Rivista di Diritti Comparati

Rivista Quadrimestrale

2/2018

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno II – N. 2/2018

DIREZIONE

Andrea Buratti (Università di Roma – Tor Vergata)
Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna)
Oreste Pollicino (Università Bocconi)
Giorgio Repetto (Università di Perugia)
Raffaele Torino (Università Roma Tre)

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (University of Texas), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Chieti-Pescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza (Scuola Sant'Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bicocca, Corte costituzionale), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss "Guido Carli"), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Giuseppe de Vergottini (Univ. Bologna), Alessandra Di Martino (Univ. Sapienza, Roma), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss "Guido Carli"), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, AGCM), Miguel Poiares Maduro (European University Institute), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università Bocconi)
Antonello Ciervo (Università di Perugia)
Giacomo Delledonne (Scuola Superiore Sant'Anna)
Claudio Di Maio (Università Roma Tre)
Francesco Saitto (La Sapienza - Università di Roma)

SOMMARIO

Saggi

BEKHZOD KODIROV, *Reinterpretation of the Scope of the Early Warning System by National Parliaments: Yellow Card against the Revision of the Posted Workers Directive*
[pp. 4-36]

ELENA BELLIARDO, *Logica condizionale e poteri decisionali: una introduzione*
[pp. 37-75]

BALÁZS FEKETE, *Interpreting the History of Modern Comparative Law: Beyond Descriptive Linearity. The Case of Historical-Comparative Jurisprudence*
[pp. 76-108]

EMANUELE LA ROSA, *Libertà di ricerca scientifica come limite all'intervento penale?* [pp. 109-135]

GUIDO PANZANO, *Power-sharing Executives in Northern Ireland and South Tyrol: Theories, Structures, Practices and Political Stability*
[pp. 136-184]

SILVIA NUZZO, *Affinità e divergenze tra lo sfruttamento illecito delle risorse naturali ed il crimine internazionale di saccheggio*
[pp. 185-209]

ALBERTO MARCHESE, *La fecondazione* post mortem*: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*
[pp. 210-231]

Note e commenti

ADORACIÓN GALERA VICTORIA, *The displacement of social Europe. The Spanish case*
[pp. 232-258]

RICCARDO CABAZZI, *Governance economica europea e riforme negli ordinamenti degli Stati membri: spunti di comparazione*

[pp. 259-287]

PIETRO INSOLERA, Mass shootings, culture war *e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della* Supreme Court, *traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*

[pp. 288-305]

Recensioni e letture critiche

MARCO DANI, *Recensione a Alessia-Ottavia Cozzi, Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: profili costituzionali (Jovene, 2017)*

[pp. 306-317]

ANDREA BURATTI, *Between Judicial Activism and Political Cooperation: The Case of the Canadian Supreme Court*

[pp. 318-325]

GIACOMO DELLEDONNE, *Le continuità profonde nel costituzionalismo dell'Europa centrale: ragionando su un'opera memorialistica di Sándor Márai*

[pp. 326-332]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* è pubblicato in coda al presente numero, unitamente alle linee guide etiche. L'elenco dei revisori che hanno partecipato alla procedura di valutazione suddetta è reso disponibile in coda all'ultimo numero pubblicato nel corso dell'anno solare.

Editore: Andrea Buratti (Università di Roma "Tor Vergata"), Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa), Oreste Pollicino (Università commerciale "L. Bocconi" - Milano), Giorgio Repetto (Università di Perugia), Raffaele Torino (Università Roma Tre)
Coordinatore Editoriale: Serenella Quari
Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma
ISSN: 2532-6619

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Reinterpretation of the Scope of the Early Warning System by National Parliaments: Yellow Card against the Revision of the Posted Workers Directive*

Bekhzod Kodirov

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The Principle of Subsidiarity and the Early Warning System. – 2.1. The EWS in the EU legal framework. – 2.2. The analyses of the functioning of the EWS in academic literature. – 3. The Monti II Regulation and EPPO Proposal. – 3.1. Yellow card against the Monti II Regulation. – 3.2. The Reaction of National Parliaments to EPPO Proposal. 4. Third Yellow Card against the Revision of Posted Workers Directive. – 4.1. The Commission's Proposal for the revision of the Posted Workers Directive. – 4.2. The reasoned opinions of National Parliaments against the Proposal. – 4.3. The response of the Commission to the reasoned opinions and further developments. – 4.4. National Parliaments and the politics in the revision of the PWD. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

The functioning of the Early Warning System (EWS) so far has demonstrated different and even conflicting approaches of the institutions of the European Union (EU) and National Parliaments (NPs) to the scope and nature of the EWS. In this regard, this paper aims at analyzing how NPs of Member States (MSs) reinterpret the scope of the scrutiny of EU legislative proposals in the framework of the EWS. The strictly formalistic reading of the EWS in the Treaties and the Protocols defines the EWS as a narrow mechanism for the scrutiny of the compliance of the legislative proposals with the subsidiarity principle, the point stressed by the Commission and some scholars.[1]

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double blind peer review*

[1] F. Fabbrini and K. Granat, "*Yellow Card, But No Foul": the Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for*

In contrast, several scholars assert that also the scrutiny of the principle of proportionality in the framework of the EWS is inevitable since the principle of subsidiarity and the principle of proportionality are interlinked and 'even overlap in some manner' which makes strict separation of these principles impossible, and due to the necessity of consideration of the principle of proportionality in assessing the efficacy of EU legislation.[2] Moreover, according to some authors, the political nature of NPs presupposes the political interpretation of the EWS on the part of NPs who are predisposed to use the EWS as a political instrument to contain competence creep of EU institutions and to protect national constitutional essentials from the adverse effect of EU decision-making.[3]

The Lisbon Treaty introduced among other novelties the EWS for the subsidiarity monitoring to address 'democratic deficit' and 'democratic disconnect' problems in European governance. The former problem is characterized by the incapability of the EU decision-making to ensure 'government of the people, by the people and for the people'.[4] The latter is defined as the 'disconnect' between the bureaucratic and distant EU governance and the national institutions as the sources of democratic and constitutional legitimacy.[5] The subsidiarity is one of the fundamental principles for the Union competences alongside with the principle of conferral and the principle of proportionality, which consider a specific question in the vertical allocation of powers between the EU and the MSs, since the conferral principle asks "can" the EU take a proposed measure,

---

an EU Regulation on the Right to Strike, in *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, p. 115.

[2] S. Gernat, *Interpreting Subsidiarity – How to Develop into a Constitutional Principle?*, in *MaRBLe Research Papers*, vol. 4, 2013; K. Borońska- Hryniewiecka, *Democratizing the European Multi-level Polity? A (re-) Assessment of the Early Warning System*, in *Yearbook of Polish European Studies*, 2013.

[3] M. Goldoni, *The Early Warning System and the Monti II Regulation: The Case for a Political Interpretation*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, p. 90 ss.

[4] P. De Wilde, *Why the Early Warning Mechanism Does Not Alleviate the Democratic Deficit*, in *OPAL Online Paper*, vol. 6, 2012, p. 6.

[5] P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State,* Oxford, 2010, p. 10.

the subsidiarity principle asks "if" the EU must defer to the MSs in relation to the proposed measure, and the proportionality principle asks "how" the proposed measure may be taken.[6] In this regard, the EWS was expected to make NPs into 'subsidiarity watchdogs', because they lose most from transferring the competences to the EU institutions. [7]

To date, three so-called 'yellow card' procedures have been triggered against the proposals on the Monti II Regulation, the Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) and the revision of the Posted Workers Directive (PWD).[8] The Commission decided to withdraw the proposal on the Monti II regulation, whereas it maintained the EPPO proposal without any amendments, though in both cases stated that the objections raised by NPs regarding the principle of subsidiarity are either groundless or addressed the aspects of the proposals which were beyond the scope of EWS. In this regard, some scholars defined the EPPO case as 'a major disincentive to even think of a yellow card' and doubted the practical value of the EWS for NPs.[9] However, the facts that, after the decrease in the number of reasoned opinions in 2014 and 2015 (24 and 8 reasoned opinions respectively) mostly due to the Commission's Presidency elections and the low number of the proposals, in 2016 the NPs issued 65 reasoned opinions (the third highest annual number of reasoned opinions since the introduction of

[6] G.A. Moens and J. Trone, *The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice: Panacea or Placebo?,* in *Journal of Legislation*, vol. 41, 2014, p. 66.

[7] I. Cooper, *Bicameral or Tricameral? National Parliaments and Representative Democracy in the European Union*, in *Journal of European Integration*, vol. 35, 2013, p. 536.

[8] The Commission's proposal for a Council Regulation on the exercise of the right to collective action in light of the freedom of establishment and freedom to provide service (COM(2012) 130 final); the Commission's proposal on the Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office (COM(2013) 534 final); the Commission's proposal for a Directive amending the Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (COM(2016) 128 final).

[9] D. Bokhorst, A. Schout and J.M. Wiersma, *The Emperor's New Clothes? A Political Evaluation of the Early Warning Mechanism*, in *The International Spectator,* vol. 50, 2015, p. 101.

the EWS after 84 in 2012 and 70 in 2013),[10] and the triggered third yellow card confirms that the EWS remains as an important instrument for the NPs to have a say at the EU level.

The studies on the EWS addressed its different aspects such as the incentives for the NPs to submit reasoned opinions,[11] the typology of the NPs based on their approaches to the EWS,[12] the indirect impact of the EWS on the scrutiny of EU affairs by NPs,[13] the role of public attitudes in the usage of the EWS.[14] Against this background, this study explores the reinterpretation of the EWS by NPs by considering to what extent NPs go beyond the subsidiarity scrutiny, as it is foreseen by Treaty on European Union (TEU) and the Protocol no. 2, in their objections over the different aspects of the legislative proposals. This objective is pursued by testing the hypotheses, which are formulated based on the examination of the two previous yellow card cases and of the academic literature on the functioning of the EWS, against the qualitative analyses of the reasoned opinions in the third "yellow card" case.

The paper is structured as follows. First, the evolvement of the subsidiarity principle in EU legal framework and the functioning of the EWS are discussed, and the hypotheses are presented on the basis of the review of the academic literature on the EWS. The next section (III) provides the overview of the Monti II and the EPPO cases with regard to their relevance with the hypotheses. The section IV considers the revision of the PWD case and tests the hypotheses

---

[10] The Commission, Annual Report 2016 on Subsidiarity and Proportionality (COM(2017) 600 final).

[11] K. Gattermann and C. Hefftler, *Beyond Institutional Capacity: Political Motivation and Parliamentary Behaviour in the Early Warning System*, in *West European Politics,* vol. 38, 2015, p. 305 ss.

[12] I. Cooper, *Is the Subsidiarity Early Warning Mechanism a Legal or a Political Procedure? Three Questions and a Typology*, in *EUI Working Paper RSCAS*, vol. 18, 2016, p. 6.

[13] E. Miklin, *Beyond Subsidiarity: the Indirect Effect of the Early Warning System on National Parliamentary Scrutiny in European Union Affairs*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 24, 2017, p. 366 ss.

[14] C.J. Williams, *Issuing Reasoned Opinions: The Effect of Public Attitudes towards the European Union on the Usage of the "Early Warning System"*, in *European Union Politics,* 2016, p. 1ss.

through analysing the reasoned opinions, and discusses the politicization of the EWS in this case. The final part presents conclusions on the topic.

2. *The Principle of Subisdiarity and the Early Warning System*

2.1. *The EWS in the EU legal framework*

The national parliaments were considered as the main "losers" and the "victims" of European integration,[15] because of the transfer of their legislative competences over the essential issues to the European institutions, while the role of the executives in EU policy-making was strengthened, and due to 'the informational asymmetries between the legislature and the executive' in the light of the lack of guaranteed access to the information about the supranational negotiations and decision-making process.[16] However, the NPs had series of functions relevant to the European integration, including the authorisation of the ratification of Treaties, the designation of their representatives within the European Parliament (until the direct elections of 1979), the parliamentary control of the governments, who represented MSs in the Council and the European Council.[17] The introduction of the Treaty of Lisbon marked a watershed in this regard with the empowerment of NPs in a number of ways.[18] As several scholars have

[15] T. Raunio, *The Gatekeepers of European Integration? The Functions of National Parliaments in the EU Political System*, in *Journal of European Integration*, vol. 33, 2011, p. 303 ss.

[16] C. Fasone and D. Fromage, *From Veto Players to Agenda-Setters? National Parliaments and Their 'Green Card' to the European Commission*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 23, 2016, p. 295; R. Bellamy and S. Kröger, *Domesticating the Democratic Deficit? The Role of National Parliaments and Parties in the EU's System of Governance*, in *Parliamentary Affairs,* 2012, p. 8.

[17] N. Lupo, *National Parliaments in the European Integration Process: Re-aligning Politics and Policies,* in M. Cartabia, N. Lupo and A.Simoncini, *Democracy and Subsidiarity In the EU: National Parliaments, Regions and Civil Society in the Decision-making Process*, Il Mulino, 2013.

[18] A. Högenauer, C. Neuhold and T. Christiansen, *Parliamentary Administrations in the European Union,* London, 2016.

noticed, among these new competences of NPs have been entrusted with in Lisbon Treaty, the subsidiarity monitoring is a crucial one for the day-to-day functioning of the Union.[19] In this regard, the paper continues with the overview of the evolvement of subsidiarity as a general principle of EU Law.

The principle of subsidiarity made its first substantive appearance in the primary law of the EU in the 1986 Single European Act with the Article 130r (4) of the (then) Treaty on European Economic Community requiring the Community to take actions relating to the environment if the objectives of the action can be better attained at Community level than at the level of the individual MS. The subsidiarity principle became a general principle of EU law with entry into force of the Maastricht Treaty.[20] The principle of subsidiarity was expected to mitigate the fears of "Eurosceptics" about the EU institutions' competence creep since the principle could set the limits to legislative and regulatory centralization.[21]

The substantive and procedural guidelines for the implementation of the principles of subsidiarity and proportionality were eventually incorporated into a protocol included in the Amsterdam Treaty of 1997. The Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality' annexed to the Treaty stated that for any proposed Community legislation, the reasons on which it is based shall be stated in order to justify its compliance with the principles of subsidiarity and proportionality, the reasons must be substantiated by qualitative or, wherever possible, quantitative

[19] D. Jančić, *The Game of Cards: National Parliaments in the EU and the Future of the Early Warning Mechanism and the Political Dialogue*, in *Common Market Law Review*, vol. 52, 2015, p. 939 ss; P. Kiiver, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2008, p. 77 ss.

[20] C. Fasone, *Competing Concepts of Subsidiarity in the Early Warning Mechanism*, in *LUISS School of Government Working Paper Series*, vol.4, 2013, p. 10 ss.

[21] T.O. Hueglin and A. Fenna, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, 2nd edition, University of Toronto Press, 2015, p. 157.

indicators.[22] The Protocol elaborated upon the scope of the principle by including the necessity and EU added value tests (Lisbon Treaty doesn't include these tests, though the Commission has stated that it will continue to use those tests as part of its guidelines), which had to be satisfied for EU action to be consistent with subsidiarity.[23] Moreover, the Protocol endorsed subsidiarity as the 'dynamic concept', which can either extend or limit the competences of EU institutions.[24]

In the Lisbon Treaty, the principle of subsidiarity is defined in article 5(3) TEU. The subsidiarity principle has an important role in the functioning of the EU 'as an elevator in the relationship between the EU's centre and the periphery'.[25] Thus, the Lisbon Treaty allocates central role in subsidiarity monitoring to NPs and expands the scope of the principle of subsidiarity to subnational level by explicit reference to them.

The procedural aspects of the EWS are elaborated in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality attached to the Lisbon Treaty. The Article 2 of the Protocol requires the Commission to consult widely before proposing legislative act. According to the Article 4 and the Article 5, the Commission (the EP or the Council if they proposed the draft act) shall send draft legislative acts, which shall be justified with regard to the principles of subsidiarity and proportionality, to NPs at the same time with to the Union legislator. The proposal should contain a detailed statement making it possible to appraise its compliance with the principles of subsidiarity and proportionality. The Commission

[22] European Union, Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Related Acts of 10 November 1997.

[23] G. A. Moens and J. Trone, *Subsidiarity as Judicial and Legislative Review Principles in the European Union*, in M. Evans and A. Zimmermann (eds), *Global Perspectives on Subsidiarity*, New York, 2014, p. 172.

[24] O. Pimenova, *Subsidiarity as a 'Regulation Principle' in the EU*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 4, 2016, p. 381.

[25] G. Martinico, *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, vol. 17, 2011, p. 652.

shall substantiate its reasons for preferred Union level of acting with qualitative and, wherever possible, quantitative indicators.

According the Article 6 of the Protocol, upon the receiving of the draft legislative act there is an 8 week window for NPs, during which the Council shall not place the draft legislative act on its agenda or adopt a position, to send the reasoned opinions to the Commission, stating why the draft does not comply with the principle of subsidiarity. Although, the direct requirements for the form and content of the reasoned opinions are absent in the EU law, following criteria for reasoned opinions can be generated from the Article 6 of Protocol no. 2: originate in a national parliament or chamber thereof; concern a draft legislative act of the EU; be sent in time; contain reasons; and allege a violation of the principle of subsidiarity.[26] In practice, the period for issuing the reasoned opinion may be both longer (the countdown for this procedure starts when the draft legislative act is transmitted in all official languages of the EU and the month of August is not counted because of a summer recess of NPs) and shorter (in the cases of urgency procedures which are stipulated in the Article 4 of the Protocol no. 1).

Two votes are assigned to each NP. In bicameral parliamentary system, each of two chambers has one vote. If the number of votes against particular draft legislative act reaches one-third of the all votes allocated to NPs (19 out of 56 votes in EU of 28 MSs) the procedure referred to in jargon as the "yellow card" is triggered. This threshold is a quarter of the all votes if draft legislative act concerns the area of freedom, security and justice. In this case, after reviewing the draft, the Commission shall decide whether to maintain, amend or withdraw the draft and present the reasons for its decision. The "orange card" procedure is triggered when the number of the votes against draft legislation under the ordinary legislative procedure reaches a simple majority of the all votes (29 out of 56 votes in EU of 28 MSs). In this case, if the Commission, after reviewing the draft, decides to maintain the proposal, it will have to send a reasoned opinion to the Council

[26] P. Kiiver, *The Conduct of Subsidiarity Checks of EU Legislative Proposals by National Parliaments: Analysis, Observations and Practical Recommendations,* in *ERA Forum,* vol. 12, 2012, p. 535 ss.

and the EP justifying the compliance of the draft legislative act with the principle of subsidiarity. Then, under Article 7(3), both the Council, by a majority of 55 % of its members, and the EP, by a simple majority, may decide to halt the legislative proposal on question.

The Treaties also include the ex-post subsidiarity mechanism, which is envisaged in the Article 8 of the Protocol. The NPs through their governments may bring forward an action against the legislative acts on the grounds of infringement of the principle of subsidiarity in CJEU. Moreover, this sort of action may be brought by the Committee of the Regions against the legislative acts for the adoption of which the consultation with the Committee is required by the Treaties.

However, the current form of the principle of subsidiarity has provoked a degree of criticism among scholars. Cardwell argues that subsidiarity is a mostly subjective and vaguely defined principle partly because of the lack of clarity provided by CJEU,[27] who 'applied a very weak standard of review for both substantive and procedural compliance with the subsidiarity principle'.[28] Other scholars argue that the principle of subsidiarity can't create a framework for the scrutiny of the particular proposal's goals, since 'if an issue is already configured as a European … problem, the analysis is automatically predisposed to designate the EU as the only appropriate level of governance'.[29] In this regard, the paper continues with the overview of the academic literature on the participation of the NPs in the functioning of the EWS.

[27] P. J. Cardwell, *'The'Hokey Cokey' Approach to EU Membership: Legal Options for the UK and EU'*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 23, 2016, p. 1285 ss.

[28] G.A. Moens and J. Trone, *The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice*, cit., p. 101.

[29] M. Bartl, *The Way We Do Europe: Subsidiarity and the Substantive Democratic Deficit*, in *European Law Journal*, vol. 21, 2015, p. 27.

2.2. *The analyses of the functioning of the EWS in academic literature*

The NPs' attitude toward the principle of subsidiarity and the EWS evoked an intense debate among scholars. Particular interest is attached to the scope of objections raised in the reasoned opinions of NPs, as those objections seem to consider not only the subsidiarity compliance but also the other aspects of the legislative proposal which are beyond the textual understanding of the EWS as a strictly subsidiarity monitoring mechanism.[30]

As some authors argue, almost all NPs examine the compliance of the draft proposal with the principle of proportionality since they consider that subsidiarity checks would be ineffective otherwise and many of them find it difficult to separate the two concepts.[31] In this regard, the report of the Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs (COSAC) demonstrates that 37 out of 41 responding parliamentary chambers consider the principle of proportionality when scrutinising draft legislative acts and 28 of them 'do not believe that subsidiarity checks are effective without the inclusion of a proportionality check'.[32] In the case of Monti II regulations, many of the NPs in their reasoned opinions, including the Finnish Eduskunta, the Maltese Kamra tad-Deputati and the UK House of Commons, objected the proportionality of the proposed measures.[33] In their reasoned opinions against the EPPO proposal, some NPs, including Swedish Riksdag, French Senate and Cypriot House of

[30] I. Cooper, *A Yellow Card for the Striker: National Parliaments and the Defeat of EU Legislation on the Right to Strike,* in *Journal of European Public Policy,* vol. 22, 2015, p. 1406; D. Fromage, *The Second Yellow Card on the EPPO Proposal: An Encouraging Development for Member State Parliaments?*, in *Yearbook of European Law*, 2015, p. 1 ss.; A.J. Cornell, *The Swedish Riksdag as Scrutiniser of the Principle of Subsidiarity*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 12, 2016, p. 294 ss.; M. Goldoni, *op. cit.*

[31] K. Borońska-Hryniewiecka, *Democratizing the European Multi-level Polity*, cit.; S. Piedrafita, *EU Democratic Legitimacy and National Parliaments*, in *CEPS Essay*, vol. 7, 2013.

[32] COSAC, Eighteenth Bi-annual Report of 27 September 2012.

[33] F. Fabbrini and K. Granat, *op. cit.*

Representatives, substantiated their subsidiarity-breach claims with proportionality arguments.[34]

Hypothesis 1. The NPs considers that the principle of subsidiarity and the principle of proportionality are interdependent and the draft legislative acts should be tested on the compliance with both principles in the framework of EWS.

Fabbrini and Granat argue that procedural dimension of the subsidiarity review can be regarded instrumental to the evaluation of the material subsidiarity, though the NPs, in their reaction to the Monti II proposal, attached only insignificant attention on the compatibility of the proposal with the procedural dimension of subsidiarity.[35] On the contrary, Moens and Trone note several cases, when the House of Commons, the Spanish Parliament, the Hungarian Parliament and the Dutch Parliament objected to the legislative proposals on the ground of the insufficiently detailed statement justifying the compliance of the proposal with the principle of subsidiarity.[36] Kiiver states that the objections about alleged lack or insufficiency of the necessary justification of EU proposals are routine since the violation of the burden of justification by Commission can be considered to constitute a procedural breach of the subsidiarity principle.[37]In this regard, in the EPPO proposal case majority of NPs accentuated the lack of suitable justification of the Commission for the proposal.[38]

Hypothesis 2. NPs scrutinize the compliance of the proposal with the principle of subsidiarity by considering not only the material substance of subsidiarity but also by addressing the procedural dimension of subsidiarity.

As Jančić argues, the NPs are prone to stretch the scope of subsidiarity scrutiny through challenging not only the proportionality

[34] D. Fromage, *op. cit.*

[35] F. Fabbrini and K. Granat, *op. cit.*

[36] G.A. Moens and J. Trone, *The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice*, cit., p. 91, 92.

[37] P. Kiiver, *The Conduct of Subsidiarity Checks of EU Legislative Proposals by National Parliaments*, cit.

[38] D. Fromage, *op.cit.*

but also the legal basis, the content and the merits of the proposal.[39] This broad interpretation of EWS is explained by the fact that its application depends in great part on a political evaluation on the part of NPs'.[40] In this regard, some authors insist that the scope of EWS should be strictly limited to the principle of subsidiarity.[41] Though the Political Dialogue initiated by the then Commission President José Manuel Barroso allows NPs to enter into dialogue with the Commission regarding the various aspects of the legislative proposals other than the subsidiarity, this informal procedure is non-binding and 'wholly dependent on the Commission both for its existence and for its impact'.[42] Hence, the broad interpretation of the EWS by NPs is inevitable, taking into account that as political actors NPs may use the EWS in a way that allows them to pursue political objectives through challenging an EU legislative proposal on the grounds other than subsidiarity.[43]

Hypothesis 3. In line with their perception of the EWS as not merely technical but also political control, NPs use the EWS to raise objections on the policy content and the merits of the draft legislative proposals.

3. *The Monti II Regulation and EPPO Proposal*

3.1. *Yellow Card against the Monti II Regulation*

The Commission's proposal for a Council Regulation on the exercise of the right to collective action in light of the freedom of establishment and freedom to provide service (COM(2012) 130 final,

[39] D. Jančić, *The Game of Cards*, cit., p. 961.

[40] K. Borońska-Hryniewiecka, *Legitimacy through Subsidiarity? The Parliamentary Control of EU Policy-Making*, in *Polish Political Science Review*, vol. 1, 2013, p. 73.

[41] F. Fabbrini, *The Principle of Subsidiarity*, in iCourts Working Paper Series, vol. 66, p. 1; F. Fabbrini and K. Granat, *op. cit.*

[42] D. Jančić, *The Game of Cards*, cit., p. 941.

[43] K. Borońska-Hryniewiecka, *Legitimacy through Subsidiarity*, *op. cit.*; I. Cooper, *Is the Subsdiarity Early Warning Mechanism a Legal or a Political Procedure?*, cit.

so-called Monti II proposal), finally transmitted in all officiall languages on 27 March 2012, was the first draft legislative act against which the yellow card was triggered. The proposal aimed at developing a legal framework for regulation of transnational collective action rights (especially the right to strike) and reconciling them with the economic freedoms of the EU. The proposal was provoked particularly by two controversial judgments of the CJEU, *Viking* and *Laval*, which 'recognized the right to strike but placed restrictions on it when it targets a cross-border business exercising the freedom of establishment'.[44] The social partners criticized those judgements of the CJEU for designing a more restrictive standard of protection for the right to strike in cases of transnational industrial actions than that prevailing in many MSs and the case-law of the European Court of Human Rights.[45]

To address this issue, the Commission presented a proposal 'which would enhance legal certainty and strike a more appropriate balance between social rights and free movement rules in the EU'.[46] The Commission decided that Article 352 TFEU (so-called flexibility clause, which empowers the Commission to take action in order to attain particular objectives of the Treaties when the necessary powers are not provided by the Treaties) is the appropriate legal basis for the proposal.[47] The Commission's main argument for the respect for subsidiarity was that the objectives of the proposal, taking into account their transnational and cross-border nature, cannot be achieved by the MSs alone and requires EU level action.

The proposal encountered the strong opposition from NPs, 12 of which (7 unicameral parliaments and 5 chambers from bicameral parliaments – representing 19 votes) transmitted the reasoned opinions against the proposal to the Commission by the deadline of 22 May. Although all those reasoned opinions argued that the Monti II was not compatible with the principle of subsidiarity, they also

[44] I. Cooper, *'The Nordic Parliaments' Approaches to the EU: Strategic Coordinator, Comprehensive Scrutinizer, Reluctant Cooperator and Outside-Insider*, in *ARENA Working Paper,* 2015, p. 4.

[45] M. Goldoni, *op. cit.*, p. 94.

[46] F. Fabbrini and K. Granat, *op. cit.*

[47] COM(2012) 130 final.

included objections regarding the content, the legal basis and the proportionality of the proposed action.[48] One of the main concerns of the NPs regarding the content of the proposal, including the Belgian Chamber des Représentants, the Portuguese Assembleia da República, was that the proposal would destroy well-functioning national arrangements in this area.[49] The Latvian Seima, the Swedish Riksdag contested its legal basis on the ground that the proposal did not indicate which of the Treaty objectives it wanted to pursue.[50] In its reasoned opinion, the UK House of Commons concluded that the draft legislative act was incompatible with the principle of subsidiarity since the Commission had failed to present clear evidence of the necessity of the proposed action.[51]

The Commission decided to withdraw the proposal, though the Commission insisted that the proposal was compatible with the subsidiarity and the NPs' arguments had failed to identify the subsidiarity breach.[52] However, the Commission 'recognised the difficulty of obtaining "the necessary political support" for the proposal in the last stages of the decision-making process' within the EP and the Council.[53] The 'flexibility clause' as the legal basis of the proposal required unanimous approval of the proposal in the Council which in the light of the negative reactions by NPs was almost impossible to achieve. Thus, it is indisputable that the reasoned opinions and 'the echo of the first 'yellow card' influenced the decision of the Commission to withdraw the proposal.[54]

---

[48] I. Cooper, *A Yellow Card for the Striker*, cit.

[49] M. Goldoni, *op. cit.*, p. 98.

[50] F. Fabbrini and K. Granat *op. cit.*, p. 136.

[51] The UK House of Commons Reasoned opinion of 22 May 2012.

[52] Letter to NPs from Commissioner Maroš Šefčovič, Brussels, 12 September 2012

[53] N. Lupo, *National and Regional Parliaments in the EU Decision-making Process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 5, 2013.

[54] C. Fasone and D. Fromage, *From Veto Players to Agenda-Setters?*, cit., p. 304.

3.2. *The reaction of National Parliaments to EPPO Proposal*

The second yellow card was triggered against the Commission's proposal for the Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office (COM(2013) 534 final, so-called EPPO proposal), which was finally transmitted to the NPs on 21 August 2013. The Commission's decision to propose the creation of EPPO ensued from its assessment that the MSs, who have had exclusive competences on the prosecution of the crimes against the Community's financial interests until recently, were not adequately equipped and motivated to counteract such offences.[55]

The Commission indicated the Article 86 TFEU, which envisages that the Council may establish the EPPO from Eurojust in order to combat crimes affecting the Union's financial interests, as the legal basis of the proposal. Thus, 'there was no doubt that the Commission had the competence to make such a proposal'.[56] The Commission justified the compliance of the proposal with the principle of subsidiarity by stating that the proposed action had an intrinsic Union dimension, objectives of which could only be achieved at Union level by reason of its scale and effects, since the authorities of the MSs didn't cope with fighting effectively against offences affecting the Union budget on their own.[57]

Despite the fact that the EPPO proposal with its particular legal basis was expected 'by many to easily pass the subsidiarity test', [58] 14 NPs (representing 18 votes) issued reasoned opinions and triggered the yellow card (the threshold was a quarter of total votes in the Area of Freedom, Security and Justice). This can be explained by the fact

---

[55] A. Pitz, *National Parliaments Overcoming Collective Action Problems Inherent in the Early Warning Mechanism: The Cases of Monti II and EPPO*, in *LUISS School of Government Working Paper Series*, vol. 22, 2014.

[56] D. Fromage and V. Kreilinger, *National Parliaments' Third Yellow Card and the Struggle over the Revision of the Posted Workers Directive*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 10, 2017, p. 125.

[57] COM(2013) 534 final.

[58] I. Cooper, *Is the Subsidiarity Early Warning Mechanism a Legal or a Political Procedure?*, cit.

that, the Article 86 empowers the Council to establish an EPPO without obliging it to do so.

In their reasoned opinions, the House of Lords, Irish Oireachtas, Dutch Chambers expressed that they were against the creation of EPPO,[59] whereas French Senate, Polish Senate, Maltese House of Representatives objected the proposed structure and prerogatives of EPPO.[60] Slovenian Parliament argues that while the creation of EPPO as such doesn't violate the principle of subsidiarity, the Commission did not sufficiently explain why the objective could not be attained at a national level and with the already existing EU institutions.[61] Moreover, some of the NPs challenged other aspects of the legislative act such as proportionality and the content. In its reasoned opinion, Swedish Riksdag presented broad proportionality argument against the proposal by applying 'a two-tier proportionality test'.[62]

The Commission after reviewing EPPO proposal declared to maintain the proposal without amendments, concluding that the proposal complied with the principle of subsidiarity.[63] The Commission's decision to pursue the proposal without amendments, in spite of required unanimous approval in the Council according to the Article 86 TFEU, is thought by many to be linked with the possibility envisaged in the Treaties for enhanced cooperation on this issue among at least 9 MSs.[64] Fabbrini argues that, by its decision to maintain the proposal while discarding the arguments which fell

---

[59] The UK House of Lords, Reasoned opinion of 24 October 2013; Dáil Éireann, Reasoned opinion of 23 October 2013, Seanad Éireann, Reasoned opinion of 24 October 2013; The Dutch Eerste Kamer, Reasoned opinion of 17 October, 2013; The Dutch Tweede Kamer, Reasoned opinion of 10 October 2013.

