in quel carcere con 88 casi covid positivi acclarati tra polizia penitenziaria e detenuti[88], la speranza sfumata dell'amnistia, il peso in costante calo, e poi le ulcere alla bocca ed alla gola, e l'inizio della fine. Le inutili petizioni alle autorità turche da avvocati di tutto il mondo, l'ennesima delusione nella risposta da parte della Corte EDU[89]. Fino alla fine, con la speranza che quel finale fosse evitabile.

Già prima della pandemia la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva con più sentenze condannato la Turchia per l'incapacità di offrire adeguate cure mediche ai detenuti malati o di rilasciare i malati terminali, in violazione del divieto di trattamenti disumani e degradanti e del diritto alla vita. Anche il Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa nei suoi rapporti aveva espresso le medesime preoccupazioni. Nonostante ciò, le voci dal mondo che chiedevano l'estensione dell'amnistia anche ai detenuti vulnerabili ed agli avvocati, sono rimaste inascoltate, così come quelle che chiedevano la liberazione immediata dei due colleghi in sciopero della fame. Il C.N.F. ha chiesto al Presidente Conte ed al Ministro degli Esteri Di Maio di intervenire per l'immediata liberazione dei colleghi, e si sono associati gli Ordini locali di tutta Italia, oltre 70. I Giuristi Democratici hanno coordinato l'associazionismo forense per la mobilitazione in solidarietà ai colle-

123. In distribuzione gratuita su richiesta al C.N.F. http://www.nuovaeditriceuniversitaria.it/Libro-la-difesa-dei-diritti-umani.html.

[86] https://www.hrw.org/news/2020/04/17/twenty-four-rights-groups-call-turkey-release-all-those-arbitrarily-detained-now.

[87] https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/europa/2020/04/14/turchia-amnistia-per-90mila-detenuti_d37b4c5f-3810-4db0-91b3-688377f37bf9.html.

[88] https://turkeypurge.com/first-inmate-dies-from-covid-19-complications-at-istanbuls-silivri-prison-report; https://silencedturkey.org/wp-content/uploads/2020/06/THE-CORONAVIRUS-OUTBREAK-IN-TURKEY%E2%80%99S-PRISONS_-ANALYSIS-OF-THE-CASES-FINDINGS-AND-RECOMMENDATIONS.pdf.

[89] https://www.sessizkalma.org/en/ecthr-rejects-application-about-death-fasting-lawyer-aytac-unsal/.

ghi turchi, attraverso foto, video, comunicati, dall'Italia e dal mondo. Dagli Ordini di Parigi e Madrid fino alla prestigiosa American Bar Association.

Oggi c'è chi si interroga se la responsabilità della morte di Ebru sia da rinvenirsi in chi ha tardato a decidere sulla richiesta di scarcerazione per via delle ferie giudiziarie in corso, in chi le ha rifiutato cure mediche di fiducia e l'ha costretta a trascorrere i suoi ultimi giorni in un luogo inidoneo, nel quale le sue condizioni di salute si sono gravemente e velocemente aggravate per via delle luci perennemente accese, dei rumori, del freddo, dell'obbligo di rispondere alle guardie penitenziare ogni ora circa il rifiuto di alimentazione forzata, nonostante le ulcere alla bocca ed alla gola le impedissero di parlare…

Su questo dovrà essere fatta luce.

2. La lotta per la difesa del giusto processo e di giuste condizioni detentive.

Ebru Timtik è morta dopo 238 giorni di sciopero della fame. Era affamata di giustizia, e voleva cercarla anche dal carcere dove si trovava, dare un significato a quell'esperienza e non subire passivamente la negazione dei diritti nei suoi confronti, nei confronti degli altri colleghi detenuti, dei suoi stessi assistiti detenuti. Voleva condividere lo stesso destino dei suoi assistiti, che avevano scelto anch'essi di lottare per i propri diritti, accettando la morte quale conseguenza estrema della loro negazione.

Prima di lei, avevano già perso la vita nello stesso modo altri suoi assistiti, i membri della band Grup Yorum: Ibrahim Gökçek, di 40 anni, Helin Bölek e Mustafa Koçak, di 28, avevano smesso di mangiare perché per le loro idee politiche dal 2016 gli era stato vietato di fare concerti, e per chiedere un giusto processo e la liberazione nell'attesa del giudizio per l'accusa di terrorismo, fondata esclusivamente sui contenuti della loro attività artistica[90].

Le parole consegnate alla storia da Ebru Timtik in un video su Twitter riprese da un telefono cellulare in maniera amatoriale, urlate in un corridoio del Tribunale Caglayan di Istanbul, il più grande d'Europa, sono lapidarie: «Se un'avvocata muore, domanderà giustizia dalla sua tomba! Romperemo tutte le nostre catene, vogliamo libertà per gli avvocati, libertà di difendere i nostri assistiti, libertà!».

Ebru voleva solo fare l'avvocata. Voleva garantire una difesa ai suoi assistiti. Rivendicava in quanto detenuta, per sé e per gli altri, quei diritti che venivano sistematicamente violati. Cose semplici, come poter leggere un libro. Era affamata di giustizia.

Come ho già scritto per Il Dubbio[91], dopo il colpo di stato, all'indomani della proclamazione dei liberticidi decreti emergenziali e della serie di arresti che ne è conseguita, un collega mi disse che la Turchia si stava trasformando in una prigione a cielo aperto, che comprendeva chi era fisicamente in carcere, chi sapeva che prima o poi, in ragione del proprio lavoro o della banale espressione della propria opinione sui social media, ci sarebbe potuto finire, e chi di fatto aveva già le mani legate, avendo perso il lavoro ed avendo i propri beni congelati dal governo e nessun mezzo giudiziario per difendersi.

Il ruolo degli avvocati è stato essenziale per segnare la via della democrazia, per

[90] https://www.ilpost.it/2020/05/08/morto-gokcek-grup-yorum/.
[91] https://www.ildubbio.news/2020/09/04/il-martirio-dellavvocata-ebru-timtik-ha-creato-leffetto-farfalla-sul-regime-di-Erdoğan/.

invocare il giusto processo, per dare una speranza di giustizia. Per le sue parole di denuncia e di pace è stato ucciso l'avvocato Tahir Elçi, Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Diyarbakir, e sono stati detenuti gli avvocati Taner Kilic, presidente di Amnesty International e Selahattin Demirtaş, leader del partito di opposizione HDP, ancora in carcere sebbene la CEDU ne abbia chiesto per ben due volte la scarcerazione.

Ebru, detenuta all'esito di un ingiusto processo, privata della possibilità di difendere e di difendersi, con lo sciopero della fame ha scelto di fornire al mondo una prova materiale del grado di crudeltà al quale il regime turco può arrivare. Sebbene vulnerabile, ha continuato a lungo ad essere detenuta in un carcere con molti contagiati dal covid.

Le è stato negato il diritto a consultare un medico di fiducia. È stata trattenuta in ospedale in condizioni paradetentive incompatibili con il suo stato di salute.

Ha chiesto alla Corte Europea di disporre una misura urgente per preservare la sua salute, di poter continuare la misura cautelare in un ambiente compatibile con le sue condizioni e di poter consultare un medico di fiducia, ma la decisione non è arrivata in tempo, lei è morta prima, consumata dall'indifferenza di un dittatore per le persone che tiene in custodia.

Ebru non ha mai smesso di credere nella possibilità di ottenere giustizia, malgrado tutto.

Ebru voleva vivere, perché la sua vita avrebbe accesso per tutti una fiammella di speranza di giustizia, di necessità di portare avanti la resistenza non violenta al regime, con tutti i mezzi a disposizione, per ripristinare lo stato di diritto, il godimento dei diritti.

Come ha giustamente scritto il suo collega Aytaç Ünsal, ora Ebru «sta nascendo nei cuori e nelle menti delle persone». Non un'estremista che ha scelto il martirio per fanatismo, ma un'avvocata che ha scelto la lotta non violenta al regime, che ha rivendicato il diritto ad avere diritti anche degli ultimi, dei più vulnerabili, degli invisibili dietro le sbarre, dei nemici. Si è seduta dalla parte del torto, ed è morta affinché altre ed altri si sedessero accanto a lei.

Ebru ha donato la sua vita per la giustizia, non solo per lei e per gli altri avvocati coimputati, ma per tutte le vittime delle purghe di Erdoğan, dell'ingiusto processo in Turchia, per tutti i detenuti di opinione i cui diritti sono stati violati, per tutti quelli indebitamente esclusi dall'amnistia, per tutti quelli i cui bisogni non sono stati ascoltati.

Questo gesto di umanità, questo atto ultimo come avvocata del popolo, incarnato nel suo cadavere, trenta chili di pelle ed ossa, ha messo il mondo davanti alla drammaticità dell'indifferenza del regime turco per il rispetto dei diritti umani fondamentali, molto prima del "me ne frego" di Erdoğan davanti alle sentenze della Corte EDU[92] .

L'effetto farfalla che ha scatenato la morte di Ebru è di una potenza impressionante: l'opinione pubblica internazionale è rimasta basita dal fatto che Erdoğan abbia lasciato morire di fame un'avvocata in carcere, ed abbia apertamente minacciato di rappresaglie tutti gli avvocati che avevano dimostrato solidarietà alla collega defunta; i media ed i politici italiani ed europei improvvisamente hanno aperto gli occhi davanti a tutte quelle gravissime violazioni dei diritti umani che hanno fino ad oggi hanno

[92] https://www.huffingtonpost.it/entry/il-me-ne-frego-di-Erdoğan-alla-corte-dei-diritti-delluomo-su-Demirtaş_it_5fe4b8edc5b6e1ce8338ec9d; https://www.aa.com.tr/en/turkey/echr-ruling-on-terrorist-hdp-leader-is-meaningless/2087175.

deliberatamente ignorato quando denunciate dai detenuti vivi o dagli osservatori internazionali. Gli avvocati italiani, che da mesi compatti chiedono al Governo italiano di intervenire per la liberazione dei colleghi turchi, sono rimasti basiti per l'assoluto silenzio del Presidente del Consiglio (anche lui "avvocato del popolo", un suo collega!) e dei Ministri davanti alla morte di Ebru e per l'assenza di qualsiasi riscontro alle richieste formulate; la comunità dei giuristi europei è indignata per il rigetto della misura urgente richiesta da Unsal alla Corte Europea, e per la contemporanea accettazione da parte del Presidente Robert Ragnar Spano di un'onorificenza da parte della medesima Università di Istanbul che ha illegittimamente licenziato 192 accademici, colpevoli di aver firmato un appello per la pace. È pure insorto il dibattito se Ebru si debba definire avvocata, avvocatessa o avvocato (in italiano, come impiegato si declina al femminile in impiegata, avvocato in avvocata, non esistendo un genere neutro. Lei, comunque, avrebbe voluto essere chiamata senza dubbio avvocata).

I relatori speciali ONU, che chiedevano la revisione del processo, sono stati parzialmente accontentati dalla sentenza con cui la Corte di Cassazione annullava alcune posizioni con rinvio, rilevando il parziale ne bis in idem tra i due processi, di cui il primo ancora pendente. Non sono stati accontentati invece i relatori speciali PACE, che chiedevano alle autorità turche di assicurare libertà professionale agli avvocati turchi, un giusto processo, e l'immediata liberazione per Unsal. Di lì a poco infatti è seguita l'ennesima maxi-retata di avvocati arrestati ed Unsal, liberato con pena sospesa per cure mediche, sulla base di una perizia che indicava in un anno il tempo di cure quotidiane necessario al recupero delle funzioni vitali e ad uscire dal rischio di vita, è stato già nuovamente arrestato, così pochi mesi dopo la sua scarcerazione, con modalità scenografiche e violente, tali da rimettere con il solo arresto nuovamente a rischio la sua salute.

3. Il nuovo arresto di Aytaç Ünsal.

Secondo le informazioni fornite dai suoi legali agli osservatori internazionali, il 9 dicembre 2020, Aytaç Ünsal è stato preso in custodia nel centro di Edirne. Dopo la diffusione della notizia, gli avvocati Mükerrem Karakurt e Seda Şaraldı, si sono recati alla Direzione della Sicurezza di Edirne per incontrarlo. Durante l'interrogatorio alla Direzione della Sicurezza di Edirne, hanno visto che Aytaç Ünsal è stato colpito intenzionalmente dalle forze di sicurezza ed è stato gravemente ferito, c'erano ferite aperte vicino ai suoi occhi. Inoltre, sotto custodia, è stato esposto a ulteriori violenze fisiche a causa di un pugno nella regione addominale. Non gli è stato permesso di prendere le sue medicine per la neuropatia che sta soffrendo a causa dei danni provocati dallo sciopero della fame. Aytaç Ünsal è stato tenuto in custodia per 24 ore. È stato trasferito in un istituto sanitario per un controllo medico con le mani ammanettate dietro la schiena. Le sue gambe sono state colpite intenzionalmente alle scale dell'istituto sanitario, con ecchimosi e tubercoli tra le ginocchia e i piedi. È stato nuovamente esposto a violenze fisiche per essere stato costretto ad abbassare la testa mentre saliva sul veicolo della polizia. I farmaci prescritti per le ferite aperte vicino agli occhi dopo la visita medica di base non sono stati somministrati ad Aytaç Ünsal e anche una cura medica così semplice è stata ostacolata dalle forze dell'ordine. Dopo essere stato

esposto ad atti di violenza e tortura, è stato trasferito all'istituto penitenziario chiuso di Edirne F Type con la decisione di annullamento della sospensione dell'esecuzione. La decisione è stata adottata illegalmente senza la comparizione di Aytaç Ünsal e dei suoi avvocati davanti ad un tribunale. Dopo il suo trasferimento, a causa del coprifuoco, non ha potuto essere visto dai suoi avvocati. Fino al 14 dicembre 2020, la sua famiglia e i suoi avvocati non potevano fargli visita. Il 14 dicembre 2020 suo padre e sua madre gli hanno fatto visita. Sua madre, che è anche avvocata, lo ha visto come uno dei suoi avvocati. Anche in questo caso, sua madre è andata a trovarlo il giorno successivo e il 16 dicembre 2020 l'avvocato Seda Şaraldı e l'avvocato Doğa İncesu lo hanno incontrato. Secondo la dichiarazione degli avvocati, ha subito da nudo perquisizione corporale quando è entrato in carcere. Dopo essere stato arrestato, è stato privato delle sue medicine, come Lyrica, che è vitale per la cura della sua malattia neuropatica. Inoltre, anche se il suo test COVID-19 è risultato negativo, è stato tenuto in isolamento. Il trattamento medico di Aytaç Ünsal deve essere stato in corso e non è in grado di accedere alle sue medicine e alle cure mediche adeguate in condizioni carcerarie. Deve rimanere sempre sotto osservazione a causa delle sue condizioni mediche. Il suo trattamento è sempre avvenuto sotto l'osservazione di due persone prima dell'arresto, ma ora rimane da solo. Nermin Ünsal, la madre di Aysal Ünsal si è messa in contatto con lui il 18 dicembre 2020 per dieci minuti al telefono. È stata informata che Aytaç Ünsal è ancora nelle stesse condizioni. È in cella d'isolamento e rimane nell'isolamento. Non può accedere ai medicinali e all'integratore vitaminico necessario (B1) per il suo trattamento, sebbene sia stato fornito dalla madre alla direzione del carcere. Secondo recenti aggiornamenti, Aytaç soffre di dolore e di bruciore alle gambe. Per via del malfunzionamento della circolazione sanguigna, le sue gambe sono congestionate. La congestione è una condizione di pericolo di vita per Aytaç Ünsal a causa del rischio di embolia. Aytaç Ünsal non ha ancora ricevuto i vestiti che erano già stati dati alla gestione del carcere dalla sua famiglia. Dal 9 dicembre (al 21 dicembre, momento della comunicazione) indossa gli stessi vestiti. È stato esposto a violenze fisiche, ha persino colpito il suolo con gli stessi vestiti addosso. Non si tratta quindi solo di umiliazione, ma anche di un rischio per la salute a causa di problemi igienici in condizioni di pandemia. Di conseguenza, Aytaç Ünsal non è in grado di accedere a cure mediche adeguate dopo l'arresto. Ha anche bisogno di una dieta corretta e ben pianificata, controllata da un nutrizionista. Ora è privato della possibilità di consultare il suo nutrizionista e di una corretta alimentazione. Inoltre, è andato regolarmente a farsi visitare dal suo neurologo, ma il suo diritto alla salute è limitato e non gli è più permesso di andare a visitarlo. Il giorno di Natale ha scritto una breve lettera ai colleghi nella quale afferma: "(…) *Mi hanno arrestato di nuovo, anche se avevo già rimandato l'esecuzione e le mie condizioni di salute erano pessime. Ognuno fa ciò che si addice alla propria morale. Noi faremo ciò che si addice alla nostra morale. Se solo avessimo ancora la testa, resisteremmo in piazza. Tesseremo la vita, che è una marcia di resistenza, con la nostra lotta per la giustizia. Non sono nella posizione di essere solo, ma sono ancora solo per motivi di quarantena. Volevo scrivere brevemente, nel caso foste curiosi. La mia mente è sempre con voi. Vi voglio bene e continuo a resistere*".

I premi conferiti postumi alla memoria di Ebru non sono riusciti a donare la libertà né

alla sua amata sorella e collega Barkin, né al presidente della sua associazione Selcuk Kozagacli, né al suo collega e compagno di sciopero della fame, Ytaç Ünsal, che di nuovo vede la sua vita in pericolo.

Cosa resta da fare, adesso, è chiaro agli avvocati turchi: continuare a resistere.

4. Conclusioni.

Se ti sedessi su una nuvola non vedresti la linea di confine tra una nazione e l'altra, né la linea di divisione tra una fattoria e l'altra. Peccato che tu non possa sedere su una nuvola. (Khalil Gibran)

Come ho già avuto modo di notare su Left[93], la notizia della morte di Ebru è entrata nella casa di tutte le persone insieme alla notizia delle mire espansionistiche di Erdoğan nel Mediterraneo, ha determinato la presa di coscienza collettiva della morte dello stato di diritto in Turchia e delle reali ambizioni del Sultano. Gli eventi che sono seguiti alla morte di Ebru, ed in particolare la liberazione del suo collega in sciopero della fame da 213 giorni, Aytaç Ünsal, negata dalla Corte Europea ma concessa temporaneamente dalle autorità turche in occasione della controversa visita del Presidente della Corte Europea in Turchia, ha aperto per la comunità giuridica un momento collettivo di riflessione amara sull'efficacia del sistema regionale di tutela dei diritti umani nel proteggere i cittadini dagli abusi del potere e sulla politicizzazione della Corte, sicché, oltre alla presa di coscienza della morte dello stato di diritto in Turchia, si è pure aggiunto il lutto per la constatazione del fallimento del sistema di tutela regionale ed internazionale dei diritti umani, che non è riuscito ad impedire la morte annunciata di Ebru, così come non era riuscita ad impedire le morti annunciate dello scantinato di Cizre, anni prima. Se vogliamo dirla tutta, si è pure aggiunto il lutto per la morte della diplomazia tricolore, considerato che l'avvocatura con una campagna senza precedenti aveva sollecitato l'intervento del Governo italiano più e più volte, senza ottenere risposta alcuna e senza che nemmeno, alla morte della collega, il Presidente del Consiglio o qualcuno dei Ministri spendesse una parola di cordoglio. Al contrario, l'intera avvocatura europea e la società civile si sono uniti al dolore della sua famiglia e dei suoi colleghi, anche mediante la pubblicazione di un necrologio sui quotidiani turchi BirGün e Yeni Yaşam, "onorando il suo lavoro per proteggere i diritti degli altri e promuovere il rispetto dello stato di diritto", sottoscritto da 139 tra associazioni forensi ed Ordini degli Avvocati, dalle Filippine alla Francia, e tra le quali ben 87 realtà italiane. Non è stato l'ultimo gesto di solidarietà, anzi. Il 7 settembre 2020 in molti tribunali europei è stato osservato un minuto di silenzio per commemorare la morte di Ebru, e l'11 settembre i Giuristi Democratici, l'Osservatorio Avvocati Minacciati delle Camere Penali, AIGA, ASGI, Legal Team, M.G.A., Movimento Forense e Magistratura Democratica, con l'adesione di molte realtà, hanno organizzato una manifestazione a Palazzo Chigi per chiedere a Governo italiano, Unione Europea e Consiglio d'Europa "*di levare la voce per denunciare la responsabilità di stato per queste morti, ed intraprendere ogni azione necessaria per garantire il diritto alla vita ed al giusto processo per Aytac e per tutte le avvocate e gli avvocati*", nonché per la libe-

[93] https://left.it/2020/09/12/linerzia-intollerabile-del-governo-italiano/.

razione di tutti i difensori dei diritti umani, magistrati, parlamentari, giornalisti, accademici, docenti ingiustamente detenuti nelle carceri turche.

Le strategie difensive portate avanti dagli avvocati imputati in Turchia, esprimono l'identità precisa di chi ha scelto da che parte stare, fino alla fine, durante questa notte della democrazia: l'adempimento senza riserve della funzione difensiva a costo della propria libertà, la rivendicazione dell'indipendenza a costo della criminalizzazione, l'esercizio della propria funzionale costituzionale, a costo della morte.

La morte di Ebru ha toccato i cuori e le menti di tutte e tutti noi, non resta che un sincero augurio: che questo effetto farfalla non si perda con lo spegnimento dei riflettori, che ci aiuti a scongiurare la morte di Aytaç Ünsal e che ci porti in particolare ad aprire una riflessione pubblica sull'efficacia del sistema internazionale e regionale dei diritti umani nel garantire tempestiva ed effettiva protezione agli individui i cui diritti umani vengono gravemente violati da parte di attori statali.

Oltre a Ebru Timtik e Tahir Elçi, sono molte altre le figure di colleghi e colleghe, giovani e viventi, che andrebbero ricordate per il loro quotidiano impegno, dentro e fuori dai confini, per la difesa dello stato di diritto e dei diritti umani in Turchia. Non li nomino espressamente solo perché il rischio che gli venga commissionata la stessa fine dei colleghi sopra citati è ancora decisamente troppo alto per azzardarsi a correrlo solo per indulgere in un seppur meritatissimo elogio.

Tuttavia, venire a conoscenza, seppure virtualmente, di esempi di così grande spessore morale dovrebbe porci un problema: noi, in qualità di giuristi, di operatori del diritto, cosa siamo disposti a fare, *hic et nunc*, per evitare che mai e per nessun motivo avvenga un utilizzo sproporzionato della forza da parte delle autorità nei confronti dei civili?

Un sentimento di sconforto aleggia tra i giuristi europei.

Fin dai tempi dei massacri di civili durante i coprifuoco del 2015, ci si aspettava un intervento incisivo da parte del Consiglio d'Europa e della diplomazia europea.

Come giustamente rilevato da Franco Ippolito "*In tanti speravamo che dalle istituzioni dell'Europa (piccola e grande) sarebbe partita una pronta e soprattutto efficace reazione, volta a condannare senza esitazione e a isolare il regime turco, ribadendo l'essenza dei valori europei, incentrati sul rispetto dello Stato costituzionale di diritto e sulla protezione dei diritti umani e dei popoli. Prese di posizione e parole non mancarono, ma si trattò di declamazioni "rituali", di pura di facciata, che si limitarono a sollecitare cautela all'autocrate turco, di cui ricordarono persino l'elezione popolare, come se la democrazia si potesse ridurre soltanto a investitura di potere dal basso*"[94].

La lotta dell'avvocatura per sollecitare l'intervento del governo italiano e delle istituzioni europee è stata tenacissima e compatta, va detto, mai come in questo caso le rappresentanze istituzionali dell'avvocatura nazionale, europea ed internazionale, hanno lavorato fianco a fianco delle ONG forensi attive sul campo (ELDH, Lawyers for Lawyers ecc.) e dell'associazionismo forense per la buona riuscita di azioni di pressione internazionale sulle autorità turche per la liberazione dei colleghi e sulle istituzioni europee e nazionali per una pronta presa di posizione.

[94] https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/738/qg-speciale_2019-1_34.pdf.

Forse anche per questo impegno di lobby fortissimo e costante, la disillusione davanti all'inazione del governo italiano e delle istituzioni europee è stata dolorosissima. Per due motivi.

Il primo: ha segnato il fallimento della Corte EDU nello scopo per il quale è nata, e cioè tutelare i civili dagli abusi da parte degli stati, difendere la vita di persone innocenti dall'utilizzo sproporzionato ed illegittimo della violenza da parte del regime di turno. I morti dello scantinato di Cizre hanno segnato il fallimento della Corte EDU nel raggiungimento di questo scopo, di proteggere normali cittadini dalla barbarie neonazista che là si è consumata in quel periodo storico. Un fallimento che certo passerà alla storia, e non trova sufficiente consolazione nel più tardivo ritrovato coraggio della Corte espresso nel caso *Demirtaş c. Turchia*.

Per certo, tutte le richieste di misure urgenti provenienti dalle vittime del coprifuoco e delle purghe seguenti al fallito colpo di stato, respinte al mittente dalla Corte EDU affermando l'effettività dei rimedi previsti dal sistema nazionale, così come quel premio ritirato dal Presidente Spanò durante la sua visita in Turchia[95], ad una settimana di distanza dalla morte dell'avvocata Ebru Timtik, hanno irrimediabilmente minato l'autorevolezza della giurisdizione non solo presso le tante vittime del regime turco, ma anche presso la più vasta cerchia di giuristi europea, che ancora vorrebbe vedere i Giudici di Strasburgo ergersi a baluardo inespugnabile della tutela dei diritti umani, specie quando violati dalle autorità nazionali in danno dei privati cittadini.

Il secondo: il silenzio dell'esecutivo è risuonato come il *De profundis* della diplomazia italiana, per l'incapacità di interlocuzione con le parti sociali impegnate nella difesa dei diritti umani, e per l'opinabilissima e disdicevole scelta politica di anteporre il *business* agli *human rights* nelle relazioni con quei governi del Mediterraneo che è noto siano in atto di commettere crimini contro l'umanità.