[60] The French Senate, Reasoned opinion of 28 October 2013; The Polish Senate, Opinion of 9 October 2013, Maltese House of Representatives 28 October 2013.

[61] The Slovenian National Assembly, Reasoned opinion of 25 October 2013.

[62] A.J. Cornell, *op. cit.*, p. 313.

[63] COM(2013) 851 final.

[64] D. Bokhorst, A. Schout and J.M. Wiersma *op. cit.*; J.J.E. Schutte, *Establishing Enhanced Cooperation Under Article 86 TFEU*, in L.H. Erkelens, A.W.H. Meij and M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, New York, 2015.

outside the scope of subsidiarity and thus making clear the limits of the EWS, the Commission re-established a proper institutional balance between NPs and EU institutions, which seemed to be damaged in the first yellow card case.[65] However, the Commission reviewed its EPPO proposal more comprehensively than the Monti II proposal and replied individually to each NP, which considered the issues beyond the subsidiarity. Some of the NPs, which submitted a second and even a third contribution, and the Commission subsequently continued to exchange the views over the proposal. Thus, as many scholars states, despite of the lack of the direct impact to EU legislative process, the second yellow card can be considered more effective than the first yellow card because of the reinforcement of the deliberative nature of EWS through improvement of the dialogue between NPs and the Commission.[66]

4. *Third Yellow Card against the Revision of Posted Workers Directive*

4.1. *The Commission's Proposal for the Revision of the Posted Workers Directive*

The third yellow card was triggered against the Commission's proposal for a Directive amending the Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (COM(2016) 128 final, the revision of so-called PWD), which was presented on 8 March 2016. This proposal follows the Commission's commitment announced in its Political Guidelines and in its Work Programme 2016 to the targeted revision of the PWD in order 'to address unfair practices and promote the principle that the same work at the same place should be remunerated in the same manner'.[67]

---

[65] F. Fabbrini, *op. cit.*

[66] C. Fasone and D. Fromage, *National Parliaments and the EU Commission's Agenda: Limits and Recent Developments of a Difficult Partnership*, in *Max Weber Programme*, vol 18, 2015, p 31 ss; D. Jančić, *The Game of Cards*, cit.

[67] COM(2016) 128 final.

The PWD of 1996 was an attempt to find a proper balance between the workers' rights and the free provision of services in the regulation of the transnational provision of services. However, the relevance of the balance struck decreased in the light of several socio-economic, political, legal and jurisprudential developments.[68] Between 2010 and 2014 the number of posted workers increased by 44.4% and equalled to 1.92 million postings, accounting for 0 .7% of EU workforce.[69] These relatively modest numbers are of particular importance for some MSs such as Slovenia, Slovakia and Poland where posted workers account for 6%, 4% and 3% of employment respectively, or some sectors including construction sector and manufacturing industry, which account for 42% and 21.8% of total postings respectively within the EU.[70] The EU enlargement of 2004 and 2007 resulted in the substantial increase of the ratio of highest to lowest national median wages across the EU. Moreover, the interpretation given to the provisions of PWD by the CJEU in the *Viking*, *Laval*, *Commission v. Luxembourg* and *Rüffert* illustrated 'the difficult reconciliation between the two objectives pursued by the Directive'.[71]

Consequently, the EU legislators adopted Enforcement Directive 2014/67/EU (due to be transposed in MSs by 18 June 2016) to clarify rules for the application of the PWD and to address the fraud and abuses in this sphere. According to the Commission, the Enforcement Directive doesn't address the issues covered by the proposed revision, and thus, these two legislations are 'complementary to each other and mutually reinforcing'.[72] The proposed revision includes several amendments designed 'to avoid distortion of the single market and

[68] C. Dhéret and A. Ghimis, *The Revision of the Posted Workers Directive: Towards a Sufficient Policy Adjustment?*, in *EPC Discussion Paper*, 2016.

[69] SWD(2016) 52 final.

[70] M. Barslund and others, *Posted Workers – for Some It Matters*, in *CEPS Policy Insights*, vol. 37, 2017; R. Zahn, *Revision of the Posted Workers' Directive: Equality at Last?*, in *CETLS Online Paper Series*, vol. 5, 2016.

[71] D. Fromage and V. Kreilinger, *op. cit.*, p. 135.

[72] COM(2016) 128 final

ensure a level playing field' for businesses.[73] The proposal replaces the reference to 'minimum rates of pay' with the term 'remuneration' and stipulates that 'the rules on remuneration applicable to local workers, stemming from the law or collective agreements universally applicable' must apply to posted workers as well.[74] The proposal also requires that the conditions to be applied to workers hired by cross-border agencies must be those that are applied to workers hired by national agencies. The Commission proposed to limit the duration of posting to 24 months, beyond which the host MS the labour law of this country will apply to a posted worker.[75]

The Commission grounded the proposal on the same legal basis, Article 53(1) and 62 TFEU, with the PWD it was to amend. The Commission justified the compliance of the proposal with the principle of subsidiarity by briefly stating that 'amendment to an existing Directive can only be achieved by adopting new Directive'.[76] By providing this extremely short justification, the Commission seems to follow the same logic of reasoning it applied in one instance, when the Commission explained 'the omission of a subsidiarity justification on the ground that the proposal was for an amendment of an existing Regulation, so that the subsidiarity justification for the original Regulation continued to apply'.[77]

4.2. *The Reasoned opinions of National Parliaments against the Proposal*

The third yellow card was triggered by NPs of eleven MSs (representing 22 votes on the whole) on 10 May 2016. All of the NPs which issued reasoned opinions, except Danish Folketing, represent

[73] D. Jančić, *The Third Yellow Card on Posted Workers and the Way Forward* in D. Jančić (ed), *National Parliaments after the Lisbon Treaty and the Euro Crisis: Resilience or Resignation?*, Oxford University Press, 2017, 303.

[74] COM(2016) 128 final.

[75] Ibid.

[76] Ibid.

[77] G.A: Moens and J. Trone, *The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice*, cit., p. 93.

the MSs from Central and Eastern Europe: Romania (both Chamber of Deputies and Senate), the Czech Republic (both the Chamber of Deputies and the Senate), Poland (both the Sejm and Senate), Lithuania, Croatia, Latvia, Bulgaria, Hungary, Estonia and Slovakia. Moreover, both chambers of Italian parliament, the UK House of Commons, the French Senate, the Spanish Cortes Generales and the Portuguese Assembly sent contributions 'in the framework of the political dialogue mainly considering the proposal as compatible with the principle of subsidiarity' (the French National Assembly also sent opinion on 13 August 2016 after the Commission's response to the yellow card was published).[78]

The NPs objected to the proposal not only on the grounds of its compliance with the principle of subsidiarity but also considered diverse aspects of the legislative draft. Ten out of fourteen reasoned opinions include explicit and implicit objections on the ground of the proportionality of the proposed measures and the proportionality principle *per se* (Bulgarian Assembly, both chambers of the Czech Parliament, Hungarian Assembly, Latvian Saeima, Lithuanian Seimas, Polish Senate, both chambers of the Romanian Parliament and Slovakian Parliament). The Hungarian Assembly, for instance, argues that the proposed legislative act doesn't conform to the proportionality principle since it would significantly limit the freedom to provide services and distort competition among companies to such extent, which cannot be justified by the introduction of equal pay.[79] The Bulgarian Assembly criticizes that the proposal introduces 'an additional administrative burden, without clarifying what the actual benefit for the posted workers would be', hence doesn't comply with the principle of proportionality.[80] It is interesting to note that, the reasoned opinions of the Lithuanian Seimas, the Czech Chamber of Deputies and the Romanian Senate unambiguously illustrate their interpretation of the EWS as the mechanism encompassing both subsidiarity and proportionality check, since the declarative parts of

[78] COM(2016) 505 final.
[79] The Hungarian National Assembly, Reasoned opinion of 10 May 2016.
[80] The Bulgarian National Assembly, Reasoned opinion of 20 April 2016.

those reasoned opinions summarize the non-compliance of the proposal with both principles.

There are also instances where the objections of NPs implicitly refer to the non-compliance of the proposal with the principle of proportionality. The Romanian Chamber of Deputies, for example, refers to the judgments of the CJEU which acknowledged that the protection of workers may justify barriers to the provision of services if only 'such barriers are appropriate and proportionate so as to ensure achievement of the legitimate objectives pursued', and states that, in this context, any amendments to the PWD shall be proposed only after the assessment of the effects of the Enforcement Directive.[81]

The perception of the EWS as including both the principles of subsidiarity and that of proportionality on the part of NPs ensues from several reasons. On the one hand, the facts that the Commission seemingly referred to proportionality arguments when tried to justify the compliance of the Monti II proposal with the principle of subsidiarity and 'that Protocol 2 and Article 5 TEU addresses the both principles together'[82] may induce NPs to apply this interpretation of the EWS. On the other hand, as Fasone states, checking the compliance of proposals with the principle of subsidiarity by testing whether the action at Community level can be preferable 'by reason of its scale or effects' through providing qualitative and quantitative indicators, as it is required by the Protocol no. 2, and the CJEU's incorporation of a proportionality analysis into subsidiarity diffuse the boundaries between those two principles.[83]

As Fromage and Kreilinger have noted, most of the NPs claimed that the proposal for the revision of the PWD breached the subsidiarity principle on the basis of procedural grounds.[84] Indeed, succinct subsidiarity justification presented by the Commission in the explanatory memorandum of the proposal, and the joint letter from European Trade Union Confederation (ETUC), BUSINESSEUROPE, European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME) and the European Centre of Employers and Enterprises

[81] The Romanian Chamber of Deputies, Reasoned opinion of 13 April 2016.
[82] D. Fromage, *op. cit.*
[83] C. Fasone, *op. cit.*, p. 12.
[84] D. Fromage and V. Kreilinger, *op. cit.*

(CEEP) to the Commission, where they raised their concerns about the insufficient consultations with social partners regarding the proposal,[85] and other factors provided NPs with wide discretion to oppose the proposal on procedural bases. Hence, it is not surprising that all the reasoned opinions, except that of the Danish Folketing, the Polish Senate and the Estonian Riigikogu, contain the objections that the Commission had violated its obligation ensuing from Article 5 Protocol no 2, because of the lack of detailed statement justifying the compliance of the proposal with the principle of subsidiarity. The Croatian Parliament, for instance, argues that the proposal for the revision of the PWD does not contain a detailed statement making it possible to appraise compliance with the principles of subsidiarity and proportionality, and, thus, the Commission failed to substantiate the need for adopting the proposal.[86] Most of those reasoned opinions considered that also the Impact Assessment accompanying the proposal did not contain reliable qualitative or quantitative indicators justifying the subsidiarity compliance.

The prematurity of this proposal is another major objection raised by Croatian Parliament, Czech Senate, Estonian Riigikogu, Latvian Saeima, Lithuanian Seimas, both chambers of the Romanian Parliament, Slovakian Assembly, which doubt the conformity of the proposal with the principle of subsidiarity in procedural terms. All those reasoned opinions are in line with the Estonian Riigikogu to a certain extent, which argues that the proposal is premature since in the first place the Enforcement Directive shall be efficiently implemented, and proper impact analysis of the Directive shall be conducted before MSs assume new obligations.[87]

Another main procedural argument put forward by the Czech Senate and the NPs of Romania (both chambers), Latvia, Lithuania and Slovakia concerns the obligation of the Commission ensuing from Article 2 Protocol no. 2 to consult widely before proposing legislative act by taking into account also the regional and local dimension of the action envisaged when appropriate. In particular, the Latvian Saeima

[85] ETUC, BUSINESSEUROPE, UEAPME and CEEP, Letter to President Juncker of 2 March 2016.

[86] The Croatian Parliament, Reasoned Opinion of 6 May 2016.

[87] The Estonian Riigikogu, Reasoned Opinion of 10 May 2016.

argues that the Commission held not only insufficient consultation with MSs and social partners both in terms of quantity and quality, but also in preparing the proposal considered merely the positions of some MSs, whereas opposing opinions of a considerable number of MSs were ignored.[88]

Jančić states that in their reasoned opinions against the proposal for the revision of the PWD, virtually all NPs considered the substance of the proposal.[89] This seems to be true except for the Danish Folketing, which supported the Commission's initiative aimed at ensuring equal pay for equal work. The only argument Danish Parliament put forward on the breach of subsidiarity concerns that the proposal results in the uncertainty of the national competence for regulating pay, and terms and conditions that apply to posted temporary workers.[90] For what concerns other NPs that raised objections to the content of the proposals, most of them challenged the legislative proposal as a means to reach the objective of 'equal pay for the same work at the same place' and considered that it could be achieved only through the economic development of individual MSs. Particularly, the Slovakian Parliament claims that the 'convergence of wage levels can be achieved only through economic development and not just with legal instruments'[91].

Another significant object of criticism on the part of most NPs is the proposed introduction of the remuneration provisions instead of 'minimum pay rates', which is thought to pursue artificial convergence of pay rates in MSs while ignoring their different level of economic development. The Polish Sejm, for instance, asserts that the application of the minimum wage of the host state ensures appropriate social protection of posted workers and is sensible to natural differences in the level of economic development between MSs, and considers that convergence of wage levels in the MSs shall be result of economic growth, not of the legislative action.[92]

---

[88] The Latvian Saeima, Reasoned Opinion of 5 May 2016.

[89] D. Jančić, *The Third Yellow Card on Posted Workers and the Way Forward*, cit.

[90] The Danish Folketing, Reasoned Opinion of 6 May 2016.

[91] The Slovakian National Council, Reasoned Opinion of 10 May 2016.

[92] The Polish Sejm, Reasoned Opinion of 13 April 2016.

Several NPs also expressed concerns that the proposal will create unnecessary limits to the freedom to provide services through diminishing legitimate competitive advantages of service providers from 'low wage' countries. The Croatian Parliament stresses that the proposal introduces restrictions to the freedom to provide services within the EU and the 'labour cost is a legitimate element of companies' competitiveness in the EU internal market'.[93] Interestingly, the reasoned opinion of the Czech Chamber of Deputies clearly illustrates the political nature of its review of the proposal by stating that the proposal potentially endangers the Czech companies through undermining their competitive advantage in labor costs.[94]

4.3. *The response of the Commission to the reasoned opinions and further developments*

On 20 July 2016, the Commission issued the Communication (COM(2016) 505final) as a response to the reasoned opinions of NPs against the proposal. The Commission 'carefully analysed the reasoned opinions' and concluded that the proposal complies with the principle of subsidiarity, thus there is no need for a withdrawal or an amendment of the proposal.[95] For what concerns the objections of NPs included in their reasoned opinions, the Commission divided them into four groups of subsidiarity arguments: 'the existing rules are sufficient; the Union is not adequate level of the action; the proposal fails to recognise explicitly MSs' competences on remuneration and conditions of employment; the justification contained in the proposal with regard to the subsidiarity principle is too succinct'.

The Commission, concerning the objections of NPs about the sufficiency of existing rules, asserts that under the current regulations the MSs have an option, but not the obligation, to apply same mandatory rules for the protection of both local and posted workers. Thus, the existing rules potentially cannot ensure a level playing field

[93] The Croatian Parliament (n 86).
[94] The Czech Chamber of Deputies, Reasoned Opinion of 31 March 2016.
[95] COM(2016) 505 Final.

between national and cross-border service providers and adequate protection of posted workers if MSs choose not to do so. Hence the obligation for all MSs to apply the rules in all sectors of the economy must be laid down at EU level. Furthermore, the Commission assures that the convergence of wages across MSs is not the objective of the proposal.[96]

Regarding the NPs' claims about the inadequacy of EU level action, the Commission argues that if MSs act unilaterally to achieve the objectives of proposal, it can 'lead to a fragmentation of the Internal Market as regards the freedom to provide services' and will not provide legal consistency and clarity 'taking into account the inherent cross-border nature of the posting of workers'.[97] Moreover, the Commission refers to the decision of the Union legislature, which had determined that the above-mentioned objectives of the proposal would be better achieved at Union level by adopting the PWD and the Enforcement Directive.

Concerning the objections of the Danish Folketing about the lack of express recognition of MSs' competences, the Commission states that the proposal merely provides that the mandatory rules on remuneration should equally apply both to local and posted workers, and thus, the proposal does not regulate remuneration and does not define remuneration or its constituent elements at Union level.[98] As regards the national competence to determine the rights of temporary posted workers, according to the Commission, the proposal only requires that national temporary workers and temporary posted workers should be provided with same rights, the determination of which is in the competence of each MS.

The Commission, with respect to the objections about the lack of subsidiarity justification, recalls the decisions of the CJEU in the *Germany v Parliament and Council* (C-233/94) and the *Philip Morris* (C-547/14). In the former case, the CJEU decided that an implicit and rather limited reasoning is sufficient to justify compliance with the subsidiarity principle. In the *Philip Morris* case, the Court adjudicated

[96] Ibid.
[97] Ibid.
[98] Ibid.

that compliance with the obligation to justify the respect for the principle of subsidiarity 'must be evaluated not only by reference to the wording of the contested act, but also by reference to its context and the circumstances of the individual case', and that the Commission's proposal and its IA should also be considered in this regard.[99] Based on this, the Commission states that the recitals and the IA report of the proposal have provided sufficient justification of the compliance of the proposal with the principle of subsidiarity.

However, as it was mentioned above, several NPs have criticized the IA report for lacking the detailed and objective evaluation of the impact of the proposal on several aspects. Jančić argues that, this particular IA report can be discarded as a credible piece of evaluation, since it states that a regulatory framework for the posting of workers 'can only be established at EU level', and thus, 'pre-empts any role for NPs, given that the key question that requires explanation is outright answered in the positive'.[100] Moreover, the IA report was presented only in the English language which complicates its review by NPs, taking into account the short period of time they have for the whole subsidiarity scrutiny procedures.

The Commission, as it did in the second yellow card case, in the framework of the Political Dialogue also sent individual responses to each parliamentary chamber, which had transmitted the reasoned opinions. These responses considered the concerns of NPs over the aspects of the draft legislative act, which were allegedly beyond the scope of the subsidiarity scrutiny as envisaged in the EWS.

Since the Commission decided to maintain the proposal the legislative process on the revision of the PWD has continued. In the EP, the parliamentary committee responsible for the proposal is Employment and Social Affairs Committee (EMPL). On 12 October 2016 EMPL organized an interparliamentary committee meeting, where the sectoral committees of the NPs discussed the proposal. The EMPL prepared draft report on 16 October 2017 and the EP Plenary voted for the draft mandate to enter into informal negotiations with

[99] Ibid.

[100] D. Jančić, *The Third Yellow Card on Posted Workers and the Way Forward*, cit.

the Council.[101] In the Council, the first compromise text was presented in March 2017, which led to the agreement over the definition of collective agreements and temporary agency workers, while no progress achieved on the introduction of remuneration. On 30 August 2017 under the Estonian Presidency of the Council was presented the compromise text which served as a base to the Council negotiations in October. [102] On 23 October 2017, at the EPSCO Council in Luxembourg, the Council reached an agreement on its general approach on the proposal, with which the Council can start negotiations with the EP regarding the proposal.[103]

On 1 March 2018 the seventh trialogue on the revision of PWD among the representatives of the Commission, the Council and the EP was concluded. As a result of trialogues, the EU institutions agreed on the 12 months limit with a possible extension of 6 months as maximum duration of posted workers, on enabling Member States with possibility whether to choose to ensure that posted workers are covered by representative collective agreements in all sectors, on the 2 years as the period of transposition of the Directive, and on the application of the new elements of this Directive to the transport sector once the sector-specific legislation (currently under negotiation) enters into force.

4.4. *National Parliaments and the politics in the revision of the PWD*

The empowerment of the NPs in the Lisbon Treaty is thought to be the measure to address the problem of legitimacy in the EU

[101] European Parliament, *Revision of the Directive on the Posting of Workers - Labour Mobility Package,* <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-labour/file-revision-of-the-directive-on-the-posting-of-workers-labour-mobility-package> Accessed on 22.05.2018.

[102] S. Richard, *The Revision of the Posted Workers Directive: How Can It Be Taken Further?*, in *European Issue*, vol. 446, 2017.

[103] The Council, *Posting of Workers: Council Reaches Agreement*, <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/10/24/posting-of-workers-council-reaches-agreement/> Accessed on 22.05.2018.

decision-making process, which ensues from either 'democratic deficit' or 'democratic disconnect'.[104] Although some scholars argue that those new powers, the EWS in particular, are insufficient to make much difference in this respect,[105] others state that the EWS can accelerate the Europeanization of NPs and creates 'new arena for democratic politics in the EU'.[106] The latter is done through a broad interpretation of subsidiarity check on the part of NPs which enables 'to transmit some features of the (usually quite «warm») national political debate to the («cold») EU decision-making process'.[107]

The revision of the PWD is an interesting case in this regard since it demonstrates that the NPs can use the EWS as a key instrument to insert the domestic politics into the EU legislative process. The NPs' reaction to the proposal reveals the existing the East-West divide over the issue of posted workers. All the NPs that raised objections (except Danish Folketing) represent new MSs from the Central and Eastern Europe, whereas the NPs who sent contributions supporting the proposal represent old MSs from the West. The analyses of the reasoned opinions illustrate that the NPs of new MSs mostly reflected the positions of their respective governments. Prior to the publication of the proposal, the governments of those MSs (except for Croatia) sent joint letter to the Commission on 31 August 2015 in the preparatory phase of the proposal, where they argued against the amendment of the PWD almost on the same basis with their NPs such as the prematurity of the revision, the inconsistency of 'the equal pay for equal work in the same place' principle with the single market.[108] On the other hand, on

[104] K. Auel and T. Christiansen, *After Lisbon: National Parliaments in the European Union*, in *West European Politics*, vol. 38, 2015, p 261 ss. S. Kröger and R. Bellamy, *Beyond a Constraining Dissensus: The Role of National Parliaments in Domesticating and Normalising the Politicization of European Integration*, in *Comparative European Politics*, vol. 14, 2016, p. 131.

[105] S. Kröger and R. Bellamy, *op. cit.*; K. Auel and C. Neuhold, *Multi-Arena Players in the Making? Conceptualizing the Role of National Parliaments since the Lisbon Treaty*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 24, 2017, p. 1547 ss.

[106] K. Borońska-Hryniewiecka, *Democratizing the European Multi-level Polity*, *op. cit.*; Cooper, *A Yellow Card for the Striker*, cit.

[107] N. Lupo, *National Parliaments in the European Integration Process*, cit.

[108] SWD(2016) 52 final.

18 June 2015 Austria, France, Belgium, Germany, Luxembourg and the Netherland sent the joint letter, where they expressed their support for the proposed revision of the proposal.[109]

The formation of those 'regional blocks' is indicative of 'the opposition between those who are in favour of more EU regulation … and those who are against tighter EU regulation in this area'.[110] Though Germany and France account for the highest absolute number of postings sent after Poland, new MSs such as Poland, Latvia, and Slovenia are among the highest net senders of posted workers, where their share in total employment significantly higher than in old MSs.[111] Hence, the NPs from the new MSs seem to resort to the EWS for defending their national service providers who have the comparative advantage due to wage difference, whereas NPs of old MSs consider the proposal as an instrument to address the 'social dumping' problem. The split over the issue of the posted workers can also be observed between trade unions and the associations of service providers. The former are mostly in favour of the proposed revision for enhancing the rights and protection of the workers, while the latter for the most part consider the proposal as an excessive administrative burden impeding the transnational provision of services.

The use of the EWS by NPs in this manner can be linked with some peculiarities of the third yellow card case distinguishing it from two previous cases. The previous two yellow cards were raised against the proposals for Regulation which requested the unanimity in the Council, whereas the third yellow card concerned the proposal for Directive falling under the ordinary legislative procedure which requires a qualified majority in the Council. As Fromage and Kreilinger have noted, even if all the 11 MSs whose NPs triggered the yellow card vote against the proposal in the Council, they can't halt the proposal provided that all other MSs vote in favour of the proposal by constituting the 'double majority'.[112] In this regard, the NPs' attempt to use the EWS for changing the content of the proposal can be

[109] Ibid.
[110] D. Fromage and V. Kreilinger *op. cit.*, p. 156.
[111] SWD(2016) 52 final.
[112] D. Fromage and V. Kreilinger *op. cit.*, p. 157.

considered as an alternative way to influence the EU decision-making, in line with their national interests, through fulfilling their deliberative function at the EU level by addressing the salient public policy questions.

5. *Conclusions*

The study attempted to examine the scope of the scrutiny of the compliance of the draft legislative acts with the subsidiarity principle as NPs apply it. The yellow card cases demonstrated that the practical approach of the NPs to the EWS differs from the textual understanding of the EWS foreseen in the TEU and the Protocol no 2 and from the narrow interpretation of the EWS by the European institutions, particularly from that of the Commission.

The principle of subsidiarity has undergone the transformation from the 'norm of self-limiting governance', when it was for the first time recognized as the general principle of EU law in the Maastricht Treaty,[113] to the principle expected to remedy the perceived 'democratic deficit' and 'democratic disconnect' in the European Governance through empowering the NPs with scrutiny powers within the EWS. However, the political nature of the parliamentary institutions mostly predetermines that it is hardly probable for the NPs to become subsidiarity guardians who consider the EWS as a strictly legal mechanism, but encourages them to apply the broader interpretation of the EWS.[114]

The reaction of the NPs to the revision of the PWD has demonstrated that their broad interpretation of the EWS considers both the principle of subsidiarity and the principle of proportionality to be included in their scrutiny rights, which is in line with the first hypothesis of this paper. As it occurred in two previous yellow card cases, in the third yellow card case, most of the reasoned opinions of NPs argued the noncompliance of the proposal with the principle of

[113] I. Cooper, *Is the Subsidiarity Early Warning Mechanism a Legal or a Political Procedure?*, cit., p. 6.

[114] K. Borońska-Hryniewiecka, *Legitimacy through Subsidiarity*, cit.

subsidiarity on the basis of the proportionality arguments and separately examined the compliance with the principle of the proportionality. On the one hand, this approach can be interpreted in the light of the inclination of the NPs for the broader interpretation of the EWS. On the other hand, the fact that even "narrow and legalistic" conceptualization of the principle of subsidiarity may be thought to include also the principle of proportionality due to the necessity of "comparative efficiency test" for the justification of the legislative proposal can be the reason for this approach.[115]

For what concerns the approach of the NPs to the examination of the compliance with the principle of subsidiarity, the revision of the PWD case has reasserted that the procedural dimension of the principle of subsidiarity has grown in importance for the NPs' consideration, which supports the second hypothesis put forward by this study. All the NPs in their reasoned opinions, except for Danish Folketing, have noticed the breach of the principle of subsidiarity mostly on the basis of the assumption that the Commission had had not fulfilled its procedural obligations regarding the justification of the proposal for revision of the PWD. The reasons for resorting to the procedural dimension of the principle of subsidiarity are twofold. On the one hand, when the objectives of the legislative proposal have the explicit transnational character, it is indeed complicated for NPs to argue on the compliance of this particular proposal with the principle of subsidiarity in material terms. On the other hand, the Commission's approach to the EWS embodied in its succinct statements justifying the compliance of the proposal with the principle of subsidiarity and insufficient public consultations in the preparatory phase provides NPs with the solid ground to object the proposal in procedural terms.

The use of the EWS by NPs for addressing the policy content and the merits of the proposal has been revealed in the analysis of the third yellow card case, which substantiates the third hypothesis of this paper. As it was mentioned in the section IV, all the NPs, except for Danish Folketing, attempted to influence the policy substance of the

[115] M. Aaron, *The Principle of Subsidiarity and Institutional Predispositions: Do the European Parliament, the German Bundestag, and the Bavarian Landtag Define Subsidiarity Differently?*, in *CAP Working-Paper*, 2010, p. 19.

legislative proposal, since they perceived it to be detrimental for the competitive advantage of their national service providers, and, thus, to their national interests. Hence, the third yellow card case has also demonstrated that the EWS may be used to insert the political debate over salient issues, which is inherent to domestic politics, into the EU decision-making on the part of NPs. In particular, in the revision of the PWD case, the politicization of the EWS has occurred in the form of East-West divide between new and old MSs, and the split between the trade unions and the associations of the service providers over the issue of posted workers.

It is evident that the opportunities to use the EWS for political objectives are limited due to the wording of the TEU and the Protocol no. 2. Neither the EWS can serve as an efficient instrument to make the NPs into 'virtual third chamber' for the EU on equal grounds with the Council and the EP, taking into account that the EWS doesn't envisage any veto powers for NPs such as 'red card'.[116] However, the EWS provides the NPs with the forum to fulfil their deliberative function at the EU level, and, thus, to certain extent alleviate perceived 'democratic disconnect' in the EU governance.

Abstract: The Lisbon Treaty introduced the Early Warning System for the subsidiarity monitoring. The EWS empowers National Parliaments of the Member States with the right to submit reasoned opinions if they consider that the legislative proposal breaches the principle of subsidiarity and to trigger 'yellow card' or 'orange card' procedures. The three yellow cards triggered so far have demonstrated that the scope of the review on the part of the NPs is broader than it is foreseen in the Treaties. Thus, this article aims at analysing the approach of NPs towards the EWS with regard to the scope of their subsidiarity scrutiny through qualitative examination of the reasoned opinions in the third yellow card case. The study suggests that the practical scope of the NPs' subsidiarity scrutiny also

[116] I. Cooper, *A 'Virtual Third Chamber' for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon*, in *West European Politics*, vol. 35, 2012, p. 441 ss.

includes the principle of proportionality, and the policy content and the merits of the proposal with particular consideration of the procedural dimension of the principle of subsidiarity.

Keywords: national parliaments - principle of subsidiarity - early warning system - yellow card - revision of the Posted Workers Directive

Bekhzod Kodirov – M.A. in Parliamentary Procedures and Legislative Drafting (kodirovb@gmail.com)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Logica condizionale e poteri decisionali: una introduzione*

Elena Belliardo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello condizionale. – 3. Dalla funzione promozionale del diritto al diritto condizionale: analisi di un nuovo tipo di regolazione. 4. Il modello del command and control e studio delle nuove possibili modalità di regolazione. – 5. L'uso del diritto condizionale al di fuori dei confini nazionali: apertura verso un modello reticolare. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Il presente contributo intende sviluppare ed approfondire un particolare modello di adozione delle decisioni amministrative, riconducibile allo schema della condizionalità. Attualmente, le decisioni amministrative condizionate costituiscono una tipologia di determinazione largamente utilizzata da parte della pubblica amministrazione, la quale, a seguito del passaggio dallo stato interventore allo stato regolatore[1], si è sempre più frequentemente avvalsa di provvedimenti amministrativi condizionati, mediante i quali è possibile determinare la concretizzazione della giustizia "sociale" o "redistributiva", cioè una giustizia funzionale a garantire il raggiungimento di obiettivi specifici per i singoli individui[2]. Nel

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] A tal proposito, si veda A. La Spina, G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000.

[2] Per un'analisi approfondita del tema si rinvia a F. A. Hayek, *Il liberalismo di Friedrich A. Hayek*, in *Biblioteca della Libertà*, 1967, p. 28 ss. In queste pagine l'Autore si dedica ad uno studio dettagliato quanto alle caratteristiche proprie di uno stato liberale, basato sull'applicazione di norme di condotta individuale e sulla crescente utilizzazione delle norme di organizzazione sintomatiche di uno stato assistenziale. Le norme di organizzazione possono essere definite quali fattispecie

dettaglio, a seguito del passaggio allo stato regolatore, la pubblica amministrazione per il soddisfacimento dei propri fini istituzionali ha dovuto utilizzare, oltre agli istituti tipici del diritto speciale, i quali riconoscono in capo alla pubblica amministrazione poteri eccedenti rispetto agli altri soggetti, anche fattispecie di diritto comune, ossia strumenti giuridici riconosciuti per la totalità di persone fisiche e giuridiche che operano nell'ordinamento[3]. In tal modo, si è determinata un'evoluzione degli strumenti amministrativi verso moduli non solamente autoritativi, bensì verso politiche di carattere consensualistico attraverso cui sia riconosciuto alla pubblica amministrazione ed ai privati il potere di partecipare all'iter di formazione delle decisioni amministrative.