Si dice che un solo gesto di gentilezza metta le radici in tutte le direzioni, e le radici nascano, e facciano nuovi alberi. Sicuramente il martirio di Ebru è stato un gesto di amore per la libertà e per la democrazia nel suo Paese che ha gettato radici ben al di fuori dei confini turchi, segnando un nuovo protagonismo dell'avvocatura nella difesa della democrazia, dello stato di diritto, della separazione tra i poteri, ed alla ricerca di una giustizia effettiva per i cittadini anche sul piano internazionale. Se c'è qualcosa infatti che la morte di Ebru ci ha insegnato, è che oggi più che mai, occorre lottare affinché quel sistema internazionale ed europeo di tutela dei diritti umani, nato dalle ceneri della barbarie nazista, venga protetto dalla volontà dei governi nazionali, ed in particolare dei nuovi regimi, di metterlo in crisi, per poter continuare impuniti a commettere crimini contro l'umanità e gravi violazioni dei diritti umani, senza che le persone possano trovare tutela superiore da questi abusi commessi dalle autorità nazionali. Se in ciò la diplomazia internazionale ha fallito, lasciando una scia di morti da Regeni ad Ebru Timtik, e migliaia di detenuti di opinione ancora nelle carceri dei regimi, se sulle sponde del Mediterraneo dall'Egitto alla Turchia sono prevalsi gli accordi economici e bilaterali anche con chi aveva le mani sporche di sangue, non resta che esercitare, come società civile, ONG e come avvocatura, la nostra pressione congiunta,

[95] https://www.ildubbio.news/2020/09/02/giudice-ragnar-spano-la-prego-rifiuti-quel-premio-di-Erdoğan/.

con la grande responsabilità di dover agire per garantire il diritto di tutte e tutti ad un ordine sociale e internazionale in cui i diritti e le libertà per i quali i nostri nonni partigiani hanno dato la vita, oggi resi legge dai trattati e dalle convenzioni internazionali, possano essere pienamente realizzati per tutti, salvaguardati da chi vorrebbe veder naufragare nel Mediterraneo e colare a picco non solo i barconi di chi scappa dalle grinfie dei dittatori, ma con essi pure il sistema internazionale dei diritti umani[96].

Sempre condividendo il pensiero di Franco Ippolito, "*Come avrebbe potuto, del resto, essere diversamente? Una efficace presa di posizione europea di fronte alla reazione spropositata, repressiva e illegittima del regime di Erdoğan al tentato colpo di Stato del 2016 avrebbe dovuto determinare l'adozione di adeguate sanzioni, con sospensione della Turchia da ogni partecipazione a istituzioni e organismi europei. Prima ancora, avrebbe dovuto comportare la cancellazione del patto, vergognoso e scellerato, che il 28 marzo 2016, in cambio di miliardi di euro, ha affidato a Erdoğan il compito di bloccare il flusso di persone in fuga dalla violenza della guerra e della fame, profughi disperati che l'egoismo dei ricchi Paesi europei rifiuta e respinge, mentre piccoli e poveri Paesi come Libano e Cisgiordania danno loro un rifugio, con risorse e mezzi neppure lontanamente comparabili a quelli del vecchio continente*"[97].

Allora la domanda che si pone è: quale lezione noi siamo in grado di imparare dall'esperienza turca? Quanto, come giuristi, come avvocati, siamo disposti a metterci in gioco individualmente e collettivamente per estirpare e condannare le pratiche che costituiscono tortura di stato, per difendere il giusto processo, il diritto alla difesa, i difensori dei diritti umani, l'accesso alla giustizia per i più vulnerabili, i diritti dei detenuti, gli equilibri costituzionali, nel nostro Paese? Siamo in grado di interloquire con il governo per rivendicare l'imposizione di clausole di rispetto dei diritti umani nelle relazioni commerciali intercorrenti con quei regimi che palesemente li violano? Sappiamo essere, e ci interessa essere, agenti di pace, almeno nel *mare nostrum*? Meritiamo, come avvocati, il ruolo costituzionale che così con forza rivendichiamo?

Barbara Spinelli

[96] https://left.it/2020/09/12/linerzia-intollerabile-del-governo-italiano/.

[97] https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/738/qg-speciale_2019-1_34.pdf.

2. Patrick George Zaki, l'Egitto e noi

Sommario: **1.** "Anche se voi vi credete assolti siete lo stesso coinvolti". – **2.** L'età dei diritti. – **3.** La crisi dell'età dei diritti.

1. "Anche se voi vi credete assolti siete lo stesso coinvolti".

La vicenda è nota[1]. Il 7 febbraio 2020 Patrick George Zaki, studente di un master internazionale in studi di genere e diritti umani presso l'Alma Mater Studiorum di Bologna nonché attivista presso la ong *Egyptian Initiative for Personal Rights* (EIPR), è arrestato all'aeroporto del Cairo, dove era atterrato per una breve vacanza in Egitto, e viene sottoposto a detenzione preventiva su richiesta dei pubblici ministeri del tribunale di Mansoura, sua città natale. L'accusa è di istigazione a proteste e propaganda di terrorismo attraverso la pubblicazione sui social network di notizie false finalizzate a turbare la pace sociale e a rovesciare il regime egiziano. Anche l'ultima udienza per decidere sulla scarcerazione dello studente bolognese, il 28 febbraio scorso, ha dato esito negativo, nonostante l'attesa e le pressioni del mondo occidentale e, in primo luogo, dell'Italia.

Il caso Zaki non è diverso da numerosi altri casi di grave violazione dei diritti umani in Egitto. A differenza della maggioranza di tali casi, la vicenda Zaki si caratterizza per l'attenzione, sia istituzionale sia mediatica, del mondo occidentale. Le università italiane, a partire da una mozione dell'università di Bologna, hanno sottoscritto un appello di preoccupazione per la vicenda di Zaki all'indomani del suo arresto; un appello di Amnesty International che chiede la liberazione immediata dello studente egiziano è al momento stato sottoscritto da più di centocinquantamila persone; il senato accademico dell'Università di Palermo, di cui faccio parte, ha deliberato di attribuire a Patrick Zaki e alla memoria di Giulio Regeni il titolo di benemerito della nostra università; al fine di mantenere alta l'attenzione sul caso, numerose trasmissioni televisive italiane hanno sostituito gli spettatori, la cui presenza è inibita dalla pandemia in corso, con sagome di Patrick Zaki; i servizi e le inchieste giornalistiche e televisive sul caso Zaki non si contano; le città italiane sono invase da cartelloni stradali che invocano la liberazione di Patrick Zaki; la *street artist* Laika ha presentato – prima a Roma, vicino all'ambasciata egiziana e, poi, a Bologna, vicino al Rettorato dell'Università – un'opera toccante in cui Giulio Regeni abbraccia Patrick Zaki rassicurandolo che nel suo caso andrà tutto bene, e si potrebbe continuare a lungo. Che tutto questo favorisca la scarcerazione di Zaki è discutibile. Basti pensare che il 3 dicembre scorso tutti i dirigenti dell'Eipr sono stati liberati mentre Zaki continua a essere ristretto in carcere. Ciononostante, ritengo che, quando sono in ballo violazioni così gravi di diritti, non sia moralmente lecito tacere nemmeno per

[1] Per una ricostruzione più articolata, si rinvia a Di Meo 2020.

ragioni tattiche o di opportunità. Si tratta di casi in cui bisogna farsi guidare dall'etica dei principi e non dall'etica della responsabilità, per usare le categorie di Max Weber.

L'indignazione per la continua violazione dei diritti umani perpetrata dal regime egiziano di Abdel Fatah al-Sisi è pienamente giustificata. Al riguardo, si suggerisce la lettura del Report sull'Egitto di Amnesty International, pubblicato nel 2019, con l'emblematico titolo *Permanent State of Exception. Abuses by the Supreme State Security Prosecution*. L'esergo del rapporto riproduce una frase pronunciata da al-Sisi a seguito dell'uccisione di Hisham Barakat, procuratore che, dopo la caduta a seguito di un colpo di stato militare del Presidente Mohamed Morsi nel 2013, ha perseguito numerosi islamisti: «*The hand of prompt justice is shakled by laws*»[2]. Proprio per evitare che le garanzie processuali e il rispetto dei diritti umani potessero rallentare il perseguimento dei crimini perpetrati da terroristi sono stati ampliati a dismisura i poteri della *Supreme State Security Prosecution* (SSSP) sino a trasformarla, questa è l'accusa principale di Amnesty International, in un modo per reprimere qualsivoglia opposizione al regime di al-Sisi. I centotrentotto casi approfonditi nel rapporto lasciano poco adito a dubbi e la raccomandazione di Amnesty International alla comunità internazionale di fare tutto il possibile affinché tale stato di eccezione permanente venga sostituito da un ritorno alla legalità e dal rispetto dei diritti umani è ineccepibile. Insomma, l'Egitto attuale è senz'altro uno di quegli stati che John Rawls definisce fuorilegge[3]; tali stati rappresentano una minaccia per i popoli liberali e decenti e, proprio per questo, non dovrebbero essere tollerati da questi ultimi.

È invece sul comportamento degli stati "decenti" che è opportuno fare qualche considerazione. Si può davvero dire che le gravi violazioni dei diritti umani perpetrate in Egitto siano state prese sul serio e combattute con intransigenza dai paesi che dovrebbero avere a cuore i diritti umani? La risposta a tale domanda è purtroppo negativa. Le azioni ufficiali intraprese nei confronti dell'Egitto non sono andate oltre la *petitio principii* e l'esortazione a rispettare i diritti umani.

La Risoluzione del parlamento europeo del 18 dicembre 2020, dopo aver posto l'accento sulle gravi violazioni dei diritti umani in Egitto, ribadisce: a) l'esigenza che la cooperazione nei settori dell'emigrazione e del terrorismo non dovrebbe comportare un affievolimento delle pressioni per il rispetto dei diritti umani e la rendicontabilità per le violazioni dei diritti umani; b) l'invito agli stati membri a sospendere le licenze di esportazione in Egitto di qualsiasi attrezzatura che possa essere utilizzata a fini di repressione interna nonché a sospendere tutte le esportazioni verso l'Egitto di armi, tecnologie di sorveglianza e altre attrezzature in grado di facilitare gli attacchi contro i difensori dei diritti umani; c) l'invito all'Unione europea di dare piena attuazione ai controlli sulle esportazioni in Egitto di beni che potrebbero essere utilizzati a fini repressivi o per infliggere torture o la pena capitale.

Il 25 gennaio 2021 il Consiglio degli affari esteri dell'UE si è anche occupato brevemente del caso Regeni e, in generale, della situazione dei diritti umani in Egitto, esortando il paese africano a cooperare con l'Italia affinché venga fatta giustizia.

[2] «La mano di una giustizia immediata è incatenata dalle leggi» (trad. mia).

[3] Cfr. Rawls 2001.

Il 12 Marzo 2021 il Comitato dei diritti umani dell'Onu ha approvato una Dichiarazione congiunta sottoscritta da 31 paesi, tra i quali l'Italia, in cui si si stigmatizzano per l'ennesima volta le gravi violazioni dei diritti umani in Egitto e si esortano le autorità di questo paese a cooperare con il Comitato al fine di migliorare la situazione egiziana in relazione alla tutela dei diritti umani.

A fronte di queste pur flebili prese di posizione, il 7 dicembre 2020 il Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron ha conferito ad al-Sisi la gran Croce della Legion d'onore, la massima onorificenza della Repubblica. Alle critiche veementi che sono seguite a questa decisione, Macron ha replicato laconicamente: «È più efficace avere una politica di dialogo esigente anziché un boicottaggio che ridurrebbe solo l'efficacia di uno dei nostri partner nella lotta al terrorismo»[4]. La Realpolitik prima di tutto! Un comportamento non dissimile peraltro da quello tenuto dal governo italiano presieduto da Paolo Gentiloni che nel 2017 ha stipulato un accordo con la Libia – il cosiddetto Memorandum di intesa tra Italia e Libia – attraverso il quale si è perseguito l'obiettivo di una drastica riduzione degli sbarchi di migranti in Italia al prezzo di chiudere entrambi gli occhi sulle gravi violazioni dei diritti delle persone migranti da parte della cosiddetta guardia costiera libica e nei centri di detenzione libici.

L'Italia, pur apparentemente in prima fila per la tutela dei diritti in Egitto a causa dei casi di Giulio Regeni e Patrick Zaki, è tra i principali esportatori di armamenti in Egitto. E questo nonostante non manchino leggi e direttive che vietino l'esportazione di armamenti verso paesi i cui governi siano responsabili di gravi violazioni delle convenzioni internazionali in tema di diritti umani[5]. Inoltre, il nostro paese potrebbe compiere un passo concreto rispetto al caso Zaki attribuendo a quest'ultimo la cittadinanza italiana. In questo modo, le richieste di scarcerazione provenienti dall'Italia acquisirebbero ben altra forza e non potrebbero essere rispedite al mittente da parte delle autorità egiziane con l'argomento – comunque pretestuoso – che Zaki è un cittadino egiziano e, dunque, la comunità internazionale non ha titolo per intromettersi nei fatti interni dell'Egitto. Benché la richiesta di conferire a Zaki la cittadinanza italiana sia pervenuta da più parti, anche attraverso una mozione bipartisan presentata in Senato, è purtroppo facile prevedere che essa resterà lettera morta.

Volendo tirare le somme, il caso Zaki ci interroga più su noi stessi che sull'Egitto. Possiamo ancora dire che la cultura dei diritti umani – per usare l'espressione del filosofo argentino Eduardo Rabossi – sia ancora egemone nel nostro mondo? Rispondere a questa domanda non è semplice. In ogni caso, bisogna partire da una breve presentazione della cultura dei diritti che si è sviluppata nel mondo dopo il secondo dopoguerra.

2. L'età dei diritti.

Per un lungo tratto della nostra storia recente la centralità dei diritti umani non può essere negata[6]. Non a caso Norberto Bobbio denomina l'epoca contemporanea

[4] Belardelli 2020.

[5] Cornet 2020 e Liverani 2021.

[6] Per una analisi più articolata delle questioni brevemente presentate in questo paragrafo mi permetto di rinviare a Schiavello 2016.

l'età dei diritti. Egli spiega con chiarezza ciò che tale espressione connota: «dal punto di vista della filosofia della storia, l'attuale dibattito sempre più ampio, sempre più intenso, sui diritti dell'uomo, tanto ampio da aver ormai coinvolto tutti i popoli della terra, tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali, può essere interpretato come un "segno premonitore" (*signum prognosticum*) del progresso morale dell'umanità»[7]. L'idea del "segno premonitore", Bobbio la riprende espressamente da Immanuel Kant, che a sua volta individua nella Rivoluzione francese l'esperienza, l'evento, in grado di mostrare la disposizione e la capacità del genere umano «… a essere la *causa* del suo progresso verso il meglio e (poiché ciò dev'essere l'azione di un essere dotato di libertà) il suo *autore*»[8]. L'età dei diritti è l'esito di quella che Bobbio, sempre seguendo la lezione di Kant, definisce una rivoluzione copernicana che consiste nel considerare il rapporto tra governanti e governati non più dalla prospettiva dei primi ma da quella dei secondi, a partire dalla consapevolezza della priorità dell'individuo.

L'età dei diritti è dunque l'esito di una rivoluzione che parte dall'illuminismo, che ha messo al centro della riflessione politica l'individuo, non considerando più quest'ultimo come una mera parte del tutto rappresentato dalla società e dallo stato. Prendendo ancora in prestito le parole di Bobbio, si può esprimere questo concetto dicendo che "lo stato è fatto per l'individuo e non l'individuo per lo stato". Una emblematica vignetta del 1950 raffigura i componenti della commissione dei diritti umani che redasse la Dichiarazione universale come scolari che ascoltano la maestra, Eleanor Roosevelt, nella realtà presidentessa della commissione, la quale, con la bacchetta in mano li indottrina: «allora, bambini, tutti insieme: "i diritti degli individui sono superiori ai diritti dello stato"».

Dell'illuminismo, l'età dei diritti incorpora anche la fiducia nella ragione ed enfatizza il ruolo di quest'ultima nella costruzione di una cosmopoli di individui che hanno diritto a pari dignità e rispetto.

Da un punto di vista storico, l'età dei diritti designa il periodo che va dalla fine della Seconda guerra mondiale sino (quasi) ai giorni nostri. Essa intende marcare una radicale rottura rispetto ai totalitarismi e alle atrocità che hanno caratterizzato il periodo antecedente ed è espressione della fiducia dell'umanità nella possibilità di un reale progresso morale universale, che presuppone la condivisione di alcuni valori, il rispetto degli individui e dei loro diritti, il rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie. La fiducia e la scommessa in un futuro migliore sono, senza dubbio, la cifra dell'età dei diritti.

Si può anche dire che l'età dei diritti è la risposta dell'umanità all'orrore della Shoah. Per usare le parole di Isaiah Berlin, ciò che caratterizza la prima metà del novecento è «la divisione dell'umanità in due gruppi – gli uomini propriamente detti e un qualche altro ordine di esseri di rango più basso, razze inferiori, culture inferiori, creature, nazioni o classi subumane, condannate dalla storia […] Questo nuovo atteggiamento permette agli uomini di guardare a molti milioni di loro simili come ad esseri non completamente umani, e di massacrarli senza scrupoli di coscienza, senza che avver-

[7] Bobbio 1992, 49.
[8] Kant 1965, 218.

tano il bisogno di salvarli o di metterli in guardia»[9].

Hannah Arendt ne *Le origini del totalitarismo*, pubblicato all'indomani della seconda guerra mondiale, individua il limite dei diritti umani, sino a quel momento, nel non garantire effettivamente tutti gli esseri umani ma solo i cittadini di uno stato sovrano. Scrive Arendt: «Anche i nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei *Lager*; e, prima di azionare le camere a gas, li hanno offerti al mondo constatando con soddisfazione che nessuno li voleva. *In altre parole, è stata creata una condizione di completa assenza di diritti prima di calpestare il diritto alla vita*»[10].

Significativo a questo proposito il racconto che Primo Levi fa del suo incontro ad Auschwitz con il dottor Pannwitz, capo del reparto di chimica. L'aspetto dell'incontro che più colpisce Levi è che non sembra un incontro tra esseri umani ma tra «…due esseri che abitano mezzi diversi» e che si scambiano sguardi «…come attraverso la parete di vetro di un acquario»[11]. Si può ricordare in relazione alla divisione dell'umanità in due parti anche il celebre dialogo tra la zia Sally e Huckleberry Finn[12]. Quest'ultimo, per trarsi d'impaccio, giustifica così il proprio ritardo: «non è stato perché ci siamo incagliati...quello ci ha fatto perdere poco tempo. È scoppiata la testa di un cilindro». La zia Sally, preoccupata, domanda: «Santo cielo! S'è fatto male qualcuno?». La risposta di Huck è perentoria: «Nossignora. È morto un negro». «Be', è una fortuna, perché a volte la gente si ferisce», commenta sollevata la zia Sally.

I diritti umani, dunque, rappresentano un baluardo contro ciò che è insopportabilmente sbagliato o, ricorrendo ancora a Berlino, contro l'idiozia morale. Tutto questo può essere riassunto dicendo che i diritti umani tutelano la dignità di tutti gli esseri umani; impediscono che alcuni esseri umani possano guardarne altri come attraverso il vetro di un acquario. In definitiva, il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive.

L'ideologia dei diritti umani ha anche contribuito al passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale. Se la "sovranità" è il segno distintivo dello stato moderno, la "crisi della sovranità" lo è dello stato contemporaneo. Negli stati costituzionali contemporanei la sovranità viene duplicemente limitata. All'interno, la *potestas legibus soluta* e *superiorem non recognoscens* degli stati è negata mediante «…l'invenzione […] della rigidità delle costituzioni quali norme superiori alle leggi ordinarie e [la] conseguente penetrazione nel diritto positivo, in aggiunta all'originaria razionalità puramente formale e procedurale, di una razionalità assiologica o sostanziale»[13]. All'esterno (cioè nei confronti degli altri stati), la fine della sovranità «è sanzionata […] dalla Carta dell'Onu varata a San Francisco il 26 giugno 1945 e poi dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite»[14].

[9] Berlin 1990, 253.
[10] Arendt 2009, 409, corsivo aggiunto.
[11] Levi 1992, 95.
[12] Twain 2007, 277.
[13] Ferrajoli 1997, 33.
[14] Ferrajoli 1997, 39.

Riguardo a quest'ultimo aspetto della limitazione della sovranità, mi limito qui ad alcuni brevissimi cenni esplicativi. Il fatto che ogni stato nazionale fosse titolare, prima del 1945, di una sovranità assoluta implicava che l'ordine giuridico mondiale si presentasse come uno stato di natura hobbesiano i cui soggetti, anziché gli individui, erano gli Stati. Come rileva Ferrajoli, infatti, l'attributo principale della sovranità esterna degli stati era lo *ius ad bellum*.

Questa situazione comincia a mutare nel 1945 quando viene varata la Carta dell'Onu la quale, nel preambolo e nei primi due articoli, introduce il divieto della guerra.

La sovranità esterna degli Stati nazionali viene ulteriormente limitata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, attraverso la quale i diritti umani vengono trasformati «…in limiti non più solo interni ma anche esterni alla potestà degli Stati»[15].

Non stupisce che Bobbio individui tre condizioni necessarie dell'età dei diritti: riconoscimento e protezione dei diritti dell'uomo, democrazia e pace. «[S]enza diritti dell'uomo riconosciuti ed effettivamente protetti», scrive Bobbio, «non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti che sorgono tra individui, tra gruppi e tra quelle grandi collettività tradizionalmente indocili e tendenzialmente autocratiche che sono gli Stati, anche se sono democratiche coi propri cittadini»[16].

Quest'ultima osservazione di Bobbio fa comprendere con chiarezza come l'idea soggiacente alla cultura dei diritti sia l'indisponibilità a considerare questi ultimi come fini da perseguire tra gli altri fini. I diritti sono bilanciabili, sì, ma solo con altri diritti. Essi rappresentano la precondizione imprescindibile di un mondo che aspiri a che non si ripetano le tragedie della prima parte del secolo breve. Si può affermare che questa idea sia ancora in auge?

3. La crisi dell'età dei diritti.

I diritti umani sono in crisi? Se si osserva la realtà da un certo angolo visuale e, aggiungerei, pervasi da uno stato d'animo incline all'ottimismo, la risposta non può che essere negativa. Amartya Sen ritiene che vi sia «…qualcosa di profondamente seducente nell'idea che ogni persona in ogni parte nel mondo, a prescindere dalla sua cittadinanza e dalla legislazione del suo paese, sia titolare di alcuni diritti fondamentali che gli altri devono rispettare»[17]. Stefano Rodotà, in uno dei suoi ultimi libri (il cui titolo, non a caso, riprende un'espressione di Arendt), osserva non senza soddisfazione: «Oggi assistiamo a pratiche comuni dei diritti. Le donne e gli uomini dei paesi dell'Africa mediterranea e del Vicino Oriente si mobilitano attraverso le reti sociali, occupano le piazze, si rivoltano proprio in nome di libertà e diritti, scardinano regimi politici oppressivi; lo studente iraniano o il monaco birmano, con il loro telefono cellulare, lanciano nell'universo di Internet le immagini della repressione di libere manifestazioni, anche rischiando feroci punizioni, i dissidenti cinesi, e non loro soltanto, chiedono l'anonimato in rete come garanzia della libertà politica; le donne africane sfidano le

[15] Ferrajoli 1997, 40.
[16] Bobbio 1992, 258-259.
[17] Sen 2004, 315.

frustate in nome del diritto di decidere liberamente come vestirsi, i lavoratori asiatici rifiutano la logica patriarcale e gerarchica dell'organizzazione dell'impresa, rivendicano i diritti sindacali, scioperano; gli abitanti del pianeta Facebook si rivoltano quando si pretende di espropriarli del diritto di controllare i loro dati personali, luoghi in tutto il mondo vengono "occupati" per difendere i diritti sociali. E si potrebbe continuare»[18].

È innegabile che la rivendicazione di diritti soggettivi e, più in generale, l'uso massiccio del linguaggio dei diritti permeino il dibattito pubblico contemporaneo e la cultura giuridica. Questo lo abbiamo visto anche in relazione al caso Zaki: quanti appelli, quante iniziative in nome dei diritti umani! È anche del tutto evidente che il processo di costituzionalizzazione dei nostri ordinamenti giuridici sia compiuto. Le costituzioni, ed i diritti da esse riconosciuti, infatti, non rappresentano più soltanto – né principalmente – un argine all'esercizio discrezionale del potere (legislativo, in primo luogo); a seguito di un radicale mutamento di prospettiva, la funzione primaria del potere legislativo è divenuta quella di sviluppare i principi costituzionali. Ma questo è sufficiente a rassicurarci? Il fatto che i diritti vengano evocati ad ogni piè sospinto è una prova decisiva circa la buona salute del costituzionalismo?

Come si è detto (par. 2), un tassello cruciale dell'età dei diritti è la fiducia nel fatto che i diritti umani rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità. Non si tratta tuttavia di una fiducia ingenua, né della fiducia inerte di chi attende la manna dal cielo. E neanche della fiducia impaziente di chi vuole tutto e subito. Sempre Bobbio ci mette in guardia dai facili ottimismi: «la storia dei diritti dell'uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano»[19].

Casi come, tra gli altri, quelli di Giulio Regeni e Patrick Zaki minano la fiducia che caratterizza l'età dei diritti. Si deve ricordare, tuttavia, riprendendo le parole di Bobbio, che "la storia dei diritti umani è quella dei tempi lunghi". Il monito di Bobbio ci aiuta a non cedere alla tentazione di decretare con troppa fretta e superficialità la fine dell'età dei diritti. Piuttosto, è il caso di domandarsi se il discorso dei diritti possegga o meno le risorse per superare gli ostacoli che incontra sul suo cammino recuperando così il proprio ruolo di *signum prognosticum* del progresso morale dell'umanità.

Pur non ambendo ad essere annoverato tra i "profeti di sventura", temo che la forza propulsiva della cultura dei diritti sia agli sgoccioli; ormai, infatti, il linguaggio dei diritti è l'idioletto attraverso il quale avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre abbiano delle *chance* di essere accolte. Non è forse troppo azzardato sostenere che l'uso retorico e spregiudicato del linguaggio dei diritti al fine di incrementare la forza delle proprie rivendicazioni politiche sia uno degli esiti pressoché inevitabili della costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici. È indicativo al riguardo che John Rawls, autore la cui influenza sul dibattito filosofico-politico contemporaneo difficilmente può essere sovrastimata, consideri la ragione pubbli-

[18] Rodotà 2012, 5.

[19] Bobbio 1992, 269.

ca – che non è altro che il "distillato" della cultura dei diritti – non come uno "sbarramento" ma, piuttosto, come un "linguaggio comune" o come un "traduttore" degli argomenti e delle ragioni che vengono presentati nel dibattito pubblico. La ragione pubblica richiede cioè che la discussione pubblica sugli elementi costituzionali essenziali e sulle questioni di giustizia fondamentale venga condotta entro i limiti della concezione politica della giustizia, ma non presuppone che vi sia un'unica concezione politica della giustizia condivisa da tutti.

La retorica dei diritti è particolarmente odiosa in relazione ai migranti che, oggi, presentano alcune analogie con gli ebrei nella Germania nazista. Osserva Gustavo Zagrebelsky che «le Convenzioni internazionali e, spesso, le Costituzioni nazionali non fanno differenze tra cittadini e stranieri, quando si tratta della protezione minima essenziale della dignità delle persone. Ma questa tutela, chiara dal punto di vista giuridico estratto, è oscura dal punto di vista della realtà concreta»[20].

È possibile che la situazione sia ancora peggiore di come la prospetti Zagrebelsky; almeno in alcuni casi, infatti, è già sul piano normativo che, a dispetto di un generico tributo al rispetto dei diritti fondamentali, si prevede in realtà una violazione degli stessi. Un rapporto di Amnesty International pubblicato qualche anno fa, ad esempio, denuncia in modo circostanziato numerosi casi di violazioni dei diritti dei migranti da parte delle forze dell'ordine all'interno degli *hotspot,* dove si identificano i migranti al momento del loro primo ingresso nel territorio europeo. Come era prevedibile, alla pubblicazione del rapporto hanno fatto seguito polemiche e smentite. La questione rilevante tuttavia è che la normativa europea sugli *hotspot* a fatica può essere ritenuta compatibile con la cultura dei diritti. Il Consiglio dell'UE individua una serie di pratiche per "costringere" i migranti a cooperare (un bell'esempio di ossimoro!). Tra queste è previsto, in casi estremi, anche l'uso della forza, in misura del "minimo necessario" e nel rispetto della dignità e dell'integrità fisica del migrante. Ora, nonostante questi *caveat*, quasi delle formule di stile, è evidente che l'assenza di norme che disciplinino in modo dettagliato e pignolo i limiti all'uso della forza negli *hotspot*, apra le porte all'arbitrio e sia potenzialmente criminogena e contraria alla cultura dei diritti, assimilando il migrante ad un potenziale nemico. È significativo che, come sottolinea uno studio, il termine *hotspot* sia utilizzato, in tempi di guerra, per indicare le zone in cui sono attivi i combattimenti, nonché, in tempi di pace, le zone di guerriglia urbana[21].

Il passaggio ulteriore, che il caso Zaki, tra gli altri, mostra non essere così impensabile, consiste nel rinunciare anche a tributare un rispetto formale e di facciata ai diritti umani, considerando questi ultimi sacrificabili anche per esigenze di Realpolitik[22]. Si tratta di un passaggio senza ritorno rispetto al quale è opportuno opporre tutta la resistenza possibile.

Riferimenti bibliografici.

Rapporto annuale amnesty international italia 2017. *Come le politiche dell'unione europea*

[20] Zagrebelsky 2017, 86.

[21] Neocleous & Kastrinou 2016.

[22] Ringrazio Alessandra Sciurba per avermi indotto a riflettere su questo ulteriore passaggio della crisi dei diritti umani.

portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti.

Amnesty International Report 2019. *Permanent State of Exception. Abuses by the Supreme State Security Prosecution*.

Arendt H. 2009, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, Einaudi.

Belardelli G. 2020. *Ma per Macron al-Sisi è degno della Legion d'onore*, in *Huffington Post*, 10/12/2020.

Berlin I. 1990. *Il legno storto dell'umanità. Capitoli di storia delle idee*, Adelphi, Milano.

Bobbio N. 1992. *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.

Cornet C. 2020. *Il caso di Patrick Zaki e l'ambiguità delle relazioni tra Italia ed Egitto*, in *Internazionale*, 13/02/2020.

Di Meo R. 2020. *Il caso Zaki e i diritti umani in Egitto*, in *Opinio Juris*, https://www.opiniojuris.it/il-caso-zaky-e-i-diritti-umani-in-egitto/

Ferrajoli L. 1997. *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari.

Kant I. 1965. *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio* (1798), in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino.

Levi P. 1992. *Se questo è un uomo* (1958), Einaudi, Torino.

Liverani L. 2021. *Caso Regeni. Le Ong a Di Maio: l'Italia può bloccare le armi all'Egitto da tutta l'Europa*, in *Avvenire*, 25/01/2021.

Neocleous M. & Kastrinou M. 2016. *The EU hotspot. Police war against the migr*ant, in *Radical Philosophy 200*, 2016, pp. 3-9.

Rawls J. 2001. *Il diritto dei popoli* (1999), Comunità, Milano.

Rodotà S. 2012. *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari.

Schiavello A. 2016. *Ripensare l'età dei diritti*, Mucchi, Modena.

Sen A. 2004. *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy & Public Affairs*, 32, n. 4, pp. 315-356.

Twain M. 2007. *Le avventure di Huckleberry Finn* (1884), Rizzoli, Milano.

Zagrebelsky G. 2017. *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, p. 86.

Aldo Schiavello

3. Il futuro dell'Europa dopo l'invasione dell'Ucraina

L'avvenire dell'Europa e cioè il futuro delle relazioni fra gli Stati che fanno parte del Continente europeo e che sono – con qualche eccezione – membri del Consiglio d'Europa avrebbe dovuto essere discusso nella "*Convenzione*" convocata a Laeken nel dicembre 2001 con l'obiettivo di dotare l'Unione europea nata a Maastricht nel 1992 di una costituzione sulla via dell'unità politica e non solo economica e nella prospettiva imminente dell'adesione dei paesi dell'Europa centrale che si erano liberati dall'imperialismo sovietico e che avrebbero aderito progressivamente alla NATO iniziando nel 1999 con la Polonia, la Repubblica Ceca e l'Ungheria.

Le conclusioni di Laeken furono adottate tre mesi dopo l'attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001, che furono considerate la sfida di Al Qaeda non solo contro gli Stati Uniti ma contro tutta la comunità internazionale, ed il Consiglio di sicurezza condannò all'unanimità con il voto favorevole della Russia e della Cina quello che fu considerato il più grave attentato terroristico dell'età contemporanea.

La solidarietà della comunità internazionale cominciò lentamente a sgretolarsi prima con l'invasione avviata dagli Stati Uniti nell'Afghanistan, sostenuta dalla NATO e da una coalizione di quaranta paesi un mese dopo l'attacco alle Torri Gemelle, ma soprattutto con l'invasione dell'Iraq ordinata da George Bush nella primavera del 2003 che divise in due blocchi contrapposti i paesi membri dell'Unione europea.

La "Convenzione sull'avvenire dell'Europa" iniziò a discutere pochi mesi dopo l'attacco alle Torri Gemelle e si concluse pochi mesi dopo l'invasione dell'Iraq ma il tema del futuro del continente europeo non fu mai seriamente affrontato dai "convenzionali" e il capitolo della politica estera e della sicurezza europea, che avrebbe dovuto comprendere anche la dimensione della difesa accantonata dopo la caduta della CED nel 1954, subì le conseguenze delle divisioni fra le apparenti sovranità assolute degli Stati membri e dei paesi candidati all'adesione così come l'organizzazione della *governance* economica indispensabile per il completamento dell'UEM e della dimensione sociale per andare al di là del liberismo che era al centro della politica del mercato.

Il tentativo, avviato dalla Commissione presieduta da Romano Prodi con l'idea della "*politica di prossimità*", di far discutere della questione dei "*confini politici dell'Unione europea*" verso l'Europa dell'Est – che non avrebbero fatto parte del primo blocco dei paesi già sulla porta dell'Unione e dei paesi sull'altra sponda del Mediterraneo – fu triturato dai governi in una confusa "*politica di vicinato*" iscritta prima nel trattato-costituzionale (art. I-57) su proposta di Valéry Giscard d'Estaing e poi nell'art. 8 del Trattato di Lisbona mettendo sullo stesso piano le relazioni con l'Armenia, l'Azerbaijan, la Bielorussia, la Georgia, la Moldavia e l'Ucraina da una parte e l'Algeria, l'Autorità Palestinese, l'Egitto, Israele, la Giordania, la Libia, il Marocco, la Siria e la Tunisia dall'altra escludendo sia la Turchia candidata all'a-

desione, che i paesi dei Balcani occidentali della ex-Iugoslavia ad eccezione della Slovenia che avrebbe aderito nel 2004, della Croazia che avrebbe aderito nel 2013 che la Russia di Putin con cui fu sottoscritto nel 2005 un "partenariato strategico" fondato su uno spazio economico, di libertà, sicurezza e giustizia, di sicurezza esterna, di ricerca e di educazione.

In effetti né i governi, né la Commissione né tantomeno il Parlamento europeo hanno deciso nei quattordici anni dalla firma del Trattato di Lisbona nel 2007 di affrontare seriamente la questione dell'organizzazione della sicurezza e della pace sul continente europeo nonostante la guerra russa in Cecenia (2000), l'invasione della Crimea (2014) insieme al sostegno di Vladimir Putin ai secessionisti del Donbass.

Le tre dimensioni della politica estera, della *governance* economica e del pilastro sociale – su cui la Convenzione raggiunse un faticoso e inadeguato compromesso – evaporarono ulteriormente quando i governi misero mano al trattato-costituzionale con il Trattato di Lisbona che entrò in vigore nel 2009.

La guerra scatenata dalla Russia il 24 febbraio 2022 ha drammaticamente riaperto il tema dell'organizzazione del continente europeo per garantire la pace, la sicurezza e la cooperazione insieme al rispetto dei diritti che furono al centro degli accordi di Helsinki del 1975 in una dimensione politica che rende urgente l'autonomia strategica dell'Unione europea ben al di là degli strumenti finanziari di emergenza adottati nel 2021 per far fronte alle conseguenze della pandemia ed in particolare il Next Generation EU con un provvisorio debito europeo che dovrà essere rimborsato dagli Stati a partire dal 2026 se l'Unione europea non sarà dotata di una capacità fiscale autonoma.

La cosiddetta "autonomia strategica" nel quadro della sovranità europea riguarda certo la dimensione della sicurezza esterna e della difesa su cui si dovrà pronunciare un Consiglio europeo straordinario a fine maggio ma anche gli attacchi cibernetici, le manipolazioni dell'informazione, la lotta al cambiamento climatico e *last but not least* l'indipendenza energetica e l'avvio di una vera politica industriale europea.

L'invasione dell'Ucraina da parte della Russia è piombata sulla Conferenza, che avrebbe dovuto affrontare "il futuro dell'Europa" e non solo quello dell'Unione europea, così come piombò sulla Convenzione del 2003 l'invasione dell'Iraq da parte degli Stati Uniti dividendo i paesi membri dell'Unione ma l'attacco russo al cuore dell'Europa ha questa volta rafforzato la solidarietà fra i membri dell'Unione all'esterno a sostegno dell'Ucraina e all'interno della stessa Unione.

Non sappiamo oggi come si concluderà il conflitto militare ma appare chiaro che l'organizzazione ibrida dell'Unione europea fra la dimensione confederale del Consiglio europeo e la dimensione comunitaria della Commissione dovrà essere radicalmente cambiata così come la ripartizione delle competenze e il peso del bilancio europeo con nuove e più sostanziali priorità nei settori della difesa, dell'energia e delle infrastrutture europee.

Per quanto riguarda la difesa i passi in avanti annunciati dalla Germania prima ed ora dall'Italia per aumentare le spese nazionali rafforzando "il fianco Est della NATO" non bastano ed anzi rischiano di creare degli ostacoli sul cammino di una difesa comune (ma certamente non unica come la moneta) se non verranno finalizzate ad un reale coordinamento fra i paesi europei creando delle economie di scala, unificando i sistemi informatici e di intelligence, par-

tecipando a progetti comuni che privilegino le industrie militari europee, adottando delle regole unificate per il controllo della vendita di armamenti a paesi terzi, ponendo le basi di efficaci missioni europee di *peace enforcement, peace keeping e peace building* nel quadro delle Nazioni Unite e dell'OSCE.

Per quanto riguarda la politica estera e della sicurezza, il dibattito europeo si sta illusoriamente concentrando sull'idea di ampliare le aree in cui il Consiglio europeo ed il Consiglio possano decidere a maggioranza qualificata eliminando il diritto di veto o ancor peggio di applicare la cosiddetta "clausola della passerella" che consentirebbe al Consiglio europeo – all'unanimità – di autorizzare il Consiglio a votare a maggioranza.

Così come nella lotta alla pandemia e nella gestione delle risorse finanziarie per far fronte alle sue conseguenze economiche a cominciare dal debito pubblico è stata riconosciuta la responsabilità (di governo) della Commissione europea, la stessa strada deve essere intrapresa per giungere ad un'unica politica estera e della sicurezza esercitata dalla Commissione europea e ad una difesa comune coordinata dalla stessa Commissione all'interno del Comitato politico e della sicurezza e di un comando interforze.

Se la prospettiva che emerge dal "*cambiamento della storia*" imposto dall'invasione dell'Ucraina è quello di gettare le basi di una "comunità federale" dobbiamo mettere in evidenza che non esistono nel mondo sistemi federali in cui la responsabilità delle relazioni esterne sia attribuita agli Stati federati e che l'idea di un sistema di governo ibrido o di un doppio esecutivo esercitato in parte dalla Commissione europea e in parte dal Consiglio europeo dei capi di Stato e di governo sarà foriera di inefficacia, di confusione e di permanenti conflitti interistituzionali.

Il primo passo dovrà essere quello di attribuire all'Unione una competenza esclusiva nella cooperazione allo sviluppo e nelle politiche migratorie e di asilo incrementando l'impegno finanziario globale europeo e di unificare le cariche di presidente della Commissione e di presidente del Consiglio europeo.

Per un periodo limitato nel tempo ma con una scadenza vincolante, nel trattato che dovrà andare al di là di Lisbona, si potrà consentire che all'interno del Consiglio europeo uno Stato rivendichi provvisoriamente un suo "interesse vitale" nella definizione delle priorità politiche generali dell'Unione europea aprendo la via ad una integrazione differenziata in un determinato settore così come era stato proposto nel 1984 dal "progetto Spinelli".

Per quanto riguarda la "resilienza" finanziaria dell'Unione europea, sono necessarie ed urgenti risorse nelle politiche dell'energia, industriale e della difesa insieme al rafforzamento della dimensione sociale sul modello del programma SURE per garantire i beni comuni della prosperità e della sicurezza attraverso vere risorse proprie.

La Conferenza sul futuro dell'Europa si concluderà fra poche settimane non avendo potuto aprire un dibattito sulle conseguenze europee del conflitto in Ucraina e lasciando in sospeso questioni di metodo e di sostanza legate alla democrazia partecipativa sollevate inutilmente nei documenti del 25 febbraio.

Il Gruppo Spinelli al Parlamento europeo ha recentemente aperto uno spiraglio significativo sulla prospettiva "costituente" e questo è coerente con la sua ispirazione originaria rivolta all'iniziativa dell'assemblea durante la prima legislatura che por-

tò il 14 febbraio 1984 all'approvazione del "progetto Spinelli".

I gruppi politici si stanno orientando verso l'adozione di una risoluzione agli inizi di maggio che chieda la convocazione di assise interparlamentari per rafforzare la democrazia rappresentativa e apra la strada ad alcune modifiche nei trattati nel quadro e nei limiti dell'art. 48 del Trattato sull'Unione europea che richiede una proposta dell'assemblea (e/o della Commissione e/o di uno o più governi), una convenzione interistituzionale, una conferenza intergovernativa e l'unanimità delle ratifiche nazionali che in molti casi richiedono un referendum confermativo o consultivo.

La strada dell'art. 48 è irta di ostacoli ed è fondata sul principio secondo cui i governi sono "i padroni dei trattati" come è stato affermato più volte dal Consiglio europeo e che l'obiettivo dei governi è quello di mantenere sostanzialmente inalterato l'equilibrio (o, per essere precisi, lo squilibrio) fra le istituzioni e fra l'Unione europea e gli Stati membri.

I gruppi politici e il Parlamento europeo dovrebbero aggiungere alla risoluzione sui seguiti della Conferenza sul futuro dell'Europa un appello ai partiti politici europei (a cui il Trattato attribuisce la missione di contribuire "alla formazione della coscienza politica europea) e alle organizzazioni della società civile affinché riconoscano all'assemblea che sarà eletta nel 2024 un ruolo sostanzialmente costituente per andare – dopo quindici anni – al di là del Trattato di Lisbona creando una unità politica in grado di esercitare una influenza determinante sull'organizzazione del continente e sul governo del mondo.

Pier Virgilio Dastoli

4. Mahienour El-Masry: difendere ad ogni costo i diritti umani in Egitto prima e dopo la "rivoluzione del Nilo"

Sommario: 1. Premessa. La difesa dei diritti umani in Egitto oggi: una missione ad alto rischio. – **2.** Mahienour el-Masry e la libertà ritrovata dopo 665 giorni di carcerazione preventiva. – **2.1.** Le tappe di una persecuzione giudiziaria iniziata nel 2014. – **3.** Avvocati per i diritti umani perseguitati ed assassinati in Egitto a causa dell'esercizio della professione. – **4.** L'intervento delle istituzioni e della comunità forense internazionali a sostegno degli avvocati egiziani ingiustamente perseguitati. – **5.** Conclusioni. Dedicato a tutte le anime e gli esseri coraggiosi.

1. Premessa. La difesa dei diritti umani in Egitto oggi: una missione ad alto rischio.

I casi di Giulio Regeni e Patrick George Zaky – che hanno scosso l'opinione pubblica italiana ed internazionale disvelando ai più come gli abusi di potere e le violazioni di diritti umani in danno di attivisti, studenti, ricercatori e oppositori del governo siano all'ordine del giorno – incarnano il paradigma delle modalità con le quali si esplica ai giorni nostri la repressione del dissenso in Egitto.

Giulio Regeni, giovane ricercatore italiano che frequentava il dottorato in Studi dello Sviluppo presso l'Università di Cambridge, fu sequestrato la sera del 25 gennaio 2016 al Cairo e ritrovato cadavere la mattina del 3 febbraio successivo sopra un cavalcavia nel deserto fra il Cairo ed Alessandria, con il corpo completamente sfigurato, la pelle marchiata da bruciature di sigaretta, le ossa di polsi, spalle e piedi frantumate[1].

Patrick George Zaky, ricercatore egiziano e studente del Master internazionale in Studi di genere all'Università di Bologna, il 7 febbraio 2020 è stato arrestato all'aeroporto del Cairo dove era atterrato dall'Italia per una breve vacanza in famiglia. Di lui si sono perse le tracce per quasi 24 ore durante le quali sarebbe stato interrogato subendo torture arrecategli con scosse elettriche e percosse, tuttavia, in modo da non lasciare tracce sul suo corpo. Da un anno e mezzo a questa parte è detenuto in custodia cautelare per i reati di "*istigazione a proteste e propaganda di terrorismo sul proprio profilo Facebook*"[2].

---

[1] Per approfondire la vicenda, *Perché un ricercatore universitario italiano è stato torturato e ucciso in Egitto?*, di Walsh, in *The New York Times Magazine*, 23.08.2017.

[2] Per approfondire la vicenda, *Patrick Zaky: chi è l'attivista in carcere in Egitto e perché è stato arrestato*, di Facchini, in *Osservatorio Diritti*, 13.02.2020; si veda anche, *Patrick George Zaki, l'Egitto e noi*, di Schiavello, in *Giustizia Insieme*, 29.03.2021.

I rapporti annuali tanto di organizzazioni internazionali[3], quanto delle rappresentanze diplomatiche in Egitto[4], segnalano, infatti, tra le violazioni significative in tema di diritti umani uccisioni illegali o arbitrarie, comprese le esecuzioni extragiudiziali da parte del governo o dei suoi agenti; sparizioni forzate; tortura e casi di trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti da parte delle autorità; condizioni carcerarie dure e tali da mettere a repentaglio la vita stessa dei detenuti; detenzioni arbitrarie o per fini politici; rappresaglie a sfondo politico contro individui situati fuori dal paese; interferenze arbitrarie o illegali nella *privacy*; gravi restrizioni alla libertà di espressione, alla stampa e a *internet*, tra cui arresti o procedimenti giudiziari nei confronti di giornalisti, censura, blocco dei siti; sostanziali interferenze con i diritti di riunione pacifica e la libertà di associazione, come le leggi eccessivamente restrittive che regolano le organizzazioni della società civile; restrizioni alla partecipazione politica; violenza contro persone lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuali e uso della legge per arrestarle e perseguirle arbitrariamente. Viene, altresì, evidenziato come i funzionari che hanno commesso abusi, sia nei servizi di sicurezza che altrove nell'apparato di governo, siano stati puniti o perseguiti in modo incoerente. Nella maggior parte dei casi, non sono state condotte indagini esaustive sulle accuse di violazioni dei diritti umani, compresa la maggior parte degli episodi di violenza da parte delle forze di sicurezza, contribuendo, così, a generare un clima di impunità.

Tra i difensori dei diritti umani vittime della repressione figurano anche molti appartenenti al ceto forense fra i quali l'avvocata Mahienour el-Masry, che più volte è stata privata della libertà personale a causa dell'indefesso impegno profuso per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

2. Mahienour el-Masry e la libertà ritrovata dopo 665 giorni di carcerazione preventiva.

Nel pomeriggio di domenica 18 luglio 2021 le agenzie di stampa hanno rilanciato la notizia, pubblicata sui social media dalla sorella, della tanto inattesa quanto desiderata scarcerazione di **Mahienour el-Masry**, rinomata avvocata ed attivista dei diritti umani egiziana di Alessandria, che, a dispetto dei suoi 35 anni, è da tempo un punto di riferimento nel suo Paese per la difesa dei diritti dei lavoratori, delle donne e dei rifugiati.

Era detenuta dal 22 settembre 2019, quando tre agenti di polizia in borghese l'avevano tratta in arresto e rinchiusa in un *minivan* fuori dalla sede della tristemente nota Procura Suprema di Sicurezza dello Stato[5], nel quartiere del Quinto Insediamento del Cairo, dove si trovava per assistere diversi suoi clienti arrestati durante le proteste scoppiate in tutto il paese il 20 e 21 settembre 2019 volte a chiedere le di-

[3] In particolare si segnalano i *report* di *Amnesty International*, "*Cosa vuoi che m'importi se muori? Negligenza e diniego di cure mediche nelle prigioni egiziane*", 2021 (ENG); *Ufficialmente tu non esisti. Scomparsi e torturati in nome della lotta al terrorismo*, 2016, ed il report 2021 di *Human Rights Watch*.

[4] Si veda, *2020 Country Reports on Human Rights Practices: Egypt*, a cura dell'*Ambasciata degli Stati Uniti d'America al Cairo*.

[5] Si veda il *report* di *Amnesty International*, *Stato d'eccezione permanente. Abusi della Procura Suprema di Sicurezza dello Stato*, 2019 (ENG).

missioni del presidente Abdel Fattah al-Sisi. Nel corso di tali manifestazioni sono state incarcerate decine di persone – minorenni inclusi – oltre a giornalisti, avvocati e membri dei partiti politici di opposizione, in una vera e propria ondata di repressione della società civile[6].

Successivamente è stata interrogata dal Procuratore supremo per la sicurezza dello Stato nell'ambito del procedimento penale n. 488/2019, relativo alle accuse di "*aiutare un gruppo terroristico a raggiungere i suoi obiettivi*" e "*diffondere notizie false*", per aver preso parte alle proteste del marzo 2019 scatenate da un incidente ferroviario mortale al Cairo che aveva provocato la morte di 25 persone e decine di feriti. A seguito dell'incombente, il Procuratore aveva ordinato la sua detenzione cautelare nel carcere femminile di Al-Qanater, ove, allo scoppio della pandemia da COVID-19, si vedeva revocare dalle autorità il permesso di inviare lettere alla famiglia.

Il 30 agosto 2020 è stata sottoposta ad indagini in un nuovo procedimento penale (n. 855/2020) con l'accusa di "*adesione ad un'organizzazione terroristica*" insieme ad altri difensori dei diritti umani, avvocati e giornalisti, come Esraa Abdelfattah, Solafa Magdy e Mohamed el-Baqer.

2.1. Le tappe di una persecuzione giudiziaria iniziata nel 2014.

Quella appena descritta, purtroppo, non è che l'ultima tappa di una vera e propria persecuzione giudiziaria in atto nei suoi confronti, dato che dal 2014, suo malgrado, è entrata ed uscita più volte dal carcere a causa del suo attivismo per i diritti umani e dell'esercizio legittimo dei suoi diritti alla libertà di espressione e di riunione pacifica.

La polizia l'ha arrestata una prima volta il 12 aprile 2014 mentre si trovava in un negozio di abbigliamento nel distretto di Mohram Bey ad Alessandria.

Il 2 gennaio 2014, infatti, era già stata condannata in contumacia alla pena di due anni di reclusione ed alla multa di 50 mila sterline egiziane per aver violato la legge n. 107 del 2013 – che vieta di riunire 10 o più persone senza un permesso rilasciato dalle autorità[7] – aggressione alle forze di sicurezza e blocco del traffico, in relazione agli eventi accaduti il 2 dicembre 2013 quando l'avvocata el-Masry aveva preso parte ad una manifestazione pacifica di solidarietà dinnanzi al Tribunale di Alessandria ove si stava svolgendo la quarta udienza del processo per omicidio di Khaled Saeed, figura emblematica della rivoluzione del 25 gennaio 2011, rapito in un *internet cafe* e torturato a morte da due poliziotti a Sidi Gaber il 6 giugno 2010[8].

[6] Si veda, *Federazione Internazionale per i Diritti Umani (FIDH)*, "*Egitto: arresto arbitrario di Mahienour El-Massry*" (ENG), 23.09.2019.

[7] La Legge n. 107 sul diritto alle riunioni pubbliche, alle manifestazioni e alle dimostrazioni pacifiche è stata adottata il 24 novembre 2013 ed ha attirato ampie critiche da parte degli esperti delle Nazioni Unite e delle organizzazioni della società civile per essere in violazione degli standard internazionali. La legge, infatti, attribuisce poteri eccessivi alle forze di sicurezza per vietare e disperdere arbitrariamente le proteste pacifiche, imponendo pesanti sanzioni ai manifestanti. Dalla sua adozione, la legge n. 107 è stata regolarmente utilizzata per reprimere le manifestazioni pacifiche e perseguire i difensori dei diritti umani che protestano contro la crescente intolleranza del governo egiziano nei confronti del dissenso. Tratto dalla scheda di Civicus su Mahienour el-Masry.