Scopo di questo contributo è l'analisi delle modalità di determinazione del contenuto delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi, con l'intento di verificare se sia configurabile una partecipazione procedimentale degli attori privati volta ad incidere sia sull'individuazione degli interessi pubblici sottesi alla decisione amministrativa sia al contenuto dei condizionamenti apposti. Si precisa che, nelle pagine seguenti, l'attenzione non sarà posta sullo studio della regolazione di carattere condizionale[4], bensì

---

che hanno come destinatari diretti i cittadini e che impongono loro le azioni concrete da realizzare alla luce degli scopi particolari che si intendono raggiungere o, più genericamente, in virtù dei poteri riconosciuti alle autorità amministrative per tutelare determinati interessi. Le norme di condotta, al contrario, sono norme generali di comportamento che connotano un ordinamento spontaneo in cui non sono individuate a priori le finalità che devono essere raggiunte tramite la regolazione, in quanto tali regole permettono il raggiungimento di "obiettivi individuali, differenti e addirittura contrastanti".

[3] In tal senso, si rinvia a M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli, 2010, p. 219 e ss.

[4] La categoria giuridica della condizionalità è stato oggetto di studio da parte della dottrina in relazione alla regolazione adottata da parte delle autorità amministrative indipendenti. Nel dettaglio, la regolazione condizionale deve essere intesa quale insieme di regole di condotta, fissate dalle autorità amministrative indipendenti, volte ad introdurre dei "criteri di comportamento e delle regole di condotta rivolti agli stessi privati", al fine di assicurare e tutelare le diverse posizioni giuridiche soggettive rispetto agli sbilanciamenti ed agli squilibri che possono generarsi nel libero mercato. Alla luce di tale considerazione, si evince come le

sull'analisi dei provvedimenti amministrativi dotati di prescrizioni a cui i destinatari devono conformare la propria azione per raggiungere gli scopi fissati dal provvedimento amministrativo e, contestualmente, al fine di garantire idonea tutela agli interessi sensibili incisi dalla determinazione pubblica. In questo contesto, si tenterà di dimostrare che le prescrizioni condizionanti apposte ai provvedimenti amministrativi non possono più essere ricondotte alla tradizionale qualificazione, di derivazione civilistica, secondo cui la condizione assume la veste di elemento accidentale del provvedimento amministrativo, in quanto si evidenzierà come, mediante tali condizionamenti, si introducano delle fattispecie il cui contenuto è necessario per garantire il soddisfacimento delle pretese degli attori privati e per tutelare, contestualmente ed adeguatamente, gli interessi pubblici coinvolti. La ratio sottesa all'apposizione di tali clausole condizionanti è, pertanto, volta a determinare la concretizzazione della c.d. "tutela sistemica", da intendersi quale complesso di interessi che concorrono in via paritaria alla realizzazione di un assetto

---

autorità amministrative indipendenti, mediante l'adozione della regolazione di carattere condizionale, abbiano il compito di introdurre dei criteri di comportamento e delle regole di condotta volte a fornire specifiche garanzie nei confronti dei singoli operatori del mercato al fine di tutelare le situazioni giuridiche soggettive di cui quest'ultimi siano titolari. In tal senso, si rinvia a L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 55 ss., in cui la regolazione condizionale, a differenza della regolazione di tipo finalistico e di quella prudenziale, è definita come insieme di criteri di comportamento e regole di condotta a cui gli operatori del mercato devono conformarsi al fine di garantire, contestualmente, "l'uguaglianza degli operatori, la libera scelta dei consumatori e l'efficienza allocativa del mercato nel suo complesso". Rilevante sul tema, è il contributo fornito da S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2002, p. 265 ss. L'Autore specifica che la regolazione cd. condizionale è "retta dal principio « if... what », perché consiste di prescrizioni non direttive, ma ipotetiche, al verificarsi delle quali le norme o la regolazione stessa fa discendere conseguenze che sono predeterminate". Il diritto condizionale è stato, inoltre, oggetto di studio da parte di M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati, globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 58 ss., il quale ha posto l'attenzione sulle modalità con cui le imprese operano nel mercato. Infine, si ricorda S. Amorosino, *L'"amministrativizzazione" del diritto delle imprese*, in *Diritto amministrativo*, 2011, p. 607 ss.

ordinato ed unitario, in cui vengono meno frazionamenti ed aprioristiche sovraordinazioni degli interessi[5].

Sulla base di tali premesse, è necessario focalizzare l'attenzione sullo studio delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi, cercando di ricostruire, passando dal piano della teoria generale del diritto a quello del diritto sostanziale, le particolari ragioni che hanno condotto alla definizione delle prescrizioni condizionanti quali elementi essenziali per garantire, nei provvedimenti amministrativi, la tutela della pluralità di interessi coinvolti. C ontestualmente, verrà analizzato l'uso della condizionalità al di fuori dei confini nazionali e, alla luce delle evoluzioni delle tecniche di partecipazione al procedimento amministrativo, sarà posta attenzione su quali possano essere i contributi offerti dagli attori privati alla determinazione del contenuto provvedimentale.

2. *Il modello condizionale*

Analizzando la figura delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi e, segnatamente, volgendo l'attenzione alla categoria

[5] Quanto al concetto di tutela sistemica, secondo cui è necessario sviluppare una tecnica di tutela orizzontale, mediante cui sia possibile fornire cura e protezione, non solamente all'interesse ambientale, ma anche alle esigenze economiche e sociali, si rinvia a quanto contenuto nella sentenza Corte costituzionale, 28 novembre 2012, n. 264 in *Cortecostituzionale.it*. In tale sentenza, la Corte Costituzionale sostiene che la tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». Richiamando la sentenza della Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85 in *Cortecostituzionale.it*, inoltre, è possibile affermare che, ove non vi fosse il riconoscimento di una tutela sistemica, "si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona". Per una lettura critica del modello della tutela sistemica, si rinvia a R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, 2014, p. 651 ss., il quale evidenzia come l'amministrazione dia non solo esecuzione alle norme, in quanto, in realtà, occupa tutti quegli spazi, "nei quali può svolgersi la sua discrezionalità ermeneutica".

giuridica delle autorizzazioni[6], è possibile affermare che la decisione amministrativa coincide con l'adozione di un provvedimento che, sebbene determini un ampliamento della sfera giuridica soggettiva del destinatario, può, contestualmente, introdurre delle prescrizioni a cui l'attore privato è tenuto a conformare la sua condotta[7], a pena di non fruire delle conseguenze favorevoli previste dal provvedimento amministrativo. Discende da tali considerazioni che la pubblica amministrazione al momento dell'adozione di una decisione di carattere condizionato si avvale di un particolare modello di azione amministrativa ispirato al carattere della promozionalità, il quale, attraverso l'utilizzazione di tecniche d'incoraggiamento, mira ad indurre i destinatari del provvedimento al compimento di atti conformi al dettato della determinazione amministrativa, rendendo particolarmente allettante la realizzazione delle prescrizioni di carattere condizionale[8].

In questo contesto, la funzione promozionale del diritto si caratterizza in quanto il suo scopo non è condannare le condotte non desiderate e, specularmente, disincentivarne la realizzazione, ma, al contrario, mira ad indurre i cittadini al compimento di azioni volute

---

[6] La funzione prescrittiva riconosciuta alle autorizzazioni amministrative è stata oggetto di studio da parte della dottrina. In tal senso, si rinvia a A. M. Sandulli, *Nozioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 787 ss., A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, p. 62 ss, M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 241 ss., F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, p. 59 ss., R. Villata, *L'atto amministrativo*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, F. G. Scoca, *Nozione, elementi, classificazione*, in Id (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.

[7] Si rinvia a G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 164 ss.

[8] N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007, p. 15. A tal proposito, si vedono, inoltre, i contributi di F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 28 ss., il quale afferma che, per la realizzazione della funzione promozionale del diritto, le pubbliche amministrazioni hanno dovuto servirsi delle norme di organizzazione.

attribuendo, conseguentemente, un valore positivo al cambiamento[9]. Per raggiungere questo scopo, è fondamentale l'utilizzazione di tecniche di incoraggiamento, le quali riflettono un vero e proprio mutamento nella funzione complessiva del provvedimento amministrativo, in quanto diviene obiettivo principale della decisione amministrativa "promuovere" il compimento delle condotte socialmente utili[10].

A livello pratico, l'uso della funzione promozionale del diritto ha comportato l'instaurazione di un rapporto di collaborazione tra la pubblica amministrazione ed i destinatari dei provvedimenti amministrativi, da intendersi quale risposta positiva degli amministrati agli stimoli forniti dalla pubblica amministrazione, al fine di giungere, congiuntamente, alla configurazione di una decisione amministrativa che, da un lato, fornisca un'adeguata protezione degli interessi sensibili su cui la decisione incide; e, dall'altro lato, garantisca il raggiungimento di un equilibrio tra la pluralità di interessi coinvolti[11]. Il riconoscimento di comportamenti attivi e collaborativi delle società più avanzate implica che i destinatari dei provvedimenti amministrativi rispettino il complesso delle decisioni imposte, al fine di creare "relazioni giuridiche autogestite e auto-obbliganti"[12], il cui

---

[9] Come osservato da A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto,* Roma-Bari, 1998, p. 149, il riconoscimento della funzione promozionale del diritto non implica automaticamente l'abbandono di forme di dirigismo statali attraverso cui vengono repressi atteggiamenti divergenti rispetto a quelli che avrebbero dovuto essere seguiti da parte dei consociati.

[10] In tal senso, si rinvia a quanto affermato da N. Bobbio, *op. cit.*, p. 15, il quale sostiene che l'introduzione della tecnica dell'incoraggiamento riflette un mutamento del sistema, in quanto da un controllo di tipo passivo, in cui si vogliono sfavorire le azioni negative, si passa ad un controllo attivo, il cui scopo è la promozione delle azioni vantaggiose.

[11] Sul punto F. Merusi, G. Toscano, *Decisioni amministrative*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988, p. 1 ss., i quali affermano che, a partire dagli anni XX del secolo scorso, si stanno sviluppano delle decisioni amministrative in chiave "giustiziale". Si tratta, in altre parole, di decisioni amministrative volte alla risoluzione e composizione dei conflitti di interessi tra la pubblica amministrazione e i privati.

[12] A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale,* Bari, 2008, p. 77.

contenuto non sia stato a priori determinato e, pertanto, non sia riconducibile a modelli predeterminati quali quelli derivanti dalle norme di condotta, ma sia un diritto messo a disposizione degli agenti. Si tratta, in altre parole, della creazione del binomio "promozionalità del diritto" e "tecniche incentivali", funzionale a ricondurre il provvedimento amministrativo a forme di incoraggiamento o promozione orientate alla realizzazione di "comportamenti socialmente utili".

In tale contesto, con lo scopo di garantire l'adozione di una decisione amministrativa che fornisca, in una prospettiva integrata, adeguata tutela agli interessi coinvolti, si è determinato un pluralismo di fonti e di poteri concorrenti, i quali costituiscono singoli nodi di una rete che favorisce lo scambio di informazioni tra i poteri amministrativi, causando una recessione delle categorie di direzione ed orientamento delle condotte, compatibili con una struttura dirigista e verticalista dello stato. Mediante la regolazione di carattere promozionale, si è, pertanto, determinata una trasformazione degli schemi provvedimentali generali ed astratti in disposizioni provvisorie, ma mirate al caso particolare e concreto al fine di soddisfare, volta per volta, i bisogni emergenti[13]. Questa prassi denota l'esigenza da parte degli attori privati di partecipare attivamente al procedimento di formazione di decisioni e provvedimenti incidenti nella vita di relazione dei singoli al fine di promuovere e avviare, grazie alla loro competenza ed esperienza tecnica, dei processi decisionali funzionali a garantire tutela alla pluralità di interessi sensibili e, contestualmente, soddisfacimento alle pretese di parte privata.

In conclusione, discende da tale inquadramento la possibilità di ricondurre la "modernità" ad una realtà sociale in cui spontaneamente sia stata creata una rete di poteri condivisi e limitati, la quale mira ad attuare un indirizzo programmatico, funzionale a "provocare

[13] A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 154 ss. L'Autore afferma che con l'avvento dello Stato sociale si assiste ad una concretizzazione o una "fatticizzazione" del diritto rendendolo strumento mirato al particolare e al concreto.

l'esercizio di atti conformi" da parte degli individui destinatari dei provvedimenti amministrativi[14].

3. *Dalla funzione promozionale del diritto al diritto condizionale: analisi di un nuovo tipo di regolazione*

Alla luce delle riflessioni sviluppate sino a questo punto, è possibile affermare che, a livello di teoria generale, la funzione promozionale del diritto rappresenta uno strumento attraverso cui, nelle decisioni pubbliche, vengono introdotti degli stimoli volti ad indurre i destinatari al compimento di certe determinate condotte. Quest'ultime, alla loro realizzazione, causeranno, a vantaggio della parte privata, la concretizzazione di conseguenze favorevoli, le quali possono essere ricondotte alla categorie delle sanzioni positive[15] e, contestualmente, garantiranno l'individuazione del corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici coinvolti al fine di assicurarne tutela e protezione. Le decisioni condizionate devono, quindi, essere intese quali fattispecie che presuppongono la conformazione della condotta di un determinato operatore privato ai condizionamenti

[14] Si rinvia a questo proposito a P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; si veda, inoltre, A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 148 ss., il quale evoca l'immagine di un circuito in cui singole decisioni abbiano il potere di influenzare i comportamenti dei destinatari. Quest'ultimi identificano la decisione che pretende obbedienza come normativa e ad essa decidono di conformarsi. Si rinvia, inoltre, sul tema a N. Bobbio, *op. cit.*, p. 14 ss.

[15] Con l'espressione sanzioni positive si rinvia a forme di incoraggiamento o promozione orientate alla realizzazione da parte degli attori statuali di "comportamenti socialmente utili" In tal senso, si veda in dottrina A. C atania, *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 149 ss., il quale è molto scettico quanto alla possibilità di abbinare il diritto promozionale all'utilizzazione di sanzioni positive, in quanto osservando attentamente alcuni programmi che sono stati realizzati nel corso del XX secolo è possibile riconoscere l'utilizzazione di tecniche promozionali basate sia sull'utilizzazione di sanzioni positive sia su quelle negative. In tal senso, l'Autore rinvia al programma di ripopolamento della Siberia, il quale è stato sperimento in due modi: o mediante la sanzione negativa della deportazione o attraverso incentivi quali il riconoscimento alla residenza moscovita solo a seguito di un periodo quinquennale in cui si è dimorato e lavorato nella regione ad est della Russia

introdotti, al fine di ottenere la concretizzazione di conseguenze preordinate[16].

La ratio sottesa all'apposizione di tali prescrizioni condizionanti è finalizzata a garantire un corretto ed equilibrato bilanciamento tra la pluralità di interessi posti alla base della determinazione di carattere amministrativo, al fine di garantire una tutela non più frazionata, ma, come già anticipato, "sistemica"[17]. Tali condizionamenti mirano, in definitiva, a tutelare gli interessi coinvolti nel rispetto di una logica non ispirata ad un modello di carattere verticale, in cui possano ritenersi prevalenti uno o più interessi a danno di altri[18], bensì alla concretizzazione di un ordine di carattere orizzontale, in cui, attraverso le prescrizioni di carattere condizionante, si garantisca una tutela integrata alla pluralità di interessi coinvolti, evitando che uno o più di essi sia "aprioristicamente" sovraordinato a discapito degli altri[19]. Trattasi, in altre parole, dell'imposizione di un modello di adozione delle decisioni amministrative il cui obiettivo è quello di garantire una protezione complessiva degli interessi coinvolti, al fine di evitare un'eccessiva espansione di uno dei diritti sotteso alla decisione amministrativa a danno di altri. Pertanto, mediante l'apposizione delle prescrizioni condizionanti si vuole abbandonare una logica ispirata alla sovraordinazione o prevalenza di un interesse, in quanto si mira ad individuare un punto di equilibrio tra interessi paritariamente protetti e reciprocamente "antagonisti", i quali siano coinvolti nel procedimento di adozione della determinazione

---

[16] Il tema della regolazione condizionale è stato affrontato in dottrina da S. Cassese, *op. cit.*, p. 265 ss.; L. Torchia, *op. cit.*, p. 55 ss.

[17] Corte costituzionale, 28 novembre 2012, n. 264 in *Cortecostituzionale.it*. specialmente il considerando in diritto n. 9 e 8.1. In dottrina, si veda M. Cartabia, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, p. 176 ss.

[18] In tal senso, F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1998, p. 235 ss. ha analizzato l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di un potere condizionato utilizzato con lo scopo di "orientare il sistema economico complessivo verso un certo tipo di sviluppo".

[19] In tal senso, si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti i tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, p. 254 ss.

amministrativa. A ben vedere, in tale contesto, la clausola condizionale assume il compito di garantire l'instaurazione di un "dialogo" tra gli interessi coinvolti con lo scopo di risolvere l'opposizione che, a livello procedimentale, si è generata tra essi ed assicurando, contestualmente, la possibilità, per il privato, di soddisfare le proprie pretese[20].

Discende da tale inquadramento che, mediante l'apposizione al provvedimento amministrativo delle clausole condizionali, si garantisce la concretizzazione del principio di proporzionalità[21], assicurando l'individuazione di un bilanciamento con una "valenza qualitativa"[22], al fine di fornire idonea tutela e protezione alla pluralità di interessi pubblici coinvolti e determinando, contestualmente, il minor sacrificio possibile per le pretese di parte privata. In altre parole, l'obiettivo primario che si intende perseguire attraverso l'apposizione delle clausole condizionali al provvedimento amministrativo è l'individuazione di uno o più condizionamenti attraverso i quali venga assicurato, nel rispetto dell'ottica del minor sacrificio possibile, la realizzazione delle aspettative di parte privata e, contestualmente, sia garantita protezione agli interessi pubblici coinvolti. Nello specifico, discende da queste considerazioni che, indipendentemente dai risultati che si raggiungeranno mediante l'attuazione del provvedimento nel suo contenuto naturale ed implicito[23], gli interessi pubblici verranno soddisfatti e garantiti grazie

---

[20] Si veda sul punto G. Pizzanelli, *Conciliare interessi amministrando, nel dialogo tra scienza, tecnica e diritto*, Pisa, 2016, p. 96 ss.

[21] In relazione al principio di proporzionalità i contributi dottrinali sono numerosi. A titolo esemplificativo possono essere citati D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa*, Milano, 1998, p. 171 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 166 ss.; A. Massera, *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 207 ss.; F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti,* Bologna, 2012, p. 63 ss.; A. Albanese, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2016, p. 697 ss.

[22] A. Sandulli, *op. cit.*, p. 360.

[23] A tal proposito, il contenuto essenziale del provvedimento amministrativo coincide con ciò che deve necessariamente sussistere per poter individuare una determinata categoria di atto. Il contenuto implicito attiene, invece, a quella parte

all'apposizione delle prescrizioni condizionanti apposte al provvedimento amministrativo.

In tale prospettiva, emerge una modalità diversa ed ulteriore con cui l'interesse pubblico può essere inteso in quanto esso si presenta, per un verso, come la somma di "interessi collettivi" in quanto ascrivibili ad una pluralità di individui, nella loro qualità di imprenditori, di consumatori, di risparmiatori, di investitori. Per altro verso, l'interesse pubblico si caratterizza per essere un "interesse mediato", conseguente all'instaurazione di un rapporto giuridico plurilaterale in cui vengono tenute in considerazione, in una prospettiva di integrazione reciproca, le aspettative dell'attore privato, della pubblica amministrazione e della collettività[24]. Questa qualificazione innovativa di interesse pubblico implica importanti conseguenze in materia di autonomia privata, in quanto risulta chiaro come i privati, autonomamente, non abbiano in sé la capacità di garantire l'effettiva tutela degli interessi pubblici. Contestualmente, è possibile affermare che il giudizio di proporzionalità, a seguito del

---

del provvedimento, la quale non necessariamente deve essere esplicitata, in quanto essa è direttamente prevista dalla legge e prescinde dalla volontà soggettiva e specifica delle parti. Quale esempio di contenuto implicito, apposto al provvedimento amministrativo, si possono menzionare, per esempio in relazione all'autorizzazione, le clausole relative alla durata ed ai doveri dell'autorizzato. In materia di contenuto implicito dell'atto amministrativo, si rinvia a E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 551 ss.; G. Greco, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013, p. 154 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 250.

[24] L. Torchia, *op. cit.*, p. 61. A questo proposito, l'Autrice introduce una definizione di interesse pubblico inteso come interesse derivante dal mantenimento degli equilibri tra interessi primari. Secondo la definizione fornita dall'Autrice, l'interesse pubblico è funzionale alla realizzazione di interessi che non sono direttamente ascrivibili in capo alla pubblica amministrazione, ma che risultano attribuibili, in prima istanza, ad una pluralità di soggetti privati. A questo proposito, è stata formulata la possibilità di qualificare una nuova categoria di interesse pubblico, il quale può essere definito come "interesse pubblico generale". Tale qualificazione deriverebbe dalla possibilità di individuare l'interesse pubblico come interesse riflesso e, conseguentemente, come un interesse riconosciuto, genericamente, in capo ad una pluralità di individui ed affidato alla cura di un'autorità pubblica.

quale vengono introdotti nel provvedimento amministrativo i relativi condizionamenti, non possa più essere qualificato quale attività implicita di ponderazione degli interessi svolta dalla pubblica amministrazione, in quanto, soprattutto in riferimento a fattispecie complesse, l'individuazione di prescrizioni condizionanti acquisisce un ruolo di primo piano nel corso dell'istruttoria procedimentale[25], necessitando che non solamente la pubblica amministrazione, ma anche gli attori privati si possano esprimere in merito. In tal modo si garantisce agli attori privati la possibilità di ampliare la c.d. "cittadinanza amministrativa", da intendersi come facoltà di intervenire nel procedimento amministrativo manifestando il proprio punto di vista e potendo concorrere con i pubblici poteri alla definizione della consistenza e complessità dei pubblici interessi[26]. Ne discende che al fine di assicurare la concretizzazione dei diritti individuali e, contestualmente, garantire adeguata tutela e protezione agli interessi pubblici, è necessaria la concretizzazione di un contraddittorio in cui sia data possibilità sia agli attori privati sia alla pubblica amministrazione di partecipare al procedimento amministrativo in chiave propulsiva e conformativa, al fine di adottare una decisione amministrativa che, mediante i propri condizionamenti, assicuri, per un verso, l'individuazione del corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici coinvolti e, per altro verso, il soddisfacimento delle aspettative private causandone il minor sacrificio possibile[27].

A seguito di questo inquadramento, è possibile affermare che le prescrizioni condizionanti apposte al provvedimento amministrativo introducono una fattispecie che, alla luce degli interessi compresenti e delle situazioni storico-ambientali emerse nel corso dell'istruttoria procedimentale, prescrive un'azione buona in quel determinato contesto per raggiungere uno specifico risultato. Si tratta, dunque, di condizioni che possono essere ricondotte alla categoria degli imperativi ipotetici, in quanto impongono un'azione non buona in

[25] In tal senso, si rinvia ad A. Sandulli, *op. cit.*, p. 364.

[26] A. Albanese, *op. cit.*, p. 723.

[27] In merito al tema della partecipazione di carattere propulsivo e conformativo si veda R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, p. 209 ss.

senso assoluto, ma buona, in quello specifico contesto, se si vuole o si deve raggiungere un obiettivo determinato[28]. La dottrina che si è occupata dello studio delle norme tecniche ha evidenziato come esse, nel settore del diritto[29], implichino, necessariamente, da parte dell'individuo, il rispetto delle prescrizioni imposte dall'autorità, al fine di usufruire delle conseguenze favorevoli fissate dal dettato normativo. Emerge, dunque, come la conseguenza o il fine raggiunto mediante il rispetto delle prescrizioni imposte non è l'effetto di una causa in senso naturalistico, ma è il risultato che consegue all'aver posto in essere un'azione, considerata dall'ordinamento giuridico lo strumento indispensabile per il raggiungimento di quell'obiettivo[30].

---

[28] Gli imperativi ipotetici, quale categoria giuridica, sono stati introdotti da Kant. In materia, il filosofo ha posto in essere una distinzione tra norme tecniche e norme programmatiche. Mentre la prima tipologia di norme introduce un fine possibile o reale, in quanto gli individui possono scegliere di conformarsi o meno ad esso, la seconda categoria di norme mira al raggiungimento di un fine reale inteso come risultato che gli uomini non possono non perseguire. Per chiarire, si consideri quale esempio di norma tecnica il seguente imperativo ipotetico: "Se vuoi imparare il latino, devi fare esercizi di traduzione dall'italiano al latino"; in questo caso il fine è reale perché il singolo può scegliere o meno di perseguire quel particolare risultato. Al contrario, un esempio di norma programmatica è costituita dalla seguente fattispecie: "Se vuoi essere felice, devi dominare le passioni"; in quest'ultimo caso la felicità è configurata da Kant quale fine rispetto a cui la natura umana tende inevitabilmente, poiché tale ricerca è intrinseca nell'uomo. A rigore, si noti come un imperativo programmatico è formulato correttamente se rispetta la formula:" Poiché devi Y, allora X". Per un approfondimento dell'argomento, si veda N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 66 ss.

[29] La dottrina ha studiato il tema delle norme tecniche anche in settori diversi da quello del diritto, giungendo a sostenere come il rapporto sussistente tra causa ed effetto, in relazione a tali norme, è stato oggetto di trasformazione in un legame di mezzo o fine. Si prenda in considerazione questo esempio:"Se vuoi far bollire l'acqua, devi farla scaldare a 100 gradi"; è evidente che questa norma non introduce alcuna forma di imperativo e neppure obblighi, poiché essa traduce, semplicemente, la proposizione descrittiva:" L'acqua bolle a 100 gradi". Pertanto, una volta che il fine a cui il singolo individuo aspira è stato individuato, è necessario e non obbligatorio tenere quella determinata condotta per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Per una distinzione più approfondita della fattispecie, si rinvia a N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 67 ss.

[30] N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 68.

Da ciò discende che, una volta individuato liberamente il fine, l'azione, che deve essere compiuta per il raggiungimento di quel risultato, è imposta da una regola di condotta connotata dal carattere dell'obbligatorietà poiché diviene la condizione necessaria ed indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo voluto[31]. Ne deriva che ad ogni trasgressione della prescrizione condizionante segue una conseguenza, definita come sanzione negativa e chiamata a concretizzarsi impedendo il raggiungimento del fine che ci si era prefissati ovvero determinando la concretizzazione di un risultato opposto rispetto a quello che ci si proponeva.

In conclusione, si evince da questa descrizione come le disposizioni di carattere condizionale, sebbene riconoscano la possibilità di scelta in capo al singolo operatore privato quanto alla conformazione al loro contenuto, impongono delle regole di condotta riconducibili alla categoria giuridica degli imperativi, in quanto il loro adempimento è necessario per il raggiungimento di uno specifico risultato. Alla luce di questo inquadramento, è possibile, pertanto, affermare che le prescrizioni apposte ai provvedimenti amministrativi non devono essere confuse con la tradizionale qualificazione, di derivazione civilistica, secondo cui la condizione assume la veste di elemento accidentale del provvedimento amministrativo[32], in quanto, in questo contesto, tali fattispecie condizionanti ricoprono il ruolo di "*clausola prescrittiva-condizionale*"[33]. Quest'ultima deve essere intesa quale fattispecie che introduce una regola di condotta, il cui adempimento diviene il presupposto necessario ed indispensabile per permettere al privato di raggiungere il fine che si era liberamente prefissato. Contestualmente, la ratio sottesa alla "clausola prescrittiva-condizionale" è volta a garantire il soddisfacimento e ad individuare il corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti al fine di determinare la concretizzazione della c.d. "tutela sistemica", da intendersi quale

[31] In tal senso, si rinvia a N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 68 ss.

[32] A tal proposito si veda A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, il quale ammette la possibilità di introdurre nel provvedimento amministrativo figure giuridiche in grado di subordinare l'efficacia giuridica del provvedimento amministrativo al verificarsi di fatti futuri ed incerti

[33] In tal senso, si rinvia a E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, p. 447 ss.

complesso di condizionamenti che concorrono in via paritaria alla realizzazione di un assetto ordinato, unitario e paritario degli interessi coinvolti.

4. *Il modello del command and control e studio delle nuove possibili modalità di regolazione*

Dall'analisi condotta nel precedente paragrafo, emerge come, affinché la pubblica amministrazione possa introdurre, nel provvedimento amministrativo, delle prescrizioni di carattere condizionale, deve poter essere titolare di uno *spatium deliberandi*, in cui, pur nel rispetto del minor sacrificio possibile, possa procedere all'individuazione di condizionamenti. Tale considerazione, come già accennato nella parte conclusiva del precedente paragrafo, implica la necessità di analizzare il contenuto dei contributi partecipativi di parte privata, volgendo particolare attenzione alla funzione collaborativa della partecipazione procedimentale[34]. Nel dettaglio, la partecipazione a scopo collaborativo rappresenta il superamento di una logica partecipativa di carattere meramente avversariale e difensiva con l'obiettivo di adottare decisioni amministrative che, sotto un profilo qualitativo[35], siano frutto di un percorso di determinazione condiviso.

---

[34] Per una lettura in chiave di partecipazione procedimentale di carattere collaborativo, si veda C. E. Gallo, *La partecipazione al procedimento*, in P. Alberti, G. Azzariti, C. E. Gallo, M. A. Quaglia, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1994, p. 55 ss.; M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 1 ss., S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, p. 3 ss.; U. Allegretti, *Procedura, procedimento e processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 779 ss., M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2006, p. 105 ss., M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, p. 95 ss.

[35] Sul punto si veda A. Sandulli, *op. cit.*, p. 359 ss. L'Autore afferma che una decisione può definirsi congrua nella misura in cui venga condotta un'istruttoria volta ad analizzare il carattere "qualitativo" del bilanciamento. Nel dettaglio, l'Autore afferma che, nell'istruttoria procedimentale, occorre verificare se sia

In altri termini, la partecipazione collaborativa alla determinazione delle prescrizioni condizionali mira a garantire, grazie ai "saperi esperti"[36] di cui sono titolari gli attori privati, la conoscibilità dei "fatti complessi"[37], che si palesano nel corso dell'istruttoria procedimentale. In tal modo, si garantisce alla scienza e alla tecnica di penetrare nel mondo dei provvedimenti amministrativi e di assicurare il corretto bilanciamento e la giusta composizione degli interessi coinvolti, mediante l'apposizione al provvedimento amministrativo di condizionamenti, che determinano una tutela integrata delle fattispecie rilevanti.

Discende da tale inquadramento l'esigenza di analizzare come, attraverso le determinazioni amministrative di carattere condizionale, le tradizionali modalità di adozione delle decisioni, ispirate al rispetto di logiche di tipo verticale, si possano ritenerne superate a favore di un'apertura del procedimento decisionale verso il "basso", al fine di garantire l'emersione dei plurimi e diversi interessi coinvolti ed il loro "assorbimento" in una prospettiva di integrazione e contestuale azione tra i diversi attori delle decisioni amministrative[38]. In particolare, in questa prospettiva, risulta messo in discussione il modello decisionale del *command and control,* da intendersi quale strumento di adozione delle decisioni amministrative, il quale presuppone un primo momento, coincidente con il c.d. *command*, in cui l'amministrazione procede all'imposizione di norme coattive che prescrivono determinati comportamenti che i consociati devono rispettare al fine di fruire, laddove il diritto abbia una funzione

---

possibile giustificare una scelta attraverso parametri di carattere "qualitativo", i quali possono essere ricondotti alla logica della "plausibilità" o "accettabilità". Si rinvia, inoltre, a S. Cognetti, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, p. 123 ss.

[36] In ordine al tema dei saperi esperti si veda M.C. Tallacchini, *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), Milano, 2010; R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista di un giurista*, R. Ferrara, M. A. Sandulli (a cura di), in *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 14 ss.

[37] F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

[38] Si veda L. Torchia, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della "legittimazione inversa"*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 45 ss.

promozionale, della sanzione c.d. positiva ovvero al fine di evitare, nei sistemi di carattere autoritativo-repressivo, la concretizzazione della sanzione c.d. negativa. Al primo momento del *command*, segue la fase del *control*, in cui, attraverso dei meccanismi di accertamento, funzionali a verificare l'effettivo rispetto delle norme da parte dei consociati, si constata se sussistono i presupposti per l'applicazione della sanzione positiva ovvero di quella negativa[39]. Discende da tale descrizione che i modelli di regolazione basati sulla logica del *command and control* siano riconducibili a due distinti momenti rappresentati da una preliminare fase di comando ispirata ad una logica di tipo verticale in cui il volere dell'autorità esclude qualsiasi apporto collaborativo proveniente dal basso e determina l'adozione di una determinazione di carattere unilaterale[40], mentre la fase successiva, detta di controllo, implica l'attuazione di sistemi di verifica *ex post* funzionali ad accertare se vi sia stato il rispetto della decisione da parte del destinatario del provvedimento.