[8] Il 26 ottobre 2011 entrambi gli agenti di polizia sono stati giudicati colpevoli di omicidio colposo e condannati a sette anni di reclusione. Sia l'accusa che la difesa hanno impugnato la sentenza ed è stato ordinato un nuovo processo. Il 3 marzo 2014, il Tribunale di Alessandria ha aumentato la pena di tre anni condannando gli imputati a dieci anni di carcere. Qui la notizia

Il processo di primo grado è stato celebrato nuovamente in sua presenza e la condanna inflittale *in absentia* è stata confermata il 20 maggio 2014 dal Tribunale penale di Sidi Gaber ad Alessandria dopo aver rigettato la richiesta dei difensori di rinviare il processo.

Il 20 luglio 2014, la Corte d'appello ha ridotto la pena detentiva a 6 mesi e confermato nel resto.

Nel corso della carcerazione ha rifiutato qualsiasi amnistia a meno che non fosse abrogata la legge contro le manifestazioni ed ha evidenziato l'incongruenza ed il paradosso della situazione che si trovava a vivere riassunto efficacemente dalle sue stesse parole: "*Abbiamo protestato per abbattere un sistema politico e giudiziario e ora c'è un regime che è arrivato al potere attraverso le manifestazioni che ci mette in prigione per aver protestato*"[9].

Il 21 settembre 2014 è stata scarcerata dopo che la Corte d'Appello di Alessandria ha sospeso la sua condanna a sei mesi di carcere a seguito di ricorso alla Corte di Cassazione[10].

Ciò le ha permesso di presenziare il 31 ottobre 2014 a Firenze[11] alla consegna del prestigioso premio internazionale Ludovic Trarieux – un riconoscimento conferito agli avvocati per i loro contributi alla difesa dei diritti umani – che le era stato assegnato mentre si trovava in detenzione[12].

Nel febbraio del 2015 è stata condannata a due anni di reclusione, ridotti a un anno e tre mesi in appello, per "*protesta senza autorizzazione*", "*danneggiamento di proprietà della polizia*", "*attacco alle forze di sicurezza*" e "*minaccia alla sicurezza pubblica*", imputazioni afferenti la sua partecipazione, il 29 marzo 2013, a una protesta davanti alla stazione di polizia di al-Raml ad Alessandria per solidarizzare con gli avvocati che erano stati colà trattenuti e interrogati e che avevano accusato gli agenti di polizia di averli aggrediti verbalmente e fisicamente. Il 13 agosto 2016 è stata scarcerata dopo aver scontato l'intera pena. Il 14 giugno 2017, Mahienour, e gli attivisti Moataseem Medhat, Asmaa Naeem, Waleed el-Amry e Ziad Abu el-Fadl hanno partecipato a una protesta ad Alessandria contro la decisione del governo egiziano di cedere

sul sito *Ahram online* (ENG), 03.03.2014.

[9] Tratto dal discorso dell'Avv. Bertrand Favreau, Presidente della Giuria, alla *cerimonia di consegna del Premio Internazionale per i diritti dell'uomo "Ludovic Trarieux" svoltasi a Firenze il 31.10.2014* (FRA).

[10] Si veda, Front Line Defenders, "*Case history: Mahienour el-Masry*" (ENG).

[11] Si veda, la *scheda dell'evento* sul sito del Premio Internazionale dei Diritti dell'Uomo "*Ludovic Trarieux*".

[12] Creato nel 1984, il "*Premio Internazionale dei Diritti dell'Uomo - Ludovic Trarieux*", "*L'omaggio degli avvocati ad un avvocato", è attribuito ad "un avvocato senza distinzione di nazionalità o di foro d'appartenenza che abbia contribuito, con il proprio impegno, la propria attività e le proprie sofferenze, alla difesa dei diritti dell'uomo, alla supremazia del diritto, alla lotta contro il razzismo e l'intolleranza*".
Il Premio "Ludovic Trarieux" rappresenta il più antico e prestigioso riconoscimento riservato ad un avvocato. La sua origine deriva dal messaggio di Ludovic Trarieux (1840-1904), avvocato del Foro di Bordeaux, e successivamente di Parigi, Ministro della Giustizia (1895), fondatore nel 1898 (al momento del caso Dreyfus) della «*Lega francese dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*», all'origine di tutte le leghe successivamente create.
Il primo Premio Ludovic Trarieux è stato attribuito il 29 marzo 1985 a Nelson Mandela, allora in prigione da 23 anni in Sud Africa. Il premio è stato ufficialmente consegnato a sua figlia il 27 aprile 1985, in presenza, per la prima volta, di 40 presidenti di Consigli degli Ordini degli Avvocati dell'Europa e dell'Africa.
Oggi il premio è un omaggio annuale ad un avvocato nel mondo. È conferito congiuntamente dall'Istituto dei Diritti dell'Uomo dell'Ordine degli Avvocati di Bordeaux, dall'Istituto di formazione sui Diritti dell'Uomo dell'Ordine degli Avvocati di Parigi, dall'Istituto dei Diritti dell'Uomo degli avvocati di Bruxelles, dagli Ordini degli Avvocati di Lussemburgo, di Ginevra, di Amsterdam, dalla Rechtsanwaltskammer di Berlino, dall'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, dalla Union Internationale des Avocats (UIA) e dall'Institut des Droits de l'Homme des Avocats Européens (IDHAE).

il controllo di due isole, Tiran e Sanafir, al Regno dell'Arabia Saudita. Il 18 novembre 2017, il Tribunale per i reati minori Montazah di Alessandria ha ordinato la detenzione preventiva di Mahienour el-Masry e Moataseem Medhat. Il 30 dicembre 2017, lo stesso Tribunale ha condannato entrambi a due anni di carcere per "*partecipazione a una protesta non autorizzata*" e "*dimostrazione di forza*". Il Tribunale ha anche condannato gli altri tre attivisti a tre anni di prigione, *in absentia*. Il 13 gennaio 2018, la Corte d'appello di Montazah ad Alessandria ha assolto l'avvocata el-Masry e Moataseem Medhat da tutte le accuse.

In realtà Mahienour el-Masry, molto prima della rivolta del 25 gennaio 2011, la c.d. "rivoluzione del Nilo", si era già messa in luce per la sua volontà di aiutare coloro che non erano in grado di rivendicare diritti per sé stessi, per i più indifesi. Fin dall'inizio della sua carriera si era, inoltre, contraddistinta per l'impegno in favore dell'indipendenza della magistratura, dei diritti dei detenuti, fra i quali i prigionieri politici, del diritto di organizzare manifestazioni pacifiche, utilizzando i *social media* per veicolare le denunce delle violazioni dei diritti umani. Ha fornito assistenza legale alle famiglie dei martiri, a centinaia di lavoratori licenziati pretestuosamente e fondato insieme al medico ed attivista Taher Mukhtar, il *Refugee Solidarity Network*, un'associazione volta a garantire l'assistenza medico-legale ai rifugiati sirani e siriano-palestinesi detenuti nelle carceri di Alessandria per aver tentato di raggiungere clandestinamente le coste europee via mare.

Dopo la rivoluzione del 2011 ha continuato, come continua, instancabilmente ad adoperarsi credendo fermamente che i cittadini rivestano un ruolo centrale per il cambiamento del sistema egiziano e che lo scopo della rivolta fosse quello di cambiare il regime e non il tiranno.

3. Avvocati per i diritti umani perseguitati ed assassinati in Egitto a causa dell'esercizio della professione.

La storia di sofferenza ed attaccamento ai valori della professione forense dell'avvocata el-Masry non è, purtroppo, isolata e la comunità dei giuristi e della società civile ne è ben consapevole.

Lo testimonia il fatto che nel 2020 il premio per i diritti umani del CCBE, il Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa, è stato assegnato proprio a sette avvocati egiziani, fra i quali la stessa Mahienour el-Masry, che si sono distinti nella difesa dei diritti umani[13]. Si tratta di **Haytham Mohammadein**[14], avvocato per i diritti umani e attivista sindacale già arrestato più volte, l'ultima delle quali il 12 maggio 2019, tuttora, in custodia cautelare in carcere; di **Hoda Abdelmoniem**[15], avvocata, – già componente del Consiglio nazionale per i diritti umani, portavoce della Coalizione rivoluzionaria delle donne egiziane e consulente del Coordinamento egiziano per i diritti e le libertà – brutalmente arrestata nel cuo-

[13] Si vedano il *documento di base con le informazioni sui premiati* ed il *comunicato stampa* (ENG) a cura del CCBE.

[14] Qui la *lettera* della Presidente del CCBE al Presidente al-Sisi del 26.03.2021 (ENG), con il collegamento ipertestuale a precedenti documenti relativi alla situazione dell'Avv. Haytham Mohammadein.

[15] Si vedano la *lettera* del gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria del 17.02.2021 (ENG) e la *lettera* della Presidente del CCBE al Presidente al-Sisi del 20.04.2021 (ENG), con il collegamento ipertestuale a precedenti documenti relativi alla situazione dell'Avv. Hoda Abdelmoniem.

re della notte del 1 novembre 2020 da 20 agenti che hanno forzato la porta del suo appartamento e l'hanno bendata; di **Ibrahim Metwally Hegazy**[16], avvocato, tra gli altri, della famiglia di Giulio Regeni, membro della Commissione egiziana per i diritti e le libertà (ECRF) e co-fondatore dell'Associazione egiziana delle famiglie degli scomparsi (EAFD), arrestato il 10 settembre 2017 all'aeroporto del Cairo mentre stava partendo per Ginevra dove lo attendeva una vertice del Consiglio dei Diritti umani delle Nazioni Unite e, tuttora, in detenzione preventiva nel carcere di Aqrab; di **Mohamed el-Baqer**[17], avvocato specializzato nella difesa dei diritti umani, fondatore e direttore del Centro Adalah per i diritti e le libertà, che si occupa dal 2014 dell'assistenza legale delle vittime di detenzione arbitraria, della difesa dei diritti degli studenti, nonché delle questioni relative al trasferimento forzato della popolazione nubiana. Si trova in custodia cautelare in carcere dal 29 settembre 2019 quando è stato arrestato nell'edificio della Procura Generale mentre rappresentava il *blogger* e difensore dei diritti umani Alaa Abdel Fattah. Entrambi sono stati arrestati con l'accusa di diffondere informazioni false e utilizzazione abusiva dei *social media*, così come di aver fondato e fatto parte di un gruppo terroristico. Entrambi sono stati trasferiti nell'ala 2 del carcere di Tora, nota per le sue condizioni di detenzione inumane.

Inoltre, sono stati premiati **Mohamed Ramadan**, avvocato che patrocina abitualmente i casi dei difensori dei diritti umani, arrestato il 10 dicembre 2018, attualmente in detenzione preventiva **e Zyad El-Eleimy**, avvocato ed ex parlamentare, arrestato il 25 giugno 2019 al Cairo a tutt'oggi in custodia cautelare nel carcere di Tora[18].

Da quanto sin qui esposto emerge chiaramente come gli avvocati ed, in generale, i difensori dei diritti umani che esercitino la loro professione in coscienza, libertà ed indipendenza diventino automaticamente dei bersagli da silenziare definitivamente – come accaduto a **Karim Hamdy**, avvocato di 27 anni che nel febbraio del 2015 è stato prelevato dalle forze di sicurezza presso la sua abitazione del Cairo, sequestrato, torturato fino alla morte come ha testimoniato dagli esiti dell'autopsia sul cadavere che dava conto della frattura di alcune costole e di percosse che avevano causato lividi ed emorragie al petto e alla testa[19] – o temporaneamente, come nei casi di Amr Imam, Zyad El-Elaimy e Gamal Eid.

Il 16 ottobre 2019, l'avvocato Amr Imam[20] è stato arrestato dalla polizia presso il suo domicilio dopo aver annunciato l'intenzione di intraprendere uno sciopero della fame per protestare contro gli arresti arbitrari dei difensori dei diritti umani e gli abusi della polizia.

[16] Si vedano, Federazione Internazionale per i Diritti Umani, "*Egitto: proroga della custodia cautelare in carcere di Ibrahim Metwally Hegazy*" (ENG), 24.09.2020; OHCHR, "*Secondo gli esperti delle nazioni Unite, l'Egitto deve liberare un avvocato per i diritti umani detenuto in violazione del divieto di doppia incriminazione*" (ENG), 20.11.2019.

[17] Si vedano la *scheda* dell'Avv. Mohamed el-Baqer sul sito dell'*Osservatorio Internazionale degli Avvocati in Pericolo (OIAD)*, e l'*appello* per la sua liberazione a cura della coalizione globale con la partecipazione del CCBE, in data 26.07.2021.

[18] Per ulteriori informazioni su questi Avvocati, si veda il *documento di base con le informazioni sui premiati* (ENG), a cura del CCBE.

[19] Per la notizia completa si veda, *BBC*, "*Poliziotti egiziani incarcerati per la morte dell'avvocato Karim Hamdy*" (ENG), 12.12.2015.

[20] Si veda la *scheda* dell'Avv. Amr Imam sul sito dell'*Osservatorio Internazionale degli Avvocati in Pericolo (OIAD)*.

Gli è stato impedito di telefonare al suo avvocato ed ai propri famigliari ed il luogo di detenzione è rimasto sconosciuto per 24 ore.

Il 17 ottobre 2019 è comparso davanti al Procuratore supremo per la sicurezza dello Stato ed è stato formalmente sottoposto ad indagini per "*collaborazione con un'organizzazione terroristica*", "*diffusione di notizie false*" e "*utilizzo abusivo di un social network*". Si trova attualmente detenuto in custodia cautelare presso il carcere di Tora, dove le visite dei famigliari e l'accesso degli avvocati sono fortemente limitati[21].

Nel gennaio 2014 era stato minacciato con la pistola alla stazione di polizia Maadi quando insisteva nel chiedere di vedere dei suoi clienti arrestati durante una manifestazione[22].

L'avvocato per i diritti umani ed ex parlamentare **Zyad El-Elaimy**[23] è stato arrestato nel 2019 e si trova tuttora in detenzione preventiva per "*aver diffuso informazioni false con l'intenzione di creare panico tra la popolazione e disturbare l'ordine pubblico*" avendo rilasciato un'intervista alla BBC in cui ha denunciato la pratica delle sparizioni forzate e l'uso della tortura da parte delle autorità egiziane. È stato, altresì, inserito per cinque anni nella lista dei terroristi suscitando la presa di posizione da parte degli esperti delle Nazioni Unite, che, tuttavia, non ha sortito gli effetti sperati[24].

Ezzat Ghoneim è un avvocato e difensore dei diritti umani impegnato nella difesa delle garanzie del giusto processo e nel monitoraggio delle sparizioni forzate. Dal 2014 è direttore esecutivo della Commissione egiziana per i diritti e le libertà (ECRF), organizzazione che denuncia arresti arbitrari, sparizioni forzate, violazioni della libertà di espressione, negligenza medica e tortura nelle carceri.

Dopo essere scomparso per quasi cinque mesi è stato fatto comparire avanti al Tribunale di Tura il 9 febbraio 2019. Continua ad essere detenuto in custodia cautelare, con le accuse di "*diffamazione*" e "*adesione a un gruppo illegale*"[25].

Dal 2016, l'avvocato Gamal Eid[26] **è vittima di persecuzione giudiziaria nell'ambito del caso sui "Finanziamenti esteri",** chiamato caso n. 173, che coinvolge più di 40 organizzazioni della società civile ed i loro rappresentanti. I suoi conti ed i beni familiari sono stati sottoposti a sequestro per ordine del Tribunale penale del Cairo. Non può uscire dall'Egitto e rischia fino a 25 anni di prigione.

Gamal Eid è un eminente avvocato e difensore dei diritti umani in Egitto soprattutto dei diritti correlati alla libertà di espressione. È il fondatore dell'*Arabic Network for Human Rights Information* (ANHRI), rete istituita nel 2003, che promuove la libertà di espressione in Egitto e fornisce assisten-

[21] Si veda la *scheda* sulla situazione dei difensori dei diritti umani e degli attivisti in Egitto di *EuroMed Rights* (ENG).

[22] Si veda il rapporto informativo *Difendere i diritti in Egitto*, a cura degli Avvocati Nicola Canestrini, Ezio Menzione e Barbara Spinelli per *Unione delle Camere Penali Italiane*, *Giuristi Democratici*, *European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights*, *Legal Team Italia*, *Avocats Européens Démocrates – European Democratic Lawyers*, *Day of the Endangered Lawyer Foundation*, 2017, pag. 12.

[23] Si veda la *scheda* dell'Avv. Zyad El-Elaimy sul sito dell'*Osservatorio Internazionale degli Avvocati in Pericolo (OIAD)*.

[24] Si veda, OHCHR, *Gli esperti delle Nazioni Unite chiedono la rimozione dei difensori dei diritti Ramy Shaath e Zyad El-Elaimy dalla lista dei terroristi* (ENG), 11.02.2021.

[25] Si veda, *Front Line Defenders*, *scheda* relativa all'Avv. Ezzat Ghoneim (ENG).

[26] Si veda, *Front Line Defenders*, *scheda* relativa all'Avv. Gamal Eid (ENG).

za giuridica ai difensori dei diritti dell'uomo e ai giornalisti. L'associazione ha ricevuto lo *Human Dignity Award* nel 2011 da parte della fondazione Roland Berger.

Dal 30 settembre 2019 è vittima di minacce, aggressioni e di atti di vandalismo. Ha ricevuto numerose telefonate e messaggi in cui gli si intimava di interrompere l'attività che stava svolgendo e di "*comportarsi bene*". La sua automobile è stata rubata il 30 settembre in una delle strade principali del Cairo all'ora di punta. L'automobile è stata identificata da diverse telecamere di sorveglianza, ma l'inchiesta non ha avuto seguito.

Il 10 ottobre 2019 è stato vittima di un'aggressione da parte di due uomini armati in abiti civili che hanno tentato di rubargli il telefono ed il *computer*, è stato ferito ad un braccio e alla gamba ed ha riportato la frattura di diverse costole. Nessuna indagine è stata avviata in relazione a questi accadimenti nonostante siano stati denunciati dall'avvocato Eid.

Il successivo 30 ottobre ha ricevuto una chiamata telefonica durante la quale è stato minacciato e il giorno dopo l'automobile che aveva noleggiato, a seguito del furto del proprio veicolo, è stata vandalizzata. I suoi vicini hanno testimoniato di aver visto diverse persone armate fermarsi davanti all'automobile e poi chiamare qualcuno per comunicare i dettagli dell'automobile[27].

[27] Si veda la *scheda* dell'Avv. Gamal Eid sul sito dell'*Osservatorio Internazionale degli Avvocati in Pericolo (OIAD)*.

4. L'intervento e le iniziative delle istituzioni internazionali e della comunità forense a sostegno degli avvocati egiziani ingiustamente perseguitati.

I continui arresti, spesso senza mandato, il mantenimento in isolamento e la prolungata carcerazione preventiva di difensori dei diritti umani, fra i quali, come evidenziato, molti avvocati, accusati di aver commesso ipotesi di reato pretestuose ed infondate, hanno suscitato molteplici prese di posizione da parte delle istituzioni e dell'Avvocatura internazionali.

In particolare, la relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla situazione dei difensori dei diritti umani, Mary Lawlor, è intervenuta due volte nel corso di quest'anno. Una prima, nel mese di gennaio, per stigmatizzare l'abuso delle leggi antiterrorismo e di sicurezza nazionale per criminalizzare il lavoro dei difensori dei diritti umani nel paese. Ciononostante, molti altri sono stati successivamente incarcerati in attesa di giudizio per fattispecie di reato previste da tali normative che comportano dei considerevoli aggravi di pena.

"*Esercitare il proprio diritto alla libertà di espressione, associazione o riunione pacifica non è un crimine. Tutti hanno il diritto di promuovere e proteggere i diritti umani. Non c'è alcuna giustificazione per le azioni intraprese contro i difensori dei diritti umani dalle autorità egiziane*": è la sintesi del pensiero espresso della relatrice speciale in un nuovo comunicato del 15 luglio 2021, che ha, altresì, evidenziato come essi vengano abitualmente sottoposti a detenzione preventiva per periodi di quindici giorni rinnovati in continuazione fino

ad arrivare comunemente a due anni senza che sia celebrato il processo, col rischio di essere associati a nuovi casi per presunti crimini previsti dalla stessa normativa, pratica particolarmente comune per neutralizzare le scarcerazioni disposte dai tribunali[28].

In precedenza, l'Alta Commissaria per i diritti umani delle Nazioni Unite, Michelle Bachelet, aveva condannato gli arresti di alcuni esponenti dell'Iniziativa egiziana per i diritti della persona (EIPR), fra i quali Patrick George Zaki, inquadrandoli in un modello più ampio di intimidazione delle organizzazioni che difendono i diritti umani e dell'uso della legislazione antiterrorismo e di sicurezza nazionale per silenziare il dissenso.

Del pari, era stato denunciato come l'uso sovrabbondante delle leggi antiterrorismo e di accuse indefinite come "*unirsi a un'organizzazione terroristica*" e "*diffondere false informazioni*" per vessare e criminalizzare il lavoro dei difensori dei diritti umani non fosse coerente con lo stato di diritto e con gli obblighi assunti a livello internazionale dall'Egitto in tema di diritti umani[29].

Anche il Parlamento Europeo con risoluzione del 16 dicembre 2020 sulle violazioni dei diritti umani in Egitto, citando come esempi i casi di Giulio Regeni e Patrick George Zaki, ha deplorato la crescente repressione in atto in Egitto per mano delle autorità statali e delle forze di sicurezza, da un lato, invitando l'Unione Europea ad avvalersi di tutti gli strumenti a disposizione per rispondere alle gravi violazioni, inclusa la possibilità di adottare misure restrittive nei confronti di funzionari egiziani di alto livello responsabili delle violazioni più gravi, dall'altro, chiedendo agli Stati membri di astenersi dal concedere riconoscimenti ai leader politici responsabili di violazioni dei diritti umani[30].

Sul versante dell'Avvocatura, se l'Ordine nazionale egiziano, che consta di circa seicentomila iscritti, ha manifestato scarsa reattività rispetto alla violazione dei diritti fondamentali[31], la comunità forense internazionale ha, viceversa, dimostrato una grande attenzione nei confronti delle Colleghe e dei Colleghi ingiustamente perseguitati a causa dell'esercizio della propria attività.

In particolare, è stata loro dedicata l'edizione del 2018 della giornata internazionale dell'avvocato minacciato[32], sono periodi-

[28] Si veda OHCHR, *Egitto: secondo l'esperto delle Nazioni Unite i difensori dei diritti umani vengono trattenuti in isolamento ed affrontano accuse pretestuose* (ENG), 15.07.2021. In particolare, la Relatrice Speciale sulla situazione dei difensori dei diritti umani ha sottolineato il ruolo vitale che la società civile svolge in Egitto ed ha assicurato che continuerà a seguire i casi di difensori dei diritti umani detenuti portati alla sua attenzione, chiedendo, altresì, l'immediata scarcerazione di: Mohamed Ramadan, difensore dei diritti umani e avvocato; Mohamed el-Baqer, difensore dei diritti umani e avvocato; Ezzat Ghoneim, difensore dei diritti umani e avvocato, direttore del Coordinamento egiziano per i diritti e le libertà (ECRF); Aisha el Shatr, difensore dei diritti umani e membro del consiglio dell'ECRF; Mohamed Abo Horira, difensore dei diritti umani e membro del consiglio dell'ECRF; Hoda Abdel Moneim, difensore dei diritti umani e membro del consiglio dell'ECRF; Ibrahim Ezz el-Din, difensore dei diritti umani e ricercatore; Ramy Kamel Saied Salib, difensore dei diritti umani e capo della Fondazione giovanile Maspero; Mahienour el-Masry, difensore dei diritti umani e avvocato; Amr Imam, difensore dei diritti umani e avvocato della Rete araba per l'informazione sui diritti umani; Walid Ali Saleim Mohammed Hamada, difensore dei diritti umani e avvocato.

[29] OHCHR, *nota informativa per la stampa* (ENG), 20.11.2020.

[30] Qui il *testo integrale della risoluzione* dal sito del Parlamento Europeo.

[31] Si veda il rapporto informativo *Difendere i diritti in Egitto*, cit., 8.

[32] L'iniziativa che si celebra tutti gli anni nel mondo a partire dal 2010, è l'anniversario della strage avvenuta il 24 gennaio 1977 e ricordata in Spagna col nome di "Matanza de Atocha", allorquando un commando di terroristi neofascisti entrò in un ufficio di avvocati giuslavoristi situato, per l'appunto a Madrid, in Calle de Atocha, ed aprì il fuoco uccidendone cinque e ferendone quattro. *Scopo della manifestazione* è quello di richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica sulla situazione di uno specifico Paese nel quale gli avvocati che si spendono

camente redatti appelli e petizioni in loro favore ed esercitate azioni di *lobbying* nei confronti delle istituzioni internazionali per sensibilizzare al tema in generale e a casi specifici[33], nonché organizzate *fact-finding missions*[34] all'esito delle quali stilare *report* da diffondere e valorizzare anche in ambito giurisdizionale.

Il comune denominatore di tutte le suesposte iniziative è quello di richiamare l'attenzione del Governo egiziano e della comunità internazionale affinché venga assicurato il rispetto dei *Principi Fondamentali relativi al Ruolo degli avvocati*, adottati dalle Nazioni Unite nel corso dell'Ottavo Congresso sulla prevenzione del crimine e sul trattamento degli autori di reati tenutosi a L'Avana dal 27 agosto al 7 settembre 1990[35]. Fra di essi, in particolar modo, il Principio 16: "*I governi devono garantire che gli avvocati (a) siano in grado di svolgere tutte le loro attività professionali senza intimidazioni, ostacoli, molestie o interferenze improprie; (b) siano in grado di viaggiare e di consultare liberamente i loro clienti sia all'interno del loro paese che all'estero; e (c) non debbano subire, o essere minacciati di subire, azioni penali o sanzioni amministrative, economiche o di altro tipo per qualsiasi attività compiuta in conformità ai doveri professionali riconosciuti, agli standard ed alla deontologia*", il Principio 17: "*Qualora la sicurezza degli avvocati sia minacciata nell'esercizio della loro professione, essi devono essere protetti adeguatamente dalle autorità*", così come il Principio 18: "*Gli avvocati non devono essere identificati con i loro clienti o con le cause dei loro clienti come conseguenza dell'esercizio delle loro funzioni*". Si tratta di regole che devono rimanere inviolabili perché sono dei modelli da seguire per i Paesi delle Nazioni Unite che vogliono dotarsi di una vera giustizia e che fanno derivare un vero e proprio obbligo in capo agli Stati di protezione degli avvocati nell'esercizio della loro professione[36].

Anche l'organizzazione di eventi volti a far sì che il Foro e l'opinione pubblica si preoccupino e, soprattutto, si occupino delle Avvocate e degli Avvocati minacciati in Egitto, così come nel mondo, assume una grande importanza.

Proprio dall'invito rivolto, per il tramite del sottoscritto, alla comunità internazionale, ed a quella dei giuristi in particolare, dall'avvocata iraniana Nasrin Sotoudeh – orgoglio e simbolo di un'Avvocatura disposta a rinunciare anche alla propria libertà per difendere i diritti degli altri e dei più

per la tutela dei diritti umani sono esposti ad un grave rischio di persecuzione con conseguenze infauste per la democrazia e lo Stato di diritto.

[33] Oltre a quelli già segnalati nelle note relative ai singoli casi, si veda, da ultima, l'*appello* per la scarcerazione di Mohamed el-Baquer a firma del CCBE e di numerose altre associazioni.

[34] Si ricorda quella condotta da *Unione delle Camere Penali Italiane*, *Giuristi Democratici*, *European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights*, *Legal Team Italia*, *Avocats Européens Démocrates – European Democratic Lawyers*, *Day of the Endangered Lawyer Foundation*, di cui al rapporto informativo *Difendere i diritti in Egitto*, cit.

[35] Si vedano, *Principi Fondamentali relativi al Ruolo degli avvocati*, adottati dalle Nazioni Unite nel corso dell'Ottavo Congresso sulla prevenzione del crimine e sul trattamento degli autori di reati tenutosi a L'Avana dal 27 agosto al 7 settembre 1990 (A/RES/45/121), in *www.ohchr.org*; essi riprendono per una parte i principi della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite*, in particolare gli articoli 7, 8, 10, 11, ma anche gli articoli 2, 14, 26 della *Convenzione relativa ai diritti civili e politici*.

[36] Si veda, Favreau, *L'indépendance de l'avocat*, Strasburgo, 2003 e Favreau *L'indépendance des avocats et des magistrats: une condition de l'état de droit*, in *Rivista Ellenica dei diritti dell'Uomo*, n 24, Atene, 2004, 1101-1132, cit. da Cappelletti, Gli attacchi alla funzione difensiva nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Azerbaigian ed il valore della solidarietà nell'Avvocatura, in *Diritto di Difesa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 15.02.2021.

deboli, in particolare – di dedicare la stessa attenzione con la quale sono seguite le sue vicende anche alla situazione degli altri avvocati e difensori dei diritti umani ingiustamente perseguitati è nato lo scorso mese di giugno il progetto "*Adopt an Endangered Lawyer / Adotta un avvocat@ minacciat@*" dell'Unione delle Camere Penali Italiane[37] col patrocinio del Global Campus of Human Rights e la collaborazione dell'artista ed attivista Gianluca Costantini, che si propone di tener sempre viva l'attenzione della società, del Foro e dei *media* sulle loro storie perché non vengano mai dimenticate. Fra di essi, ovviamente, anche le Colleghe ed i Colleghi egiziani rappresentati nell'illustrazione di lancio dell'iniziativa proprio da Mahienour el-Masry.

5. Conclusioni. Dedicato a tutte le anime e gli esseri coraggiosi.

Attraverso questo percorso – al tempo stesso doloroso ma che è anche, e soprattutto, fonte d'ispirazione – di condivisione delle storie di donne e uomini che sono giunti e giungono a rinunciare alla propria libertà ed anche alla propria vita pur di adempiere fino in fondo al loro mandato professionale nel nome della difesa dei diritti fondamentali, come d'abitudine, si è inteso prestar loro voce per ricordarli ed onorarli. In quest'ottica, pertanto, la conclusione di questo breve scritto è affidata alle parole – sempre attuali – pronunciate da Mahienour el-Masry alla consegna del Premio Trarieux a Firenze nel 2014, che rappresentano il manifesto stesso di un'Avvocatura libera, indipendente, che crede nel valore della solidarietà ed è baluardo della democrazia e dello stato di diritto nel mondo.

Dedico questo premio a tutte le anime e gli esseri coraggiosi[38].

Cari servitori della giustizia e difensori dei diritti umani, oggi sono qui fisicamente con voi, sebbene fino a poco tempo fa ciò non sarebbe stato possibile in quanto detenuta in un carcere dal maresciallo al Sisi come più di 41 mila prigionieri politici.

Sono stata accusata insieme ad altre 8 persone, quattro delle quali sono tuttora in carcere a scontare una pena di due anni.

Sono stata condannata a due anni e la pena è stata ridotta in appello e poi sospesa grazie alla vostra solidarietà e ai vostri sforzi.

Sono stata più fortunata di altre persone alle quali non è dedicata molta attenzione.

Sono rimasta sorpresa quando ho saputo che avevo vinto questo prestigioso premio; in quel tempo ero in carcere privata della possibilità di ogni tipo di comunicazione con il mondo esterno.

Non credo di aver meritato questo grande onore perché per molto tempo ho fatto parte di un gruppo più grande, prima come socialista rivoluzionaria, fino a diventare un avvocato volontario per difendere i manifestanti di Alessandria; sono stata un'attivista per dire no ai processi militari e per il movimento di solidarietà dei rifugiati,

[37] Per approfondire, si veda la *notizia* del lancio del progetto sul sito dell'Unione delle Camere Penali Italiane, richiamata con i disegni raffiguranti i volti di alcuni avvocati in pericolo sul sito *Channeldraw* di Gianluca Costantini e nell'articolo di Lipari, Avvocati nel mirino dei regimi autoritari, su *HuffPost Italia*, 05.07.2021.

[38] Mahienour el-Masry, discorso di accettazione del Premio alla *cerimonia di consegna del Premio Internazionale per i diritti dell'uomo "Ludovic Trarieux" svoltasi a Firenze il 31.10.2014* (FRA).

ma, soprattutto, sono stata uno dei milioni di egiziani che hanno sognato la giustizia. Abbiamo avuto una rivoluzione che ha rovesciato due dittatori e stiamo incrociando le dita per rovesciare il terzo.

Mi riferisco a quello che è successo il 3 luglio 2013, quando al Sisi, il leader della controrivoluzione, ha posto in essere un colpo di stato, non perché ha rovesciato un altro dittatore ma perché ha manipolato le masse. Penso che dovrebbe essere considerato un criminale di guerra perché era il capo dell'intelligence militare e ha usato dei pretesti per imporre test di verginità alle donne durante le proteste del marzo 2011. Era il ministro della difesa all'epoca del presidente Morsi che ha ucciso molti egiziani nella città di Port Said, e quando ha rovesciato Morsi, ha compiuto uno dei più grandi massacri di questo nuovo secolo, che ha avuto luogo a Rabaa, dove più di 1.000 persone sono state assassinate. E ora è in atto una repressione che ha portato all'incarcerazione di migliaia di persone e persino all'evacuazione di persone e alla demolizione delle loro case nel Sinai, sotto lo slogan della guerra al terrorismo.

In ogni situazione in cui un dittatore rafforza i suoi poteri, tra i suoi principali nemici ci sono sempre i difensori dei diritti umani e, in particolare, gli avvocati.

Un avvocato deve tenere gli occhi aperti sulla quantità di ingiustizia nella società; gli avvocati devono scegliere di servire la giustizia o accettare di servire la legge, anche se la legge è contro gli interessi del popolo. La legge è una parola astratta, per me la legge è la legge della classe dirigente e in paesi come l'Egitto, dove c'è autocrazia e tirannia, ci sono leggi emanate per mettere a tacere le persone o per confiscare i loro diritti. Gli avvocati hanno anche un grande ruolo di sensibilizzazione e devono essere lo scudo per proteggere gli emarginati e la voce di chi non ha voce.

Vorrei dedicare questo premio a Omar, Loay, Islam, Nasser, quattro persone che mi sono state molto vicine e che sono ancora in prigione; a Sanaa Seif, Yara Sallam e i manifestanti di Ithadia; a Mohamed Hissny, Alaa Abdelfattah e Shura, manifestanti imprigionati; a Mahmoud Nasr, ed ai giornalisti inglesi di El Jazeera che sono in prigione in Egitto; a Mohamed Sultan e Ibrahim el Yamany che stanno entrando nel loro 300° giorno di sciopero della fame, a tutti i 41 mila prigionieri politici in Egitto; al popolo palestinese che ci ha insegnato a resistere e ad avere speranza per il futuro; al popolo di Kobane che sta combattendo gli estremisti; a Rihana Gerabi, una ragazza iraniana che è stata condannata a morte perché ha ucciso il suo stupratore per autodifesa; dedico il mio premio a tutte le anime e gli esseri coraggiosi.

Vi ringrazio molto e spero che noi, come avvocati, possiamo contribuire a costruire un mondo migliore e una società più umana.

Federico Cappelletti

5. Israele: "talebani" e "talebanismi", non solo in Afghanistan

Il 13 agosto di quest'anno il New York Times ha pubblicato un articolo[1] che riferiva di due donne cui era stato vietato di salire su un treno pubblico e che erano state invitate a prendere un altro mezzo e a sedersi nei posti in fondo.

Questo episodio, collocato a ridosso del secondo anniversario della presa di potere dei talebani e quindi dell'instaurazione di una teocrazia che ha di fatto cancellato le donne, non avrebbe destato particolare stupore se si fosse appunto trattato di quel Paese, dove le violazioni dei diritti, anche e soprattutto quelli delle donne, sono all'ordine del giorno e ben lontani dal cessare o almeno dal diminuire.

Il fatto è che l'episodio si verifica in Israele dove, dal 1948, vige una democrazia che, memore del passato, vanta una costituzione che dedica particolare attenzione ai diritti umani e che, finora rafforzata anche da plurime e solide pronunce dei Tribunali e della Corte Suprema, vieta ogni forma di discriminazione.

La pratica, già diffusa in regioni a forte presenza di ortodossi, dove le donne sono solite entrare dalle porte posteriori e sedersi in fondo ai mezzi pubblici, sembra ora diffondersi sempre in più parti del Paese, non come scelta religiosa ma come imposizione disposta in violazione delle pronunce della Corte Suprema israeliana che hanno stabilito che la segregazione femminile è *contra legem*[2].

Una parte dell'informazione internazionale, tra cui anche quella laica israeliana[3], ha messo in guardia contro le concessioni fatte dall'attuale governo a ortodossi e partiti estremisti, descrivendo un cammino fortemente orientato alla drastica limitazione dei diritti delle donne, tra cui la diminuzione della presenza e dell'empowerment femminile nell'ambito delle istituzioni pubbliche, l'ampliamento dei poteri delle corti rabbiniche composte da soli uomini e lo scoraggiare azioni di governo finalizzate a reprimere la violenza contro le donne.

Una delle principali manifestazioni di questo trend è senz'altro la segregazione sessuale, non solo sui mezzi pubblici, come riferisce l'articolo del New York Times, ma anche negli eventi pubblici, nell'accesso all'educazione, alle cure, persino nei cimiteri[4], e in altre situazioni ove, richiamandosi all'Autorità religiosa e alla tradizione, si propone di esercitare un controllo sulle donne, compreso il loro abbigliamento. In quest'ottica di colloca, ad esempio, la pro-

[1] La crescente segregazione sessuale in Israele solleva timori per i diritti delle donne.

[2] Stampa italiana, *Il Riformista: in Israele i diritti delle donne in discussione, rischio segregazionismo.*

[3] A. Kaplan Sommer, Haaretz.com, Israel News del 29.7.2023.

[4] La Voce di New York, 14.8.2023, *Israel Slide Towards a Theocracy Increasingly Assaults Women's Rights*; New York Times, 14.8.2023, *Growing Segregation by Sex in Israel Raises Fears for Women Rights.*

posta di punire con il carcere le donne che visitano il Muro di Gerusalemme con abiti inappropriati.

Nessuno ha dimenticato cosa abbia rappresentato per le iraniane indossare il velo in modo "inappropriato" e comunque non vestirsi in modo "appropriato" secondo la modalità predefinita da scelte del potere religioso-governativo.

Non a caso le donne israeliane, che si uniscono alle proteste contro la recente riforma della giustizia, limitante dei poteri della Corte Suprema ed ampliativa di quelli dei tribunali rabbinici, vestono i panni dell'Ancella del racconto di Margaret Atwood, indossando lunghi abiti rossi che nascondono anche le mani e con il capo completamente coperto da cappucci bianchi.

Il libro racconta di un immaginario regime totalitario che si basa sul controllo assoluto del corpo femminile descrivendo "il cuore di una società meschinamente puritana che dietro il paravento di tabù istituzionali fonda una legge brutale sull'intreccio tra sesso e gestione della politica" e che "parlando di un tempo di là da venire, interpella fortemente il presente"[5].

In questo contesto anche quella parte della stampa internazionale che si era espressa in termini critici bollando questa protesta come eccessivamente "drammatica" ora riconosce che la crescente spinta verso la segregazione sessuale fa seriamente temere per i diritti delle donne e per i diritti in generale.

L'allarme è forte e non può essere sottovalutato.

Maria Teresa Covatta

[5] Così nell'aletta anteriore del libro.

6. Esternalizzazione della frontiera e finanziamento degli accordi con la "Libia" contro i diritti fondamentali dell'Uomo

Sommario: 1. La politica di esternalizzazione della frontiera nel Mediterraneo tra Stati e Unione europea. – **2.** Gli accordi dell'Italia con la "Libia" e le missioni militari per assistere la Guardia costiera "libica". – **3.** Il voto del Parlamento sul finanziamento della missione italiana in "Libia". – **4.** Gli accordi tra Italia e "Libia" davanti alla giurisdizione interna. – **5.** L'invenzione della zona SAR (*Search and Rescue*) "libica" e la delega delle operazioni di respingimento collettivo. – **6.** Riconoscimento dei diritti fondamentali della persona migrante o crimini contro l'umanità? Le indagini della Corte Penale internazionale. – **7.** Conclusioni.

1. La politica di esternalizzazione della frontiera nel Mediterraneo tra Stati e Unione europea.

In tempi in cui la pandemia da Covid-19 e le guerre hanno ridefinito il concetto di frontiera e di mobilità umana su scala globale si continua a ragionare, ed a praticare scelte politiche e giuridiche, come se non fosse cambiato nulla, come se le attività di controllo o di limitazione della libertà personale e di circolazione, le prassi di respingimento, o di espulsione, fossero praticabili con le stesse modalità adottate negli anni passati. La collaborazione con i paesi terzi rimane ancora basata sul contrasto dell'immigrazione irregolare, che altri definiscono ancora come "clandestina", piuttosto che sulla riduzione di quel divario sempre più ampio tra paesi ricchi e paesi poveri, sul sostegno nelle campagne sanitarie, sulla lotta alla corruzione e sul ripristino di condizioni minime di rispetto dei diritti umani. Sarebbe il tempo per un riconoscimento effettivo dei diritti fondamentali delle persone, ma sembra invece che la cd. "ripartenza", dopo il *lockdown* imposto dal Covid-19, sia caratterizzata da un accresciuto disvalore della vita e della dignità di chi è costretto a mettersi in viaggio senza avere risorse e documenti regolari.

Gli eventi di soccorso in mare, normati dalle Convenzioni internazionali, come la Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca ed il soccorso in mare (SAR), tendono ad essere considerati come "eventi migratori"[1], così si legge in un recente comunicato della Centrale operativa della guardia costiera italiana (IMRCC). Le finalità di difesa dei confini nazionali sembrano prevalere sulla salvaguardia della vita umana in mare e della dignità della persona,

[1] http://www.mediterraneocronaca.it/2020/07/14/trovata-la-barca-che-nessuno-ha-soccorso-54-sbarcati-a-lampedusa-foto-e-video/.

ovunque essa si trovi e qualunque sia il suo stato giuridico. Per rendere esplicito questo capovolgimento di prospettiva, relativamente recente, se si pensa alle missioni di soccorso in acque internazionali seguite alle stragi del 3 e dell'11 ottobre 2013 tra Lampedusa e Malta, si fa ricorso alla esternalizzazione delle frontiere, definizione riassuntiva che rappresenta il coinvolgimento degli stati terzi (rispetto all'Unione Europea) nelle attività di blocco e di respingimento dei migranti che cercano di raggiungere le frontiere europee. Si tratta di politiche migratorie che sono state ampiamente collaudate nel tempo, nel Mediterraneo centrale a partire dai Protocolli operativi stipulati tra Italia e Libia nel dicembre del 2007 (governo Prodi), poi recepiti dal Trattato di amicizia concluso da Berlusconi con Gheddafi nel 2008, seguiti dagli accordi stipulati con la Libia da Maroni nel 2009, e poi da altri governi nel 2011, nel 2012 e infine dal governo Renzi nel 2017 con il Memorandum d'intesa tra l'Italia e il governo di Tripoli. Ancora lo scorso anno il Parlamento nazionale su proposta del governo rinnovava per un ulteriore triennio gli accordi contenuti nel Memorandum d'intesa firmato nel 2017.

Mentre l'Unione Europea ha gestito (e finanziato) in modo unitario, seppure sempre a livello di cooperazione intergovernativa, l'accordo con Erdogan concluso nel 2016 per "chiudere" la rotta balcanica e sigillare i passaggi verso la Grecia, con gli effetti che tutti oggi potrebbero verificare, se solo avessero la voglia di informarsi, con Malta, Italia e Spagna si è preferito lasciare l'iniziativa ai singoli stati, arrivando semmai a finanziare una parte degli accordi bilaterali contro l'immigrazione irregolare, soprattutto sotto il profilo delle missioni aeree di tracciamento delle imbarcazioni che trasportano migranti, e poi per le procedure di rimpatrio con accompagnamento forzato, procedure che oggi risultano assai rallentate proprio per effetto della pandemia, che colpisce in modo ancora virulento molti dei paesi di origine dei migranti, come ad esempio il Bangladesh.

2. Gli accordi dell'Italia con la "Libia" e le missioni militari per assistere la Guardia costiera "libica".

Il salvataggio delle vite in mare costituisce un dovere degli Stati e prevale sulle norme e sugli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare. Le Convenzioni internazionali di diritto del mare[2] cui l'Italia ha aderito costituiscono infatti un limite alla potestà legislativa dello Stato ai sensi degli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione e non possono pertanto costituire oggetto di deroga da parte di valutazioni discrezionali dell'autorità politica e dei conseguenti indirizzi delle autorità amministrative e militari. Come ricorda anche la Corte di cassazione con la sentenza n. 6626, 16 gennaio 2020[3], "è utile richiamare la risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa (L'intercettazione e il salvataggio in mare dei domandanti asilo, dei rifugiati e dei migranti in situazione irregolare), secondo cui «la nozione di "luogo sicuro" non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone ma comprende necessariamente il rispetto dei

[2] Papanicolopulu, Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2020, 42-47.

[3] https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/02/21/le-motivazioni-della-cassazione-sulla-mancata-convalida-dellarresto-carola-rackete-nella-vicenda-sea-watch-3/.

loro diritti fondamentali» (punto 5.2.) che, pur non essendo fonte diretta del diritto, costituisce un criterio interpretativo imprescindibile del concetto di "luogo sicuro" nel diritto internazionale". Nessuno Stato, avvertito di un evento di soccorso di persone in situazione di pericolo in alto mare, può dunque rifiutare il coordinamento delle prime fasi delle attività SAR, o attendere dopo i primi soccorsi l'esito di trattative con altri Stati, ad esempio con lo Stato di bandiera della nave soccorritrice, allo scopo di "scaricare" su quest'ultimo l'onere dello sbarco a terra dei naufraghi, come in diverse occasioni è stato affermato dal ministro dell'interno Lamorgese[4].

Ritenere che la Libia possa costituire un "luogo sicuro", e che questa circostanza possa essere percepita dai migranti già prima dell'imbarco, o ancora in caso di respingimento o di ritorno su mezzi della sedicente Guardia costiera libica, contrasta ancora oggi, come contrastava già nel 2018, con la realtà dei fatti e con il combinato disposto delle Convenzioni internazionali di diritto del mare e della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

Eppure, nelle dichiarazioni dei principali rappresentanti dell'attuale governo, malgrado i propositi di discontinuità proclamati al momento dell'insediamento, come ripete il ministro dell'interno Lamorgese, si continua poi ad invocare la solidarietà concreta dell'Europa ed un meccanismo di ricollocamento obbligatorio dei migranti che sbarcano. "*Abbiamo inviato a Bruxelles – afferma la ministro dell'interno – idee e proposte con l'obiettivo di superare il principio di responsabilità del Paese di primo approdo e promuovere regole per gli Stati bandiera cui dovrebbero attenersi le navi private*". Come ricorda l'ANSA, per Lamorgese, "l*a scommessa, riguardo quest'ultimo punto, è varare una sorta di Codice per le ong: le navi dovranno avere dotazioni adeguate ed equipaggi formati, gli interventi devono essere coordinati dal Centro marittimo competente, nel caso anche quello libico; gli Stati di bandiera dovranno indicare il porto sicuro ed impegnarsi ad accogliere i migranti che sbarcano in un altri Paesi*"[5].

Tanta attenzione nei confronti delle navi delle Organizzazioni non governative, ormai bloccate, se non allontanate dal Mediterraneo centrale con il ricorso alla pratica dei fermi amministrativi disposti dalle Capitanerie di porto dopo ispezioni tecniche particolarmente "mirate", non ha trovato riscontri dall'Unione Europea e non è valsa però a ridurre le partenze dalla Libia, e dalla vicina Tunisia, nella quale si sono probabilmente trasferiti anche trafficanti provenienti dalla Libia. Sono sempre più numerosi i cosiddetti "sbarchi autonomi", sulle coste di Lampedusa o della Sicilia meridionale. Come si ripetono episodi di abbandono in mare, in acque internazionali, come quello verificatosi in occasione della "strage di Pasquetta" il 13 aprile 2020, sulla quale è stato depositato un esposto presso la Procura di Roma[6].

Si è intanto intensificata la collaborazione con la sedicente Guardia costiera libica, tanto da parte delle autorità maltesi, che da parte delle autorità italiane, che hanno inviato dal 2018, nel quadro della missione NAURAS, una nave della Marina militare nel

[4] https://www.ilmessaggero.it/politica/migranti_lamorgese_piano_ong_regolamentazione-4900910.html.

[5] https://www.open.online/2019/12/05/migranti-lamorgese-rispolvera-il-codice-di-condotta-per-le-ong-la-protesta-non-serve-basta-il-diritto-internazionale/.

[6] http://nuovidesaparecidos.net/?p=3589.

porto militare di Tripoli (Abu Sittah) con compiti di assistenza tecnica, formazione del personale e coordinamento operativo. Questa missione, che si inserisce nell'ambito dell'operazione Mare Sicuro[7], ha visto l'avvicendamento delle unità Caprera e Gorgona, e non è stata ritirata da Tripoli neppure nei giorni nei quali i bombardamenti lambivano il porto ed alla periferia della città infuriava la battaglia tra le milizie fedeli al premier riconosciuto dalla comunità internazionale Serraj ed il Libyan National Army (LNA) del generale Haftar, sostenuto da egiziani e russi.

Gli accordi tra gli stati previsti dall'Annesso alla Convenzione di Amburgo che costituisce parte integrante della convenzione sono finalizzati al soccorso immediato delle persone in pericolo in mare e non si prestano a giustificare defatiganti trattative tra stati al fine della ripartizione dei naufraghi, se non respingimenti collettivi.

Le parti contraenti devono assicurare le necessarie disposizioni per l'approntamento di adeguati servizi di ricerca e soccorso intorno alle loro coste, in modo da garantire un'immediata risposta a qualsiasi chiamata di soccorso, e adottare urgenti azioni per la più appropriata assistenza a qualsiasi persona che si trovi in pericolo in mare. Le parti sono invitate a coordinare i loro servizi e mezzi nazionali, creando dei centri e sottocentri di coordinamento (RCC e RSC), questi ultimi dotati di mezzi per telecomunicazioni con le unità navali ed aeree e con gli RCC e RSC adiacenti. Il terzo capitolo dell'Annesso alla Convenzione SAR prevede il coordinamento delle operazioni di ricerca e soccorso di ciascun Paese con quelle dei Paesi vicini. In base al punto 3.1.9 della Convenzione di Amburgo del 1979, oggetto di un emendamento introdotto nel 2004, «la Parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall'Organizzazione marittima internazionale (Imo). In questi casi, le Parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile». Tale obbligo ricorre anche nel caso in cui le attività di ricerca e soccorso debbano essere svolte al di fuori della zona Sar di competenza, laddove l'autorità dello Stato che sarebbe, invece, competente in base alla delimitazione convenzionale delle zone Sar non intervenga, o non risponda entro un tempo ragionevole. Il bene primario da salvaguardare è la vita delle persone.

3. Il voto del Parlamento sul finanziamento della missione italiana in Libia.

Dopo il Senato anche la Camera dei deputati ha approvato – con il voto favorevole del centrodestra – la risoluzione sulle missioni internazionali[8]. A causa delle divi-

[7] https://www.iltaccoditalia.info/2020/05/22/inchiesta-marina-militare-dirottati-fondi-per-navi-libiche-destinate-al-contrasto-del-traffico-di-esseri-umani/.

[8] https://www.avvenire.it/attualita/pagine/libia-orrori-e-vergogna-migranti?fbclid=IwAR2mYLikryrbRyuaXSk552y5shTFVngQrGthkIG_af5J1_ORa26z0pmoWx0.

sioni interne sugli interventi in favore del governo di Tripoli e della sedicente guardia costiera "libica" , il testo è stato votato per parti separate: la prima votazione, che ha escluso il capitolo del finanziamento alla missione in Libia, ha ottenuto 453 sì, nessuno voto contrario e 9 astenuti. La seconda votazione, relativa agli interventi sulla Libia, ha registrato 401 sì, 23 no e un'astensione[9].