Questo modello di decisione presuppone che l'apparato pubblico sia titolare di conoscenze ed informazioni accurate e dettagliate, funzionali all'individuazione di divieti e di obblighi e, conseguentemente, all'imposizione di standard di comportamento volti a garantire la piena tutela agli interessi coinvolti nella fattispecie concreta. In altre parole, tali strumenti di regolazione ammettono che la pubblica amministrazione sia in possesso della pluralità di dati necessari per l'adozione di decisioni adeguate alla situazione fattuale, escludendo, in tal modo, ogni contributo partecipativo di "parte" privata.

Dalla descrizione sin qui condotta risulta riconducibile al modello del *command and control* il carattere della "rigidità", in quanto trattasi di uno schema decisionale in cui aprioristicamente è

[39] In tal senso, si rinvia a R. Cellerino, *Comando e controllo*, G. Gamba, G. Martignetti (a cura di), in *Dizionario dell'ambiente*, Torino, 1995, p. 168. In particolare, i sistemi di *command and control* rappresentano una modalità di regolazione estremamente importante in materia ambientale. A tal proposito, si rinvia a M. Cafagno, *op. cit.*, p. 327 ss. ed a L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 27 ss.

[40] In tal senso, si rinvia a M. S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967, p. 94 ss.

stata condotta dalla pubblica amministrazione una valutazione degli interessi e dei diritti coinvolti a livello procedimentale, senza tenere in considerazione l'esigenza di una "gestione adattiva e flessiva" dei diritti, senza analizzare la variabilità delle possibili combinazioni di interessi pubblici ed esigenze private[41] e senza considerare che molto spesso la pubblica amministrazioni non è a conoscenza di quei saperi specialistici che garantiscono l'adozione di soluzioni orientate a tutelare la pluralità di fattispecie coinvolte nella decisione amministrativa[42]. Si manifesta, quindi, la necessità di ripensare i tradizionali schemi di adozione dei provvedimenti amministrativi al fine di sviluppare dei processi decisionali ispirati alla logica della cooperazione, assicurando, attraverso i contributi conoscitivi dei "saperi esperti", l'emersione di tutti gli interessi coinvolti nella determinazione e, conseguentemente, la formazione di decisioni amministrative in cui, grazie agli apporti conoscitivi di tutti gli attori

[41] Sul punto, rilevante è il contributo di G. Berti, *Procedimento, procedura e partecipazione*, Aa. Vv. (a cura di), in *Scritti in onore di F. Guicciardi*, Milano, 1975, p. 800 ss., il quale evidenzia che il procedimento in senso sostanziale, in quanto basato sulla partecipazione e sul contradditorio, determina la possibilità di effettuare, secondo una nuova prospettiva, il confronto tra gli interessi. In particolar modo, gli interessi pubblici non possono essere considerati quale dato predeterminato da parte della legge, ma necessitano di essere individuati di volta in volta attraverso i contributi partecipativi emersi nel corso dell'istruttoria procedimentale. In questa prospettiva, si veda anche G. Berti, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Archivio giuridico*, 1965, p. 107 ss. in cui l'Autore afferma che l'interesse pubblico può essere considerato quale fattispecie che prende corpo nel corso del procedimento solamente se si rinunci a considerarlo come "alcunché di legato al soggetto e ad esso rapportabile". Si rinvia, inoltre, G. Pastori, *Interesse pubblico ed interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313 ss., il quale afferma che gli interessi pubblici si costruiscono durante l'esercizio del potere amministrativo. Da ultimo, si veda U. Allegretti, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, p. 152 ss., il quale afferma che l'interesse primario individuabile in ogni specifico atto deve essere degradato ad "interesse specifico" di cui non è assicurata automaticamente la soddisfazione e neppure la misura e la modalità con cui potrà essere soddisfatto. L'Autore evidenzia che per queste ragioni l'interesse in questione difficilmente potrà continuare ad essere qualificato quale interesse primario.

[42] R. Ferrara, *op. cit.,* p. 268 ss.

coinvolti, sia possibile valutare caso per caso il miglior bilanciamento e garantire la concretizzazione di una tutela sistemica[43]. In definitiva, mediante le decisioni amministrative si dovrebbe assicurare, alla luce delle esigenze emerse nel corso dell'istruttoria procedimentale, l'adozione di un provvedimento che, attraverso i condizionamenti, possa individuare la migliore ponderazione e salvaguardia delle esigenze pubbliche causando il minor sacrificio possibile alle aspettative di parte privata.

Da tali considerazioni rileva che le decisioni amministrative adottate secondo lo schema del *command and control* rischiano di essere scarsamente effettive, in quanto non risultano orientate a tutelare in una prospettiva integrata i pubblici interessi coinvolti e le aspettative private[44]. In particolar modo, le determinazioni amministrative, laddove siano state adottate rispettando il meccanismo del *command and control*, rischiano di essere poco rispondenti alle diverse e plurime esigenze della società civile, causando in tal modo la possibilità che tali decisioni siano disattese da parte dei loro stessi destinatari poiché ritenute non adeguate a fornire tutela alla maggior parte degli interessi coinvolti[45].

Alla luce di queste riflessioni, la logica del *command and control* si rivela antitetica rispetto alla "gestione adattiva e flessibile" del diritto richiesta dalle prescrizioni di carattere condizionale. In altre

---

[43] In relazione al tema della partecipazione di carattere collaborativo, si veda A. Zito, *Il principio del giusto procedimento* in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 509 ss., in cui si afferma che il principio del giusto procedimento si connota come "garanzia di accoglienza nella procedura del sostrato materiale che sarà oggetto di configurazione giuridica". L'Autore evidenzia che per "materialità" si intendono tutte le "soggettività sociali" che si fanno portatrici di interessi e fatti e che si collocano all'esterno dell'apparato decisionale pubblico.

[44] In relazione al tema dell'effettività delle decisioni, si rinvia a L. Bobbio, *Le arene deliberative*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2002, p. 5 ss.; I.D. *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 2005, p. 3 ss.; M. Cammelli, *Considerazioni minime in tema di arene deliberative*, in *Stato e mercato*, 2005.

[45] Si rinvia, a tal proposito, a M. Raveraira, *I "privati": nuovi possibili attori nella valutazione delle regole "pubbliche". I plurimi aspetti di un rapporto polimorfico*, Relazione al convegno "Buone" regole, democrazia e sviluppo. La valutazione normativa nella dialettica tra pubblico e privato, Roma, 2005.

parole, se la ratio sottesa all'apposizione di clausole condizionali è la necessità di tutelare in una prospettiva integrata gli interessi pubblici coinvolti in uno specifico procedimento amministrativo, diviene necessario sviluppare un percorso di formazione delle decisioni amministrative basato sul rispetto di logiche cooperative e sussidiarie, in guisa da correggere e superare gli abituali standard decisori ed al fine di rendere le prescrizioni condizionanti confacenti alle peculiarità delle fattispecie coinvolte nei procedimenti decisori[46].

In tal senso, è possibile prospettare, mediante la partecipazione privata al procedimento di adozione della determinazione amministrativa, un nuovo modello di *governance* orientato ad un sistema reticolare in cui la cooperazione ed il dialogo tra società civile e pubblici poteri divengano gli strumenti indispensabili per raggiungere delle decisioni amministrative[47]. Tale modello decisionale si ispira alla democrazia partecipativa e mira all'instaurazione di uno rapporto dialogico volto verso una comunicazione, per così dire, orizzontale in cui, grazie alla possibilità di intervenire nel procedimento amministrativo, si annulla il divario tra pubblica amministrazione e privati e si instaura, attraverso i contributi partecipativi privati, uno schema relazionale di carattere cooperativo che mira alla paritarietà in termini di peso decisionale[48]. Emerge, in definitiva, la necessità che la pubblica amministrazione operi al fine di

---

[46] M. Cafagno, *op. cit.*, p. 339. In questa prospettiva, si tenga in considerazione, inoltre, quanto affermato da parte di L. Giani, *op. cit.,* p. 155 ss., secondo cui la regolazione basata su contributi di carattere partecipativo non deve essere intesa come una frattura rispetto al passato, bensì come una naturale evoluzione del sistema sotto lo specifico profilo dei rapporti tra componente pubblica e società civile, nonché in ordine allo specifico profilo istituzionale.

[47] In questa prospettiva, si rinvia a S. Cassese, *Oltre lo stato*, Roma-Bari, 2006. L'Autore evidenzia come la partecipazione "all'arena internazionale" abbia acquisito nel corso del tempo il carattere di "diritto umano". In questa prospettiva, si pongono, inoltre, le riflessioni di R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005, p. 226 ss.

[48] Sul punto si veda G. Berti, *op. cit.*, p. 799, il quale afferma che il riconoscimento di una partecipazione di carattere collaborativo significa "sollevare il cittadino da una condizione di pura soggezione" e renderlo un terminale attivo che, in qualità di coamministrante, intervenga nel procedimento di formazione della decisione amministrativa.

garantire l'emersione di logiche di adozione delle decisioni amministrative, che si avvicinino al modello della demarchia benvenutiana, la quale mira a garantire l'instaurazione del "contraddittorio paritario in contestazione", da intendersi quale strumento che, nei procedimenti decisionali, garantisca il coordinamento non gerarchico dei soggetti pubblici e privati al fine di adottare un provvedimento amministrativo condiviso, in cui possano essere, dapprima, individuati e, successivamente, valutati e bilanciati tutti gli interessi coinvolti nel procedimento, con lo scopo di adottare una decisione che, alla luce delle esigenze emerse nel corso dell'istruttoria procedimentale, sia capace di assicurare la miglior soddisfazione possibile sia dell'interesse pubblico sia di quello privato[49].

Alla luce di questo inquadramento, è possibile affermare che si assiste ad una nuova modalità di svolgimento delle attività decisionali pubbliche, le quali si ispirano ad uno schema riconducibile al modello del *control on command*. Questo schema decisionale prevede che la fase di controllo non sia più relegata ad un momento *ex post*, ma riguardi uno stadio preliminare coincidente con la fase in cui si pervenga alla determinazione del contenuto della decisione finale. In altre parole, poiché si ambisce all'introduzione di un nuovo schema di adozione delle decisioni amministrative, il quale riconosca la possibilità sia agli attori pubblici sia a quelli privati di contribuire alla determinazione del *quomodo* del *command,* si determina, contestualmente, la necessità di anticipare e di ricondurre il momento di "controllo" relativo al contenuto della decisione finale alla fase dell'istruttoria procedimentale. Nel dettaglio, la fase del *control* deve essere orientata a vagliare il contenuto dei condizionamenti che verranno apposti alla decisione pubblica, al fine di verificare quale sia la soluzione che possa garantire un'idonea tutela degli interessi pubblici coinvolti, senza gravare eccessivamente sugli interessi ed aspettative dell'attore privato. Ne discende che tale momento di

[49] In questo senso, rilevanti sono i contributi di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Diritto amministrativo*, 2006, p. 543 ss.

"controllo" deve essere posto in essere da parte della società civile, in quanto è quest'ultima che, alla luce delle conoscenze tecniche e specialistiche di cui dispone, può fornire alla pubblica amministrazione gli strumenti necessari per garantire l'individuazione di tutti gli interessi coinvolti in uno specifico procedimento amministrativo e, successivamente, assicuri l'adozione di una soluzione che tenga conto delle migliori tecniche disponibili[50].

Discende da questo inquadramento che, mediante il sistema decisionale ispirato al *control on command*, si promuove l'effettività dei provvedimenti amministrativi, in quanto, coinvolgendo la società civile nei procedimenti di determinazione delle decisioni, si garantisce l'adozione di soluzioni che siano accettate dai consociati, perché conseguenti ad un procedimento amministrativo partecipato ed orientato all'adozione di una decisione finale, il cui contenuto sia volto a soddisfare le aspettative private ed a garantire un equilibrio degli interessi coinvolti[51].

In tale contesto, obiettivo della pubblica amministrazione diviene quello di fornire impulsi in capo al privato con il duplice scopo di stimolarlo ad intervenire nel procedimento di determinazione della decisione amministrativa e, contestualmente, con l'intento di fornire dei parametri di caratteri metodologico attraverso cui la "parte" privata possa partecipare al procedimento di determinazione della decisione finale in chiave collaborativa e propositiva[52]. Concretamente, mediante tale percorso di formazione

[50] Sul rapporto tra tecnica e diritto, si veda quanto affermato da R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, p. 268 ss. Rilevante è, inoltre, il contributo di R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, p. 209 ss., in cui l'Autore parla di "saperi esperti", vale a dire il personale specializzato titolare di conoscenze e competenza specializzate. Si veda, inoltre, S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, p. 1284 ss.

[51] Contestualmente, il sistema del *control on command* determina un incentivo all'individuazione di modalità di svolgimento delle attività private che siano funzionali ad abbassare i limiti introdotti, garantendo il massimo soddisfacimento delle esigenze rilevanti in ordine alla fattispecie concreta.

[52] A tal proposito, si rinvia a di H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Milano, 2004, p. 199 ss. L'Autore evidenzia come l'individuazione di una modalità di regolazione basata sullo sviluppo di un rapporto di tipo reticolare in cui

degli schemi mentali dei soggetti privati attraverso cui sia loro riconosciuta la possibilità di intervenire nel momento decisionale, si conduce, contestualmente, un procedimento di addestramento della componente pubblica, in quanto, a seguito dell'intervento partecipativo privato, si accrescono le informazioni e le conoscenze di cui dispone la pubblica amministrazione e sulla base delle quali la decisione dovrà essere adottata[53].

---

sussistono delle relazioni dialogiche e comunicative tra gli attori pubblici e privati implica l'instaurazione di un procedimento, mediante cui la componente pubblica possa stimolare ed influenzare il soggetto privato, con lo scopo di sollecitarne una risposta funzionale a garantire la sua partecipazione al procedimento di determinazione del contenuto della decisione. Il modello comunicativo così delineato manifesta chiaramente la propria attitudine a concretizzarsi quale momento di addestramento del privato, da intendersi quale mezzo attraverso cui poter sopperire ai difetti derivanti da un tipo di regolazione di carattere autoritativo al fine di determinare un contributo partecipativo, da parte dell'attore non statuale, orientato e, contestualmente, idoneo a garantire l'emersione della pluralità di interessi rilevanti. Tali considerazioni ci permettono di affermare che, mediante il modello dell'addestramento, la pubblica amministrazione deve avere la capacità di spronare il soggetto privato al fine di fornirgli un impulso a partecipare al procedimento decisionale; inoltre, mediante la partecipazione privata devono emergere quegli elementi conoscitivi estranei alla componente pubblica, ma indispensabili, al fine di adottare una determinazione amministrativa che ponga in essere un bilanciamento equilibrato e ragionevole quanto alla pluralità di interessi emersi. In questa prospettiva, si veda anche R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, p. 139 ss., il quale afferma che la decisione sarà "tanto più razionale quanto più razionale ne sia stato il percorso formativo". Ciò significa che il carattere di razionalità attribuibile ad una decisione è strettamente connesso alla completezza delle informazioni acquisite nell'iter procedurale; pertanto, solamente nell'ipotesi in cui l'istruttoria sia razionale, in quanto orientata ad acquisire tutti i fatti semplici e complessi costitutivi delle vicende procedimentali, la decisione adottata potrà definirsi razionale. Rilevanti, sul tema, sono inoltre, gli studi condotti in F. Levi, *op. cit.,* p. 25 ss., ID., *Partecipazione e organizzazione* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1625.

[53] In tal modo si garantisce anche il superamento delle asimmetrie informative della pubblica amministrazione. In altre parole, attraverso i contributi partecipativi privati si accrescono i saperi esperti e specialistici e si permette alla pubblica amministrazione di superare i deficit cognitivi in cui può incorrere. In tal senso, si rinvia a M. Simoncini, *op. cit.*, p. 219 ss.

In conclusione, le riflessioni condotte in questa sede mostrano l'esigenza di sviluppare una nuova modalità di adozione delle decisioni amministrative, orientata all'attuazione di un sistema reticolare basato sullo sviluppo di relazioni dialogiche e comunicative tra componente pubblica e privata attraverso cui garantire un'equilibrata ponderazione tra la pluralità di interessi coinvolti. Il modello scaturente da tale analisi permette di affermare che, coinvolgendo i consociati nel procedimento di definizione delle determinazioni di carattere pubblicistico, si ammette una "legittimazione attraverso la procedura", la quale rinvia, da parte dei destinatari, all'accettazione ed osservazione del contenuto delle decisioni finali, in quanto scaturenti da un procedimento partecipato. Ciò significa che le decisioni vengono considerate, da parte dei privati, legittime nella misura in cui si sia, dapprima, istituzionalizzato un processo di apprendimento, da intendersi quale momento in cui vi sia una "ristrutturazione delle aspettative tramite un processo effettivo di comunicazione che si svolge secondo regole giuridiche"[54] e, successivamente, sia stato riconosciuto un potere di scelta in capo al privato circa la possibilità di recepire gli stimoli forniti dalla pubblica amministrazione e, conseguentemente, di partecipare al procedimento di determinazione della decisione amministrativa.

Da tale inquadramento, discende che i fondamenti delle decisioni amministrative di carattere condizionato non devono più essere ricercati in norme superiori, autoritative e statiche espressione della rigidità e del "centralismo", inteso quale forma di accentramento del potere decisionale, ma, al contrario, è nella variabilità delle decisioni amministrative, adottate conseguentemente all'instaurazione di un rapporto dialogico tra pubblica amministrazione e privati, che è possibile rinvenirne la loro validità.

[54] In ordine alle riflessioni qui svolte in materia di partecipazione privata alla determinazione delle decisioni di carattere pubblicistico, quale momento mediante cui ristrutturare le aspettative dei consociati si rinvia a N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, p. 34 ss. e p. 207 ss.

5. L'uso del diritto condizionale al di fuori dei confini nazionali: apertura verso un modello reticolare

La conclusione cui si è pervenuti nel paragrafo precedente evidenzia l'importanza dei contributi partecipativi privati quanto alla determinazione delle clausole prescrittive-condizionali apposte ai provvedimenti amministrativi. A questo punto, è importante verificare se sia possibile configurare, non solamente su di un piano di teoria generale del diritto, ma anche sotto un profilo di carattere pratico-operativo, la partecipazione privata al procedimento amministrativo quale strumento funzionale all'individuazione dei pubblici interessi coinvolti nel processo decisionale. Contestualmente, sarà necessario interrogarsi sui caratteri della cooperazione e collaborazione tra pubblica amministrazione e privati quanto alla determinazione della decisioni pubbliche e delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi.

A tal proposito, è bene ricordare come la partecipazione procedimentale, nell'ordinamento europeo, sia stata da sempre considerata espressione del più ampio principio di "buona amministrazione procedurale"[55]. In tale contesto, la partecipazione al procedimento amministrativo, da intendersi come diritto di accedere al fascicolo ed ai documenti e come diritto di essere ascoltati prima della formale adozione del provvedimento pregiudizievole, ex art. 41 della Carta di Nizza, è qualificata da parte delle Istituzioni dell'Unione Europea e dalla Corte di Lussemburgo quale espressione del diritto di difesa[56]. Si precisa che, poiché l'articolo 41 della Carta dei diritti dell'Unione Europea è rubricato "diritto ad una buona amministrazione", è possibile ricondurre i diritti in esso descritti non solo al diritto di difesa, ma anche alla concretizzazione dell'istituto della buona amministrazione e, più genericamente, del principio del

[55] Per una lettura in materia di diritto ad una buona amministrazione, si veda F. Trimarchi Banfi, *Il diritto a una buona amministrazione*, in M. P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 49 ss.

[56] In tal senso, si rinvia ad A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2009, p. 31 ss., A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano 2004.

giusto procedimento, ex art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo[57]. Concretamente, ciò implica che il diritto al contraddittorio procedimentale dovrebbe cessare di essere considerato come mero strumento di difesa del singolo, acquisendo il carattere di mezzo volto a favorire la collaborazione tra i privati e l'amministrazione al fine di giungere ad un determinazione amministrativa espressione di un percorso procedimentale condiviso[58]. A tal proposito, è evidente che, nell'ipotesi in cui il contraddittorio procedimentale superi la semplice accezione di strumento di difesa, i contributi partecipativi di parte privata divengono fattispecie volte non solo a giustificare ed a fornire spiegazioni quanto ai comportamenti tenuti, ma anche ad incrementare il materiale conoscitivo ed istruttorio sulla base del quale la decisione amministrativa necessita di essere assunta. Tale qualificazione della partecipazione procedimentale implica che il privato cessa di essere un mero terminale passivo delle decisioni amministrative, divenendo un soggetto che partecipa attivamente all'adozione della determinazione amministrativa, in quanto ha il potere di fornire un apporto conoscitivo che la pubblica amministrazione dovrà valutare e tenere in considerazione in sede di adozione del provvedimento finale[59].

---

[57] Sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo, si rinvia a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, in *Giustizia.it*. Si veda, inoltre, A. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 199 ss.

[58] E' stato evidenziato, a tal proposito, da G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 86 ss., come il principio del *due process of law*, riconosciuto dai giudici dell'Unione Europea, non debba trovare applicazione esclusivamente in relazione ai procedimenti che si svolgono dinnanzi alle istituzioni comunitarie, ma, in qualità di principio generale, debba avere riconoscimento in tutti gli ordinamenti degli stati membri. In tal senso, si evidenzia come la disciplina dei procedimenti amministrativi dovrebbe focalizzarsi sull'individuazione di norme generali di *rule-making*, tralasciando di analizzare esclusivamente le procedure di *adjudication*.

[59] Sul punto, si rinvia a A. Zito, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 425 ss., il quale evidenzia che la Carta dei diritti dell'Unione Europea disciplina il rapporto tra amministrazione e privati in modo

Nello specifico, tuttavia, le esperienze dell'ordinamento dell'Unione Europea propendono, attualmente, per l'individuazione di uno schema decisionale ispirato a logiche di tipo verticale, in cui la pubblica amministrazione adotta la decisione amministrativa unilateralmente ed il privato riduce la propria partecipazione al procedimento ad uno strumento di difesa rispetto al provvedimento impositivo proveniente dalla "parte" pubblica. In tale contesto, la partecipazione procedimentale di carattere cooperativo e collaborativo ha sino ad ora ricoperto un ruolo marginale, impedendo ad un sistema di carattere reticolare di concretizzarsi ed articolarsi[60]. Il modello reticolare, laddove riuscisse ad emergere, permetterebbe la configurazione di un'interazione di carattere dialogico e comunicativo tra i singoli nodi, coincidenti con la pluralità di attori pubblici e privati coinvolti, in virtù della quale ognuno potrebbe valorizzare e porre al servizio della collettività le proprie risorse, conoscenze scientifiche e ogni altro elemento di cui il singolo nodo sia portatore. In tale contesto, sarebbe ammissibile la configurazione di un sistema di cooperazione e collaborazione reciproca di carattere orizzontale, in cui attori pubblici e privati collaborino paritariamente per garantire l'emersione della pluralità degli interessi rilevanti e toccati dalla

---

tale da non renderlo mai svantaggioso per gli amministrati. Nel dettaglio, l'Autore afferma che una decisione potrà essere considerata equa solamente nell'ipotesi in cui l'azione amministrativa sia scesa sul terreno "della parità, del dialogo con il privato, del consenso e dell'accordo di natura privatistica". In tema di partecipazione eventuale al procedimento amministrativo, si rinvia, inoltre, a F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana, Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 241 ss.

[60] Sul modello della "rete" in chiave sovranazionale si rinvia ai contributi di T. A. Börzel, *Le reti di attori pubblici e privati nella regolazione europea*, in *Stato e Mercato*, 1998; P. Carrozza, *Il "Multilevel Constitutionalism" e il sistema delle fonti del diritto*, in *Civitas*, 2006; S. Cassese, *La rete come figura organizzativa della collaborazione*, in A. Predieri, M. Morisi (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001; D. J. Elazar, *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, 1987; F. Ost, M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002; A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; da ultimo E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Pisa, 2010.

decisione amministrativa al fine di assicurare l'adozione di una decisione che sia la conseguenza di un progetto condiviso[61].

A questo punto dell'analisi, ci si può domandare se possano essere individuate delle forme di cooperazione e di determinazione congiunta tra la pubblica amministrazione e gli attori privati al fine di adottare, in un'ottica collaborativa, le prescrizioni di carattere condizionale apposte alla decisione pubblica. In tale prospettiva assume un ruolo di primo piano il diritto ambientale, il quale sta svolgendo il compito di apripista imponendo una nuova modalità decisionale ispirata ad un approccio cooperativo e collaborativo che coinvolge tanto la componente pubblica quanto quella privata nel procedimento di determinazione dei condizionamenti apposti alla decisione pubblica. Tale modello di determinazione congiunta dei provvedimenti di carattere prescrittivo mira ad espandersi anche in altri settori del diritto con lo scopo di determinare l'erompere di un

[61] Sulla necessità di un governo della complessità in chiave europea si rinvia a G. Martinico, *Complexity and cultural sources of law in the EU context: from the multilevel constitutionlism to the constitutional synallagma*, in *German law journal*, 2007. In questa prospettiva, è possibile ricostruire il fenomeno delle reti di autorità amministrative indipendenti sulla base di due distinti modelli: nel primo caso, è possibile individuare un'istituzionalizzazione della cooperazione tra autorità amministrative, ex ante, tramite l'utilizzazione della legge. Nella seconda ipotesi, vi è un eventuale riconoscimento legislativo della consolidata prassi di cooperazione e coordinamento tra singoli organi titolari del potere amministrativo, da intendersi quale recepimento di un modus operandi già esistente e funzionante, indipendentemente dal suo riconoscimento da parte del potere pubblico. In tal senso, sebbene in un contesto che eccede l'ambito europeo, si può richiamare a titolo esemplificativo l'esperienza canadese, in cui si sono sviluppate forme di federalismo cooperativo, caratterizzate dalla nascita di intese negoziate "nell'ambito di istituzioni non formalizzate". In questa ipotesi, non si assiste al riconoscimento tramite provvedimento normativo dell'avvenuta creazione del sistema reticolare tra i vertici della federazione e delle province, in quanto il sistema di intese e di conferenze intergovernative nasce a livello di prassi e garantisce al sistema politico canadese una straordinaria flessibilità, riuscendo ad incidere sulla "rigidità formale della struttura costituzionale" canadese. Rilevante in materia è il contributo di T. Groppi, *Canada*, Bologna, 2006, p. 47 ss.

nuovo paradigma attraverso cui possano essere adottate le decisioni amministrative[62].

A tal proposito, l'attenzione può essere rivolta, a titolo esemplificativo, alla disciplina francese di partecipazione al procedimento ambientale, volta, a seguito dell'introduzione delle due leggi quadro, *les lois Grenelle de l'environnement*[63], ad estendere quanto più possibile la partecipazione procedimentale dei cittadini al fine di adottare, secondo una logica spiccatamente democratico-partecipativa, una determinazione amministrativa congiunta. Lo scopo della riforma è volto ad introdurre un modello di partecipazione del pubblico molto ampio a prescindere dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive direttamente rilevanti rispetto all'adozione della decisione finale. Tuttavia, il legislatore, originariamente, si era limitato a riconoscere omnicomprensivamente la possibilità di esercitare il diritto d'accesso e di informazione, ma non aveva, contestualmente, riconosciuto la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo in maniera indistinta. Oltre a ciò, era ravvisabile, nella disciplina originaria, un'ulteriore criticità in quanto il sistema di partecipazione procedimentale era ritenuto applicabile solamente agli atti regolamentari che avevano un impatto diretto e significativo sull'ambiente. Pertanto, a seguito di alcune pronunce con le quali il Conseil Constitutionnel ha denunciato i profondi limiti del sistema normativo[64], è stata introdotta la legge n. 1460 del 2012, con la quale si è garantito omnicomprensivamente il diritto di partecipazione alla definizione del contenuto di diversi provvedimenti amministrativi in materia ambientale quali, per esempio, le autorizzazioni e le decisioni di carattere regolamentare. Inoltre, è stata assicurata l'effettiva valutazione dei contributi partecipativi privati in quanto, mediante la legge 1460, si è imposto, oltre al dovere di adozione del provvedimento non prima di quattro giorni dalla chiusura della

[62] In materia, rilevante è il contributo fornito da parte di F. De Leonardis, *La governance ambientale: alla ricerca di un equilibrio instabile,* in *apertacontrada*, 2010.

[63] La legge Grenelle I è la n. 967/2009, mentre la legge Grenelle II è la n. 788/2010

[64] Conseil Constitutionnel, sentenza 183-184/2011, in www.conseil-constitutionnel.fr e Conseil Constitutionnel, sentenza 262/2012, in www.conseil-constitutionnel.fr

consultazione, l'obbligo di pubblicazione delle sintesi delle osservazioni del pubblico. Tali caratteri assicurano un procedimento di adozione della decisioni amministrative ispirato al rispetto di una logica non solamente verticale, ma al contrario orizzontale e cooperativa, mediante la quale si assicura l'emersione della pluralità di interessi pubblici e privati sottesi alla decisione amministrativa. E' evidente, inoltre, che la configurazione di un modello mediante cui si garantisce agli attori privati la possibilità di partecipare all'adozione della decisione amministrativa assicura non solo l'individuazione degli interessi pubblici, ma anche la determinazione di prescrizioni condizionanti idonee a tutelare la pluralità di interessi coinvolti a livello endoprocedimentale. In tal senso, la partecipazione al procedimento supera la qualificazione di mero strumento di difesa e di garanzia del contradditorio tra pubblica amministrazione e privati, divenendo un mezzo che acquisisce funzione collaborativa e propositiva, al fine di favorire, in primo luogo, l'emersione della pluralità di interessi e fattispecie coinvolte nella determinazione amministrativa e, successivamente, al fine di adottare una decisione amministrativa in cui, attraverso i contributi privati frutto delle conoscenze tecnico scientifiche, sia garantita l'individuazione di clausole condizionanti, idonee a tutelare la pluralità di interessi sottesi alla decisione amministrativa. In altri termini, attraverso la qualificazione della partecipazione procedimentale in chiave collaborativa tra attori pubblici e privati, si adottano dei provvedimenti amministrativi in cui può essere garantito, in aggiunta alla concretizzazione della causa principale del provvedimento, anche l'individuazione di prescrizioni condizionanti volte a tutelare la pluralità di interessi coinvolti nel procedimento decisionale[65].

Oltre all'esperienza francese ed analizzando il contesto sovraeuropeo, è interessante analizzare la normativa ambientale canadese, la quale prevede una partecipazione della componente privata nella fase di determinazione ed esecuzione dei provvedimenti. In particolare il *Canadian Environment Assessment Act* del 1992 e il

[65] In ordine al tema della democrazia partecipativa in Francia, si veda M. Zinzi, *La democrazia partecipativa in Francia alla luce delle recenti riforme legislative*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 822 ss.

Canadian Environment Protection Act del 1999 introducono delle procedure volte ad assicurare la possibilità sia ai cittadini sia alla associazioni ambientaliste di partecipare alla determinazione del contenuto dei provvedimenti normativi ed esecutivi indipendentemente dalla titolarità di un interesse specifico[66]. Si tratta, anche per l'esperienza canadese, della configurazione di una partecipazione procedimentale in chiave collaborativa,la quale è vota, dapprima, ad assicurare l'emersione della pluralità di interessi coinvolti nel procedimento e, successivamente, l'individuazione, grazie alla cooperazione tra pubblica amministrazione e privati, di prescrizioni condizionanti il cui obiettivo sia garantire un tutela "sistemica" della pluralità di fattispecie sottese alla decisione amministrativa.