All'indomani del voto in Senato, il 16 luglio, la ministro dell'interno Lamorgese si è recata a Tripoli dove ha incontrato il premier Serraj, il vicepresidente del Consiglio presidenziale Ahmed Maitig, il ministro dell'Interno Fathi Bashagha e quello degli Esteri Mohamed T.H.Siala. Lamorgese ha concordato con i libici l'intensificazione dei rapporti di collaborazione in campo economico[10] e sul fronte del contrasto dell'immigrazione "clandestina", sottolineando però con una sua dichiarazione la "necessità di attivare operazioni di evacuazione dei migranti presenti nei centri gestiti dal Governo libico attraverso corridoi umanitari organizzati dalla UE e gestiti dalle agenzie dell'Onu: Oim e Unhcr". Al centro dei colloqui con i libici è stata comunque "l'esigenza di gestire il controllo delle frontiere e i flussi dell'immigrazione irregolare sempre nel rispetto dei diritti umani e della salvaguardia delle vite in mare e in terra", come ha dichiarato la ministro dell'interno italiana, che auspica che la visita serva ad "imprimere un'accelerazione a tutte le attività di collaborazione" tra Italia e Libia con "una nuova e più stringente tabella di marcia" per prevenire l'immigrazione irregolare. A questo proposito sarebbe stata "condivisa l'esigenza di perfezionare la cooperazione tra le forze di polizia, attraverso progetti di formazione, anche al fine di rafforzare le capacità operative nella lotta contro le reti di trafficanti di migranti e la criminalità transnazionale". Risultati da raggiungere "anche attraverso un partenariato strategico in grado di sostenere l'azione del governo libico che ha già conseguito importanti risultati"[11]. Evidente il riferimento implicito della Lamorgese all'elevato numero di migranti intercettati in acque internazionali dalle motovedette libiche assistite dalla Marina militare italiana (Missione Nauras) e riportati sulle coste libiche.

L'obiettivo dichiarato dal governo italiano sarebbe addirittura replicare con la "Libia" l'intesa raggiunta nel 2016 tra gli stati europei e la Turchia, in modo da contenere le partenze verso l'Europa. Un obiettivo che, alla luce dell'attuale situazione di guerra civile in Libia, appare assai difficile da conseguire; il governo di Tripoli non sembra infatti in grado di controllare il proprio territorio come può permettersi Erdogan in Turchia. Mentre è provato da numerose indagini giornalistiche[12], rimaste prive però di un tempestivo riscontro giudiziario, l'elevato "grado di coesione" tra le milizie che sostengono il governo Serraj, riconosciuto dalla comunità internazionale e le organizzazioni di trafficanti, basate soprattutto a

[9] https://www.huffingtonpost.it/entry/la-camera-approva-il-rifinanziamento-della-missione-in-libia-23-no-dalla-maggioranza_it_5f101fa5c5b6d14c33635840?ncid=other_facebook_eucluwzme5k&utm_campaign=share_facebook&fbclid=IwAR1w9L7R-FKjgLRBANIpqHQAnrchd1_kthlRClNgEZxW6wgLkifwD1Ydllg.

[10] https://www.libyaobserver.ly/news/al-sirraj-lamorgese-review-procedures-return-italian-firms-libya?fbclid=IwAR0SlBeyiSq9SkYuMJ8wubJztu-HtAfTsI843sdFRc2xLoEXnUUegeWw7VY.

[11] https://www.ansa.it/sito/notizie/flash/2020/07/16/-lamorgese-a-sarrajevacuare-migranti-da-centri-libici-_47cd9a00-9f9a-4e67-a366-b1849c0f4b0a.html?fbclid=IwAR0OlzHi3KEiA_giCIRn55bYBixzspiB-o3XX1mwAyBfDeG0sD3X39UPsuU.

[12] https://www.avvenire.it/attualita/pagine/migranti-trafficante-libico-pagato-da-europa.

Zawia[13] ed a Sabratah[14], i principali punti di partenza dei barconi diretti verso le coste italiane.

4. Gli accordi tra Italia e Libia davanti alla giurisdizione interna.

Una recente sentenza della Corte di Appello di Palermo[15] ha "ribaltato" la precedente decisione del Tribunale di Trapani che lo scorso anno ha dichiarato nulli gli accordi esistenti tra l'Italia e le autorità libiche, assolvendo con il riconoscimento dell'esimente della legittima difesa due migranti accusati nel 2018 di avere "dirottato" nel Canale di Sicilia un rimorchiatore battente bandiera italiana, il Vos Thalassa, al fine di evitare, dopo essere stati soccorsi in acque internazionali, di essere ricondotti in Libia. La quarta sezione della Corte di Appello di Palermo ha così stabilito una condanna a 3 anni e 6 mesi per violenza privata, resistenza a pubblico ufficiale e favoreggiamento dell' immigrazione clandestina, a carico di due dei 67 migranti raccolti a bordo della Vos Thalassa, che in realtà sarebbe meglio definire naufraghi, e non "clandestini", come li definisce la sentenza, che erano stati soccorsi l'8 luglio 2018 in zona Sar libica da questo rimorchiatore, e poi trasbordati sulla nave Diciotti della Guardia costiera italiana, con la quale erano giunti a Trapani. Lo sbarco in porto a Trapani, fortemente contrastato dall'ex ministro dell'interno Salvini, avveniva soltanto dopo un intervento del Presidente della Repubblica[16].

Secondo quanto deciso dal Giudice delle indagini preliminari di Trapani il 23 maggio 2019, "il potere della autorità libiche di impartire a quelle italiane direttive in vista del rimpatrio in Libia di migranti provenienti da tale Paese…deriva dall'accordo stipulato tra Italia e Libia nel 2017", che però, in assenza di una approvazione parlamentare ai sensi dell'art.80 della Costituzione, sarebbe "giuridicamente non vincolante e non avente natura legislativa".

La sentenza del Tribunale di Trapani forniva una "un'ampia ricostruzione del fondamento nel diritto internazionale (consuetudinario e pattizio) del principio di *non refoulement* e del divieto di tortura, e conclude che "il *memorandum* Italia-Libia, essendo stato stipulato nel 2017, quando il principio di *non-refoulement* aveva già acquisito rango di *jus cogens*, è: – privo di validità, atteso che ai sensi dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati '*è nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale*; – incompatibile con l'art. 10, co. 1 Cost., secondo cui "*l'ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*, tra le quali rientra ormai anche il principio di *non-refoulement*". Inoltre, secondo lo stesso giudice trapanese, "*se si riflette un momento sul fatto che i 67 migranti imbarcati dalla Vos Thalassa avevano subìto,*

[13] https://espresso.repubblica.it/inchieste/2019/10/25/news/chi-e-bija-1.340267.

[14] https://www.corriere.it/video-articoli/2020/04/16/libia-trafficante-esseri-umani-ammou-torna-sabratha-le-forze-sarraj/f67340f0-7fee-11ea-8804-717fbf79e066.shtml.

[15] https://www.a-dif.org/2020/07/12/dopo-la-sentenza-della-corte-di-appello-di-palermo-sul-caso-vos-thalassa-quale-tutela-per-i-diritti-fondamentali-nel-mediterraneo-centrale/.

[16] https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/07/13/nave-diciotti-dopo-intervento-del-colle-sbarcati-67-migranti-di-maio-rispettare-le-decisioni-di-mattarella/4489366/.

prima della partenza dal territorio libico, le disumane condizioni rappresentate dalla Unhcr, appare evidente come il ritorno in quei territori costituisse per loro una lesione gravissima di tutte le prospettive dei fondamentali diritti dell'uomo. Emerge inconfutabilmente che tutti i soggetti imbarcati sulla Vos Thalassa (..) stavano vedendo violato il loro diritto ad essere condotti in un luogo sicuro" (…).

La sentenza della Corte di Appello di Palermo, adottata nel mese di giugno di quest'anno, "ribalta" questa impostazione, ed è stata pubblicata con ampi stralci sul Corriere della Sera[17], che all'epoca dei fatti aveva seguito con particolare attenzione la vicenda, dando anche spazio alle dichiarazioni dell'armatore della nave che escludeva qualsiasi "dirottamento" da parte dei naufraghi[18].

Secondo la Corte di Appello di Palermo, "l'assoluzione dei due migranti dirottatori (definiti dai giudici di appello come «clandestini») deriverebbe da un «approccio ideologico», e costituirebbe una interpretazione addirittura «criminogena» del concetto di «legittima difesa applicata al diritto del mare», che potrebbe «creare pericolose scorciatoie", ammettendo «condotte dotate di grande disvalore penale ai limiti dell'ammutinamento»: al punto che «chiunque potrebbe partire dalle coste libiche con un barcone e farsi trasbordare da una unità italiana, sicuro di potere minacciare impunemente l'equipaggio qualora esso dovesse disobbedire a un ordine impartito dalla Guardia Costiera di uno Stato» (la Libia) «che, piaccia o no, è riconosciuto internazionalmente». Per la Corte di Appello di Palermo dunque, nel caso dei "dirottatori" soccorsi dalla Vos Thalassa, non sarebbe configurabile una legittima difesa rispetto al pericolo di un'offesa ingiusta perché "i migranti si posero in stato di pericolo volontariamente», e «venne creata artificiosamente una situazione di necessità (la partenza su un barcone di legno) atta a stimolare un soccorso che conducesse all'approdo in suolo italiano dei clandestini e al perseguimento del fine dell'organizzazione".

Come aveva affermato il giudice di primo grado, invece, sembra evidente che la possibilità di configurare un respingimento collettivo in contrasto con il diritto internazionale e dell'Unione europea incide direttamente sulla possibilità di configurare la legittima difesa, in quanto "incide sul presupposto della sussistenza del diritto violato, rispetto al quale gli imputati avrebbero opposto una legittima resistenza". Eppure su questo punto decisivo, nella sentenza di appello non si rinvengono argomentazioni in grado di smentire l'articolato quadro di ricostruzione gerarchica delle fonti normative, sovranazionali ed interne, proposto dal Tribunale di Trapani. Un esame che avrebbe dovuto svolgersi anche con riferimento alla sentenza di condanna dell'Italia pronunciata nel 2012 da parte della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sul caso *Hirsi*. Perché quando si nega l'ingresso in porto di una nave che ha effettuato soccorsi in acque internazionale non si può eludere il tema dei respingimenti collettivi disciplinato dall'art.4 del Quarto Protocollo allegato alla CEDU (ma anche dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra), e della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, sancito sia dall'art. 3 della CEDU che dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

[17] https://www.pressreader.com/italy/corriere-della-sera/20200710/281741271713095.

[18] https://www.corriere.it/politica/18_luglio_12/caso-diciotti-parla-manager-vos-thalassa-noi-circondati-minacciati-ma-nessun-dirottamento-717cfa3e-8613-11e8-b570-8bf371a11210.shtml.

Al di là della configurabilità, o dell'esclusione della esimente della legittima difesa, si rileva da questa recentissima sentenza il riconoscimento degli accordi di collaborazione stipulati dal governo italiano con il governo di Tripoli e con la Guardia costiera che vi fa riferimento, articolata secondo le varie città territoriali nelle quali si trovano le basi delle motovedette, in gran parte donate dall'Italia, in esecuzione del Memorandum d'intesa del 2 febbraio 2017 e dei precedenti accordi e protocolli operativi stipulati da diversi governi a partire dal dicembre del 2007. Da anni, tuttavia, come si ricava da rapporti ben documentati delle Nazioni Unite[19], costituisce fatto notorio la sorte dei naufraghi intercettati in mare dalla sedicente Guardia costiera "libica" e riportati a terra. Come del resto costituiva, e costituisce ancora oggi, fatto notorio la circostanza che il governo di Tripoli non riesce ad esercitare la sovranità sull'intero paese, diviso tra diverse milizie che si combattono tra loro con l'appoggio di Stati come l'Egitto, la Russia, la Turchia, e gli Emirati Arabi. Per effetto di questi combattimenti[20], la condizione della popolazione libica e dei migranti in transito in quel paese, nel quale fino allo scorso anno potevano ancora svolgere attività lavorative, prima che il generale Haftar sferrasse la sua offensiva nel Fezzan e nella Tripolitania, fino ad arrivare alla periferia di Tripoli, si è ridotta alla condizione di totale deprivazione dei diritti fondamentali che le Convenzioni internazionali riconoscono alle persone, in quanto tali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto di non subire trattamenti inumani o degradanti.

Rimane da chiedersi a questo punto se i migranti che, per salvarsi dagli abusi e dalle violenze subite in Libia, sono costretti ad affidarsi ai trafficanti per raggiungere le coste europee, quando vengano soccorsi in acque internazionali, da un mezzo privato di uno stato dell'Unione Europea, siano ancora portatori di un nucleo minimo di diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita ed dal diritto di non subire respingimenti collettivi e quindi trattamenti inumani o degradanti vietati dalle Convenzioni internazionali.

Ancora oggi non sembra che il governo di Tripoli, che è stato più volte visitato in questo periodo da esponenti del governo italiano (prima il ministro degli esteri Di Maio, poi la ministro dell'interno Lamorgese) possa garantire una effettiva tutela alle persone migranti, ed ai suoi stessi cittadini che si trovano nei territori che comunque controlla, affidandosi a milizie che sono sospettate di essere colluse proprio con quelle organizzazioni di trafficanti che si vorrebbero combattere. Si tratta adesso di vedere come la penseranno i giudici della Corte di Cassazione, che con la sentenza pubblicata il 20 febbraio 2020[21], relativamente ad un caso di soccorso in acque internazionali nei quali si era anche pretesa una collaborazione con le autorità libiche, hanno chiaramente indicato la necessità di rispettare il principio di gerarchia delle fonti e dunque il carattere sovraordinato del diritto internazionale, come previsto dagli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione, rispetto agli accordi bilaterali tra Stati.

[19] https://www.refworld.org/docid/5b8d02314.html.

[20] https://www.repubblica.it/esteri/2020/07/15/news/gli_usa_in_libia_i_mercenari_russi_vicini_a_putin_hanno_lasciato_migliaia_di_trappole-bomba_-262029184/?fbclid=IwAR2o4McWBJgdKdKtoo_Ufqx3HLa9G6350O24H_J_ugP9ecfX8LKnakZ6V9s.

[21] https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-sea-watch-illegittimo-larresto-di-carola-rackete.

5. L'invenzione della zona SAR (*Search and Rescue*) "libica" e la delega delle operazioni di respingimento collettivo.

La Convenzione Sar di Amburgo del 1979 si fonda sul principio della cooperazione internazionale. Le zone di ricerca e salvataggio sono ripartite d'intesa con gli altri Stati interessati. Tali zone non corrispondono necessariamente alle frontiere marittime esistenti. Esiste l'obbligo di approntare piani operativi che prevedono le varie tipologie d'emergenza e le competenze dei centri preposti. L'obbligo di ricerca e soccorso a carico delle autorità statali ricorre anche nel caso in cui tali attività debbano essere svolte al di fuori della zona Sar di competenza, laddove l'autorità dello Stato che sarebbe, invece, competente in base alla delimitazione convenzionale delle zone Sar non intervenga, o non risponda entro un tempo ragionevole. Sarà l'autorità nazionale che ha avuto il primo contatto con la persona in pericolo in mare a coordinare le operazioni di salvataggio.

Gli Stati di bandiera non possono ritenersi competenti a coordinare operazioni di ricerca e salvataggio a migliaia di chilometri di distanza dalla sede delle Centrali operative di coordinamento (MRCC) e comunque le responsabilità possono essere difficili da individuare data la distinzione tra quelle navi che hanno una chiara relazione con la bandiera in base alla quale navigano e quelli che operano con il sistema di registro chiamato delle "bandiere di comodo". Non sembra neppure che i governi possano applicare il diritto internazionale del mare in materia di salvaguardia della vita umana ed il diritto dei rifugiati a seconda della appartenenza della nave soccorritrice, in ipotesi ad una ONG, o a un vettore commerciale, o a seconda della diversa nazionalità del suo armatore.

Quando le autorità italiane individuano la responsabilità SAR "libica", con riferimento alle persone che, trovandosi a bordo di gommoni in acque internazionali, sono state segnalate alle autorità italiane, e dunque ricadono già sotto la giurisdizione italiana, indipendentemente dallo stato di bandiera dei mezzi civili o militari che vengono impegnati nel soccorso, realizzano tutti gli estremi di una consegna (*rendition*) di quelle stesse persone alle autorità di un paese che non garantisce un luogo di sbarco sicuro, che non aderisce alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati, nel quale sono note le collusioni tra autorità statali e trafficanti, e che da ultimo si trova in una fase di conflitto armato e di gravi violazione dei diritti umani anche ai danni della popolazione libica.

Il Mediterraneo centrale è ormai affollato di navi militari, ben oltre la fallimentare missione europea IRINI, anche per il conflitto civile in Libia, ma le persone che fuggono da quel paese, in preda alla guerra civile, rimangono per giorni abbandonate in alto mare, perché si attende l'arrivo dei guardia coste libici. Per questo motivo, qualsiasi ritardo negli interventi, magari in attesa che intervengano i libici o i maltesi, come il silenzio sulle effettive modalità dei soccorsi, sulla loro esatta ubicazione, sulla nazionalità dei naufraghi e sull'intervento di assetti militari di altri paesi, che finiscono per agevolare respingimenti in Libia, costituisce una grave complicità dei governi nei gravi crimini che continuano ad essere commessi in mare ed in territorio libico ai danni delle persone migranti. Non si riesce ancora ad imporre agli Stati il tempestivo avvio delle attività di ricerca e soccorso in alto mare che sarebbero imposte dalle Con-

venzioni internazionali. Basta incrociare i tracciati dei voli degli aerei di Frontex con i rilevamenti sui luoghi nei quali avvengono i soccorsi, meglio, le intercettazioni, da parte della Guardia costiera libica, per rilevare il grado di collusione tra le autorità militari europee e le milizie libiche. La situazione di emergenza sanitaria indotta dalla pandemia da COVID 19 ha indotto Italia e Malta a dichiarare i propri porti "non sicuri"[22] non nell'interesse dei migranti, però, bensì allo scopo di salvaguardare la tenuta del sistema sanitario nazionale.

Non sembra dunque che le dichiarazioni sul rispetto dei diritti umani in Libia rilasciate dalle autorità di Tripoli agli esponenti del governo italiano abbiano margini di credibilità, alla luce del fatto che si ripetono da anni, senza che la situazione dei migranti bloccati in Libia alla mercè delle milizie colluse con i trafficanti, sia significativamente migliorata. La situazione di degrado e violenza che subiscono i naufraghi riportati indietro dalla sedicente Guardia costiera "libica" è confermata e documentata nei più recenti rapporti delle Nazioni Unite[23] ancora operanti in Libia in alcuni punti di sbarco e nei pochi centri di detenzione che riescono a visitare. Per le Nazioni Unite non ci sono dubbi sulla sorte delle persone intercettate in acque internazionali nella cd. zona SAR "libica" e riportate in Libia dalla sedicente Guardia costiera libica. Questo il tenore di un recente comunicato congiunto di tutte le agenzie ONU presenti in Libia[24]: "*Siamo anche consapevoli delle affermazioni secondo cui le chiamate di soccorso ai pertinenti centri di coordinamento per il salvataggio marittimo sono rimaste senza risposta o sono state ignorate, il che, se vero, mette seriamente in discussione gli impegni degli Stati interessati a salvare vite umane e rispettare i diritti umani. Nel frattempo, la Guardia costiera libica continua a riportare le navi sulle sue coste e collocare i migranti intercettati in strutture di detenzione arbitrarie dove si trovano ad affrontare condizioni orribili tra cui torture e maltrattamenti, violenza sessuale, mancanza di assistenza sanitaria e altre violazioni dei diritti umani. Queste strutture sovraffollate sono ovviamente ad alto rischio di essere attaccate dal COVID-19*".

Chiunque continua ancora a rappresentare la realtà dei soccorsi nel Mediterraneo centrale con il richiamo ad una zona SAR "libica" nega la realtà dei fatti, perché non esiste una intera zona di mare sotto il controllo di una unica centrale di coordinamento nazionale (MRCC) in Libia[25], e soprattutto perché la sedicente Guardia costiera libica, per quanto assistita dalla agli assetti italiani ed europei, non ha le capacità operative per garantire la salvaguardia della vita umana in mare nella vastissima zona che le si è assegnata.

Cosa si attende da parte delle Nazioni Unite, per sospendere il riconoscimento effettuato dall'IMO (Organizzazione internazionale del mare) nel giugno del 2018, che pure è un organismo delle stesse Nazioni Unite, di una zona SAR "libica" che da tempo costituisce l'"escamotage" per legitti-

[22] https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-emergenza-sanitaria-e-la-chiusura-dei-porti-sommersi-e-salvati_21-04-2020.php.

[23] https://www.iom.int/news/migrants-missing-libya-matter-gravest-concern.

[24] https://www.unhcr.it/news/dichiarazione-congiunta-sulla-libia-unhcr-ocha-unicef-unfpa-wfp-oms-oim.html?fbclid=IwAR17i6eTwgZS_UxQ3Af65ZndmT7hxeIxHNLivxIc45Xy-6CMY12wmE9tNY.

[25] http://www.tempi-moderni.net/2020/03/31/esposto-allimo-per-demolire-lalibi-della-zona-sar-libica/.

mare i respingimenti collettivi delegati alle motovedette donate al governo di Tripoli e coordinate da assetti aerei e navali italiani ed europei ?

Diverse associazioni, tra le quali Sea Watch, hanno sottoscritto una lettera aperta con cui si invita l'IMO a revocare la zona di ricerca e salvataggio libica (SAR), a causa del suo status irregolare e delle prassi che subordinano il diritto marittimo, il diritto internazionale e i diritti dei migranti agli obiettivi della politica sull'immigrazione. Nella lettera[26] si denuncia il riconoscimento di zone SAR esclusive, riservate ad un singolo stato, al fine di ritardare i soccorsi, per consentire respingimenti e suggerire che la nazionalità degli equipaggi delle navi di salvataggio possa essere utilizzata come motivo valido per ostacolare il completamento dei soccorsi. Inoltre, secondo la denuncia, questo riconoscimento di una competenza "esclusiva" dei libici viene utilizzato per punire i cittadini europei per aver salvato persone che altrimenti sarebbero state abbandonate al loro destino. Da tempo l'Imo, che ha sede a Londra, non risponde a queste denunce e gli stati che si avvalgono della finzione di una zona Sar libica si guardano bene dal sollecitare un diverso atteggiamento di questo organismo. Anche su questo si registra solo silenzio oppure disinformazione per non mettere in discussione le politiche migratorie che si basano sulla esternalizzazione dei controlli di frontiera.

6. Riconoscimento dei diritti fondamentali della persona migrante o crimini contro l'umanità? Le indagini della Corte Penale internazionale sulla sedicente Guardia costiera libica.

Un atto di accusa assai documentato è stato depositato alla Corte Penale Internazionale[27], che stava già indagando sulla sedicente Guardia costiera libica, per denunciare le gravi violazioni del diritto internazionale ed europeo commesse dagli stati e dall'Agenzia europea FRONTEX nel Mediterraneo centrale a partire dalla fine imposta all'operazione italiana di soccorso in acque internazionali MARE NOSTRUM, conclusa nel dicembre del 2014[28].

La denuncia sostiene che: "Per arginare i flussi migratori dalla Libia a tutti i costi… e al posto di operazioni di salvataggio e sbarco sicure come prescrive la legge, l'UE sta orchestrando una politica di trasferimento forzato nei campi di concentramento, come le strutture di detenzione (in Libia) dove vengono commessi crimini atroci". Secondo l'atto di accusa inoltrato al Tribunale penale internazionale, "I funzionari dell'Unione europea e degli Stati membri avevano una conoscenza precoce e piena consapevolezza delle conseguenze letali della loro condotta".

La Corte Penale internazionale, che sta ancora indagando sui crimini commessi in

[26] https://docs.google.com/document/d/1XBW_nWU6kbF7nkzxeMRWjO5a4W7Cp4KR8EYR-_PuGMU/edit.

[27] https://dossierlibia.lasciatecientrare.it/dalla-francia-nuovo-esposto-allaja-contro-litalia-i-politici-responsabili-di-crimini-contro-lumanita/.

[28] https://euobserver.com/migration/145071.

Libia a partire dal 2011 dopo la caduta di Gheddafi[29], impiegherà molti anni per arrivare ad una sentenza. Per questa ragione occorre valorizzare anche davanti ai giudici nazionali la imponente documentazione che è stata raccolta dagli avvocati internazionalisti che hanno presentato il ricorso alla Corte dell'Aja. Si tratta di una documentazione, e di testimonianze, che possono avere uno specifico rilievo penale, anche alla luce del diritto interno, e dunque di materiali che potrebbero rientrare in indagini condotte da una magistratura italiana che voglia ripristinare il principio di legalità e lo stato di diritto, rilevanti anche nelle relazioni internazionali a partire dalla valenza degli accordi con i libici e dalle prassi attuative che vedono direttamente coinvolte autorità italiane che dunque ricadono sotto la competenza della giurisdizione nazionale, anche se gli effetti dei loro atti si producono al di fuori dei confini italiani. Come riporta l'Avvenire, venerdì 17 luglio "per la prima volta in Italia ci sarà un processo con l'accusa di avere eseguito un respingimento di massa illegale verso la Libia: 101 migranti e potenziali richiedenti asilo tra cui minori non accompagnati. La procura di Napoli ha firmato la richiesta di rinvio a giudizio per il comandante della nave Asso 28 e per un rappresentante dell'armatore che nel luglio 2018 avevano riconsegnato ai libici decine di naufraghi soccorsi in acque internazionali. Come riferisce Nello Scavo, "a disposizione dei magistrati, oltre alle indagini svolte dalla capitaneria di porto di Napoli, ci sono anche le registrazioni audio delle conversazioni radio ascoltate il 30 luglio 2018 dalla nave Open Arms".

Come è documentato da una importante intervista di Flore Murard Yovanovitch all'avv. Ousman Noor, "il Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM), un'organizzazione no profit fondata nel 2014 e con sede a Ginevra, Svizzera, ha inviato al Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura una richiesta di indagine formale ai sensi dell'articolo 20 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti concernenti la condotta dell'Italia nel Mediterraneo centrale, che attraverso l'addestramento e l'equipaggiamento della Guardia costiera libica sta portando alla tortura di massa, lo stupro e alla riduzione in schiavitù migliaia di rifugiati e migranti ricondotti in Libia. 50.000 persone per l'esattezza, dall'inizio del Memorandum of Understanding con la Libia del 2017". Secondo l'avvocato Ousman Noor, "ormai sono anni, che esistono le prove documentate della sistematica tortura in Libia di migliaia di profughi ricondotti in Libia dalla Guardia costiera di Tripoli (rapporti Nazioni Unite e gruppi di diritti umani). L'Unhcr, l'Oim e il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa hanno anche chiesto di interrompere immediatamente la collaborazione con i libici. Affidando i respingimenti alla Guardia costiera libica, l'Italia viola gli impegni assunti con la Convenzione contro la tortura. La cooperazione dell'Italia con la Libia facilita, infatti, gli orribili abusi di migliaia di persone in cerca di sicurezza e rifugio, e la loro tortura da parte di attori libici. Sia i funzionari del governo italiano che di altri paesi europei hanno anche riconosciuto pubblicamente quanto sta accadendo. Nella nostra richiesta d'inchiesta dimostriamo che riconducendo i migranti in Libia, la Guardia costiera libica agisce per conto dell'Italia". L'avvocato dell'organizzazione svizzera aggiunge che "ci sono anche lì prove schiac-

[29] https://nena-news.it/libia-migranti-schiavi-inchiesta-dellaia/.

cianti che su imbarcazioni affollate, respinte e alle quali è stato vietato di sbarcare nei porti di Malta o d'Italia, inutili sofferenze fisiche – mancanza di cibo, di acqua, bruciature, ecc… – e psicologiche, sono inferte su persone vulnerabili e già esposte per giunta alla tortura in Libia. Pratiche che sono riconducibili alla tortura, ed è un aspetto che, dopo questo caso, vogliamo portare avanti con il Csdm".