Un ulteriore esempio di democrazia partecipativa quanto all'adozione dei provvedimenti prescrittivi è costituito dal modello statunitense dell'EPA Project XL (eXcellence and Leadership). Questo progetto, che rimase attivo tra il 1995 e il 2002, permetteva ai soggetti regolati di concludere con la pubblica amministrazione degli accordi ambientali finalizzati a garantire, attraverso i contributi conoscitivi dei privati, la tutela dei pubblici interessi in cambio della mancata applicazione delle previsioni generali normative in capo agli operatori privati. La pubblica amministrazione, sulla base della presunzione secondo cui gli attori privati sono titolari di più ampie conoscenze tecnico-scientifiche rispetto agli operatori pubblici, incentivava i destinatari dei provvedimenti alla conclusione di accordi

[66] A tal proposito, è stato creato il *Canadian Environment Assessment registry,* che attraverso una specifica piattaforma web fornisce informazioni sul procedimento amministrativo in corso. La medesima logica è ravvisabile nel *Canadian Environment Protection Act* in cui è riconosciuto ai cittadini la possibilità di presentare al ministero dell'ambiente segnalazioni sui rischi e danni ambientali attraverso la compilazione di una banca dati on-line. Sull'esperienza partecipativa canadese alla determinazione delle decisioni amministrative, si rinvia a P. L. Petrillo, *Le suggestioni canadesi sulla governance ambientale italiana: dalla legislazione partecipata al "bollino verde" per le leggi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo, 2009,* p. *388* ss. e P. L. Petrillo, *La governance ambientale in Canada*, in G. Carpani, M. Carli, M. Cecchetti, T. Groppi, A . Siniscalchi (a cura di), *Governance ambientale e politiche normative*, Bologna, 2008, p. 543 ss.

al fine di garantire la soddisfazione di standard di tutela ambientale più elevati. C ontestualmente, mediante tali accordi si mirava ad assicurare il soddisfacimento delle pretese private[67], attraverso le soluzioni presentate dagli attori privati, le quali si dovevano caratterizzare per l'innovazione e per l'efficacia e che necessitavano, per poter essere approvate, di un'attenta valutazione da parte della pubblica amministrazione, la quale, eventualmente, poteva anche coinvolgere soggetti terzi. Attraverso tale *modus operandi* si permetteva alla pubblica amministrazione di individuare, mediante degli accordi conclusi a seguito di un procedimento a cui le parti pubbliche e private partecipavano in condizione di equiordinazione, soluzioni che caso per caso fornivano la garanzia di attuare standard ulteriori rispetto a quelli minimi fissati dalla legge e, contestualmente, la possibilità di derogare rispetto alla soglia minima di tutela in caso di specialità al fine di assicurare il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta[68].

Dall'inquadramento di queste esperienze, discende l'individuazione di una parziale apertura dei meccanismi di adozione delle decisioni amministrative agli attori privati al fine di avviare una procedimento volto alla concretizzazione di una decisione il cui scopo

[67] Si rileva che la forte crescita di tutela degli interessi privati rischia di causare "l'ossificazione" dell'analisi relativa agli interessi in gioco. Il sistema amministrativo americano tanta di porre rimedio a tale problema attraverso sistemi di deregolazione o soluzioni basate sull'autoregolazione, i quali si allontano dal modello imperativo ed autoritativo dell'agire pubblico. In tal senso, R. B. Stewart, *Il diritto amministrativo del XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 13 ss.

[68] A tal proposito, si veda quanto analizzato da M. Simoncini, *op. cit.*, p. 258 ss. A ben vedere, l'ordinamento statunitense utilizza largamente gli strumenti negoziali. A tal proposito, si può ricordare il modello della *regulatory negotiations*, che permette ai privati di contrattare anticipatamente con la pubblica amministrazione il contenuto della regolazione. Si tratta di un procedimento in cui la pubblica amministrazione e i privati negoziano le condizioni da apporre al regolamento amministrativo in posizione di parità. Si tratta di un procedimento in cui il privato ha la possibilità di far emergere maggiormente nel procedimento decisionale gli interessi di cui è titolare, mentre la pubblica amministrazione è titolare di un potere discrezionale, sebbene subordinato al consenso a pena di nullità.

sia fornire una tutela adeguata ed effettiva dell'interesse ambientale. La rilevanza del modello collaborativo è riconducile all'instaurazione di un momento di contraddittorio, basato sul confronto e sul dialogo tra attori pubblici e privati, in cui, oltre ad assicurare la corretta emersione e composizione degli interessi coinvolti nel procedimento decisionale, si garantisca un percorso condiviso di formazione delle clausole prescrittive condizionanti apposte al provvedimento amministrativo, al fine di individuare il corretto bilanciamento tra i valori in conflitto[69]. Si tratta, in definitiva, di adottare un provvedimento amministrativo che non miri esclusivamente a garantire tutela ad un interesse pubblico predeterminato, in quanto si intende promuovere un procedimento partecipativo di carattere cooperativo, finalizzato all'individuazione di clausole condizionanti indirizzate a fornire tutela e protezione alle diverse situazioni ed interessi coinvolti in quella determinata fattispecie concreta. La garanzia della partecipazione procedimentale privata nella determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo e, segnatamente, nella definizione delle clausole prescrittive condizionali necessita, tuttavia, di essere intesa non solamente come "momento stipulativo"[70] tra pubblica amministrazione ed attori privati destinatari diretti della decisione amministrativa, ma quale mezzo volto a garantire collaborazione tra i singoli "nodi" della rete. A tal proposito, il contraddittorio procedimentale potrà garantire una funzione di carattere cooperativo solamente qualora sia il risultato di un procedimento dialogico e comunicativo tra i diversi "nodi" della stessa rete, i quali possono ritenersi legittimati ad intervenire nel procedimento amministrativo, per il semplice fatto che interessi genericamente riconducibili alla collettività siano sottesi alla

[69] Il tema della co-determinazione collaborativa degli interessi coinvolti al fine di assicurare un'adeguata armonizzazione del conflitto endoprocedimentale è stato affrontato in dottrina da M. C alabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale,* p. 105 ss.

[70] P. Carrozza, *Il sistema delle autonomie*, Relazione tenutasi al Convegno italo-spagnolo di diritto costituzionale sul tema "La tutela costituzionale delle autonomie territoriali", svoltosi il 4 e 5 giugno 2004 presso la Certosa di Pontigliano a Siena.

determinazione amministrativa[71]. In tal senso, solamente laddove si garantisca un "contraddittorio paritario in contestazione"[72] tra la pluralità di "nodi" della rete, potranno scaturire delle decisioni amministrative di carattere condizionato che assicurino una tutela adeguata alle "esigenze funzionali degli interessi economici e sociali" coinvolti nella determinazione amministrazione[73].

Tale approccio cooperativo e collaborativo, ravvisabile, attualmente, nell'ordinamento francese e canadese, rappresenta, tuttavia, un fenomeno isolato che non è ancora rintracciabile su larga scala, in quanto è evidente che la possibilità di partecipare all'adozione del provvedimento amministrativo ed alle condizioni ad esso apposte, in molti ordinamenti, è riconducibile all'esigenza di ricoprire il ruolo di parte nel procedimento amministrativo[74]. Discende, pertanto, da questo inquadramento come, attualmente, non sia ancora configurabile, su larga scala, un diritto di partecipazione procedimentale alla formazione della decisione amministrativa riconducibile all'adozione di un provvedimento amministrativo che,

---

[71] Rilevante sul punto è la distinzione introdotta da G. Berti, *op. cit.*, p. 800 ss., il quale afferma che laddove venga riconosciuta la possibilità di partecipare all'istruttoria procedimentale al singolo soggetto, colpito direttamente ed individualmente dall'emanazione dell'atto, si dovrebbe parlare di una procedura democratica. Al contrario, laddove si individui un'istruttoria procedimentale a cui siano legittimati a partecipare sia i gruppi sia i singoli, ma in qualità di portatori di interessi diffusi, occorrerebbe definire il procedimento amministrativo quale espressione di una partecipazione di carattere democratico.

[72] F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, p. 543. In dottrina, per l'analisi del contradditorio procedimentale in relazione ai procedimenti "misti" o "composti", si rinvia a S. Antoniazzi, *op. cit.*, p. 693 ss.

[73] M. Raveraira, *I privati attori di nuove regole pubbliche "migliori"*, in M. Raveraira (a cura di), *Buone regole e democrazia*, 2007, p. 27.

[74] In tal senso, si consideri la sentenza 20 dicembre 2017, C- 664/15, *Protect Natur-,Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation,* in cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea afferma che deve essere riconosciuto, nei procedimenti autorizzatori in materia ambientale, alle organizzazioni per la tutela dell'ambiente "il diritto di partecipazione, in quanto parte del procedimento", limitando "il diritto di ricorso per impugnare decisioni adottate in esito a tale procedimento alle sole persone aventi tale qualità".

mediante le proprie prescrizioni, vada ad incidere su interessi la cui titolarità sia generalmente riconducibile alla collettività degli individui.

6. *Riflessioni conclusive*

Al termine di questa analisi, è possibile evidenziare come, attualmente, i tradizionali schemi di adozione delle decisioni amministrative di carattere tipicamente unilaterale, i quali sono riconducibili alla logica del *command and control*, sono stati affiancati da nuove logiche decisionali di carattere orizzontale, le quali sono volte ad incentivare la cooperazione e la collaborazione tra i singoli soggetti ed autorità coinvolte nel procedimento decisionale al fine di determinare congiuntamente il contenuto del provvedimento amministrativo e dei condizionamenti ad esso apposti.

A tal proposito, è bene precisare che, sebbene il potere di adottare il provvedimento amministrativo spetti in ultima istanza alla pubblica amministrazione, il modello decisionale descritto, il quale configura la categoria dei provvedimenti amministrativi condizionati, assicura sia agli attori pubblici sia a quelli privati di partecipare all'istruttoria procedimentale in una prospettiva propositiva e collaborativa al fine di definire congiuntamente contenuto della decisione amministrativa. In particolare, analizzando le modalità di adozione dei provvedimenti amministrativi condizionati, è possibile evidenziare come l'istruttoria procedimentale possa essere ricondotta a luogo in cui, dapprima, attori pubblici e privati assicurino l'emersione e l'individuazione di tutti i diritti ed interessi coinvolti dalla determinazione amministrativa[75] e, contestualmente, grazie ai

[75] In tal senso, si precisa che all'istruttoria procedimentale non può più essere riconosciuto il ruolo di strumento funzionale a garantire la tutela di interessi prioritariamente individuati da parte della legge, in quanto trattasi di luogo di emersione degli interessi pubblici. Ne discende che l'interesse pubblico non può essere qualificato quale fattispecie statica, bensì necessita di essere considerato quale elemento che viene individuato nel corso dell'istruttoria procedimentale. Sul punto, si rinvia a F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Rivista*

saperi tecnici e specialistici di cui la parte privata dispone, i quali, come già ricordato, sono spesso molto più ampi di quelli a disposizione della pubblica amministrazione, sia possibile individuare il corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti. Nel dettaglio, questo nuovo modello di adozione delle decisioni amministrative prevede che gli operatori privati abbiano la facoltà di intervenire nell'istruttoria procedimentale con contributi partecipativi di carattere conformativo, attraverso cui sia possibile configurare delle prescrizioni funzionali a garantire il corretto bilanciamento e, conseguentemente, a garantire una tutela di carattere sistemico agli interessi emersi. Il modello condizionale di adozione delle decisioni amministrative, riconosce, inoltre, agli attori privati il potere di esercitare, per il tramite della partecipazione procedimentale, un controllo sul contenuto del *quomodo* della decisione amministrativa al fine di evitare che i condizionamenti introdotti producano eccessivi pesi sull'esercizio delle attività private. Nel dettaglio, la garanzia di un coinvolgimento degli attori privati nell'elaborazione e determinazione del contenuto delle decisioni amministrative garantisce il superamento di una *thin partecipation* a favore dell'emersione di una *thick partecipation*, volta ad assicurare il consenso della pluralità di attori pubblici e privati coinvolti sul contenuto decisionale[76]. Ne discende che la discrezionalità amministrativa di cui è titolare la pubblica amministrazione subisce una profonda modificazione in quanto trattasi di uno *spatium deliberandi* in cui gli specifici condizionamenti che necessitano di essere apposti al provvedimento amministrativo non possono essere aprioristicamente individuati dal decisore pubblico, ma risultano essere la conseguenza del contraddittorio procedimentale[77]. Le prescrizioni di carattere condizionale così individuate divengono il risultato di un procedimento partecipativo volto a garantire la corretta individuazione degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta al fine di fornire, in una prospettiva

---

trimestrale di diritto pubblico, 1952, p. 126; G. Pastori, *op. cit.*, p. 1310 ss.; G. Berti, *Procedimento, procedura e partecipazione*, p. 800 ss.

[76] J. Black, *Proceduralizing regulation*, in *Oxford journal of legal studies*, 2000, p. 297.

[77] In merito al mutamento del senso della discrezionalità amministrativa, si veda G. Berti, *Procedimento, procedura e partecipazione*, p. 793 ss.

integrata, tutela e protezione alla pluralità di interessi coinvolti. Parallelamente, la pubblica amministrazione ha il compito di verificare che gli attori privati non adottino delle condotte opportunistiche sfruttando le asimmetrie informative in cui verte la pubblica amministrazione ed introducendo, in tal modo, delle soluzioni che non siano praticabili, efficaci ed eque[78]. Per ovviare a tale inconveniente, dovere della pubblica amministrazione diviene fornire un'adeguata formazione agli attori privati mirando a "far entrare qualcosa nella mente" e, soprattutto, "nelle azioni di chi riceve"[79], al fine di garantire la possibilità da parte del privato di partecipare al procedimento amministrativo attraverso contributi che siano orientati ad introdurre soluzioni innovative ed adeguate a fornire tutela agli interessi coinvolti, senza gravare eccessivamente sulle posizioni giuridiche di titolarità degli attori privati[80]. Ulteriore strumento mediante cui la pubblica amministrazione possa assicurare l'individuazione di soluzioni efficaci consiste nell'apertura del procedimento amministrativo a soggetti terzi, i quali permettano alla pubblica amministrazione mediante i propri contributi partecipativi di colmare le asimmetrie informative del decisore pubblico, in maniera tale da rafforzare il potere di collaborare con gli attori privati alla definizione del contenuto delle prescrizioni introdotte. L'immagine evocata rinvia alla figura della rete, la quale richiama una struttura complessa composta da una pluralità di nodi collegati per mezzo di segmenti aventi una natura di connessione o "composizione", al fine di collegare reciprocamente i poteri pubblici e gli attori non statuali attraverso lo scambio e la condivisione di risorse e di informazioni. In altre parole, il modello così descritto prevede un sistema dialogico e

---

[78] Sul punto si veda C. R. Sunstein, *Risk and Reason. Safety, Law, and the Environment*, New York, 2002, 284 ss.

[79] H. Simon, *op. cit.*, 252 ss.

[80] In ordine allo specifico profilo della comunicazione derivante dall'instaurazione di un rapporto tra la componente pubblica e privata, si rinvia a G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, p. 158 ss., B. G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 3 ss., P. Marsocci, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, p. 64 ss., P. Mancini, *Manuale di comunicazione pubblica*, Bari, 2004, p. 111 ss.

comunicativo in cui i singoli nodi rappresentano forze contrapposte portatrici di interessi diversi, ma orientate alla concretizzazione di un assetto di tipo relazionale fondato sul dialogo e sull'integrazione reciproca di conoscenze ed informazioni[81]. Si tratta, in altre parole, della nascita di un pluralismo di attori concorrenti, i quali costituiscono i nodi di una rete che favorisce lo scambio di informazioni tra i singoli soggetti coinvolti, causando una recessione delle categorie di direzione ed orientamento delle condotte, compatibili con una struttura verticale di adozione delle decisioni amministrative, al fine di individuare delle prescrizioni condizionanti, le quali soddisfino, *case by case*, la pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti.

In conclusione, emerge, da questa analisi, che gli interessi pubblici sottesi ad una determinata decisione amministrativa non possono essere predeterminati da parte del legislatore, ma necessitano di essere individuati a seconda delle specificità delle singole fattispecie oggetto della decisione amministrativa. Ne discende che le prescrizioni condizionanti apposte al provvedimento amministrativo divengono lo strumento giuridico necessario per fornire la migliore tutela possibile agli interessi pubblici coinvolti e, contestualmente, riconoscere e non onerare eccessivamente le posizioni giuridiche soggettive di titolarità privata. Per tale motivo, alle prescrizioni conformative introdotte nel provvedimento amministrativo non può essere riconosciuto il ruolo di elemento accidentale, bensì tali condizionamenti devono essere qualificati quali fattispecie introduttive di un contenuto essenziale, in quanto solamente per il loro tramite viene assicurata una tutela agli interessi pubblici coinvolti[82]. Inoltre, al fine di individuare condizionamenti che assicurino la miglior tutela possibile sia agli interessi pubblici sia a quelli privati, si necessita di configurare un sistema di carattere

[81] Quanto alla figura della rete quale modello di organizzazione basato sul "coordinamento autonomo non gerarchico" in contrapposizione ad un sistema di "coordinamento gerarchico centrato" si rinvia a S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2003, 21 e ss. e a T. Börzel, *op. cit.*, 393 e ss.

[82] Per una lettura in tal senso e, specificatamente, in relazione ai provvedimenti autorizzatori, si rinvia a M. Simoncini, *op. cit.*, 224 ss. ed a F. Frediani, *op. cit.*, 447 ss.

reticolare basato sulla cooperazione e collaborazione tra i singoli nodi della rete al fine di determinare, in una prospettiva interattiva, lo scambio reciproco di saperi ed informazioni.

Abstract: The paper aims to develop and deepen the model of conditioned administrative decisions. This model is characterized by the conformation of the behavior of an individual to the specific prescriptions added to the administrative decision with the aim of protecting public interests involved in the administrative decision-making procedure. The idea I want to elaborate in this paper is that the conditional clause guarantees a systemic and integrated balance between different interests involved in the decision-making procedure. In addition, the focus is on examining the participation techniques to the definition of the conditional clauses in order to explain how the participation is the affirmation of a cooperative and dialogic approach in defining the contents of the conditional clauses added to the administrative decision.

Keywords: conditional clauses - systemic protection - control on command - participation in decision-making procedures - network model

Elena Belliardo – Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli studi di Torino (elena.belliardo@tiscali.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Interpreting the History of Modern Comparative Law: Beyond Descriptive Linearity The Case of Historical-Comparative Jurisprudence*

Balázs Fekete[**]

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. General background: the rise of positivism and the idea of evolution. – 3. Historical and Comparative Jurisprudence - the emergence of the paradigm in England. - 3.1 The fusion of the historical and comparative methods in Maine's Ancient Law. – 3.2. The development of historical and comparative jurisprudence. – 4. From *Ethnologische Jurisprudenz* to *Vergleichende Rechtswissenschaft* - the birth of the paradigm in Germany. - 4.1. The beginning: ethnological perspectives in the legal scholarship. – 4.2. Joseph Kohler's general philosophy of law. – 5. The first paradigm of modern comparative law: a summary.

1. *Introduction*

History of comparative law thinking is still partly unwritten. There are many important pieces on this issue, but a comprehensive account is still lacking.[1] Common to all these, narrower or broader,

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[**] Author's note: the preparation of this article was supported by Bolyai-scholarship provided by the Hungarian Academy of Sciences. An earlier and partly different version of this paper was published in my Hungarian monograph on the history of modern comparative law (Balázs, Fekete, *A modern jogösszehasonlítás története. Kísérlet a jogösszehasonlítás történetének új értelmezésére* (Budapest, Gondolat, 2011) 44–72.)

[1] For general accounts of this history see: L.J. Constantinesco, *Traité de droit comparé I. Introdution au droit compare*, Paris, 1972, p. 50 ss.; K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law,* Oxford, 1998, p. 48 ss.. W. Hug, *The History of Comparative Law* in *Harvard Law Review,* vol. 45, 1932, p. 1027 ss. For

fragments, that they are based on a linear and descriptive approach of the development in legal thinking. That is, they consider development of comparative law thinking as a linear process that starts from the premodern period and lead directly to modernity. This is not too surprising, as legal history deeply embraced the concept of linearity when discussing both the evolution of a legal institution or an idea or school in legal thinking.[2]

However, this paper attempts at introducing a new way of understanding of the formation of modern comparative law thinking. Basically, it borrows certain components of Thomas S. Kuhn's philosophy of science in order to reinterpret the already, more-or-less, settled story of modern comparative law thinking. That is, it makes an attempt to prepare a more feasible way to understand the development of modern comparative law with the help of a historical and sociological concept of science as such. A caveat must be made here, the reception of Kuhn's some concept will have a functional nature in this study, thus the aim of this paper is not to justify or deny the validity or applicability of Kuhn's ideas – being in the centre of a considerable philosophical controversy for decades[3] – but to show how some Kuhnian concepts may help in providing such a vision on the development of modern comparative law that goes beyond the simple claims of description and linearity. Personally speaking the author of this paper is deeply convinced that the history of a given field of scholarly study is much more appealing than a simple, chronologically organized list of authors, theses and dates.

---

some national summaries see: M. Ancel, *Cent ans de droit comparé en France*, in *Livre centanaire de Société de législation compare,* Paris, 1969, p. 3 ss.; M. Rheinstein, *Comparative and Conflicts of Law in Germany*, in *The University of Chicago Law Review,* vol. 2, 1934-35, p. 232 ss.; J.W. Cairns, *The Development of Comparative Law in Great Britain*, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law,* Oxford, 2006, p. 131 ss.

[2] As a classic example: Sir F. Pollock and F.W. Maitland, *The History of English Law. Vol 1-2,* Cambridge, 1968. From the contemporary literature: S. Hähnchen, *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit,* Heidelberg, 2012.

[3] For a summary: A. Bird, *Thomas Kuhn*, in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition), at http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/thomas-kuhn

From the perspective of this paper the following Kuhnian terms have certain relevance: pre-paradigm period,[4] scientific community,[5] paradigm,[6] and symbolical generalizations.[7] These all have some added value in the discussion of the story of modern comparative law, and the application of them may even help to overcome some widely shared commonplaces as for instance the lack of proper scholarly premises or the underdeveloped nature of methodological reflection.[8]

In sum, this paper argues that with the help of some Kuhnian terms a better view on the formation of modern comparative law may be reached. The main thesis is that paradigms can be identified[9] in this almost 150 years story and this point will be illustrated by the detailed discussion of the first paradigm of modern comparative law: the historical and comparative jurisprudence. Although this paradigm was

---

[4] Cf. T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions,* Chicago, 1970, p. 10–22 (explaining that the formation of the first paradigm in a given field of study, that is emergence of "normal science" is preceded by a longer period in which various schools and their diverse interpretation compete with each other. This is the so-called "pre-paradigm period").

[5] Cf. *ibid*. p. 23–51 and p. 177–179. (A central component of Kuhn's philosophy, as he argues that the commitment to a paradigm's premises establishes a scientific community, therefore, the 'normal science' is simply impossible without the communities of scientists, too).

[6] Cf. *ibid*. p. 181–187. (In the 1969 Postscript, Kuhn refines his concept of paradigm. It is argued, that paradigms are "constellation of group commitments" in various issues being crucial in research work. In essence, these commitments are composed of symbolic generalizations, beliefs in particular models, values and exemplars).

[7] Cf. *ibid*. p. 182–184. (From the aspect of legal scholarship, symbolic generalizations may have a crucial role, as the theses of jurisprudence are mostly expressed in this form. Legal studies tend to use an abstract language, and the sharing of some statements and theses are vital if one wants to subscribe to a certain stream of legal thinking such as natural law understanding or legal sociology, for instance).

[8] For a contemporary summary of this criticism see P. Legrand, *How to Compare Now*, in *Legal Studies,* vol. 16, 1996, p. 232 ss.

[9] Whether the concept of paradigm is to be applied to social or human sciences is still an unsettled question. However, even Kuhn argues that it is not impossible *ab ovo* as puzzle-solving scholarly activities are also part of human sciences. See T.S. Kuhn, *The Natural and the Human Sciences*, in Id., *The Road since Structures. Philosophical Essays, 1970-1993,* Chicago-London, 2000, p. 216 ss.

overcome in the first ten years of the 20th century mostly due to the efforts of the 1900 Parisian Congress, [10] it offers an excellent opportunity to test Kuhn's concepts against facts of the history of legal thinking. Naturally, in this sense, this work is unfinished yet, as the consecutive paradigms and the paradigm-shifts in between must also be studied in the future. But, all in all, this fragment may pave the way toward a novel understanding and may also provoke a stimulating discussion.

2. *General background: the rise of positivism and the idea of evolution*

The continental European legal scholarship, that emerged based on the *ius commune* stemming from the wide reception of Roman law, seemed to be irreversibly disintegrating by the end of the 18th century along national borders. This process was due to the emergence of modern states and their efforts to centralize the formerly multifaceted legal orders.[11] Therefore, from the beginning of the 19th century, one cannot refer to a uniform European legal scholarship any more, but instead its national counterparts focusing on the analysis and development of the national legal orders became the players of the European legal world. The attention of legal scholars almost entirely was directed towards their own legal systems, except for a few isolated attempts,[12] and the outlook to foreign laws lost its significance. However, following the first third of the 19th century, the European scholarly thinking was affected by fundamentally new impacts, which, by the middle of the century, have led to a substantial transformation of the era's perception of scholarship dealing with social issues. This change, obviously, did not leave the previously national legal tradition-focused thinking of lawyers unaffected either.

These impacts are to be divided into two large groups. On the one hand, the general methodological transformation of the period's

[10] For an overview of the Congress see: *Congrés international de droit comparé. Tenu á Paris du 31 Juillet au 4 aout 1900. Procés-verbaux et documents,* Paris, 1905.

[11] Cf. M. Weber, *Staatssoziologie,* Berlin, 1956.

[12] Cf. M. Ancel, *op. cit.,* p. 4; or M. Rheinstein, *op. cit.,* p. 232–233.

scientific thinking has to be pointed out, on the other, the theory of evolution, which has had a great influence by the second half of the century, need to be mentioned. This general methodological transformation of scientific thinking and the wide penetration of the idea of evolution had such a huge impact on the general thinking and theoretical-intellectual atmosphere of the period that it had not left legal scholarship unaffected either.

By working out the theses of scientific positivism, Auguste Comte has decisively contributed to the formation of modern scientific thinking. Inspired by the buoyant development of natural sciences in this period, Comte argued that social phenomena can be studied with the help of methods of natural sciences. Thus the laws having an objective character that affects social phenomena can be reconstructed, and the laws of the world of physics offer proper examples for such endeavors. So, in Comte's eyes, research focusing on social phenomena should always be based on facts and not *a priori* principles.[13] These insights show that Come's ideal was the research of social phenomena by a precision that can be compared to that of natural sciences, and the simple fact that he called the analysis and discussion of social phenomena social physics, also reveals a lot about his thinking. In sum, due to the appearance of Comte's positivism focusing on the method of induction, the application of methods rooted in natural sciences gained momentum in scholarship discussing various socio-historical phenomena.

In addition, by the first third of the century the comparative method has spread in a wider circle in natural sciences, among which the first such area was comparative anatomy, as it is argued by Marc Ancel. This spreading did not leave other areas of study unaffected either, mainly given that the inductive method required by positivist philosophy has created a favorable context for the wider application of the comparative method. The earliest attempts to do so appeared first in linguistics, literature and history of religion, so using

[13] For a details see: A. Comte, *Discours sur l'espirit positif*, Paris, 1844. For an analytical discussion and criticism: F.A. Hayek, *The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason*, Indianapolis, 1979, p. 253–255.

comparison when analysing socio-historical phenomena became acceptable for more and more scholars.[14]

In the development of the idea of historical evolution, Hegel's philosophical system was of crucial importance. According to Hegel, history is not only a blind evolution, but a process based on certain principles that can be identified by philosophers. With the help of dialectics stemming from the triad of thesis-antithesis-synthesis, one may create a connection between the different steps of history, and it can help in identifying the idea which determines history.[15] That is, there is always an idea that comes to life in history, and the step-by-step manifestation of this process is history itself. This approach paved way to the step-by-step, development-oriented perception of legal development in legal scholarship, hence creating the possibility of reconstructing the general evolutionary lines of legal development.[16]

Hegel's doctrines mostly stimulated the continental academic thinking, while in the Anglo-Saxon world Darwin's theory of evolution had a serious impact. The thought of Darwinian evolution made the application of the historical method accepted generally, by influencing the attitude of those 19th century authors, who were dissatisfied with the premises of the utilitarian-rationalist conceptual legal thinking dominant in the 18th century.[17] The idea of evolution could perfectly be used in establishing a legal scholarship with more historical character, thus it gave more room to historic uniqueness opposed to the generality of rationalism.

---

[14] In 1805, Cuvier's writing *Traité d'anatomie comparée* was published. In 1821, Raynouard's handbook *Grammaire comparé des langues de l'Europe latin* was published, and later writings in the area of comparative literature also became more and more widespread. See for example M. Ancel, *op. cit.,* p. 4.

[15] For more details see: G.W.F. Hegel, *The Philosophy of History*, Kitchener, 2001. For an analytical discussion and criticism: F.A. Hayek, *op. cit.,* p. 385–387.

[16] See E. von Caemmerer and K. Zweigert, *Évolution et état actuel de la méthode du droit comparé en Allemagne*, in *Livre centanaire de Société de législation compare,* Paris, 1969, p. 269–270.

[17] See Sir F. Pollock, *History of Comparative Jurisprudence*, in *Journal of the Society of Comparative Jurisprudence,* vol. 5, 1903, p. 79 ss. and Id., *English Opportunities in Historic and Comparative Jurisprudence,* in Sir F. Pollock, *Oxford Lectures and Other Discourses,* London-New York, 1890, p. 42 ss.

All in all, it can be argued, that the spread of the idea of scientific positivism and the theory of evolution have largely contributed to the birth of the first paradigm of modern comparative law in Kuhnian terms. Scientific positivism and the theory of evolution, which are intertwined in many aspects,[18] endorsed such methodological principles and philosophical aims that had a vital relevance for the rising historical and comparative jurisprudence. Basically, by merging the idea of evolution with the need for comparison, the structural frame providing the bases for a paradigm was created.

It also needs to be highlighted that the solidification and inner coherence of the theoretical frames alone would not have been sufficient for the development of the first paradigm of comparative law, if it had not been connected to the first wave of institutionalization. It comes logically from Kuhn's concept of paradigm that we cannot infer the existence of paradigms without institutional networks. Only the academic institutions are capable of providing such a material and intellectual structure which can support the regular practice of scholarship. If the institutional framework is missing, then scientists are not capable of sharing their results with each other and the wider audience, so the "normal science", as coined by Kuhn, cannot take shape.

Mark Ancel argues that the year 1869 was crucial in the process of institutionalization of modern comparative law, most probably because of a historical coincidence. This was the year when Henry Sumner Maine founded his *Historical and Comparative Jurisprudence* department in Oxford; when the *Société de législation comparée*, which later had a serious effect on the development of comparative law, was established in Paris; and when the journal *Revue de droit international et de legislation comparée* was started in Belgium.[19] In 1872, the previously mentioned French society has launched its own journal (*Bulletin Trimestriel de la Société de Legislation Comparée*), which was followed by the German *Zeitschrift für vergleichende*

[18] Hayek specifically raises awareness and thoroughly analyses the fact that the seemingly distant theories of Comte and Hegel are very much connected in their presumptions. See in detail F.A. Hayek, *op. cit.,* p. 367 ss.

[19] M. Ancel, *op. cit.,* p. 6.

Rechtswissenschaft also dealing with legal problems in a comparative perspective in 1878.[20] The first professional society of the German language region was founded in 1894, called *Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatwichensaft*. In 1894, more scholarly societies were formed both in Germany and England, the *Internationale Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkwirtschaftlehre*[21] and the *Society of Comparative Legislation*.[22] These societies and the network of their journals, combined with the university faculties have already provided a sufficient background for scholarly research built upon the regular communication of authors interested, thus it led to the formation of a scientific community devoted to a comparative study of law.[23]

In the following, this paradigm will be discussed by presenting its two main streams: the English and the German schools of historical and evolutionary comparative law thinking. The differentiation between these two schools is justified owing to the linguistic and cultural similarities, however, it should also bear in mind that a vast number of common presumptions connects them, too.

3. *Historical and Comparative Jurisprudence – the emergence of the paradigm in England*

3.1 The fusion of the historical and comparative methods in Maine's Ancient Law

It is no exaggeration to argue that Sir Henry Sumner Maine's work is among the turning points of the 19th century English

[20] I Zajtai, *Réflexions sur l'évoltuion de droit compare*, in H. Bernstein - U Drobnig - H Kötz (eds.), *Fetschrift für Konrad Zweigert,* Tübingen, 1981, p. 596.

[21] See M. Rheinstein, *op. cit.,* p. 234, footnote 8. For details see H. Wehberg, *Internationale Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkwirtschaftslehre*, in *Introduction á l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert,* Paris, 1938, p. 664 ss.

[22] See Z. Péteri, *A jogösszehasonlítás kezdetei az angol jogtudományban*, in *Állam- és Jogtudomány,* vol. 18, 1975, p. 409, footnote 57.

[23] About institutionalisation see in detail L.J. Constantinesco, *op. cit.,* p. 103–107.

jurisprudence. Maine deliberately broke up with the previously dominant analytical approach – coined by Austin and Bentham and based on a racionalist epistemology – and turned against the approach of 18th century authors who have neglected historicism manifestly.[24] In his *opus magnum*, Ancient Law, published in 1861 and soon became popular all over the continent, Maine attempted to discover the general laws of legal development through examining the history of the various institutions of law. One may consider his efforts was pathbreaking, as he tried to understand analyze the phenomenon of law within the conditions of the given historical era, including the social, economic and ideological context. Thereby Maine stepped away from the utilitarian-analytical thinking putting legal principles in the center of study and applying the tools of logic for legal phenomena without any interest in their context.[25]

Maine's view on legal scholarship, a novelty in his era, was formed as a result of several impacts. First of all, the impact of natural science methods should be mentioned, as these methods advocated that the discovery of objective, empirically-founded laws of nature is certainly possible. Maine, in accordance with the period's incline towards positivism, firmly believed that one can find such laws both in human nature and society as well,[26] and, as a consequence, legal history also has its own evolutionary laws. Thus, he wanted to make legal scholarship a real science in terms of the era, so he put the inductive method in spotlight instead of the previously dominant deductive and speculative approaches. For him, geology was the influencing model, which in the question of geomorphology praised the idea of continuous and almost undetectable change, as opposed to those former concepts which regarded sudden and vast catastrophes

[24] About Maine's career in detail see G. Hamza, *Sir Henry Maine et le droit comparé*, in *Acta Antiqua,* vol. 45, 2005, p. 193 ss.; Z. Péteri, *A jogösszehasonlítás kezdetei az angol jogtudományban,* cit., p. 399.

[25] For the comprehensive critique of the utilitarian-analytical thinking see J Bryce, *The Methods of Legal Science*, in J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence,* vol. II, Oxford, 1901, p. 178 ss.

[26] Sir P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Sumner Maine*, in *The Collective Papers of Paul Vinogradoff I,* New York, 1995, p. 182 ss.

as the reasons of geological changes.[27] It is apparent that this idea was the main source of Maine's views on the organic legal development, and he built up his theory based on this analogy about the levels of the development of law.

Besides Maine's natural sciences-influenced thinking based on external laws, he also drew ideas from the theses of the German historical school of jurisprudence. This understanding, which promoted the historical and collective psychological character of law due to its conservativism and romanticism, has clearly influenced Maine's work, especially in relation to the application of the historical method.[28] Both Maine and the historical school of jurisprudence have shared the view that there are some distinct nations (superior or progressive ones) whose legal development has its own unique path. Moreover, Maine also agreed with the scholars of the historical school that Roman law is the most important starting point of any legal research.[29] However, Maine has outstepped this framework, as represented by Savigny, as he expanded his research to the English, Greek and Hindi law (besides Roman law).[30] Further, he did not consider the national characteristics defining the legal development to be definite and unchangeable.[31] To sum up, Maine incorporated the insights of the historical school to his theory but without its strictly national, that is to say German, angle. This may be one of the reasons behind the popularity of his theses abroad.

Another important element of Maine's scholarly attitude was his constant 'fight' against abstract and a priori theses. He did agree neither with contractual theories endorsing the idea of natural state, nor with a priori constructions of natural law, because he thought that they all are founded on false assumptions. Among other things, they did not take into consideration the organic nature of social development and the picture of the so-called primitive human can also be considered fundamentally wrong. Besides these skeptical views, Maine also heavily criticized the attitude of Bentham and Austin: first

[27] P. Stein, *Legal evolution,* Cambridge, 1988, p. 88.
[28] P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Sumner Maine*, cit., p. 180.
[29] P. Stein, *op. cit.*, p. 90.
[30] *Ibid*, p. 92.
[31] P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Sumner Maine*, cit., p. 180.

of all, he doubted the feasibility of utilitarianism, secondly he considered Austin's concept of law, focusing on the central role of sovereign, to lack any connection to history.[32]

These all shaped Maine's understanding of his historical and comparative method, by which he aimed to present the questions of legal development in a fundamentally new context, in his book, Ancient Law. The starting point of his theory was the differentiation between stationary and progressive societies.[33] He apparently needed this differentiation in order to avoid the mistakes stemming from the universalisation of the uniqueness of Western European social- and legal development, which was especially striking compared to the societies living in the colonies of the era, such as India and China. Thus, Maine did not want to declare the laws of development determining Western legal development to be generally valid, as it was easily imaginable that a society outside Europe, due to the underdeveloped nature of social relations, was unable to fulfill the Western path. Based on the previous differentiation, and through analyzing the history of some legal institutions – fiction, equity and legislation – which harmonize legal development with social development, Maine came to the conclusion that developing societies necessary move through the disintegration of traditional ties aims towards the development of individual relations determining the modern era. According to Maine, this process can be grasped, in legal terms, in the evolution from status to contract.[34]

With the help of this theory 'legal of evolution' a historical classification of legal systems also takes form. Based on the previous presumptions, an evolutionist way of legal development is to be reconstructed: cohabitation without provisions with a legal character[35] is followed by a state of society which is regulated by prompt individual decisions based on divine inspiration (so called *themistes*),[36]

---

[32] *Ibid.*, p. 176–178.

[33] Sir H.S. Maine, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas,* London, 1908, p. 21.

[34] *Ibid.*, p. 151.

[35] *Ibid*, p. 110.

[36] *Ibid.*, p. 3–6.

then customary law evolves built on oligarchic bases,[37] finally these customs are enacted in law, the rea of ancient codes.[38] This line of development was called the spontaneous development of law by Maine, which occurs in all human communities. However, the differentiation between developing and stagnating societies gets a real meaning at this point, as further development from fiction, equity and legislation to contract is only a privilege for advancing or developing societies. It is evident that the previously described path of development provides an opportunity to place the legal systems of different periods and societies onto the different levels of legal development, thus it incorporates the possibility of the historical and development-based classification of legal systems, too.

Ancient law has brought a reverberating success to its author, and a part of the theses elaborated in the book, such as the strict formalism of ancient law, the connection between law and religion in the practice of ancient societies, or the role of procedural law in in the earliest legal systems,[39] soon became the core concepts of legal history and spread quickly. Obviously this success and widespread reception can be owed to the fact that Maine's views could easily be fit into the public thinking, which already dealt intensively with the notion of scientism and the idea of biological evolution.[40]

To sum up, Maine's work had opened new prospects in English jurisprudence, and created a school in the meantime. In the following decades, this school, with Oxford as its center, has continued the elaboration of some problems and the further development of the research method, inspired by the 'master'.

3.2. *The development of historical and comparative jurisprudence*

Sir Frederick Pollock, who took charge of Maine's department in 1883 and led it for 20 years, was a pioneer in improving Maine's

[37] *Ibid.*, p. 8–12.
[38] *Ibid.*, p. 12–18.
[39] For the listing of Maine's theses known as 'scientific commonplaces' see P. Stein, *op. cit.,* p. 98.
[40] *Ibid.*, p. 99-100.

findings. Besides his wide-ranging work on common law,[41] Pollock prepared the notes of Maine's major writings, moreover, he also studied extensively the methodological problems and historical antecedents of comparative law in detail.[42]

Historical and comparative jurisprudence relies on the same historical method which has previously been applied in natural- and social sciences, in Pollock's eyes. To put it in a wider context, according to him, the historical method comes from Darwin's theory of evolution, which Pollock understands as the historical, more precisely, historical-evolutionary interpretation of natural facts. Therefore, it can logically be argued that the use of the historical method, in reality, means the application of the theory of evolution, through which the development of human societies can be explained satisfactorily.[43]

The most significant forerunners of applying the historical method in social sciences were Vico, Montesquieu, Burke and Savigny, but it was the "master", Maine, who improved and refined the use of this method in the area of jurisprudence. The historical method itself for Pollock became the newest and most important tool of natural- and social sciences. The advantage of this method is its inductive nature, or its facts-focused nature, which protects the researcher from the exaggerated, sometimes even surreal "flow" of the rational-deductive thinking. However, its deficiencies also come from the inductive nature, as the method is not able to provide answers to the final, abstract problems of philosophy. Due to these immanent barriers, the historical method can highlight where the competence of science ends and where the role of philosophy begins, and it can also show the point, where competent philosophical questions can be

[41] Among others, Pollock dealt with the question of contracts and *torts*, the development of *common law* and participated in writing Maitland's comprehensive piece, *History of English Law*. See W.S. Holdsworth, *The Historians of Anglo-American Law,* New York, 1928, p. 94–98.

[42] See F. Pollock, *History of Comparative Jurisprudence*, cit.; F. Pollock, *English Opportunities*, cit.; or Sir F. Pollock, *Droit comparé: prolégoménes de son histoire*, in *Congrés international de droit comparé. Tenu á Paris du 31 Juillet au 4 aout 1900. Procés-verbaux et documents,* Paris, 1905, p. 258 ss.

[43] F. Pollock, *English Opportunities*, cit., p. 41.

asked.[44] Thus, the historical method, based on the idea of evolution, can accurately define the borders separating science and philosophy, consequently, it defines the place of historical and comparative jurisprudence in the world of scholarship.

Furthermore, the results of Pollock's methodological research revealed that a strict separation of the historical and comparative methods was simply impossible, so legal scholarship has to be historical and comparative at the same time. Pollock based this conclusion on a quote from Maine and his opening remarks at the *Village Communities*.[45] Through emphasizing the inseparable nature of the historical and comparative methods, Pollock in reality has declared the most basic and most believed basic principle of the first paradigm of modern comparative law. The universality of his statement is further proven by the fact that through referring to the work of Joseph Kohler,[46] Pollock states that from his perspective, it does not even matter whether one call this field of study historical and comparative jurisprudence or universal legal history (*Universale Rechtsgeschichte or Vergleichende Rechtswissenschaft*).[47]

Regarding specific research tasks and opportunities, Pollock thought that comparative jurisprudence had a huge potential for study: for instance, the historical analysis of English legal institutions and their comparison with Roman law, or examining certain Indian rights. Besides theoretical aims, researching Indian law had practical interests as well, as getting to know the Indian law is in the vital interest of the public administration of the British Empire. In his arguments Pollock explained that he did not believe that India could be governed only through the rule of weapons, but in order to build

[44] Pollock's word on this: "It is a key to unlock ancient riddles, a solvent of apparent contradictions, and potent spell to exercise those phantoms of superstition, sheeted now in the garb of religion, now humanity, now (such is their audacity) of the free spirit of science itself, that do yet squeak and gibber in our streets. It is like the magic sword in Mr. George Meredith's delightful tale, whose power was to sever thoughts"; *ibid.*, p. 42.

[45] F. Pollock, *History of Comparative Jurisprudence*, cit. p. 75. For a detailed analysis Z. Péteri, *A jogösszehasonlítás kezdetei az angol jogtudományban,* cit., p. 404.

[46] Several versions exist when it comes to spelling Joseph Kohler's name. This study uses the version of the German National Library.

[47] F. Pollock, *History of Comparative Jurisprudence*, cit. p. 76.

up the well-functioning public administration, knowing Indian rights was a must.[48]

The questions of methodology were also studied by Pollock's close friend, James Bryce, usually dealing with political and public law issues, and who also shared the assumption about the unity of the historical and comparative methods. In his polemic piece about the methods of jurisprudence, which was also quite critical with Bentham and Austin, Bryce argued that the comparative method as understood by Pollock was no more than another "face" of the historical method. With the help of the comparative method, the most important and general characteristics can be filtered from the legal historical facts collected through the historical method, so well-founded theoretical conclusions can be drawn this way.[49] Jurisprudence can be imagined neither without the historical nor without the comparative methods, which complement and mutually help each other.

Sir Paul Vinogradoff, who emigrated from Russia, is to be considered the last representative of English historical and comparative jurisprudence. His work largely contributed to further developing the theoretical assumptions of the Oxford school, due to the fact that he incorporated the results of the period's German social sciences, mainly Max Weber's points. His main work, which was planned to be his legacy of six volumes but remained unfinished due to his death, became the most compelling attempt to provide a summary and organized explanation for historical and comparative jurisprudence, that is, for this paradigm.

Vinogradoff succeeded Pollock as head of the Historical and Comparative Jurisprudence Department in 1904, and in his inaugural lecture, besides praising Maine's work, he presented the theses of comparative jurisprudence. This was especially important because it made available an organized summary of those research principles, which have already silently and many times intuitively driven the works of his predecessors. He distinguished four fundamental principles: (i) studying law cannot only happen in order to transfer professional knowledge, but law can also be a subject of scientific

[48] See in detail F. Pollock, *English Opportunities*, cit. p. 43 ss.
[49] J. Bryce, *The Methods of Legal Science*, cit., p. 154–155.

examination, (ii) two distinct methods can be applied in legal research: the deductive and inductive methods, (iii) in inductive research, law appears as a historical phenomenon (iv) if research aims at discovering general laws, then the historical method should also be comparative.[50] With the help of these four propositions, Vinogradoff organized the structural principles of the first paradigm of comparative jurisprudence into a logical system, thus largely contributing to the clarification of a previously fragmented and intuitive methodology.

Another important methodological observation from Vinogradoff was the distinction between the analytical and synthetic study of law. This clarification is important because the antithesis of the analytical method was usually seen in the historical method. Vinogradoff considered this as a logical mistake and argued that the antithesis of the analytical method was not the historical but the synthetic method.[51] In addition, the purpose of the synthetic method, as opposed to the analytical method solely focusing on law and legal provisions, was to examine the historical, social, economic and other factors influencing the development of law, and understanding law as a historical phenomenon in general. History can get a crucial role in this process, but other sources, such as statistical data – if available – can also be added to the research.

One of the most important benefits of the synthetic method is that it protects the researcher, enchanted by a "conceptual heaven", from drifting too much apart from social reality; moreover it prevents them from disregarding some factors, in the name of conceptual clarity and logic, without whom the functioning of law is incomprehensible.[52] However, it should be emphasized that Vinogradoff, as opposed to the often angular, categorical, or sometimes even ironic opinions of his predecessors, did not discard the analytical method, but instead he recognized its relevance in conceptual legal thinking. He argued that the different national legal provisions call the attention to the necessity of analytical method.

[50] P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Sumner Maine*, cit. p. 188–189.

[51] Sir P. Vinogradoff, *Methods of Jurisprudence*, in Id., *Custom and Right*, New Jersey, 2000, p. 4.

[52] *Ibid.*, p. 7–8.

Furthermore, the comparative research of different national solutions opens the way to the synthetic research method, which searches for the causes of the difference between legal institutions in their context.[53] Thus, analytical research is an inherent step of legal study, but it can never get exclusive if one aims to find a general and comprehensive explanation.

In his main work,[54] Vinogradoff aimed to find the theoretical explanation to European legal development, starting from the work of his predecessors. In this late writing, he tried to provide a comprehensive, encyclopedic summary of historical and comparative jurisprudence, as a complementary to his predecessors' and fellow researchers' work. The base of his views on legal development was formed by the differentiation of the historical types of legal development. In determining the historical types of law, Vinogradoff was inspired by the results of the early German economic-sociology, for example, in many writings he has mentioned the impacts of the theories of Max Weber and Karl Bücher.[55] These historical types of the development of law were understood by Vinogradoff, similarly to the previously mentioned scholars, as ideal types, so he did not aim to consider them as exclusive patterns.

As for legal development based on historical types, Vinogradoff analyzed in detail the roots and theoretical problems of this approach. He reached back to Aristotle and Montesquieu in relation to the research based on ideal types, but he also argued that their attempts at classification had lost their validity by then, because they have always started from the state when explaining law. However, law was not connected to the state in all historical periods, as this was already proven by Maine. This is why a new and valid attempt to create historical ideal types, in line with the requirements of the synthetic method, should be based on social arrangements. Vinogradoff agreed that law was closely tied to values, and he considered this feature as an important factor in creating the types, but he rejected both the "idealistic monism" of Hegel and the "economic monism" of Marx.

[53] *Ibid.*, p. 10–11.

[54] Sir P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence I-II,* London, 1920-22.

[55] *Ibid.*, p. 156.

These approaches did not fit in the synthetic method, as they were exclusive by putting only one factor of development in the center of their argumentation. Further mistakes of Hegelian and Marxist theories are that in some cases they confuse fact with idea and effect with cause, as it is pointed out by Vinogradoff.[56]

Vinogradoff considered his method ideological, as he argued that the task of historical jurisprudence was monitoring the path of the everchanging legal ideas with the help of the facts of legal history. He used the expression "ideological" primarily to emphasize the distance between his understanding of legal development and the chronological method. This task is facilitated by the fact that in human evolution some ideal developmental lines can be discovered.[57]

He differentiated between six historical types of law: (i) the law of totemistic societies, (ii) tribal law, (iii) the law of city-states, (iv) medieval law, (v) the law of individualism and (vi) the law of collectivism. It has to be emphasized, at the very beginning, that this classification has no universal character as it is only relevant to the European development of law. On the other hand, this grouping does not require a chronological order, already referred to in relation to the ideological method, as some components of these settings may appear in different periods as well.[58]

It is apparent that Vinogradoff, similarly to Kohler, does not derive his arguments from the most radical version of evolutionism, according to which all human societies necessarily have to go through the same developmental stages, but he believes in a more "relativist" version of the idea. This more "relativist" understanding accepts the existence of unique phenomena and developmental lines in some ways different than others, in the process of general legal development determined by universal laws.

Vinogradoff's work is essential from many angles. His methodological efforts largely contributed to the systematization and clarification of the methodology of historical and comparative jurisprudence. This means that he basically managed to systematize

[56] See in detail Sir P. Vinogradoff, *Historical Types of International Law*, in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff II,* New York, 1995, p. 248 ss.

[57] *Ibid.*, p. 245.

[58] *Ibid.*

the theses of the paradigm in an explicit way. Another important aspect of his legacy is that in his main work, which was supposed to be a six-volume book series, he attempted, through the synthetization of the results of his predecessors, to prepare a systematic discussion of a universal historical and comparative jurisprudence. However, his death did not make possible the completion of this ambitious venture. It can be noted however, that his work, which was very sophisticated both theoretically and historically, due to the spreading of new ideas on legal comparison as elaborated by French authors, such as Lambert or Saleilles,[59] remained more-or-less unknown in the Western literature of comparative law. This is why Vinogradoff is remembered today mainly as a legal historian by the academia.

4. From *Ethnologische Jurisprudenz* to *Vergleichende Rechtswissenschaft* – the birth of the paradigm in Germany

4.1. *The beginning: ethnological perspectives in the legal scholarship*

In the 19th century, the German legal thinking, in harmony with the general European scholarly atmosphere, was dominantly devoted the dogmatic-positivist understanding of law. German lawyers have accepted the boundaries of their national legal system as given, and focused on its "internal" problems.[60] Their efforts have reached their peak in the pre-war decades, at the same time when the BGB was enacted and came into effect. However, besides all this, some authors still needed a "broader perspective",[61] and this need, propelled by the rise of empirical and evolutionist methods in general scholarly

[59] Cf. E. Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire:; le droit comparé et l'enseignement du droit*, in *Congrés international de droit comparé. Tenu á Paris du 31 Juillet au 4 aout 1900. Procés-verbaux et documents,* Paris, 1905, p. 26 ss. or R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit compare*, in *Congrés international de droit comparé. Tenu á Paris du 31 Juillet au 4 aout 1900. Procés-verbaux et documents*, Paris, 1905, p. 167 ss.

[60] See in detail M. Rheinstein, *op. cit.,* p. 232–238.

[61] *Ibid.*, p. 233.

thinking, has led to the start of comparative legal studies and the formation of an academic community in the last three decades of the century.

These initiatives, which stretched beyond the dogmatic-positivist horizon of this period, started with a volume published in the beginning of the 60s. In 1861, Bachofen's book about matriarchal legal systems was published, which, contrary to the dominant dogmatic trends, did not concentrate only on Roman law as did the influential "Romanists" of the historical school of law, but also integrated the study of "other" legal systems, too.[62]

The first comprehensive discussion of the research goals and methodology of the new approach was submitted by Albert Hermann Post, lawyer and judge from Bremen.[63] The titles of Post's first writings[64] show the aim of their author to renew the methodology and scholarly nature of jurisprudence, starting from the new impetus provided by the fast development of natural sciences. This need for renewal was propelled by Post's methodological dissatisfaction with the legal thinking of his era: he considered the theses of both the natural law school and the historical school of law simply unsupportable. From his perspective, a major shortcoming of the school of natural law was that scholars of this approach, in general, did not pay enough attention to studying the legal life of the different people of the world, so they did not have a strong intent to discover

[62] J.J. Bachofen, *Das Mutterrecht: eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiöses und rechtlichen Natur,* Stuttgart, 1861. Gábor Hamza considers this writing the starting point of the school based on Kohler and Bernhöft cf G. Hamza, *op. cit.,* p. 201–203.

[63] R. Schott, *Main Trends in German Ethnological Jurisprudence and Legal Ethnology*, in *Journal of Legal Pluralism,* vol. 14, 1982, p. 38 ss. It is interesting to note here that the first attempt to do empirical research on the legal life of tribes living on German colonies is also connected to Post. In 1893, Post developed a comprehensive questionnaire, which provided help in examining the legal systems of the tribal civilisations of the German colonies in Africa. See in detail A. Lyall, *Early German Legal Anthropology: Albert Hermann Post and his Questionnaire*, in *Journal of African Law*, vol. 52, 2008, p. 114 ss.

[64] Das Naturgesetz des Rechts. Einleitung in eine Philosophie des Rechts auf Grundlage der modernen empirischen Wissenschaft (1867); Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts (1872).

the reality of law. Moreover, he also pointed out that the hypothesis of a general legal sense born with us was absurd. Moreover, he also criticized the historical school of law because this scholarly movement only dealt with the law of some people, thus they did not strive for a more general research, and, therefore, it only focused on written sources but neglected other types of them.[65] Due to these manifest deficiencies, a completely new jurisprudence had to be established, whose preparation according to Post could largely be facilitated by the idea of empiricism and evolutionism, furthermore, the application of the comparative method has also play a role.

In the creation of the methodology of this new jurisprudence, Post was largely inspired by three disciplines rapidly developing in the era: ethnology, biology and sociology. The universality and method of ethnology had a great effect on him because these two points could help overcome those imperfections of the natural and historical schools of law which were previously identified. The idea of evolution in biology – which preached the orderliness of development, was considered broadly accepted since Lamarck – could perfectly be integrated into a new, comprehensive account of legal development. Sociology, which had successfully applied the method of empirical research in examining societies, had undoubtedly provided the most important pattern for methodological renewal in jurisprudence.[66]

So, Post's perception of scholarship was explicitly shaped by the scientific development of his era, and its most important goal was to lay down the foundations of a new empirically-based theoretical jurisprudence. This new way of thinking would accept the thought of evolution as a starting point, and would examine as many legal systems around the world as possible. An interesting aspect of his evolutionism is that even though Darwin's doctrine has largely influenced his attitude on legal development, Post never accepted the validity of fight for survival as the central thought of social-

[65] R.M. Kiesow, *Science naturelle et droit dans la deuxieme moitié du XIXe siecle en Allemagne*, in P. Amselek (ed.), *Théorie du droit et science,* Paris, 1994, p. 193–194.

[66] *Ibid.,* p. 200–203.

Darwinism, while he supported the necessity of the unidirectional nature of evolutionary development.[67]

Besides Darwin's biological concept and the previously mentioned disciplines, Post's views on legal development were also influenced by the evolutionary theory of Adolf Bastian, an important ethnographer of his era. According to Bastian, due to the homogeneity of human nature, development takes place in the same way and goes through the same steps everywhere in the world (*Elementargedanke*), however, some differences can be detected, which may be due to geographic, climatic or economic characteristics (*Völkergedanke*).[68] It comes logically from this approach that primitive people show those early developmental levels, which have already been passed by the more civilized Western people. This insight is of great importance from the perspective of legal development, because the research of natural peoples makes it possible to get to know episodes of Western legal history, which could only be speculated about due to the lack of sources otherwise, argued Post.[69] Thus, research always has to focus on the similarities of legal development dominated by evolution, and differences simply have to be disregarded according to him.[70]

Post also examined the relation between legal philosophy and ethnology. In his view, ethnological research may point out that the phenomenon of law is inspired by a collective, and not individual, legal consciousness. The philosophical reason behind emphasizing collective legal consciousness might have been the fact that in relation to the general questions of consciousness Post has outright rejected Schopenhauer's idealism, which separated world and consciousness and opposed them to each other. According to Post, the facts of the world surrounding us have a big impact on our consciousness,[71] which cannot be disregarded in analysing legal consciousness either. He argued that our perceptions about law are shaped by social

[67] *Ibid.*, p. 208–209.

[68] P. Koschaker, *L'historide de droit et le droit comparé sourtout en Allemagne*, in *Introduction á l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert,* Paris, 1938, p. 276–277.

[69] A.H. Post, *Ethnological Jurisprudence*, in *The Monist,* vol. 2, 1891, p. 34.

[70] L.J. Constantinesco, *op. cit.,* p. 121.

[71] R.M. Kiesow, *op. cit.,* p. 195.

conditions, so if these conditions change, our legal consciousness is also transformed: some of the previous elements disappear and get replaced by new ones. Consequently, all legal philosophies, which build only on the given period's legal consciousness, are unable to answer general – a strict sense – questions about law, so their scope is always limited.[72] By recognizing this and together with the results of the empirical research of all the laws of the world, the ethnology must have a decisive role in laying the foundations of a new, general legal philosophy.[73] Thus, in Post's eyes, the results of ethnology may form the basis of a new, general legal philosophy. However, Post did not intend to develop this new legal philosophy in detail, this will be done by the key figure of this paradigm, Joseph Kohler, a decade later.

In 1878, Franz Bernhöft and Georg Cohn have founded the already mentioned *Zeitschrift für vergleichende Rechtwissenchaft*, which had become the central forum of the German scholars sharing, at least partially, the previously detailed theoretical assumptions. The authors connected to the *Zeitschrift* have formed the German scientific community which approached legal problems in a new and original way, in a legal atmosphere which has mainly focused on dogmatics and textual interpretation.

In his editorial, Bernhöft presented the main goals of comparative law (*vergleichende Rechtswissenschaft*) in his interpretation. He argued that this field of study, which was earlier called ethnological jurisprudence by Post, has to examine the evolvement of the institutions of peoples and the adequate development of the general laws of evolution.[74] In accordance with Post's already presented thoughts, Bernhöft stated that comparative law had to break up with its Roman- or German-centered nature when identifying and discussing the general laws of legal development.[75]

Comparative law should significantly broaden the horizon of jurisprudence, whose only barrier is the fact that it has to refrain from studying the law of peoples living under a certain legal and moral

[72] A.H. Post, *op. cit.,* p. 37.
[73] *Ibid.,* p. 40.
[74] L.J. Constantinesco, *op. cit.,* p. 105.
[75] R. Schott, *op. cit.,* p. 41.

level, because these issues belong to legal ethnology.[76] Moreover, he differentiated between ethnology and comparative law, as he thought that those nations could not be studied where law was not objectivized yet, so it did not get separate from the sphere of ethics, which was a task for legal ethnology, again. When Joseph Kohler became the editor of *Zeitschrift*, this methodological differentiation elaborated by Bernhöft was given up, and this marked the beginning of examining the peoples who were regarded as being on the bottom of legal development. This ambition has led to a historically universal comparative jurisprudence, which has started to build a closer and closer relation to general philosophical efforts.

4.2. *Joseph Kohler's general philosophy of law*

The major representative of the German school of historical and evolutionary comparative law, that is to say the first paradigm of comparative law, was Kohler, who besides his oeuvre in patent law, law of intellectual property, competition law, international law and legal philosophy, put a lot of energy in comparative law as well.[77] As an author of the *Zeitschrift*, during his almost four-decade-long career, he wrote more than 300 publications belonging to the area of comparative law. His writings have covered most legal systems of historical and non-historical people, from Aztecan rights to the rights of Australian indigenous people.[78]

The purpose of his theoretical writings was to create a comprehensive legal philosophy based on the comparative understanding of universal legal history of the world. In order to fulfil

[76] This standpoint was developed by Bernhöft in his editorial introduction. F. Bernhöft, *Über Zweck und Mittel der Vergleichenden Rechtswissenschaft,* in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,* vol. 1, 1878, p. 1 ss., as cited by L.J. Constantinesco, *op. cit.,* p. 116–117.

[77] About Kohler's attitude see R. Pound, *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in *Harvard Law Review,* vol. 25, 1911/12, p. 158 ss.; R. Schott, *op. cit.,* p. 41–44. The complete list of writings on Kohler can be found here: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* 1921-22, p. 12–13.

[78] R. Schott, *op. cit.,* p. 42.

this ambition, he has incorporated into his research both the laws of uncivilized peoples and civilized nations, because he argued that law is very much present in the ordinary life of less-developed people, even if in ways which differ from the modern manifestations of law. This point, based on the theory of evolution, considered the laws of uncivilized peoples to be equal to modern laws, and had changed the previous editorial principles of *Zeitschrift* as developed by Bernhöft, and also stepped over the borders of the period's Europe-centric legal thinking.[79]

Hegel had a huge impact on the formation of Kohler's view of legal philosophy and philosophy in general. He was identified with the starting points of Hegelian philosophy to such an extent that Roscoe Pound considered him to be the leading figure of the so-called German new Hegelians,[80] while other contemporaries gave him the title *"Hegel revividus"*.[81] However, it is important to highlight that this Hegelian effect did not mean that Kohler accepted all components of Hegel's theory without reservations. For instance, in relation to the development of history, he outright rejected Hegel's dialectic view of thesis-antithesis-synthesis, because he was convinced that such a sterile, logical approach towards history cannot be justified. In this area, Kohler refined Hegel's doctrines by accepting the thought of historical development, however he did not think that the line of development could be determined with logical accuracy because history consists of ad-hoc and irrational events as well, which makes the path of development uncertain always. For Kohler, human history was a complex phenomenon and this complexity justified the necessity of studying the historical phenomena in detail, instead of explaining them in an abstract, philosophical way.[82] This eventual understanding of historical development, which is free from logical constraints, appears in Kohler's views on legal evolution.

---

[79] L.J. Constantinesco, *op. cit.,* p. 113.

[80] R. Pound, *op. cit.,* p. 154–158.

[81] Z. Péteri, *A jogi kultúrák összehasonlításának előtörténetéhez*, in *Állam- és Jogtudomány,* vol. 48, 2007, p. 515 ss.

[82] J Kohler, *Philosophy of Law,* Boston, 1914, p. 28–31 and 49. L.M. Elison, *Kohler's Philosophy of Law*, in *Journal of Public Law,* vol. 10, 1961, p. 412–413.

However, the dominant Hegelian effect is also shown by the fact that Kohler never considered law to be an isolated entity, but he saw it as a phenomenon closely related to a given people's own culture.[83] This centrality of culture, associated to his views on historical development, is the key to Kohler's general legal theory. First of all, it follows from cultural context that the ways in which law appears in reality may differ both in space and time: so, law is a historically constantly changing phenomenon. On the other hand, the concept of culture may help in understanding the consistence of law as well, because this constant element in the historically everchanging concept of law is the purpose of law itself, which connects the historical manifestations of law. The main task of law according to Kohler is to help and support the creation of culture or the so-called cultural development, which aims at the most intense elaboration of human capabilities, and thus, at securing human rule over nature.[84] Law can help in this process by creating a predictable system of relations, as opposed to the eventualities driving human relations, by regulating human relationships and maintaining order. According to Kohler, the insecurities of our lives can be tracked back to the often illogical factors of space, time, nature, chance, need and causality, and legal institutions are able to "tame" these factors due to their ability to maintain and preserve order, in other words, by making the world more predictable around us. This predictability, the precise organization of ad-hoc elements of life by regulation assures that law gets an important role in fulfilling the conditions of cultural development.[85]

Thus, legal development is inseparable from the transformations of human culture, according to Kohler. In his view, in all cultures we can find "legal postulates" which define the content of the legal system. Law is not only changing in a historical sense, but it is also developing within a given culture, always in a way to measure up to

[83] J. Kohler, *Philosophy of Law* 4. and 58–61. For discussion: Z. Péteri, *A jogi kultúrák összehasonlításának előtörténetéhez*, cit., p. 516–517.

[84] Kohler, *Philosophy of Law* 58. For discussion: Z. Péteri, *A jogi kultúrák összehasonlításának előtörténetéhez*, cit., p. 516–517.