Oggi paghiamo le conseguenze delle politiche migratorie incentrate sula criminalizzazione dei soccorsi umanitari e dell'allontanamento delle ONG, che lo scorso anno venivano indicate sulle prime pagine di tutti i giornali come gli unici soggetti che avrebbero tratto profitto dai soccorsi, quando non fossero colluse con i trafficanti. Accuse infamanti che non hanno trovato alcun riscontro in sede dibattimentale davanti ai giudici. Non saranno certo i processi penali o lo schieramento dell'esercito a difendere la collettività da un nemico subdolo come il virus Covid-19, che sta dilagando in, adesso, tutto il mondo senza subire alcun freno alla sua diffusione dal regime di chiusura delle frontiere che quasi tutti gli Stati hanno stabilito e progressivamente inasprito. Adesso che per ragioni economiche le frontiere si vanno riaprendo, con gli attuali dati dei casi nel mondo globalizzato, i rischi maggiori per una seconda ondata di contagi non provengono certo dalle rotte marine dei migranti che riescono ancora a fuggire dalla Libia, o che partono dalla Tunisia, un paese in ginocchio per la crisi economica seguita alla pandemia, ma con un sistema sanitario improntato a standard europei.

Le proposte che fanno i governi per il ritorno alla "normalità" ripropongono, attraverso gli accordi bilaterali con governi poco inclini al riconoscimento dei diritti umani, come quello di Tripoli, i vecchi strumenti della chiusura delle frontiere e della clandestinizzazione della forza lavoro migrante. La crisi, prima sanitaria, poi economica e presto anche politica, scaturita in seguito al diffondersi del Covid-19, sembra restare invece qualcosa a sé stante, imprevedibile nel suo futuro svolgersi, lontana da tutti i modelli che abbiamo conosciuto in passato. Il carattere di unicità e la trasversalità dell'impatto che essa ha avuto sul mondo, ha spiazzato gli esperti e i politici, interessati unicamente alla caccia del consenso elettorale, che non sono ancora capaci di andare oltre le logiche di chiusura delle frontiere e di respingimento collettivo, delegato alle autorità militari dei paesi terzi.

7. Conclusioni.

Non si può accettare che la situazione di progressiva erosione dei diritti umani riconosciuti dalle Convenzioni internazionali, determinata dai condizionamenti imposti dagli stessi soggetti politici che poi sfruttano le immagini di abbandono e desolazione che derivano dalle loro politiche, possa continuare ancora ad aggravarsi nella lunga fase di "convivenza" con la pandemia da Covid-19. Senza una netta separazione tra realtà dei fatti e propaganda politica le decisioni continueranno ad essere prese su un piano inclinato che potrebbe portare presto alla negazione dei diritti fondamentali di tutti, migranti e cittadini.

Occorre una proposta complessiva e coraggiosa di svolta politica sui temi dell'immigrazione e del soccorso in mare, dal punto di vista legislativo e quindi delle prassi applicate, che segnino una vera discontinuità con quanto finora avvenuto, e che si continua a verificare, malgrado il parziale cambio di governo. Lo stato di emergenza proclamato in occasione della pandemia da Covid-19 rischia di subordinare i diritti

umani dei migranti e la libertà di azione di chi li soccorre e presta loro assistenza, ad un astratto interesse generale di carattere sanitario che si presta come grimaldello per scardinare i diritti fondamentali che vanno riconosciuti a qualunque persona quale che sia la sua nazionalità o il suo stato giuridico (come ricorda l'art. 2 del Testo Unico sull'immigrazione n. 286 del 1998).

La società civile e le organizzazioni non governative, per quanto oggetto di pesanti attacchi, proseguiranno nel loro lavoro quotidiano di denuncia. anche con riferimento ai casi di segnalazione di imbarcazioni in difficoltà in alto mare, non soccorse con la dovuta tempestività, o di persone riportate in Libia e scomparse o sottoposte ad altri abusi.

Fulvio Vassallo Paleologo

7. Approccio Hotspot in Italia ed *"habeas corpus"* delle persone migranti

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** Approccio Hotspot e violazioni del principio di legalità e della riserva di giurisdizione. – **3.** L'approccio Hotspot ai tempi della pandemia da Covid 19: le navi quarantena. – **4.** Nuovi sviluppi dell'approccio Hotspot dopo la fine dell'emergenza Covid e la dismissione delle navi quarantena.

1. Introduzione.

A maggio del 2015, dopo la fine dell'operazione italiana *Mare Nostrum* e la strage del 18 aprile di quell'anno, con oltre 1000 vittime[1], la Commissione europea[2] proponeva di sviluppare un sistema di prima accoglienza nei cd. Centri Hotspot, nei paesi che in quel periodo erano più esposti all'arrivo di migranti, dunque in Italia e in Grecia, per identificare con il prelievo delle impronte digitali le persone subito dopo il loro arrivo per ragioni di soccorso o attraverso sbarchi autonomi, prima che proseguissero nella loro fuga in Europa. Si voleva perseguire, in questo modo, il fine di dare attuazione ai programmi di ricollocamento all'interno di altri Stati dell'Unione Europea con il sistema delle quote, ed evitare "movimenti secondari" in un contesto di illegalità, ma solo una minima parte dei richiedenti asilo, presenti in questi due paesi, veniva poi effettivamente trasferita in un secondo paese di accoglienza. Il Regolamento europeo Dublino III n.604 del 2013[3], tuttora vigente, consentiva infatti soltanto trasferimenti su base volontaria, quindi nessun governo poteva essere costretto ad accettare il ricollocamento di un determinato numero di richiedenti asilo. Di fatto, dopo la prima identificazione, molti potenziali richiedenti asilo non si fermavano in Italia, ma proseguivano verso altri paesi europei.

Nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione del 2015 venivano quindi adottate la Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 (GU L 239 del 15.9.2015, p. 146) e la Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015 (GU L 248 del 24.9.2015, p. 80)[4] che istituivano misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia basate sul cd.

[1] Vedi in https://www.open.online/2018/12/20/le-vittime-del-naufragio-del-18-aprile-2015-nel-canale-di-sicilia-erano-1100/.

[2] Consultabile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=es.

[3] Vedi in https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/eu-asylum-policy-eu-country-responsible-for-examining-applications.html.

[4] Consultabile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1601&from=IT.

Approccio Hotspot (*Hotspot Approach*)[5]. In origine, le due decisioni avevano previsto che 160 000 persone avrebbero dovuto essere ricollocate dall'Italia, dalla Grecia e dall'Ungheria; in seguito la cifra veniva ridotta a 106 000 persone, unicamente dall'Italia e dalla Grecia, che poi però solo in parte e dopo molti mesi, furono ricollocati in altri paesi europei. In base a queste decisioni, la ricollocazione avrebbe dovuto essere applicata unicamente ai migranti cittadini di paesi per i quali il "tasso di riconoscimento", in termini di decisioni di concessione della protezione internazionale, fosse [almeno] pari al 75% in base agli ultimi dati Eurostat. Era dunque evidente la originaria funzione degli Hotspot, che dovevano servire alla identificazione ed al ricollocamento dei richiedenti asilo in diversi paesi dell'Unione Europea.

Il 23 settembre 2015al termine del Consiglio europeo e il presidente della Commissione Juncker dava notizia dell'avvio delle operazioni per attivare gli *hotspot, nei quali era prevista la presenza di rappresentanti di Frontex, Easo, Europol, ed Eurojust, agenzie che si avrebbero dovuto operare non solo per controllare le operazioni di identificazione e le manifestazioni di volontà dei richiedenti asilo, ma anche in funzione anti-crimine ed anti-terrorismo. Di fatto il personale di queste agenzie si avvicendava spesso negli stessi locali, senza che gli immigrati potessero percepire le diverse funzioni alle quali i diversi operatori erano preposti*. Poco prima, dal governo italiano veniva comunicato che il centro di identificazione di Lampedusa, già esistente come Centro di identificazione ed espulsione (CIE) e poi come Centro di primo soccorso e accoglienza (CPSA), sarebbe stato attivato in modalità Hotspot. In realtà la situazione a Lampedusa non mutava sostanzialmente, in quanto già dal 2008 il centro di Contrada Imbriacola era stato utilizzato con prevalente funzione di transito e prima identificazione, in base al cd. "sistema Morcone", che nel giro di qualche giorno, nell'ambito del progetto *Praesidium,* con la partecipazione di UNHCR, IOM, Croce Rossa e *Save The Children*, prevedeva una pre-identificazione ed il trasferimento verso altre strutture di accoglienza dislocate in territorio italiano. Dopo la fine di quella breve esperienza di transiti rapidi, per i quali si ricorreva a trasporti aerei, il centro tornava ad essere di fatto un luogo di detenzione a tempo indeterminato, e soprattutto dopo la cd. "emergenza nordafrica" del 2011, toccava livelli di sovraffollamento che portavano ad una situazione di forte tensione in tutta l'isola ed alla parziale distruzione della struttura[6], con punte di presenze oltre il migliaio di persone, che si continuano a registrare ancora oggi[7]

Nella Roadmap italiana presentata il 28 settembre 2015, in attuazione dell'articolo 8.1 della Proposta della Commissione europea e delle correlate Decisioni del Consiglio (2015/1523 e 2015/1601), che istituivano le misure provvisorie in materia di protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia, il Governo italiano si impegnava a mette-

[5] Campesi, *L'approccio Hotspot e il prezzo della coercizione*, in https://www.rivistailmulino.it/a/l-approccio-hotspot-e-il-prezzo-della-coercizione.

[6] Vedi la cronaca di quei giorni in https://stranieriinitalia.it/attualita/lampedusa-immigrati-in-rivolta-incendiato-il-centro-daccoglienza/.

[7] Bottazzo, *L'emergenza creata a Lampedusa aiuta a legittimare rimpatri e accordi dalla dubbia legittimità*, in https://www.meltingpot.org/2022/07/lemergenza-creata-a-lampedusa-aiuta-a-legittimare-rimpatri-e-accordi-dalla-dubbia-legittimita/.

re in atto il nuovo approccio «hotspot». La Roadmap individuava i primi quattro porti nei quali si sarebbero aperte o riconvertite strutture Hotspot, Lampedusa, Pozzallo, Porto Empedocle, Trapani, ai quali poi si sarebbe aggiunto Taranto, e tracciava le linee fondamentali dell'approccio Hotspot (*Hotspot Approach*), che si sarebbe realizzato con "*un piano volto a canalizzare gli arrivi in una serie di porti di sbarco selezionati dove vengono effettuate tutte le procedure previste come lo screening sanitario, la pre-identificazione, la registrazione, il fotosegnalamento e i rilievi dattiloscopici degli stranieri*".

Con la prima circolare del 6 ottobre 2015, dell'allora Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, prefetto Mario Morcone, si precisava che «*il meccanismo prevede – a regime – che tutti i migranti sbarchino in uno dei siti hotspot individuati, affinché possano essere garantite nell'arco di 24/48 ore le operazioni di screening sanitario, pre-identificazione (con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale (categoria Eurodac 2)*». Successivamente, «*sulla base dei relativi esiti, le persone che richiedono la protezione internazionale saranno trasferite nei vari regional hubs presenti sul territorio nazionale; le persone che rientrano nella procedura di ricollocazione saranno trasferite nei regional hubs dedicati; le persone in posizione irregolare e che non richiedono protezione internazionale saranno trasferite nei Centri di Identificazione ed Espulsione*».

Il 17 maggio 2016, il Ministero dell'interno, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione e Dipartimento della Pubblica Sicurezza, pubblicava le **Procedure Operative Standard, (SOP)**[8] secondo cui «*La persona può uscire dall'*hotspot *solo dopo essere stata foto-segnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono stati completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia*». Salvo il verificarsi di afflussi eccezionali che potevano imporre l'adozione di iniziative diverse come il trattenimento prolungato senza alcun accesso alla procedura di asilo, e senza una completa informazione sulla condizione giuridica nella quale venivano a trovarsi le persone dopo l'ingresso nel territorio italiano. Trattenimento che come verificato nel corso degli anni costringeva ad una situazione di promiscuità anche donne, vittime di abusi, minori, soggetti vulnerabili per le torture subite prima dell'arrivo in Italia o per malattie contratte durante il loro viaggio.

La distinzione tra "migranti economici" e richiedenti asilo[9], che di fatto diventava da allora la principale funzione dell'approccio Hotspot, non può competere esclusivamente alle autorità amministrative, sia pure con il concorso dell'UNHCR e dell'Agenzia europea EASO. Il decreto legislativo n. 142/2015 (attuativo della Direttiva 2013/33/UE sull'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale e della Direttiva 2013/32/UE sulla qualifica della protezione internazionale) qualifica come richiedente asilo/protezione internazionale colui che ha "manifestato la volontà di chiedere tale protezione". Si diventa dunque "richiedenti

[8] Vedi le Procedure operative standard (SOP) in http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/hotspot.

[9] Vassallo Paleologo, *Migranti economici e richiedenti asilo: una distinzione per escludere. Quali tutele per i veri migranti economici ?* inhttps://www.a-dif.org/2017/06/04/migranti-economici-e-richiedenti-asilo-una-distinzione-per-escludere-quali-tutele-per-i-veri-migranti-economici/.

asilo" per effetto della prima manifestazione di volontà di richiedere protezione, anche se questa verrà formalizzata in seguito.

Le Convenzioni internazionali escludono la detenzione amministrativa dei richiedenti asilo il cui ingresso non può essere qualificato come "illegale" o "clandestino". Nessuna norma di fonte europea o vigente nell'ordinamento interno, attribuisce alle forze di polizia la facoltà di distinguere tra richiedenti asilo (inespellibili) e migranti economici irregolari (espellibili), semmai il decreto legislativo n.142 del 2015 conferma proprio il contrario, sicché le procedure indicate nelle circolari sopraindicate, ribadite nelle SOP, possono configurare prassi illegittime di trattenimento, contrarie alla normativa italiana ed europea e dunque possibile fonte d responsabilità civile, penale ed amministrativa. Altro punto molto critico riguardava i minori stranieri non accompagnati, e le procedure sommarie di valutazione dell'età, che si continuano ad utilizzare, malgrado i diversi criteri imposti dalla legge Zampa n.47 del 2017[10].

Nelle disposizioni ministeriali, si precisava che le persone condotte negli Hotspot o ristrette in altre strutture nelle quali si operava con il cd. Approccio Hotspot, sarebbero state sottoposte a limitazioni della loro libertà personale per una durata di tempo assolutamente indeterminata e sostanzialmente rimessa alla discrezionalità delle autorità di polizia. Ed infatti si prevedeva soltanto che "*Il periodo di permanenza nella struttura, dal momento dell'ingresso, deve essere il più breve possibile, compatibilmente con il quadro normativo vigente*". Sempre secondo le SOP, si prevedeva "*per le persone che non abbiano manifestato la volontà di chiedere protezione internazionale e non abbiano diritto di rimanere sul territorio nazionale, compilazione del foglio notizie previsto nella direttiva rimpatri (cosiddetto "allegato 4") e successiva emissione dei provvedimenti di respingimento del Questore o Espulsione del Prefetto. Tali provvedimenti, a seconda dei casi, potranno essere eseguiti, ove ne ricorrano le condizioni, immediatamente, oppure mediante il trasferimento in un CIE o, nel caso di indisponibilità dei posti, mediante l'ordine del Questore a lasciare il territorio nazionale in 7 giorni*". Come si verificava nella maggior parte dei casi, atteso che la capienza complessiva dei CIE (oggi CPR) italiani non ha mai superato il numero di 700-1000 posti, a seconda dei diversi periodi, indipendentemente dai propositi dei governi che si avvicendavano.

La prima attivazione del centro Hotspot di **Pozzallo** registrava una fase fortemente conflittuale, perché mentre gli altri paesi europei lasciavano ancora aperte possibilità di ingresso ai potenziali richiedenti asilo, in quel tempo soprattutto siriani, le nuove più rigorose prassi di identificazione, con il prelievo forzato delle impronte digitali, in Italia creavano, in base al Regolamento Dublino III, ed al Regolamento EURODAC, le premesse per un respingimento immediato in frontiera o per un loro successivo ritorno nel nostro paese, primo Stato UE di ingresso. Nel corso degli anni la situazione peggiorava ancora per il periodico sovraffollamento della struttura nella quale venivano trattenuti per giorni in condizioni di totale promiscuità numerosi minori non accompagnati[11].

[10] Vedi in https://www.avvisopubblico.it/home/home/cosa-facciamo/informare/osservatorio-parlamentare/attivita-legislativa/leggi-approvate/legge-n-47-del-2017-misure-di-protezione-dei-minori-stranieri-non-accompagnati/.

[11] Aliprandi, *Hotspot, strutture al collasso. A Pozzallo rinchiusi 180*

I principali porti di sbarco nei quali veniva introdotto l'approccio Hotspot, oltre Lampedusa e Pozzallo (Ragusa), erano Augusta (Siracusa), e Porto Empedocle (Agrigento), Trapani, Messina. In alcuni di questi porti, come Catania e Augusta, si arrivava ad applicare le procedure Hotspot direttamente sulle banchine, con il prelievo immediato delle impronte digitali in aree attrezzate con tende, dove veniva anche effettuata la selezione tra i cd. migranti economici ed i richiedenti asilo. L'Hotspot di Porto Empedocle non veniva istituito stabilmente, anche se, al momento dell'arrivo in porto, una parte dei migranti, riconosciuta meritevole di accedere alla procedura per il riconoscimento di uno status di protezione, veniva trasferita verso l'HUB regionale per l'accoglienza di Siculiana (Agrigento). Negli anni di maggiori arrivi di migranti in Sicilia si è giunti a praticare l'Approccio Hotspot persino all'interno del Centro di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) di Mineo, in una area delimitata nella quale venivano o isolate le persone appena sbarcate e trasferite nel centro, ma ancora in attesa di una compiuta identificazione attraverso il prelievo delle impronte digitali. Il centro di accoglienza straordinaria di **Messina,** ubicato in una vecchia caserma dismessa dall'esercito, in condizioni di estrema fatiscenza, ha funzionato a tratti secondo le modalità dell'approccio Hotspot, ed è stato recentemente riaperto. Nel centro rimanevano trattenuti per mesi numerosi richiedenti asilo già selezionati per la *relocation*, in attesa che i paesi di destinazione ne accettassero il trasferimento. **L'approccio Hotspot** viene utilizzato da tempo anche nel centro di **Crotone in Calabria**, da dove si registrano frequenti casi di uscita con provvedimenti di respingimento differito con l'intimazione a lasciare entro 7 giorni il territorio nazionale (foglio di via)[12].

Il centro adibito ad Hotspot, attivato in Puglia, a **Taranto**, a partire dal mese di marzo del 2106, è stato invece utilizzato anche per operazioni di respingimento differito e di espulsione con accompagnamento forzato di categorie assai eterogenee di migranti, alcuni appena sbarcati, altri rastrellati sul territorio in condizioni di irregolarità. La stessa struttura si rivela ancora oggi di importanza strategica in quanto il governo sta indirizzando proprio verso Taranto parte delle navi delle ONG che, malgrado tutti gli ostacoli frapposti ai soccorsi umanitari, continuano a salvare vite umane nelle acque internazionali del Mediterraneo centrale. Anche in questo Hotspot di recente, vengono denunciate, dai sindacati di polizia, situazioni di sovraffollamento e di degrado che si sono aggravate durante l'estate del 2022[13]. Nonostante vari tentativi di trovare le basi legali per il funzionamento di queste strutture continuavano a mancare, e mancano ancora oggi, norme specifiche di legge che disciplinassero il funzionamento degli Hotspot e lo stato giuridico delle persone che vi venivano accolte. Secondo la Commissione di inchiesta sul sistema di accoglienza istituita alla Camera nella XVII legislatura, che nel 2017 ha approvato una

minori, in https://www.ildubbio.news/carcere/hotspot-strutture-al-collasso-a-pozzallo-rinchiusi-180-minori-elr0vezd.

[12] Vedi al riguardo, con riferimento alla situazione di sovraffollamento che si verifica ancora alla fine del 2022, https://www.lanuovacalabria.it/hotspot-di-crotone-al-collasso-quasi-mille-migranti-in-24-ore-e-casi-di-scabbia.

[13] ASGI, *Minori stranieri trattenuti illegalmente nell'botspot di Taranto: la CEDU chiede chiarimenti al governo italiano*, in https://www.meltingpot.org/2018/02/minori-stranieri-trattenuti-illegalmente-nellhotspot-di-taranto-la-cedu-chiede-chiarimenti-al-governo-italiano/.

Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell'ambito dei centri hotspot[14] l'applicazione dell'approccio Hotspot in Italia presentava numerose criticità che si possono riscontrare ancora oggi, per la insufficiente capacità di accoglienza dei centri rispetto al numero di persone che facevano ingresso per ragioni di soccorso o in modo autonomo nel territorio nazionale, e soprattutto a causa delle incerte basi legali che si potevano ricavare dalla normativa allora in vigore.

2. Approccio Hotspot e violazioni del principio di legalità e della riserva di giurisdizione.

In assenza di una qualsiasi previsione normativa a livello europeo e nazionale, lacuna colmata solo in parte nel 2017, il regime dei centri hotspot e la condizione giuridica delle persone che vi venivano trattenute[15] sono rimaste affidate alle decisioni dell'esecutivo, in particolare del ministero dell'interno, ed alla discrezionalità amministrativa degli organi periferici, le prefetture, che ne determinavano modalità di funzionamento e regolamenti convenzionali con gli enti gestori, e che pure avrebbero dovuto espletare attività di controllo sull'erogazione dei servizi da parte degli enti gestori[16]. Dopo il decreto legge n. 13 del febbraio 2017, convertito nella legge n. 46/17 (Minniti-Orlando) che per la prima volta faceva un parziale riferimento ai centri Hotspot[17], richiamati all'art. 10-*ter*[18], la legge n. 132/2018 (primo

[14] Vedi la Relazione della Commissione di inchiesta in https://www.camera.it/leg17/491?idLegislatura=17&categoria=022bis&tipologiaDoc=documento&numero=008&doc=interoed anche la Relazione di minoranza Palazzotto, in ADIF, https://www.a-dif.org/2016/11/04/una-relazione-scomoda-sullapproccio-hotspot/.

[15] Ruggiero, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal "decreto Minniti" al "decreto sicurezza-bis"*, in https://archiviopenale.it/le-linee-di-tendenza-della-crimmigration-nel-sistema-penale-italiano-dal-decreto-minniti-al-decreto-sicurezza-bis/articoli/25922.

[16] Con particolare riferimento al centro Hotspot di Taranto si rinvia al rapporto dell'Autorità anti-corruzione (ANAC), reperibile in https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=28d2eda50a7780423adfc664d78c8915 con riferimento al centro Hotspot di Contrada Imbriacola a Lampedusa si rinvia a http://www.prefettura.it/agrigento/contenuti/Procedura_aperta_affidamento_gestione_e_funzionamento_centro_accoglienza_hotspot_lampedusa_ag_2020-9458799.htm.

[17] Vedi Leone, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-2/73-la-disciplina-degli-hotspot-nel-nuovo-art-10-ter-del-d-lgs-286-98-un-occasione-mancata.

[18] L'art. 10 *ter* del T.U. n.286/98, introdotto nel 2017, è l'unica norma del Testo Unico sull'immigrazione che fa espressamente riferimento all'approccio Hotspot. Si stabilisce che "*Lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza* presso appositi punti di crisi *allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142*. Presso i medesimi punti di crisi *sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito*". In base alla stessa norma "*Il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi di cui ai commi 1 e 2 configura rischio di fuga ai fini del trattenimento nei centri di cui all'articolo* 14. *Il trattenimento è disposto caso per caso, con provvedimento del questore, e conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto. Si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo* 14, *commi 2, 3 e 4. Se il trattenimento è disposto nei confronti di un richiedente protezione internazionale, come definita dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, è competente alla convalida il Tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea. Lo straniero è tempestivamente informato dei diritti e*

Decreto sicurezza Salvini) ha introdotto disposizioni ancora oggi in vigore, che fanno riferimento al trattenimento nei diversi centri adibiti all'approccio Hotspot, stabilendo che il richiedente protezione internazionale può essere altresì trattenuto, presso i punti di crisi, come il legislatore definisce gli Hotspot, istituiti nei centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA) o nei Centri governativi di prima accoglienza (CPA) di cui all'art. 9 d.lgs. 142/2015, per la determinazione o la verifica dell'identità o della nazionalità. In questo modo si stabiliva una estensione generalizzata dell'approccio Hotspot a tutti i centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA), e di prima accoglienza (CPA), già disciplinati in precedenza soltanto dall'articolo 23 del Regolamento di attuazione n. 394 del 1999 del Testo Unico sull'immigrazione n. 286/98. Non risultava però alcuna disposizione specifica riguardo alla convalida del trattenimento oltre le 48 ore, sulla comunicazione della misura limitativa della libertà personale all'autorità giudiziaria, e sullo status giuridico delle persone "ospiti" dei centri, come si cercava di dire con un eufemismo che tendeva a nascondere la condizione di vera e propria detenzione amministrativa che si realizzava all'interno di queste strutture.

Con il Decreto legge sicurezza n. 113 del 2018, poi convertito nella legge 132, del 2018[19] si è verificato un ampliamento delle strutture che potevano essere utilizzate con approccio Hotspot, per realizzare una limitazione della libertà personale dei migranti in attesa che fossero completate le procedure di pre-identificazione e foto-segnalamento, che si potevano così realizzare fino al tempo limite di 30 giorni non solo nei centri qualificati come Hotspot, ma anche in "*strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza*" o "*in locali idonei presso l'ufficio di frontiera*", se non all'interno dei CPR (Centri per i rimpatri), fino al 2017 chiamati CIE (centri di identificazione ed espulsione)[20]. Nulla si prevedeva invece per le persone internate in un Centro adibito ad Hotspot che non fosse (ancora) destinatario di un provvedimento di espulsione con accompagnamento forzato, e restava del tutto discrezionale la scelta dell'accompagnamento forzato nei casi più numerosi di respingimento differito. Sul punto esprimeva ancora una volta perplessità il Garante Nazionale delle persone private della libertà personale, nella Relazione presentata al Parlamento per l'anno 2019[21].