[85] Cf. Kohler, *Philosophy of Law* 28–31.

the expectations of the culture.[86] In Kohler's words: "Thus every culture has its definite postulates of law, and it is the duty of society, from time to time, to shape the law according to these requirements."[87] Thus, a legal provision is not given in itself, but society always has to aim at recognizing the needs of law and shaping the actual rules accordingly.

This leads us to Kohler's critique against the legal theory of his era. In his view, legal theory, which neglected the cultural determination of law, could not yet pay enough attention to the sociological aspects of lawmaking, and therefore it simply overrated the role of the lawmaker in the process. It needs to be recognized that lawmakers are the "children" of their era, so the culture of the period affects them as much as it affects simple citizens. Consequently, law cannot be understood solely as the will of the lawmaker, but the certain rules should be examined in a sociological frame, in their cultural context.[88]

In addition, Kohler considered law to be inseparable from human nature, so he considered the customs of the people in the beginning of their development to be law in the strict term of the word. He thought that "people cannot exist without law", but there can be cultures which are not yet familiar with courts or where there is no organized state in the strict sense, but this does not mean that they do not have a law.[89] Law, or the idea of order is coded in our human existence and cannot be separated from it, as it is stressed by Kohler. However, it has to be emphasized that a legal order always reaches its final picture due to the individual and community impulses which shape the given culture.[90] Thus, law is a phenomenon which emerges as a totality of culturally determined, very complicated effects. Its

[86] R. Pound, *op. cit.,* p. 156–157.

[87] J. Kohler, *Philosophy of Law,* cit., p. 4.

[88] J Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 38. Cited by R. Pound, *op. cit.,* p. 158.

[89] Kohler's thought about this question are the following (translated by Schott): "Therefore there is no people without law: there are people without courts, there are people that lack a state organization [...] but [...] Man cannot be non-Man". R. Schott, *op. cit.,* p. 43.

[90] See in detail: L.M. Elison, *op. cit.,* p. 415–416.

development is influenced by many impulses, so it can only be examined based on the broadest studies, which cannot simply be imagined without applying the comparative method.

Another important thesis of Kohler is that the genie of humanity opens up to the researchers through the specific genie of peoples, and this makes it possible to realize that the legal development of humanity is influenced by the same civilizational effects. Humanity has always been striving for law, *Drang nacht Recht*, since the first humans has appeared on Earth.[91] Thus, the specificity of human spirit is the strive for progression, so legal development is also subdued to the law of progression.[92] From the point of view of the evolutionist understanding of legal development, Kohler's opinion stemming from the critique of the Hegelian thought of development was that it was not necessary for legal development to happen quite similarly in all civilizations, because only the goals are fixed, the tools achieving those goals may differ significantly. Consequently, the main methodological principle of comparative law is that it considers different national laws to be parts of the same human civilization, and it searches for their relation with the development of humanity.[93]

Human civilization, which is united in its diversity, has and had different levels, and civilization itself is a developmental process from a lower towards a higher levels. Thus, for Kohler, the most severe mistake for a comparativist is to compare legal systems which are not on the same civilizational level, for example they compare the laws of a people which makes marriages through buying and selling women to a society which already stands at the level of religious marriage.[94] Besides this mistake, a comparativist also has to pay attention to

[91] J. Kohler, *De la méthode du droit compare*, in *Congrés international de droit comparé. Tenu á Paris du 31 Juillet au 4 aout 1900. Procés-verbaux et documents,* Paris, 1905, p. 228.

[92] *Ibid.,* p. 229.

[93] *Ibid.,* p. 230.

[94] *Ibid.,* p. 231. Pollock comes to the same conclusion when determining that only legal systems which are on the same civilisational level are worth comparing, taking into account their individual development. According to him, comparing Indian law and customs with modern English law would only lead to ridiculous and dangerous misunderstandings. F. Pollock, *History of Comparative Jurisprudence*, cit., p. 76.

always examine the substantive correlations, and through this differentiate the important elements in legal development for the secondary phenomena.[95] The task of researchers is further hampered by the irregular path of legal development, which results in cases when a legal institution may not always appear in the same form in the case of a given people.[96]

Kohler's intellectual efforts integrated comparative law to the framework of general legal theory and created an individual understanding of jurisprudence as such. However, his philosophy-oriented work was not continued after his death in 1918, because his successors, Leonhard Adam and Richard Thurnwald gradually gave up their previously universalist aims, and directed their attention only towards uncivilized peoples.[97] Collaterally, the background of German legal ethnology has changed radically, too. Following World War One, the evolutionist thinking focusing on similarities which was created by Bastian and further developed by Post was discarded, and they turned towards the theory of cultural circles (*Kulturkreise*), which emphasized the uniqueness of historical development. According to this approach, every civilization is a unique historical phenomenon which develops individually and independently.[98] Moreover, legal development can be divided into typical and atypical elements, but the typical elements are not submitted to natural laws, so their significance can only be relative. These arguments fundamentally break up with the former paradigm-creating presumptions and mark the separation of German legal ethnology from comparative law.[99]

5. *The first paradigm of modern comparative law: a summary*

One may convincingly argue based on the earlier discussion that the first paradigm of modern comparative law gradually emerged in

[95] J. Kohler, *De la méthode du droit comparé*, cit., p. 231.
[96] *Ibid.*
[97] R. Schott, *op. cit.,* p. 47–52.
[98] P. Koschaker, *op. cit.,* p. 277.
[99] *Ibid.,* p. 280.

the second half of the 19th century and improved along its structural presumptions. Therefore, one may also point out that this process of four decades intellectual development meets two crucial points of Kuhn's philosophy on paradigms. First of all, as compared the earlier attempts to use comparative method in legal scholarship – mostly fragmentary and individual initiatives[100] – during the first half of the 19th, the methodological coherence of these English and German scholarly works, including their conceptual bases and working premises (generalizations in Kuhnian terms), is striking. Therefore, the 1860s can definitely be regarded as the end of the pre-paradigm period and the birth of the first paradigm in modern comparative law; that is to say, the idea of 'normal science'[101] came up in comparative law thinking in these years. Secondly, it is also apparent, that the work of these, either, German or English scholars mostly equals to what is called by Kuhn as puzzle-solving scientific activity.[102] As for both, methodological and substantive questions, the discourse on legal evolution and its details is to be regarded as product of mutual discussion and reflections.

It is also remarkable to what extent this 'normal' academic activity was based on the same scholarly premises shared by members of the comparative law academic community, at that time mostly scholars of the English- and German-speaking world. Obviously, this would have been impossible without the first wave of institutionalization, the birth of a network composed of journals, academic associations and university departments. The 'institutions' provided wide opportunity to get to know each other's work and to reflect on them. Even though, obviously, there were relevant differences in the works of the English and German authors due to personal and cultural reasons, they all started from the same set of presumptions (again, symbolical generalizations), although their

[100] Leibniz, Montesquieu, Vico, Gans or Lerminier are to be regarded as major actors of this 'pre-paradigm' period. They tried to apply comparative methods in studying several aspect of law, however did so by relying on diverse methodological principles and their efforts had no community character. For a detailed discussion see: L.J. Constantinesco, *op. cit.,* p. 50 ss.

[101] Cf. T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions,* cit., p. 23 ss.

[102] *Ibid.*, p. 35 ss.

emphases may have differed obviously. For example, German authors most often strove for identifying and understanding general tendencies,[103] while the English interest in legal comparison was partly dominated by its focus on particularities and aimed at examining unique phenomena as a staring step.[104]

In the center of these presumptions stood the insight that legal development, similarly to the previous biological understanding of evolution, is ruled by laws and these laws can be discovered through a devoted scholarly work. Each scholar in the paradigm attempted to reveal these universal laws determining legal development and the consecutive stages of legal evolution. They intended to carry out this research plan by examining legal development with an empirical interest – in this context this term meant the opposition to pure deduction and fictions, a robust attention to the facts of legal history – and by comparing the legal systems of different periods and peoples. The step-by-step examination of legal evolution was especially relevant because one of the major hypotheses of the paradigm stated that legal development goes through the same path, so by studying the legal systems of 'uncivilized' peoples such early periods of the legal history of 'civilized' nations can be met that were previously not recorded in written sources.

That is, a paradigm-creating community dominantly composed of English and German legal scholars emerges in front of our eyes. The were not able to fundamentally change the dominant, basically legal-positivist and dogmatic legal scholarship of the period, but they still created a framework and achieved such results, that it can be argued that they created the first paradigm of comparative law laying on stable methodological premises and research goals. The maturity of the paradigm is proved by the simple fact that when the paradigm-

[103] Cf. R. Schott, *op. cit.,* p. 38.

[104] According to Vinogradoff: "The necessity for revising the comparative method is one of the lines on which modern jurisprudence has to take up the thread of investigation. Inferences must be preceeded by a careful study of individual cases, and in this study juridical analysis ought to receive more attention than has been the case hitherto. This side is very poorly represented in the books of anthropological jurisprudence Sir P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence I,* London, 1920-22, p. 149.

shift occurred in the first decades of the 20th century, the representatives of the new thinking set forth their starting points in relation to or in opposition to these presumptions.[105]

In sum, in the 19th century English and German scholars played the leading role in the development of modern comparative law thinking and the formation of the first real paradigm, while French legal scholarship did not participate with such intensity in creating this paradigm. However, the Parisian International Congress of Comparative Law held in 1900, will not only swiftly change the general understanding of comparative law by triggering the first paradigm-shift in the history of comparative law, but the geographical focus of comparative law studies in Europe will also be altered as France will become the centre of this new paradigm (*droit comparé*). Édouard Lambert and Raymond Saleilles will set forth such new insights on the nature and goals of comparative law that will be totally incompatible – that is to say: incommensurable – with the earlier, well-developed premises.[106]

Abstract: This paper aims at revising some parts of the history of modern comparative law. In essence, it argues that paradigms can be identified in this story, and it justifies this point by reconstructing the first paradigm of modern comparative law. By applying some concepts of Thomas Kuhn's philosophy of science – pre-paradigm period, scientific community, paradigm, and symbolical generalizations – it argues that the first paradigm of modern comparative law was born in 1860-80s. This paradigm – called as either comparative jurisprudence or *Vergleichende Rechtswissenschaft* – was inspired by positivism and

[105] Lambert, for instance, differentiates between the goals of the historical school and the new thinking. See E. Lambert, *op. cit.,* p. 32., Rabel, within the framework of systemic-dogmatic comparative law, sets fundamentally different goals for comparative law than the previous ones. M. Rheinstein, *op. cit.,* p. 246–247.

[106] As for instance, Lambert advocated a new concept of comparative law being different from the ideas of Maine, Bernhöft or Kohler. In his eyes, comparative law must be focused on contemporary continental systems of private law – especially those of with Latin and German roots – and try to identify the common points of these laws (*droit commun législatif*). See E. Lambert, *op. cit*.

the idea of evolution. A main premise of this paradigm was that legal development, similarly to the biological understanding of evolution, is ruled by laws and these laws can be discovered through a devoted scholarly work. Each scholar in the paradigm, either English or German, attempted to reveal these universal laws determining legal development and the consecutive stages of legal evolution.

Keywords: history of comparative law – paradigm – methodology – evolutionism - historicism

Balázs Fekete – research fellow, Hungarian Academy of Sciences C entre for Social Sciences Institute for Legal Studies (drbalazsfekete@gmail.com)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Libertà di ricerca scientifica come limite all'intervento penale? *

Emanuele La Rosa

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Il possibile divieto di utilizzo dei risultati della ricerca. – 3. Ricerca teorica o "pura" e diritto penale. – 4. Diritto penale e ricerca sperimentale. Il caso paradigmatico della ricerca su cellule staminali. – 4.1. La verifica empirica dei risultati della ricerca: la sperimentazione su esseri umani. – 5. Conclusioni.

1. *Considerazioni preliminari*

La libertà di ricerca scientifica e tecnica è un diritto costituzionalmente garantito, che trova espresso riconoscimento negli artt. 9 e 33 della Carta costituzionale, oltre che in una serie di atti normativi sovranazionali vincolanti anche per il nostro legislatore[1]. Il valore costituzionale della ricerca e dell'attività scientifica si collega al principio personalista che informa la Costituzione, nel senso che l'acquisizione del sapere è uno strumento essenziale per l'elevazione e l'emancipazione dell'essere umano, ovverosia, per usare il lessico dell'art. 2 Cost., per lo sviluppo della personalità di ciascuno dei consociati[2]. Non di meno, tale libertà coagula intorno a sé aspettative

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p. 38 ss.; F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 37 ss.; A. Manna, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, IV, *Agg.*, Milano, 2000, p. 1121 ss.; F. Giunta, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 624 ss.; C. Paonessa, *La sperimentazione clinica tra chances terapeutiche, libertà di ricerca scientifica e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 111, ss.

[2] S. Labriola, *Libertà di scienza e promozione della cultura*, Padova, 1979, p. 33 ss.

ed esigenze diverse, non sempre tra loro convergenti; un coacervo di contro-interessi che preclude il riconoscimento di un suo carattere assoluto.

Oggetto del presente contributo non è, però, tanto la possibilità di porre dei limiti alla libertà della scienza e della ricerca, quanto piuttosto riflettere sulla legittimità di divieti (anche solo parziali) che passino attraverso l'applicazione di una sanzione penale.

In linea di principio, i rapporti tra "libertà della ricerca" e "diritto penale" si possono manifestare in una duplice direzione.

Innanzi tutto, si può ipotizzare la costruzione di norme incriminatrici volte a sanzionare direttamente l'attività di ricerca (o sue singole fasi)[3].

In secondo luogo, si può verificare il caso in cui l'attività di ricerca integri gli estremi di una qualche fattispecie incriminatrice comune (omicidio, lesioni personali, maltrattamento o uccisione di animali)[4]. In questo caso, la questione è se l'esercizio della libertà di ricerca possa far venir meno – nel caso concreto – la rilevanza penale del fatto.

La prima "partita" si gioca sul terreno dei limiti e della legittimazione dell'intervento penale.

La seconda si sviluppa sul piano dell'antigiuridicità del fatto.

In entrambi i casi, diventa centrale individuare – sempre che ve ne siano – interessi tali da giustificare una compressione della libertà di ricerca attraverso lo strumento penale.

La differenza sta nel fatto che:

a) nel primo caso il bilanciamento è operato a monte dal legislatore, il quali finisce col cristallizzare una valutazione di prevalenza di determinati contro-interessi della libertà di ricerca (fatta salva – ovviamente – la possibilità per i giudici costituzionali di valutarne la legittimità o la ragionevolezza);

a) nel secondo, è affidato al giudice, che non potrà non tener conto delle peculiarità del caso concreto.

---

[3] Si pensi al divieto di produzione di embrioni umani per fini di ricerca, sancito dall'art. 13 della l. 40/2004. Sul punto, *infra*, § 4.

[4] È il tema che emerge con riferimento alla libertà di ricerca come scriminante dell'omicidio o delle lesioni personali nei casi di sperimentazione terapeutica con esito infausto. Per approfondimenti, *infra*, § 4.1.

In ogni caso, essendo la libertà di ricerca costituzionalmente garantita, il suo sacrificio sarà ammissibile solo in presenza della necessità di bilanciamento con altri beni di eguale o superiore rilievo costituzionale[5].

Discutere dei rapporti tra diritto penale e libertà di ricerca scientifica significa, preliminarmente, chiarire cosa debba intendersi per "attività scientifica". In linea con posizioni ormai consolidate, possiamo considerare tale l'applicazione del c.d. "metodo scientifico" che, in estrema sintesi e con le approssimazioni consentite al discorso giuridico, può qui essere riassunto nello studio dei fenomeni naturali e sociali che si snoda attraverso tre fasi[6]:

a) osservazione sistematica, empirica e controllata dell'esistente;

b) conseguente formulazione di ipotesi relative ai rapporti di causa - effetto tra gli eventi osservati volte a enunciare generali "leggi di natura", oppure a fornire una spiegazione dello svolgimento di singoli fatti e accadimenti o ancora ad elaborare previsioni circa eventi futuri legati ad una medesima connessione logico-causale;

c) susseguente sottoposizione delle teorie così formulate a processi di controllo, volti (nell'impossibilità di una definitiva "verificazione") a riscontrare la "tenuta" delle stesse teorie alla prova di tentativi di "falsificazione", ossia di metodi e strumenti empirici e teorici di controllo di risultati cui perviene la suddetta teoria.

Ai fini del presente contributo assumono particolare interesse le fasi b) e c). In particolare il tema dei rapporti tra diritto penale e libertà di ricerca deve essere analizzato prendendo in considerazione tre diversi momenti:

a) quello della ricerca pura o teorica;

b) quello della ricerca empirica o sperimentale;

c) quello, infine, dell'impiego dei risultati della ricerca,

Ciascuno di questi momenti pone particolari (e non del tutto omogenei) problemi di bilanciamento degli interessi in gioco e, conseguentemente, richiede soluzioni diversificate.

---

[5] Sulla problematica in oggetto, A. Lanzi, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983.

[6] F. Polacchini, *Le libertà culturali: l'arte, la scienza, l'insegnamento*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, p. 489 ss.

2. *Il possibile divieto di utilizzo dei risultati della ricerca*

Scusandomi per l'evidente inversione cronologica e metodologica, prenderei le mosse proprio dalla terza ipotesi.

In questo caso, in realtà, il ricorso all'arsenale penalistico non incide in alcun modo sulla libertà di ricerca scientifica. Quest'ultima ha potuto essere esercitata senza alcun vincolo preclusivo, tanto da produrre conoscenze suscettibili di tradursi in applicazioni pratiche.

Il tema, pertanto, si pone al di fuori del perimetro tracciato per questo intervento.

Mi limito a osservare come risulti quanto mai valida l'affermazione secondo cui è «eventualmente più ragionevole porre vincoli alle implementazioni pratiche di nuove conoscenze piuttosto che porre limiti alla creazione di nuove conoscenze»[7].

Una volta che le "nuove" conoscenze scientifiche siano state acquisite e siano pronte a essere sfruttate sul piano applicativo, il tema del possibile impatto su beni giuridici meritevoli di tutela penale diventa "attuale" e non più meramente "potenziale". Ne consegue che la criminalizzazione di condotte consistenti nell'impiego dei risultati dell'attività di ricerca non si fonderà più su mere presunzioni, quando non addirittura su preconcetti o precomprensioni ideologiche.

Un'applicazione pratica di questo principio si rinviene nella disciplina in materia di OGM.

Come noto, la scarsità di dati statistici disponibili e la carenza di conoscenze scientifiche certe circa la reale dannosità degli OGM – e, in definitiva, sui possibili sviluppi causali del loro impiego su larga scala – hanno indotto il legislatore europeo (e di conseguenza quelli nazionali) ad adottare un modello di regolamentazione nel quale rivestono un ruolo decisivo i principi di precauzione e di confinamento[8]. L'obiettivo è una disciplina in grado di proteggere i beni potenzialmente offendibili dall'impego di OGM – vita, salute, ambiente – garantendo un ragionevole bilanciamento dei molteplici

[7] R. Vacca, *Il diritto e la sperimentazione*, Padova, 1988, p. 169.

[8] C. Perini, *Organismi geneticamente modificati*, in F. Palazzo - C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 250.

interessi in gioco: dalla libertà lavorativa alla libertà della scienza e della ricerca; dalla libertà di iniziativa economica alla tutela della proprietà e protezione responsabile delle risorse naturali nei confronti delle future generazioni; senza trascurare interessi pubblici (riconosciuti dal diritto dell'Unione Europea) come il diritto all'informazione e la protezione dei consumatori.

Di fronte alla condizione d'incertezza che li avvolge e in considerazione del favore manifestato nei loro confronti da parte del mondo scientifico, nonché «per evitare una "gratuita" compressione della libertà di iniziativa e della libertà di ricerca, in mancanza di adeguate risultanze scientifiche che possano giustificare il sacrificio di tali libertà»[9], il legislatore non dispone un divieto *tout court* delle attività riguardanti gli OGM, bensì adotta un modello a "liceità condizionata", contraddistinto da una serie di prescrizioni comportamentali e di vincoli procedurali, il cui scopo è quello di assicurare un impiego di tali organismi che rimanga entro i confini di un rischio consentito[10]. Ne viene fuori una complessa procedura autorizzativa, articolata a livello nazionale ed europeo, caratterizzata dalla pluralità dei centri decisionali coinvolti, dalla partecipazione dei

---

[9] L. Tumminello, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2013, 4, p. 301.

[10] Tale assetto di disciplina riproduce il modello – teorizzato per la prima volta da W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahenholz*, Baden-Baden, 1994, p. 731 ss. – delle c.d. "scriminanti procedurali", nella quali la giustificazione si fonda sul rispetto di una determinata procedura, che realizza in anticipo un accertamento tecnico, di sicurezza, di competenza, di garanzia o di semplice opportunità amministrativa. È noto come un particolarmente "fertile" terreno di sperimentazione di cause di giustificazione a contenuto procedurale è quello delle materie eticamente sensibili, riguardo a condotte ad alto rischio etico d'illiceità e contrassegnate da conflitti di doveri. In questi casi, lo Stato, da un lato, evita di imporre una valutazione "paternalistica" definitiva sostanziale, e, dall'altro, evita di lasciare "spazi liberi dal diritto": «non vieta, né liberalizza, ma semplicemente disciplina bilanciamenti che lasciano al singolo margini decisivi di una scelta autonoma, fissati certi presupposti di maturazione della scelta stessa, oltre che di legittimità sostanziale del contesto». Così, M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 902 ss. In argomento, v. anche M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1269 ss.

cittadini sotto forma di consultazione e dall'autovalutazione del rischio ed elaborazione delle necessarie misure di contenimento e gestione da parte del soggetto interessato[11].

Questo modello di gestione politica del rischio da "ignoto biotecnologico"[12] – che segue l'OGM dalle sue prime fasi di vita in laboratorio attraverso le attività d'impiego c.d. "confinato", fino a quelle di "emissione deliberata nell'ambiente" e di "immissione sul mercato" – si riflette anche sulle scelte sanzionatorie. Senza entrare nei dettagli di tale disciplina[13], basti qui rilevare come l'intervento repressivo si dipana su tre livelli:

a) innanzi tutto, un apparato di sanzioni amministrative, per le violazioni meno gravi[14];

b) in secondo luogo, una serie di illeciti di natura contravvenzionale, volti a sanzionare l'inosservanza degli adempimenti procedurali previsti dalle normative di settore ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione all'impiego confinato, alla coltivazione o all'immissione sul mercato[15];

---

[11] G.M. Vagliasindi, *Legittimità ed effettività della normativa in materia di organismi geneticamente modificati (OGM)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 293; C. Perini, *Organismi geneticamente modificati*, cit., p. 251.

[12] S. Corbetta, *Sicurezza alimentare e rischio da "ignoto biotecnologico": una tutela incompiuta (a proposito della disciplina degli alimenti e dei mangimi contenenti organismi geneticamente modificati – d.lgs. 21 marzo 2005, n. 70)* in Aa. Vv., *Scritti in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 2257.

[13] In argomento, tra gli altri, G.M. Vagliasindi, *Legittimità ed effettività*, cit., p. 239 ss.; L. Tumminello, *Sicurezza alimentare*, cit., p. 300 ss.; C. Perini, *Organismi geneticamente modificati*, cit., p. 250 ss.; A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2013, p. 522 ss. Sui più recenti interventi legislativi, che hanno recepito le indicazioni della Direttiva 2015/412/UE, che ha modificato la Direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati sul loro territorio, A. Quaranta, *La "nuova" normativa sugli OGM: quando oggi è già ieri*, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, p. 90 ss.

[14] Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 34, co. 4, d.lgs. 224/03 che prevede l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da 7.800 a 46.500 euro per chiunque «effettua una emissione deliberata di un OGM per scopi diversi dall'immissione sul mercato senza osservare le prescrizioni stabilite nel provvedimento di autorizzazione».

[15] Rientra in tale categoria, per esempio, la previsione dell'art. 34, co. 1, d. lgs. 224/03 che punisce con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda fino a 51.700 euro

b) in terzo luogo, alcune contravvenzioni incentrate su un evento di pericolo concreto per la salute o per l'ambiente (inteso quale risultato della condotta inosservante degli obblighi procedurali) o su un evento di danno ambientale (quale presupposto della condotta)[16].

È evidente che quest'ultima tipologia di reato, costruita su un evento, richiede l'accertamento di un nesso di causalità; accertamento che presuppone il superamento della condizione di incertezza scientifica – e quindi della logica precauzionale – nel senso della acquisita dannosità di uno specifico organismo transgenico oggetto di coltivazione o diffusione. Si tratta, quindi, di fattispecie espressione di una sorta di «diritto penale del futuro»[17], destinate a restare inapplicate fintanto che perdurerà la situazione di incertezza. Sono certamente condivisibili le perplessità sollevate sull'impiego di una siffatta tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice, attesa la scarsa efficacia (allorquando si acquisissero conoscenze tali da fondare un giudizio di causalità, la risposta sanzionatoria risulterebbe inadeguata al disvalore d'evento) e la dubbia possibilità di applicazione (stante la clausola di sussidiarietà espressa, infatti, opererebbero le fattispecie di comune pericolo presenti nel codice penale)[18]. Resta un dato di fatto: proprio la presenza nell'ordinamento di fattispecie di tale natura chiarisce l'inesistenza di un divieto assoluto penalmente sanzionato di effettuare attività di ricerca in

---

«chiunque effettua un'emissione deliberata di un OGM per scopi diversi dall'immissione sul mercato senza averne dato preventiva notifica all'autorità nazionale competente».

[16] Rientra in tale modello di illecito, tra le altre, la contravvenzione dell'art. 36, co. 1, d.lgs. 224/03: «Fatte salve le disposizioni previste negli articoli 34 e 35 e sempre che il fatto non costituisca più grave reato, chi, nell'effettuazione di un'emissione deliberata nell'ambiente di un OGM ovvero nell'immissione sul mercato di un OGM, cagiona pericolo per la salute pubblica ovvero pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali biotiche o abiotiche è punito con l'arresto sino a tre anni o con l'ammenda sino ad euro 51.700».

[17] L'espressione è di D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2012, p. 72.

[18] D. Castronuovo, *Principio di precauzione*, cit., p. 72; F. Consorte, *L'intervento penale di fronte alle nuove forme di aggressione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte speciale*, IV, I *delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010, p. 488; L. Tumminello, *Sicurezza alimentare*, cit., p. 303.

materia di organismi geneticamente modificati. Diversamente si determinerebbe un'irragionevole contraddizione tra la presenza di norme incriminatrici la cui applicazione presuppone conoscenze scientifiche e la proibizione delle condotte finalizzate all'acquisizione delle suddette conoscenze. Del resto, se davvero si temono i rischi degli OGM, non esiste «migliore soluzione se non studiarli»[19].

I limiti *de facto* all'attività di ricerca – più volte denunciati dalla comunità scientifica italiana[20] – non derivano, quindi, dalle scelte del legislatore, quanto dalle resistenze dell'autorità politico-amministrativa, alimentate anche dalla volontà di assecondare paure e timori (spesso del tutto irrazionali) dell'opinione pubblica[21]. Resistenze, peraltro, che non hanno mancato di attirare le censure degli organi giurisdizionali europei[22].

Si possono o meno condividere le particolari soluzioni legislative adottate in questo specifico settore[23]. Per esempio, si potrebbe privilegiare, anche con riferimento alle condotte di coltivazione o diffusione di OGM, l'adozione di un modello repressivo di tipo amministrativo[24]. Non di meno, il ricorso allo strumento penale, e in particolare all'anticipazione della tutela secondo il modello autorizzatorio, a presidio di una disciplina fondata sul principio di

---

[19] E. Cattaneo, *OGM e libertà di ricerca*, in V. Barsotti (a cura di), *Biotecnologie e diritto. Quaderni del dottorato fiorentino in scienze giuridiche*, Rimini, 2016, p. 93.

[20] E. Cattaneo, *OGM e libertà di ricerca*, cit., p. 91 ss.; Id., *Troppe bugie sugli Ogm. Così si uccide la ricerca italiana*, in *la Repubblica*, 25 aprile 2016.

[21] In Germania, per esempio, a fronte di un quadro normativo non dissimile da quello italiano, le attività di ricerca e sperimentazione sugli OGM sono non solo tollerate, ma addirittura incoraggiate dalle autorità pubbliche.

[22] Si pensi alla sentenza resa dalla C .G.U.E. nella causa c111/16 del 13 settembre 2017 (in *Diritto & Giustizia*, 13 settembre 2017, con nota di I.L. Nocera, *OGM vietati solo se è manifesto un grave rischio per la salute*). Nell'occasione, i giudici di Lussemburgo hanno censurato, per difetto di solide basi scientifiche circa i rischi per la salute dei consumatori, il provvedimento con il quale il nostro Ministero della Salute ha vietato la coltivazione sul territorio italiano del mais transgenico MON 810, pur a fronte di un provvedimento di autorizzazione della Commissione Europea del 1998, confermato nel 2013 sulla base di un parere scientifico reso dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA).

[23] Per un'articolata disamina delle criticità della disciplina italiana alla luce dei principi del diritto penale, G.M. Vagliasindi, *Legittimità ed effettività*, cit., p. 293 ss.

[24] Così, per esempio, L. Tumminello, *Sicurezza alimentare*, cit., p. 307.

precauzione, pur rappresentando il «limite estremo» della possibile legittimità dei precetti penali[25], sembra, in linea di principio, ammissibile se, come si ritiene in materia di OGM, le conoscenze scientifiche disponibili consentono di fondare su basi razionali l'ipotesi di un eventuale grave pericolo per interessi particolarmente rilevanti. A maggior ragione, pertanto, si può ritenere legittima l'apposizione di limiti (anche stringenti e presidiati da sanzioni penali) all'impiego di OGM qualora la prognosi di pericolosità dovesse risultare fondata sulla base di conoscenze scientifiche acquisite. Quello che non è né logicamente ammissibile, né legittimo – va ribadito - è ostacolare o impedire (per di più con il ricorso allo strumento penale) la ricerca volta a verificare in concreto la fondatezza delle suddette presunzioni di pericolosità.

3. *Ricerca teorica o "pura" e diritto penale*

Ovviamente nessun limite penale può essere apposto alla ricerca "pura" (o meglio "teorica").

A opporsi a ogni forma di criminalizzazione di attività meramente speculative sono alcuni principi propri di un ordinamento penale liberale, cristallizzati nella stessa Carta costituzionale.

Innanzi tutto il principio di materialità: la ricerca pura è pensiero che non si è ancora esteriorizzato in comportamenti concreti, come tali suscettibili di valutazione da parte di un giudice[26].

In secondo luogo, e con una pregnanza ancora più significativa, il principio di necessaria offensività, tanto sul piano della selezione dei beni giuridici possibili oggetto di tutela, quanto su quello del grado di anticipazione dell'intervento punitivo. Non è facile (se non addirittura impossibile), infatti, individuare contro interessi offendibili dalla mera attività di elaborazione teorica di nuove conoscenze[27].

---

[25] D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2017, p. 202.

[26] Sul principio di materialità, anche per ulteriori riferimenti, A. Valenti, *Principi di materialità ed offensività*, in *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, p. 274 ss; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, p. 159 ss.

[27] Nella sterminata letteratura sul principio di offensività, si segnalano G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 449 ss.; M. Romano,

Ma anche ammettendo che tali beni giuridici possano essere individuati e siano ritenuti meritevoli di tutela penale, una loro protezione che passasse dal divieto di svolgere attività di ricerca, si connoterebbe di un grado di pericolosità talmente esiguo da rappresentare un'anticipazione dell'intervento punitivo incompatibile con la *ratio* del principio di offensività.

Non bisogna trascurare, infine – in una prospettiva che trascende lo specifico alveo dei principi penalistici – il carattere laico e pluralista del nostro assetto costituzionale, che preclude, tra le altre cose, limitazioni alla libertà di pensiero e di sua manifestazione[28].

4. *Diritto penale e ricerca sperimentale. Il caso paradigmatico della ricerca su cellule staminali*

Da quanto detto emerge come un possibile impatto lesivo delle attività di ricerca su beni giuridici bisognosi e meritevoli di tutela penale si manifesta solo nel momento del passaggio dalla mera speculazione alla verifica empirica dei suoi risultati. In altri termini, i nodi più problematici del rapporto tra il diritto penale e la libertà costituzionalmente garantita dagli art. 9 e 33 Cost. emergono sul terreno della ricerca sperimentale.