Con il Decreto legge 130 del 2020 si sono previste procedure accelerate per le domande di protezione internazionale presentate da un richiedente direttamente alla frontiera o nelle **zone di transito**, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli. In tali casi la pro-

delle facoltà derivanti dal procedimento di convalida del decreto di trattenimento in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola".

[19] Vedi in https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/10/04/18G00140/sg.

[20] Per gli stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione, con accompagnamento forzato, secondo il nuovo articolo 13 comma 5 *bis* del T.U. immigrazione 286/98, "*il questore comunica immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore dalla sua adozione, al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. L'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida. L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito*".

[21] La relazione del Garante Nazionale delle persone private della libertà personale presentata al Parlamento per l'anno 2019 è consultabile in https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/00059ffe970d21856c9d52871fb31fe7.pdf.

cedura può essere svolta direttamente alla frontiera o nelle **zone di transito**, aggiungendo che tali zone sono individuate con decreto del Ministro dell'interno. Lo stesso decreto prevedeva una ulteriore integrazione dell'articolo 10-*ter*, comma 3, del T.U. n. 286 del 1998, aggiungendola previsione secondo cui "*lo straniero è tempestivamente informato dei diritti e delle facoltà derivanti dal procedimento di convalida del decreto di trattenimento in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola*".

L'art. 10 ter del Testo Unico sull'immigrazione non indicava comunque criteri certi per stabilire se se la permanenza nei punti di crisi, altrimenti definiti Centri di prima accoglienza/Hotspot, dovesse avvenire in strutture aperte, dalle quali lo straniero avrebbe potuto allontanarsi, oppure in luoghi chiusi, ove, quindi, si sarebbe attuata un'autentica ipotesi di privazione della libertà personale, come si verificava nella prassi più diffusa. Le prassi si orientavano in senso molto diverso, anche in relazione ai criteri di gestione dei centri ed alla loro ubicazione. A Lampedusa, come a Messina, si riscontrava una totale limitazione della libertà personale a tempo indeterminato, mentre in altre strutture, ad esempio a Pozzallo ed a Crotone, dopo la prima identificazione ed il rilascio delle impronte digitali, era consentita l'uscita giornaliera dal centro e molte persone potevano allontanarsi proseguendo il loro percorso verso il nord-europa.

Secondo il Garante Nazionale delle persone private della libertà personale, Mauro Palma, che presentava una Relazione il 21 marzo 2017[22], "*la natura giuridica degli hotspot rimane poco chiara, mancando una previsione normativa specifica e la relativa disciplina, poiché tale non può essere considerato – quando trattasi di privazione della libertà – il documento Standard Operating Procedures (SOPs) redatto dal Ministero dell'interno con il contributo della Commissione europea né possono esserlo le circolari amministrative. Nel documento si legge che una persona può uscire dalla struttura solo dopo essere stata foto-segnalata, concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia. Il tempo di permanenza è dunque indeterminato e rimesso di fatto allo svolgersi della procedura di foto-segnalamento e di rilevamento delle impronte*". Si verificava dunque una situazione potenzialmente in violazione dell'art.13 della Costituzione italiana, e dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Anche perché nel corso del tempo la durata del trattenimento, prima finalizzato al prelievo delle impronte ed alla ricollocazione, risultava sempre più prolungata al fine di eseguire trasferimenti nei centri di detenzione amministrativa, notoriamente carenti di disponibilità di posti, o per dare tempo alle autorità di polizia per eseguire respingimenti differiti con accompagnamento forzato in frontiera.

Come si osservava in un **Parere del 25 novembre 2018**[23] dell'Associazione Nazionale Magistrati (ANM), "*La norma non sembra prevedere il procedimento di convalida per il trattenimento negli Hotspot, ma esso deve ritenersi applicabile anche a tale fase*

[22] Vedi in in https://www.penalecontemporaneo.it/upload/PALMA_Relazione_2017.pdf.

[23] https://www.associazionemagistrati.it/allegati/parere-commissioni-civile-e-penale-su-dl-sicurezza-25nov18.pdf.

del trattenimento, pena la manifesta illegittimità costituzionale per violazione dell'art 13 della Costituzione"[24]. L'originaria funzione di identificazione ai fini di un successivo trasferimento verso centri di accoglienza per richiedenti asilo in Italia, o addirittura verso altri paesi europei, è diventata così marginale rispetto alla funzione di limitazione della libertà personale dei migranti trattenuti che venivano sempre più spesso qualificati come "migranti economici", anche attraverso formulari subdoli che dovevano essere compilati in prossimità dello sbarco. Tra le domande alle quali si doveva rispondere obbligatoriamente ne contenevano una relativa alla volontà di svolgere attività lavorativa, che traeva in inganno, perché anche i richiedenti asilo manifestavano volontà di lavorare, ma questo precludeva loro l'accesso alla procedura, quando la risposta non veniva fornita direttamente da parte di operatori del centro, con l'apposizione di una crocetta in un piccolo quadratino, alla fine del cd. "foglio notizie". Per coloro che venivano qualificati come migranti economici scattavano i provvedimenti di respingimento differito, *ex* articolo 10 del Testo Unico sull'immigrazione n. 286 del 1998, come integrato dalla legge Bossi-Fini del 2002, e in assenza di posti nei Centri per il rimpatrio (allora chiamati CIE, centri di identificazione ed espulsione) restavano per settimane, talvolta addirittura mesi, chiusi all'interno degli Hotspot, se non venivano rimessi immediatamente in libertà con il cd. "foglio di via" contenente il provvedimento di respingimento differito con l'intimazione a lasciare entro sette giorni il territorio nazionale. Si realizzava così, e si può verificare ancora oggi, all'interno degli Hotspot, e delle altre strutture utilizzate con l'Approccio Hotspot, una limitazione della libertà personale al di fuori di una espressa previsione di legge, ben oltre i rigorosi limiti stabiliti dall'art. 13 della Costituzione[25] e dall'art. 5 della Convenzione europea a salvaguardia dei diritti dell'Uomo[26], con violazione della riserva di legge e della riserva di giurisdizione. Già la

[24] Nel parere dell'ANM si osservava anche che "*Desta perplessità la previsione di un trattenimento che può arrivare anche fino a 7 mesi per i soli fini identificativi. Se è vero che l'art 8 della direttiva UE 2013/33 (c.d. 'direttiva accoglienza') stabilisce che tale forma di trattenimento può essere adottata nei confronti dei richiedenti asilo, la stessa norma dispone, però, che 'gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente' e stabilisce, altresì, che il trattenimento deve essere disposto caso per caso in circostanze eccezionali e solo ove non sia possibile applicare misure meno afflittive. Si aggiunge, poi, che la possibilità che il trattenimento possa avvenire in 'strutture idonee nella disponibilità dell'Autorità di Pubblica Sicurezza', sembra costituire violazione dell'art. 10 della direttiva accoglienza (2013/33/UE) che prevede che il trattenimento possa di regola avvenire in appositi centri di trattenimento, ove, sempre in forza del medesimo art. 10, possano accedere, senza limitazioni, rappresentanti dell'UNHCR, familiari del richiedente, avvocati, consulenti e rappresentati delle ONG, accessi questi ultimi che paiono non compatibili con le attività che ordinariamente si svolgono nei locali nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza. Le esigenze sopra descritte, derivanti da obblighi di legge, non vengono soddisfatte dall'aggiunta – contenuta nella parte finale del comma 1 dell'art 4, nel testo licenziato al Senato della legge di conversione – del periodo 'Le strutture ed i locali di cui ai periodi precedenti, garantiscono condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona', integrando queste ultime la pre-condizione minima di qualsiasi restrizione della libertà personale che, però, non garantisce il rispetto degli ulteriori diritti fondamentali, come sopra richiamati*".

[25] In base all'art. 13 della Costituzione italiana, "*non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o di perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, e se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*".

[26] Mangiaracina, *Hotspots e diritti: un binomio possibile?*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5098-hotspots-e-diritti-un-binomio-possibile.

Consulta nel 2001 aveva segnalato la necessità di interpretare la normativa in materia di trattenimento ed allontanamento forzato dei migranti irregolari allora vigente in senso conforme alla Costituzione. Secondo la sentenza della Corte Costituzionale n.105 del 2001, che pure dichiarava infondata la questione di costituzionalità relativa alla norma (art. 14 del T.U. 286 del 1998) che prevedeva il trattenimento (detenzione amministrativa) nei CPTA(centri di permanenza temporanea e assistenza), come allora venivano definiti gli attuali CPR (centri per il rimpatrio) "*Il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione*"[27]. *Quanto affermato dalla corte in quella occasione ha una valenza generale per tutti i casi di trattenimento amministrativo dei cittadini stranieri.*

In molti casi persone destinatarie di provvedimenti di respingimento differito sono rimaste all'interno di centri Hotspot fino all'esecuzione dell'accompagnamento forzato in frontiera, ed il provvedimento adottato dal questore a loro carico veniva notificato poche ore prima dell'imbarco sull'aereo che li avrebbe riportati in patria sotto scorta della polizia italiana, con una evidente lesione del diritto di difesa, riconosciuto, oltre che dall'art. 24 della Costituzione e dall'art.13 della CEDU, anche dall'art. 14 del Regolamento frontiere Schengen, 2016/399/UE che in tutti i casi di respingimento prevede espressamente la possibilità di fare ricorso. Anche se la norma stabilisce che il ricorso non ha effetto sospensivo, non sembra ammissibile che lo stesso ricorso risulti "ineffettivo", svuotato di qualsiasi efficacia, perché l'esercizio effettivo del diritto di difesa è spesso impedito dalla natura dei luoghi e dalla condizione di trattenimento, mentre i tempi di esecuzione dell'accompagnamento forzato risultano più veloci dell'intervento dell'autorità giudiziaria. L'art. 13 della CEDU stabilisce al riguardo il diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza nazionale a ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti dalla Convenzione siano stati violati. Ma gli Hotspot italiani, sotto questo profilo, sembrano realizzare quasi una condizione di extraterritorialità, come se non fossero soggetti ad alcuna giurisdizione, come se le persone trattenute per settimane si trovassero sospese in un limbo nel quale la loro condizione giuridica (e materiale) restava stabilita, luogo per luogo, giorno dopo giorno, esclusivamente in base a regolamenti amministrativi ed a provvedimenti di polizia.

3. L'approccio Hotspot ai tempi della pandemia da Covid 19: le navi quarantena.

L'emergenza da Covid-19 ha inciso in modo sostanziale sulle prassi adottate dalle autorità italiane per garantire un porto

[27] Si deve ricordare, dopo anni di interpretazioni assai contrastanti da parte degli uffici di polizia, la fondamentale sentenza a Sezioni unite della Corte di Cassazione, n. 15115 del 17 giugno 2013, secondo cui "*il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (art. 10, co. 1 e 2, T.U.) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale ... pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione dell'inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'amministrazione, spetta al giudice ordinario*".

sicuro di sbarco ai naufraghi soccorsi in mare, o arrivati autonomamente a Lampedusa e in altri luoghi delle coste italiane. Il 7 aprile 2020 il Ministro delle infrastrutture e trasporti, di concerto con quello degli esteri, della sanità e degli interni, adottava il **Decreto interministeriale (n. 150)** con il quale si definivano i porti italiani "*non sicuri*" per le navi battenti bandiera estera e per tutta la durata dello stato di emergenza sanitaria deliberato il 31 gennaio 2020. Il provvedimento veniva giustificato nella parte motiva n relazione alla salvaguardia della "*funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19"*. E quindi, "*in considerazione della situazione di emergenza connessa alla diffusione del coronavirus e dell'attuale situazione di criticità dei servizi sanitari regionali e all'impegno straordinario svolto dai medici e da tutto il personale sanitario per l'assistenza ai pazienti Codiv-19, non risulta allo stato possibile assicurare sul territorio italiano la disponibilità di [tali] luoghi sicuri*". Era dunque possibile "*in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo sulla ricerca e salvataggio marittimo"*, impedire l'ingresso nei porti italiani *"per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana" (art. 1)*. Un provvedimento in linea con il decreto sicurezza *bis* n. 53 imposto da Salvini nel 2019 per limitare le attività di ricerca e salvataggio elle navi delle ONG impegnate nel Mediterraneo centrale. In base al decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287 del 12 aprile 2020, "con riferimento alle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il "*Place of Safety*" (luogo sicuro)» prevede che «il soggetto attuatore, nel rispetto dei protocolli condivisi con il Ministero della salute, può utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria"[28]. Si verificavano anche casi nei quali venivano trattenuti indebitamente minori non accompagnati ed addirittura venivano imbarcate sulle navi quarantena persone già sbarcate a terra ed ospitate in un centro di accoglienza, ma poi risultate positive ad un successivo tampone per COVID 19. La morte di alcuni giovani, anche di minore età, trattenuti per giorni a bordo

[28] Secondo l'art. 1, comma primo, del decreto "*Per assicurare il rispetto delle misure di isolamento fiduciario e di quarantena adottate per contrastare la diffusione epidemiologica da COVID-19, anche nei riguardi delle persone soccorse in mare, ovvero giunte sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi, è nominato Soggetto attuatore, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, il Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, che si avvale della Croce Rossa Italiana quale struttura operativa del Servizio nazionale ai sensi dell'articolo 13 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1. Il Soggetto attuatore, previo assenso del Capo del Dipartimento della protezione civile, provvede all'assistenza alloggiativa e alla sorveglianza sanitaria delle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il 'Place of Safety' (luogo sicuro) ai sensi del decreto interministeriale citato in premessa e di quelle giunte sul territorio nazionale in modo autonomo. Con riferimento alle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il 'Place of Safety' (luogo sicuro) il Soggetto attuatore, nel rispetto dei protocolli condivisi con il Ministero della salute, può utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria. Per le attività finalizzate all'individuazione delle suddette navi e dell'attività istruttoria di natura tecnico-amministrativa ai fini delle procedure di affidamento dei contratti pubblici il Soggetto attuatore provvede per il tramite delle strutture del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti anche in house. Relativamente ai migranti che giungono sul territorio nazionale in modo autonomo il Soggetto attuatore individua, sentite le Regioni competenti e le autorità sanitarie locali, per il tramite delle prefetture competenti, altre aree o strutture da adibire ad alloggi per il periodo di sorveglianza sanitaria previsto dalle vigenti disposizioni, avvalendosi delle prefetture medesime che procedono alla stipula di contratti per il trattamento di vitto, alloggio e dei servizi eventualmente necessari, per le persone soccorse ovvero, in caso di mancanza di accordo, ad attivare le procedure di cui all'articolo 6, comma 7 del decreto legge n. 18 del 2020. Nel caso in cui non sia possibile individuare le predette strutture sul territorio, il soggetto attuatore provvede alla sistemazione dei migranti ai fini dell'isolamento fiduciario e di quarantena anche sulle predette navi*".

di queste navi, segnava tragicamente una esperienza che, soprattutto per il protrarsi dello stato di emergenza sanitaria, avrebbe dovuto essere chiusa nel più breve tempo possibile e sostituita da un sistema di prima accoglienza a terra. Le morti di Abou Diakite, di Bilal Ben Masoud e di Abdallah Said, dopo il loro trattenimento a bordo delle navi quarantena, sono rimaste senza giustizia e pesano come un macigno sull'esperienza della prima accoglienza a bordo di navi traghetto, utilizzate durante l'emergenza pandemia come parte integrante dell'approccio Hotspot[29]. Nel caso dell'isola di Lampedusa il ricorso alle navi quarantena colmava anche l'assenza di mezzi navali per il trasferimento, verso altre strutture, dal centro, sovente sovraffollato, di Contrada Imbriacola ad altri centri di accoglienza ubicati nel territorio nazionale. Sempre nel 2020 'si verificava l'ennesima "riconversione" del Centro di prima accoglienza (Hotspot di Trapani (Milo), chiuso (formalmente) dal mese di febbraio di quell'anno, in centro di detenzione (CPR). Un piccolo centro con funzioni Hotspot veniva allestito anche a Pantelleria, nella ex caserma Barone[30].

4. Nuovi sviluppi dell'approccio Hotspot dopo la fine dell'emergenza Covid e la dismissione delle navi quarantena.

Dal primo giugno 2022si è posto fine al noleggio delle navi traghetto utilizzate come hotspot di prima accoglienza al fine di garantire un periodo di sorveglianza sanitaria in quarantena, e tutti i naufraghi soccorsi dalle ONG, e quelli molto più numerosi, (oltre l'87 per cento) salvati dalla Guardia costiera o dalla Guardia di finanza, o arrivati in autonomia, sono stati accolti dopo lo sbarco, in centri di prima accoglienza/ hotspot, ubicati esclusivamente a terra. Ad oggi sono aperti in Italia 6 centri con funzioni Hotspot (Lampedusa, Trapani, Pozzallo, Messina, Crotone e Taranto). Si tratta di strutture molto diverse tra loro, e comunque la diversificazione dei porti di destinazione e dei *place of sadety* imposti dal ministero dell'interno, determina la possibilità di operare secondo l'approccio hotspot in numerose altre città italiane, da ultimo anche a Livorno, a Salerno ed a Ravenna. L'intensificarsi degli sbarchi autonomi nell'isola di Pantelleria ha determinato il ricorso ad un approccio Hotspot anche nella piccola isola al centro del Canale di Sicilia, in una struttura, una vecchia caserma, che da sempre si è rivelata del tutto inadatta, anche in vista del trasferimento dei migranti nell'Hotspot di Trapani (Milo), ubicato peraltro all'interno di un CPR (centro per i rimpatri). Ma anche dove non si verificano "sbarchi autonomi", come a Taranto, la situazione degli Hotspot rimane sempre al limite del collas-

[29] Accardo, *Così si muore sulle navi quarantena. La storia del diciassettenne Abdallah Said*, in https://www.lasciatecientrare.it/cosi-si-muore-sulle-navi-quarantena-la-storia-del-diciassettenne-abdallah-said/.

[30] ASGI, *Pantelleria e Lampedusa: le criticità dell'approccio Hotspot,* in https://www.meltingpot.org/2022/10/pantelleria-e-lampedusa-le-criticita-dellapproccio-hotspot/.

so[31]. Dal Viminale, con il nuovo governo Meloni, sono arrivate soltanto proposte di ripristino dei cd. Decreti sicurezza adottati nel 2018 e nel 2019, e fantomatici auspici rivolti alla istituzione di centri Hotspot al di fuori dell'Unione Europea, nei paesi di transito, che però non hanno mai dato la loro disponibilità ad accettare nel loro territorio questo tipo di strutture detentive, e che peraltro non sono firmatari della Convenzione di Ginevra sui rifugiati (come la Libia) o non vi danno una effettiva attuazione, come l'Egitto, la Tunisia e l'Algeria[32].

Rimane ancora operativa la previsione del Decreto sicurezza n. 113, convertito nella legge n. 132 del 2018, che introduceva la possibilità di trattenere i cittadini destinatari di un provvedimento di allontanamento in "*strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza*" previsione che non veniva abrogata né modificata dal successivo Decreto Legge n. 130/2020 convertito con modifiche in Legge n. 173/2020. A seconda della nazionalità, basti pensare ai tunisini, si sono verificati numerosi casi di migranti appena sbarcati a Lampedusa e destinatari di un provvedimento di respingimento notificato dalla questura di Agrigento subito dopo il trasferimento a Porto Empedocle. La criticità più grave che purtroppo si continua a riprodurre, anche negli Hotspot e nei centri di prima accoglienza, riguarda ancora oggi la sostanziale privazione della libertà personale che comporta la detenzione amministrativa al di fuori delle strutture definite come Centri per il rimpatrio (CPR), riservati ai destinatari dei provvedimenti di respingimento o di espulsione. Le persone trattenute nei centri di prima accoglienza o negli Hotspot, in molti casi, vi rimangono ancora oggi più a lungo dei quattro giorni previsti dalla Costituzione (art. 13) per la convalida giurisdizionale delle misure amministrative di limitazione della libertà personale, senza alcun diritto di difesa, e spesso senza alcuna possibilità di accedere alla procedura di asilo[33]. I Rapporti delle Organizzazioni non governative che hanno potuto visitare più recentemente i centri di detenzione amministrativa in frontiera e le strutture Hotspot descrivono una realtà ben lontana dalle previsioni di legge e dalle prescrizioni amministrative imposte ai gestori dei centri. Tutto sembra affidato alla discrezionalità amministrativa delle autorità di polizia e delle prefetture. Dopo il ritiro delle navi quarantena e la fine dello stato di emergenza derivante dalla pandemia la situazione sembra ancora peggiorata, e pe-

[31] Si rinvia al *Comunicato stampa del SAP (Sindacato autonomo di polizia)* nei primi giorni di agosto del 2022, in https://www.corriereditaranto.it/2022/08/05/taranto-hotspot-e-criticita/.

[32] Si vedano al riguardo le dichiarazioni dell'on. Molteni, sottosegretario al Ministero dell'interno, nella passata legislatura, in https://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/news/taranto/1357311/migranti-molteni-situazione-in-hotspot-taranto-complessa.html.

[33] Secondo la sentenza n.105/2001 della Corte Costituzionale, *"Né potrebbe dirsi che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani. Che un tale ordine di idee abbia ispirato la disciplina dell'istituto emerge del resto dallo stesso articolo 14 censurato, là dove, con evidente riecheggiamento della disciplina dell'articolo 13, terzo comma, della Costituzione, e della riserva di giurisdizione in esso contenuta, si prevede che il provvedimento di trattenimento dell'autorità di pubblica sicurezza deve essere comunicato entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e che, se questa non lo convalida nelle successive quarantotto ore, esso cessa di avere ogni effetto".*

rò viene occultata attraverso l'uso mediatico di veri e propri argomenti di distrazione di massa come gli attacchi contro le ONG che farebbero da "spola" con i trafficanti nel trasporto dei migranti da una sponda all'altra del Mediterraneo[34]. Una menzogna smentita in tutte le sedi giudiziarie nelle quali si sono archiviati i procedimenti penali contro rappresentanti delle ONG, ma utile a sviare l'attenzione dell'opinione pubblica, e l'impegno delle autorità politiche, dai gravissimi problemi, non solo gestionali, ma anche di rispetto dei più elementari diritti umani e del principio di legalità costituzionale, che caratterizzano ancora oggi i centri con funzioni Hotspot in Italia.

Il sovraffollamento dei centri nei quali si pratica l'approccio Hotspot, a fronte di un incremento consistente degli arrivi via mare in Italia, oltre 100.000 nel 2022, deriva soprattutto dalla cronica mancanza di posti nei diversi sistemi di accoglienza italiani. Rispetto a 160.000 posti offerti fino al 2017 da centri di diversa natura e denominazione, oggi si può stimare che siano rimasti attivi effettivamente non più di 90.000 posti, compresi quelli recentemente attivati per i profughi ucraini. Per chi arriva attraverso le frontiere marittime l'accoglienza, dopo la fase del trattenimento negli Hotspot, o nei centri di transito, prosegue nei Centri di accoglienza straordinaria (CAS) gestiti dalle prefetture. Ma per molti l'Italia è solo un paese di sbarco e di passaggio verso nord, la "guerra"ai soccorsi umanitari ed ai migranti, la deriva populista del nostro paese, la pesante discriminazione subita anche dai richiedenti asilo, inducono a lasciare prima possibile il nostro paese, magari con un "foglio di via" in mano. Che poi non è un lasciapassare per l'Europa, ma un provvedimento di respingimento differito che, se registrato nelle banche dati Eurodac (Regolamento UE n.603/2013) pregiudica la possibilità di ottenere asilo in altri paesi europei. Manca una corretta informazione allo sbarco, e le autorità di polizia pensano solo di "liberarsi" dei migranti che non possono accogliere nei centri Hotspot e nel sistema nazionale SAI (ex SPRAR). Un disastro umanitario poco visibile, che va affrontato con una svolta decisa. Su questo occorre aprire vertenze, anche a livello locale, e promuovere azioni di monitoraggio e di denuncia, per le quali è fondamentale che aumentino i controlli giurisdizionali.

All'interno dei punti di prima accoglienza Hotspot, o nelle altre strutture nelle quali si proceda con questo approccio, occorrerebbe stabilire criteri certi per i casi di temporanea limitazione della libertà personale, un ritorno al principio di legalità ed al rispetto dell'*habeas corpus* di tutte le persone "comunque presenti nel territorio nazionale", base del riconoscimento dei diritti fondamentali ai quali fa espresso richiamo l'art. 2 del Testo Unico sull'immigrazione n.286 del 1998. Tutti i migranti, come stabilito dalla legge, dovrebbero ricevere informazioni circa i loro diritti, compreso quello di poter richiedere protezione internazionale, in forma e lingua a loro effettivamente comprensibile. Le procedure di identificazione e registrazione vanno svolte nel pieno rispetto dei diritti umani, senza alcuna forma di costrizione fisica e senza un trattenimento amministrativo prolungato, quando si renda necessario, oltre i limiti delle 48 ore per la comunicazione all'autorità giudiziaria e le successive 48 ore per la convalida. Nessun migrante deve essere respinto o espulso senza che il suo caso sia stato valutato sin-

[34] Come è stato sostenuto in diverse occasioni dal ministro dell'interno Piantedosi, anche attraverso i social, vedi al riguardo, https://twitter.com/i/web/status/1609006568930148352.

golarmente, considerato che nessuna norma attribuisce alle forze dell'ordine la facoltà di distinguere un richiedente protezione internazionale da un migrante cosiddetto economico. Nessuna persona può essere trattenuta nei centri di accoglienza a tempo indeterminato al solo fine della identificazione, e vanno comunque garantiti specifici percorsi protetti destinati alle categorie più vulnerabili, come donne, minori e vittime di tortura. Occorre ripristinare i controlli giurisdizionali sul trattenimento all'interno di tutte le strutture destinate al cd. Approccio Hotspot, fino ad oggi disciplinate esclusivamente in base alla normativa adottata in via amministrativa. Perché l'umanità indistinta che viene ammassata nei centri Hotspot non corrisponde esclusivamente a numeri da smaltire, ma contiene la somma di migliaia di vite spezzate e di sofferenze personali che vanno considerate con maggiore rispetto fin dal primo ingresso nel territorio italiano, non solo per quello che riguarda la loro attuale condizione giuridica e di fatto, ma anche nella prospettiva di un futuro dignitoso e nella legalità che non può essere negato.

Fulvio Vassallo Paleologo