Se è vero, infatti, che la mera attività di speculazione scientifica è oggetto di libertà "assoluta" – per il fatto che essa non si può materialmente porre in contrasto con altri interessi e diritti meritevoli di tutela –, non altrettanto può dirsi per la libertà di sperimentare un'ipotesi scientifica. Tale libertà può, infatti, essere limitata in

Commentario sistematico al codice penale, I, Milano, 2004, p. 299 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005; M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv.trim.,* 2013, 4, p. 4 ss.; S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, p. 231 ss.

[28] Sul principio di laicità e sui suoi rapporti col diritto penale, anche per ulteriori riferimenti, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, p. 19 ss.

presenza di un immediato e ingiustificato pregiudizio per altri beni costituzionalmente protetti[29].

Un interessante banco di prova per cogliere il senso della distinzione – sopra ricordata – tra ricerca teorica e ricerca sperimentare, nella specifica prospettiva del diverso grado di legittimità dell'intervento penale, è certamente rappresentato dal caso della sperimentazione che implichi il ricorso a cellule staminali embrionali.

L'art. 13, co. 1, l. 40/04, infatti, vieta (e sanziona penalmente) la *sperimentazione su embrioni umani* (non parla, quindi, di cellule staminali); mentre l'art. 13, co. 3, lett. *a)* estende il divieto alla *produzione di embrioni umani per fini di ricerca o di sperimentazione*. Una previsione, quest'ultima, cui fa da *pendant* quella dell'art. 14, co. 1, relativa al *divieto di soppressione di embrioni*.

Dall'analisi di tali disposizioni incriminatrici, emerge come la ricerca su cellule staminali non sia, in sé, penalmente rilevante[30]. I divieti colpiscono, infatti, solo condotte che abbiano come oggetto materiale l'embrione umano complessivamente considerato. Né sarebbe possibile ricavare dalle norme citate una sorta di divieto implicito, pena la palese violazione del principio di legalità, *sub specie* divieto di analogia *in malam partem*[31].

Al di là (verosimilmente) delle reali intenzioni del legislatore, la ricerca sperimentale non è penalmente rilevante, pertanto, laddove si utilizzi materiale genetico importato dall'estero[32]. Lo diventa solo se le cellule staminali impiegate sono ottenute da embrioni in Italia.

È vero che la circostanza secondo cui le cellule staminali siano ricavabili solo attraverso un processo di distruzione di embrioni (condotta, questa, - come detto – senz'altro penalmente rilevante, se commessa in Italia), da un lato, e il divieto di brevettazione di ogni utilizzo di embrioni umani (ivi comprese le linee di dellule staminali

[29] R. Bin, *La Corte e la scienza*, in Aa.Vv., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 12 ss.

[30] In argomento, E. Dolcini, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir, proc. pen*., 2006, p. 450 ss.

[31] E. Dolcini, *Ricerca su cellule staminali*, cit., p. 453.

[32] E. Dolcini, *Ricerca su cellule staminali*, cit., p. 453 ss.

embrionali) fissato all'art. 81-*quinquies* C.p.i.[33], dall'altro, limita e disincentiva fortemente l'attività sperimentale su materiale embrionale. Sarebbe, tuttavia, inesatto affermare la sussistenza nel nostro ordinamento di un divieto assoluto – per di più assistito da sanzioni penali – di svolgere attività di ricerca su materiale genetico ricavato da cellule staminali embrionali.

Questo non significa che l'approccio politico criminale del legislatore italiano e le sue scelte di disciplina non suscitino forte perplessità.

Ora, nessuno mette seriamente in discussione l'assunto secondo cui la tutela dell'embrione possa rappresentare un limite potenzialmente legittimo alla libertà di ricerca scientifica. Ciò nel senso che si tratta di interessi potenzialmente confliggenti e – come tali – bisognosi di bilanciamento (nei termini illustrati all'inizio del presente contributo).

Quello che risulta discutibile è, però, la pretesa di assolutizzare le tutela dell'embrione a scapito di quella della libertà di ricerca scientifica.

Una "assolutizzazione" che emerge con particolare evidenza in relazione al problema dei c.d. "embrioni soprannumerari"[34]. Il divieto di sperimentazione su questi ultimi – sancito in maniera lapidaria dall'art. 13, co. 1, l. 40/04 («È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano») – è un esempio paradigmatico di un cattivo bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Nel soppesare le possibilità di impiego delle cellule staminali embrionali nella ricerca

[33] La disposizione in parole, peraltro, si spinge oltre quanto fissato dalla Direttiva 98/44/CE in materia di protezione delle invenzioni biotecnologiche, che si limita a vietare l'utilizzo di embrioni umani per fini commerciali o industriali. In argomento, G. Floridia, *Le invenzioni*, in P. Auteri - G. Floridia - V. Mangini - G. Olivieri - M. Ricolfi - R. Romano - P. Spada, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016, p. 230.

[34] Il problema è diventato più evidente dopo che la Corte Costituzionale ha determinato le condizioni per un ampliamento del numero potenziale degli embrioni prodotti e non impiantati. Con la sent. 151/09, infatti, si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, l. 40/04, nella parte in cui vietava la produzione di embrioni in numero superiore a tre e ne imponeva la destinazione a un unico e contemporaneo impianto. In conseguenza di ciò, la Corte ha derogato al divieto di crioconservazione con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati.

ed, eventualmente, nella terapia per la cura di numerose patologie degenerative del corpo umano, da una parte, e i danni arrecabili agli embrioni oggetto di sperimentazione, dall'altra, il nostro legislatore si è preoccupato esclusivamente dei secondi. Il sacrificio della libertà di ricerca scientifica, riconosciuta espressamente dagli artt. 9 e 33 Cost., è pressoché totale. Il divieto generalizzato dell'art. 13 mira a tutelare l'embrione in sé e per sé, conferendogli uno *status* che, a prescindere da quale sia lo scopo prefissato dalla ricerca, sacrifica interamente l'interesse alla sperimentazione scientifica e agli esiti terapeutici che potrebbero conseguirne.

L'unica "concessione" – se così si può dire – che l'ordinamento offre a chi utilizzasse tali embrioni per fini di ricerca è l'esclusione dell'aggravamento di pena previsto dall'art. 13, co. 2, lettera a), per la «produzione di embrioni per fini di sperimentazione o di ricerca o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge». Gli embrioni di cui qui si discute, infatti, sono il risultato di attività di per sé lecite, com'è per quelli creati per essere impiantati in utero e poi, per una qualche ragione, non impiantati. Peraltro, potrebbe trovare applicazione, in questo caso, l'ulteriore previsione dell'art. 14 l. 40/04 che incrimina e punisce – sia pure con una pena dimezzata – la «soppressione di embrioni», in tal modo precludendo la possibilità di estrarre da essi materiali genetici da impiegare in attività di ricerca e sperimentazione.

Si tratta di embrioni destinati a una crioconservazione potenzialmente perpetua, un'esistenza "sospesa" senza fine. Il sacrificio della libertà di ricerca, quindi, risulta fine a se stesso, non traducendosi in un'apprezzabile ed effettiva tutela dell'embrione. Quale beneficio possono ragionevolmente attendersi queste «esistenze *in nuce* destinate all'ibernazione perpetua»[35]? Sperimentare su embrioni soprannumerari non più utilizzabili, destinati alla morte certa o al congelamento *per saecula saeculorum*, significherebbe concedere una possibilità alla ricerca (anche nella consapevolezza di eventuali esiti deludenti), non all'insegna di una chimerica "medicina dei desideri", ma per soddisfare le legittime aspettative dei pazienti

[35] L'espressione è di L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 70.

che sperano negli annunciati progressi della scienza per alleviare i loro mali.

L'impiego degli embrioni soprannumerari per fini di ricerca, peraltro, non incorrerrebbe nemmeno nei limiti fissati dall'art. 18, co. 2, della Convenzione di Oviedo. Tale atto normativo sovranazionale, infatti, vieta esclusivamente la «costituzione di embrioni umani a fini di ricerca»; il divieto, quindi, non si riferisce a quelli già prodotti per fini procreativi e risultati "in soprannumero".

La scelta del legislatore italiano di accordare preferenza assoluta alla protezione integrale dell'embrione, preferendola ad ogni altro interesse pure costituzionalmente garantito, sembra, in effetti, fondarsi sull'adesione ad una particolare visione ideologica, a discapito di ogni altra parimenti meritevole di considerazione; la qual cosa pone la disciplina italiana in materia di PMA in contrasto col principio di laicità, intesa come «neutralità rispetto ai diversi valori afferenti alle singole concezioni morali e religiose diffuse nella società»[36]. Ma, anche a non voler ammettere la *ratio* esclusivamente ideologica del divieto di ricerca e sperimentazione su embrioni, a fondarlo resta solo il richiamo a una discutibile e "malintesa" idea di dignità. Concetto dai contenuti vaghi e indeterminati[37], quindi manipolabili in senso eticizzante[38], tanto da destare forti perplessità nel momento in cui lo si vuole assumere come possibile oggetto di tutela penale[39].

---

[36] P. Sanfilippo, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sugli embrioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1203. Sui rapporti tra laicità e diritto penale, tra i molti contributi, si segnalano S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 259 ss.; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in A. Ceretti - L. Garlati (a cura di), *Laicità e Stato di diritto*, Milano, 2007, p. 288 ss.; G. Fiandaca, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1391 ss.; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 18 ss.; O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, p. 37 ss.; da ultimo, C.E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure",* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1154 ss.

[37] G. Fiandaca, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 343. Nello stesso senso, S. Canestrari, *Principi*, cit., p. 33 ss.

[38] L. Risicato, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 41.

[39] Sulla dignità umana come bene giuridico tutelato attraverso il divieto di utilizzo di embrioni per fini di ricerca, V. Tigano, *Tutela della dignità umana e*

Eppure è questa la strada seguita dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 13 aprile 2016, n. 84. Il giudice *a quo* rilevava che un divieto assoluto di ricerca sperimentale sugli embrioni non impiantabili destinati a naturale autodistruzione si risolvesse «nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico-scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie, nonché, in modo del tutto irrazionale, nella negazione di qualunque bilanciamento tra dette esigenze, espressione di valori costituzionalmente tutelati, e lo statuto dell'embrione, in assenza di qualunque bilanciamento che contemperi la previsione con le ragioni di inutile salvaguardia di quest'ultimo, in quanto affetto da patologie».

I giudici della Consulta hanno ritenuto di non far proprie queste doglianze, facendosi schermo della discrezionalità da assicurare al legislatore in questa materia[40]. La verità è che la Corte Costituzionale si è volontariamente sottratta a ogni valutazione circa il bilanciamento

---

illecita produzione di embrioni per fini di ricerca, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1762 ss.

In una prospettiva più generale, evidenzia il pericolo di una «proliferazione degli oggetti di tutela riconducibili al lessico della dignità umana» S. Canestrari, *Principi*, cit., p. 33. Secondo l'Autore, nemmeno il "rango supremo" della dignità umana può consentire di «eleggerla a unico criterio di bilanciamento nelle scelte di politica criminale»; ciò in ragione della pretesa – insita in tale concetto – di un riconoscimento e di una tutela "assoluti". Preferibile, piuttosto, fare riferimento alla diversa categoria del c.d. "eguale rispetto", inteso come «bilanciamento tra le esigenze di tutela di persone concrete e non di dimensioni ideali di concezioni etiche». In argomento, v. anche F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 823 ss.; Id., *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018.

[40] Per un esame della motivazione della sentenza, V. Tigano, De dignitate non disputandum est? *La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Dir. pen. cont.,* 8 maggio 2016, p. 1 ss.; P. Sanfilippo, *L'esitazione della Consulta*, cit., p. 1199 ss.; D. Carusi, *La corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 307 ss.; A. Cossiri, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 750 ss. Più in generale, sui numerosi profili di incostituzionalità del divieto di ricerca scientifica, A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione. Principi e prassi*, Torino, 2012, p. 272 ss.

(*rectius*, il mancato bilanciamento) operato dal legislatore tra la tutela della dignità dell'embrione e quella della libertà di ricerca.

Lo ha fatto anche facendo leva – non senza travisarla (almeno in parte) - su una precedente pronunzia della Corte EDU[41], che verteva sì sul medesimo art. 13 della l. 40/04, ma sotto il diverso profilo di una asserita violazione dell'art. 8 CEDU. La Corte europea ha ritenuto che, sebbene il divieto di donazione alla ricerca degli embrioni costituisca un atto d'ingerenza dello Stato nella vita privata, tale ingerenza non è tale da inficiare un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità della persona sì da limitare il margine di discrezionalità accordato al legislatore statale. In altri termini, la Corte EDU non ha valutato la questione alla luce del parametro fornito dall'art. 10 e non ha considerato se la tutela dell'embrione passi necessariamente dal divieto assoluto di sperimentare o se, piuttosto, non sia preferibile limitare il divieto ai soli embrioni destinati all'impianto in utero, in modo da lasciare aperte le porte alla ricerca scientifica su quelli in cui il processo di riproduzione cellulare si sia arrestato irreversibilmente, oltre che su quelli abbandonati e crioconservati da un certo numero di anni, e quindi non più utilizzabili in un processo riproduttivo. Alla luce di ciò, la pronuncia non pare idonea a rafforzare le argomentazioni a sostegno dell'ammissibilità di un sacrificio assoluto della libertà di ricerca in nome della tutela incondizionata della dignità dell'embrione.

Né pare del tutto conferente il richiamo alla precedente decisione in cui, se da un lato si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 l. 40/04 nella parte in cui non consentiva il ricorso alla PMA alle coppie fertili affette da gravi malattie genetiche, dall'altro si è ritenuta non fondata la questione relativa all'art. 14, commi 1 e 4, l. 40/04, in materia di rilevanza penale della condotta di «*soppressione di embrioni*». Secondo i giudici della Consulta, infatti, anche con riferimento ai c.d. "sovrannumerari" si prospetta «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di

[41] Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia,* ric. 46470/11, con nota di V. Tigano, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015, p. 1 ss.

crioconservazione»[42]. Sennonché, in quel caso, la tutela dell'embrione non entrava in conflitto con altro bene giuridico costituzionalmente rilevante, laddove nella situazione qui considerata avrebbe meritato di essere bilanciato con la libertà di ricerca scientifica (e con gli interessi finali, la cui tutela questa persegue).

Peraltro, questo approccio assolutivizzante alla tutela dell'embrione si pone in evidente controtendenza rispetto agli orientamenti della Corte europea di giustizia, in materia di brevettabilità delle scoperte biotecnologiche. Secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, embrione umano è solo l'ovulo fecondato «tale da dare avvio a un processo di sviluppo dell'essere umano». In questi termini si sono pronunciati nel c.d. caso *Brüstle*[43]. Tale decisione, a onor del vero, sembrava avallare una lettura particolarmente estensiva del divieto di brevettabilità di invenzioni biotecnologiche che prevedono l'utilizzo di embrioni umani a fini industriali e commerciali, imbattendosi in una definizione di embrione umano eccessivamente frustrante nei confronti della libertà di ricerca scientifica, sollevando così i malumori della comunità scientifica, di gran parte della dottrina e degli ordinamenti che da tempo hanno sposato scelte legislative più liberali[44]. La Corte di giustizia UE, infatti, lasciando che il mega-valore della "dignità del genere e dei processi vitali umani" divorasse le logiche del mercato e della concorrenza (art. 41 Cost.), come pure gli interessi della sperimentazione e della ricerca (artt. 9, co. 1; 32, co. 1; 33, co. 1, Cost.), fabbricava una *nozione onnivora* di embrione umano[45].

In una successiva pronuncia, però, la Corte di giustizia ha precisato che non è sufficiente che l'ovulo fecondato sia *astrattamente* idoneo a svilupparsi, essendo necessaria la concreta ed effettiva

---

[42] Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2106 ss., con nota di L. Chieffi, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto.*

[43] Corte giust., Grande Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace.*

[44] C. Fusari, *Le cellule staminali embrionali: il bilanciamento possibile. Riflessioni e orientamenti giuridici alla luce del caso Brüstle v Greenpeace*, in *JET/DET*, 2012, p. 32.

[45] V. Valentini, *Biodiritto penale delle invenzioni e laicità europea. Sull'eterno girotondo delle cellule staminali embrionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 979 ss.

possibilità di tale sviluppo[46]. In altre parole, non basta che un organismo sia in grado di avviarsi verso la formazione di un corpo-essere umano, se poi non è capace di portare a termine quel processo di sviluppo senza ulteriori interventi tecnico-manipolativi[47]. Il risultato è una lettura "riduttiva" del concetto di "embrione" che esclude dalla relativa nozione i c.d. partenoti[48], in tanto in quanto sprovvisti della suddetta *inherent capacity.*

È evidente che, quanto meno, per ragioni di coerenza sistematica sarebbe opportuno armonizzare l'interpretazione della l. 40/04 coi risultati di tale elaborazione giurisprudenziale. Un esito, peraltro, deivante anche dall'art. 117 C ost., che impone un'interpretazione della legislazione nazionale conforme al diritto europeo.

Tale obbligo si riverbera innanzi tutto sul c.d. diritto brevettuale. È evidente, infatti, che alla luce del più recente approdo della Corte di Lussemburgo nel caso *International International Stem Cell*, si dovrà escludere dalla nozione "embrione umano" e di "cellule embrionali umane", di cui l'art. 81-*quinquies* C.p.i. vieta la brevettabilità, quei materiali genetici ricavati da ovuli indotti a dividersi e svilupparsi mediante partenogenesi[49].

Il passaggio successivo dovrebbe essere quello di estendere al campo della ricerca la nozione di embrione elaborata, da ultimo, dalla Corte di giustizia UE. Un'operazione ermeneutica resa più agevole dalla circostanza che il legislatore interno si riferisce ripetutamente all'embrione, trascurando di definirlo[50].

---

[46] Corte giust., Grande Sez., 18 dicembre 2014, C -364/13, *International International Stem Cell c. CGPDTM*. In argomento, G. Spedicato, *Cellule staminali embrionali e limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 24 ss.; G. Milizia, *Semaforo verde alla brevettabilità degli ovuli umani non fecondati: per la CGUE non sono embrioni,* in *D&G,* 1/2014, p. 28 ss.; S. Penasa, *La Corte di Giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano": l'ultima (?) fase della "saga" Brüstle (C-364/13)*, in www.forumcostituzionale.it, 7 gennaio 2015; V. Valentini, *Biodiritto penale*, cit., p. 979 ss.

[47] Corte giust., 18 dicembre 2014, cit., §§ 27-30.

[48] Si tratta dei prodotti della c.d. "partenogenesi", pratica consistente nella stimolazione elettrochimica di un ovocita non fecondato.

[49] Sul punto, V. Valentini, *Biodiritto penale,* cit., p. 989.

[50] La l. 40/2004, infatti, *non* definisce esplicitamente l'embrione, limitandosi a lasciare *implicitamente* intendere di considerare tale l'ovulo umano a partire dal

Del resto, sfugge a ogni ragionevolezza un ordinamento che sacrifica la tutela della "dignità del genere umano" sull'altare del patrimonio, del mercato e della concorrenza e rinunci a bilanciare questa tutela con interessi di rango superiore come la libertà di ricerca scientifica e la salute (individuale e collettiva)[51]. È impensabile che un ramo dell'ordinamento – il diritto industriale – governato da logiche economico-mercantili – risulti più laico e liberale (tutelando i risultati di attività che presuppongono la distruzione di partenoti umani), rispetto alla disciplina della ricerca su cellule staminali embrionali, che – pur perseguendo scopi collettivistico-curativi – colpisce con sanzioni liberticide le attività che generano quei risultati[52].

Non è, quindi, eccessivo affermare come la contraddizione in parola si sarebbe potuta ricomporre in modo assai diverso da come è stata (non) risolta dalla Corte Costituzionale.

4.1. *La verifica empirica dei risultati della ricerca: la sperimentazione su esseri umani*

Procedendo idealmente lungo il percorso che dall'elaborazione teorica delle nuove conoscenze conduce alla loro implementazione sul piano applicativo, un passaggio fondamentale nella prospettiva oggetto del presente contributo è certamente rappresentato dalla verifica sperimentale dei risultati della ricerca. Non mi soffermerò

---

momento della fecondazione (art. 6, co. 3), come pure, per quel che qui specificamente interessa, l'oocita in cui sia stato trasferito il nucleo di una cellula somatica adulta (art. 13, co. 3, lett. *c*): A. Vallini, *Illecito concepimento,* cit., 174 ss., p. 251 ss. Sulla ambiguità della legislazione italiana circa l'esatta nozione di "embrione umano", E. Dolcini, *Embrione, pre-embrione, ootite: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir, proc. pen*., 2004, p. 440 ss.

[51] V. Valentini, *Biodiritto penale,* cit., p. 990.

[52] Al più sarebbe ipotizzabile una situazione di segno opposto, qual era, per esempio, per i prodotti farmaceutici, rispetto ai quali l'art. 14, co. 1, R.D. 29 giugno 1939, n. 1127, ammetteva la sperimentazione, ma non anche la brevettabilità; ciò prima che la Corte Costituzionale, opportunamente, eliminasse quella preclusione: Corte cost., 9 marzo 1978, n. 20, in *Giur. it.*, 1979, I, 218. In argomento, R. Romano, *Brevetti e artefatti biologici,* Torino, 2012, p. 158 ss.

sugli specifici problemi sollevati dalla sperimentazione su animali[53], per concentrare l'attenzione su quella che ha come oggetto l'essere umano.

L'attività di sperimentazione è coessenziale alla scienza e alla ricerca scientifica, atteso che le procedure di controllo e falsificazione delle teorie rappresentano un elemento ineludibile dell'accumulazione del sapere. Non può, dunque, essere ammissibile la limitazione della garanzia della libertà della scienza alla sola "osservazione" dei fenomeni studiati, con l'esclusione della "manipolazione" delle cose e delle persone oggetto di ricerca. Il problema è, ancora una volta, quello del bilanciamento tra tale garanzia di libertà e altri beni meritevoli di tutela.

È evidente che l'attività di sperimentazione, fondandosi su metodologie empiriche in cerca di validazione nella comunità scientifica, sia in sé rischiosa «*per* gli imprevedibili e non ancora adeguatamente ponderati effetti che possono ripercuotersi negativamente sul bene della salute e, finanche irreversibilmente, sulla vita dei soggetti coinvolti»[54]. Ne consegue la concreta possibilità di integrare gli estremi di fattispecie delittuose contro la vita o l'incolumità individuale (omicidio, lesioni personali), realizzate, di norma, nella forma colposa[55].

---

[53] Dal punto di vista penale, viene in rilievo la possibile applicazione degli artt. 544 *bis* (*Uccisione di animali*), 544 *ter* (*Maltrattamento di animali*) e 727 (*Abbandono di animali*). Con riferimento particolare alle due prime ipotesi, si tratta di valutare se l'impiego di animali nella sperimentazione possa ritenersi – e, nel caso, a quali condizioni – "necessario", sì da escludere la rilevanza penale del fatto. Importanti indicazioni per dirimere la questione sono ricavabili dal d.lgs. 26/2014, attuativo della Direttiva 2010/63/UE.

[54] C. Paonessa, *La sperimentazione clinica*, cit., p. 112 s. In argomento, V. Magnini, *I requisiti e i limiti di liceità della sperimentazione umana. Profili penalistici*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 1040 ss.

[55] Non pare che sulla valutazione della colpa possano influire i principi fissati dalla l. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi), prima, e dalla l. 24/2017 (c.d. Legge Gelli-Bianco), adesso, atteso che alludono ad una regola di giudizio riferito a linee guida e protocolli consolidati nella comunità scientifica, ossia esattamente ciò che l'attività di sperimentazione cerca di superare o di migliorare. Non vi sono ostacoli, invece, a ritenere che la sperimentazione medica rappresenti terreno di elezione per l'applicazione dell'art. 2236 c.c. Così, A. Manna, *Sperimentazione medica*, cit., p. 1124; nello stesso senso, C. Paonessa, *La sperimentazione clinica*, cit., p. 128.

Detto ciò, ci si chiede quali siano le condizioni in presenza delle quali un'eventuale responsabilità penale debba essere esclusa in ragione del corretto esercizio della libertà di ricerca scientifica.

La questione dei limiti di ammissibilità della sperimentazione umana è resa ancor più complicata dall'assenza di una disciplina organica della materia, oltre che dalla constatazione che il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco – quello collettivo al progresso della scienza medica, quello personalistico alla vita, alla salute e alla libertà di autodeterminazione – non è certamente impermeabile alle diverse visioni ideologiche (*rectius*, culturali) circa il rapporto tra diritti dell'individuo ed interessi della comunità.

Se si privilegiasse un approccio di tipo utilitaristico, si dovrebbe affermare la prevalenza degli interessi della collettività su quelli dell'individuo, ammettendo tutte le forme di sperimentazione umana, anche se estremamente rischiose per la salute e anche se praticate senza il consenso dell'interessato o privilegiando nella scelta delle "cavie" soggetti marginali della società.

Si tratta, però, di un approccio incompatibile con l'assetto costituzionale del nostro ordinamento e col principio personalistico che lo pervade e informa.

Alla luce della concezione accolta dalla nostra Costituzione, che, valorizza sì istanze collettivistiche (i «doveri inderogabili di solidarietà sociale» di cui all'art. 2 Cost.), ma subordinandoli alla posizione apicale della persona (artt. 2 e 3 Cost.), la sperimentazione è lecita (e financo doverosa), a patto di essere effettuata nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

In altri termini, il problema non può essere affrontato correttamente se non muovendo da due acquisizioni che possono considerarsi altrettanti punti fermi.

Innanzi tutto, si deve riconoscere che l'attuale stato dell'arte non consente alla scienza di fare a meno della sperimentazione. In altri termini, il passaggio dall'elaborazione teorica delle conoscenze alla sua implementazione in forma di utilizzo su larga scala, necessità – quale necessario passaggio intermedio – di una verifica empirica. Se viene meno tale necessità, la libertà di sperimentazione deve cedere di fronte al pericolo di offesa nei confronti di controinteressi meritevoli di tutela.

In secondo luogo, il beneficio di molti non può conseguirsi al prezzo di rischi indebiti per pochi (a maggior ragione se questi pochi sono scelti tra soggetti socialmente deboli o appartenenti a una minoranza indifesa).

Si tratta di due affermazioni di principio destinate a entrare in conflitto. Un contrasto che può essere ricomposto attraverso l'apposizione di limiti alla liceità della sperimentazione terapeutica; il rispetto dei quali attribuisce efficacia scriminante all'attività di sperimentazione. Tali limiti assumono sia carattere oggettivo, sia carattere soggettivo.

Tra i primi rientrano: l'indispensabilità ai fini del progresso della scienza (non esistendo un metodo alternativo alla sperimentazione su esseri umani); la capacità tecnica del medico; l'idoneità della struttura; la serietà scientifica del progetto (da intendersi, tra le altre cose, come osservanza delle *leges artis* e assenza di discriminazioni nella scelta dei candidati).

Sul piano soggettivo, il limite principale alla libertà di sperimentazione è rappresentato dall'acquisizione del consenso informato di chi sia sottoposto al trattamento in fase di validazione scientifica.

Le problematiche qui sinteticamente accennate sono destinate a complicarsi ulteriormente, in ragione dalla necessità di distinguere tra una sperimentazione c.d. "pura" e una c.d. "terapeutica"[56]. La prima persegue fini esclusivamente scientifici e, prescindendo da immediati obiettivi curativi, svolge esclusivamente il compito di far progredire la scienza medica; la seconda opera, invece, in rapporto diretto con una patologia ed è intesa prevalentemente a salvare la vita, oppure a curare o alleviare le sofferenze degli individui. Detto altrimenti: nella seconda forma di sperimentazione emerge una convergenza tra interesse collettivo ed interesse individuale, posto che «la scoperta di nuove tecniche curative o il miglioramento di quelle già esistenti potrebbero,

[56] In entrambi i casi, il problema di una possibile responsabilità penale si pone, per lo più, per le forme di sperimentazione di tipo "interventistico", non per quelle di tipo "osservazionale". Queste ultime, infatti, mirano ad incrementare gli standard conoscitivi di particolari patologie o cure farmacologiche, senza introdurre fattori di rischio aggiuntivi rispetto a quelli ad esse connaturati o, comunque, già noti.

oltre che far progredire le conoscenze mediche nell'interesse di tutti, avvantaggiare direttamente il singolo nella tutela della propria salute»[57].

Se è vero, infatti, che il bilanciamento tra opposte esigenze passa dall'apposizione di limiti alla libertà di sperimentazione, è altrettanto evidente che tali limiti si atteggiano in maniere diversa nelle due ipotesi (se non altro perché la sperimentazione terapeutica, traducendosi in un tentativo di cura, presenta forti affinità col trattamento medico-chirurgico[58]).

Tale diversità attiene già al profilo dei limiti oggettivi. Se, per esempio, la terapia sperimentale riguarda una malattia per la quale si dispone già di una cura, di cui si conoscono le probabilità di successo, essa esonererà da responsabilità penale solo a condizione di offrire, sulla base di una prognosi postuma, una probabilità di successo e una efficacia di tutela almeno pari alla probabilità di successo e all'efficacia offerte dalla terapia consolidata[59].

Ma è sul terreno dei limiti soggettivi alla sperimentazione, cioè sul consenso informato di chi si sottopone alla sperimentazione, che la distinzione in oggetto acquista ancora maggiore rilevanza. Mentre, infatti, nella sperimentazione terapeutica, proprio perché sussiste un precedente stato morboso e, dunque, il paziente può non essere in grado di acconsentire, eccezionalmente il consenso effettivo ed informato può cedere il passo al consenso presunto, nella sperimentazione pura, proprio perché effettuata non nell'interesse del soggetto, il consenso di costui non può che essere consapevole, reale e specifico[60]. Non solo: nei casi di sperimentazione "pura" tale consenso

---

[57] C. Paonessa, *La sperimentazione clinica*, cit., p. 116.

[58] Così, tra gli altri, C. Paonessa, *La sperimentazione clinica*, cit., p. 115; A. Manna, *Sperimentazione medica*, cit., p. 1123.

[59] F. Giunta, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 669. Diverso il caso in cui la terapia sperimentale rappresenti l'unico rimedio possibile per patologie non altrimenti curabili: trattandosi del solo approccio terapeutico possibile, il ricorso ad esso si ponte entro i limiti oggettivamente imposti all'esercizio della libertà di sperimentazione. Sul punto, V. Magnini, *Requisiti e limiti della sperimentazione terapeutica*, in S. Canestrari - F. Giunta – T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 365.

[60] F. Mantovani, *I trapianti*, cit., p. 655 ss. e p. 772 ss.

deve essere anche "spontaneo"[61]. Ciò al fine di evitare un "disinvolto" impiego nelle pratiche di sperimentazione di soggetti che, pur pienamente capaci di intendere e volere[62], versino in una condizione di vulnerabilità, che li espone a condizionamenti o influenze esterne di vario genere. Il pensiero corre, per esempio, ai detenuti, ai minori, ma – a mio avviso – anche a quanti si trovano in condizioni di disagio economico sociale. Questi ultimi, infatti, potrebbero essere indotti ad accettare i rischi di un trattamento dagli esiti incerti, per sopperire alle loro condizioni di bisogno.

In entrambi i casi, la responsabilità penale del medico ricercatore non potrà essere esclusa nel caso in cui effettui trattamenti sperimentali invasivi senza aver prima raccolto il consenso informato del paziente. Queste conclusioni non vengono inficiate dalla ritenuta legittimità delle c.d. sperimentazioni "a doppio cieco"[63]. Anche in questo caso, infatti, la "cavia" deve essere adeguatamente edotta sulle caratteristiche del protocollo applicato e ne deve accettare i rischi[64].

Quello del consenso informato alla sottoposizione ad una terapia medica sperimentale è un tema venuto in rilievo, per esempio, in una delle pronunce giurisprudenziali sul c.d. "caso Stamina", sia pure sotto il diverso profilo della tutela degli interessi patrimoniali dei malati. Si trattava, in particolare, della possibilità di applicare il delitto di truffa: il profilo di rilevanza penale individuato, quindi, non aveva attinenza con i possibili effetti pregiudizievoli sulla vita e sulla salute,

---

[61] Nel senso di richiedere la spontaneità del consenso, la Dichiarazione di Helsinki su "principi etici per la ricerca medica che coinvolge i soggetti umani (la quale prevede la necessità di una "particolare protezione" per le persone "vulnerabili")

[62] Problemi peculiari pone la sperimentazione su pazienti psichiatrici. Sul punto, V. Magnini, *Validità del consenso dei pazienti psichiatrici. Il punto di vista giuridico*, in P. Funghi - F. Giunta (a cura di), *Medicina, bioetica e diritto*, Pisa, 2008, p. 214 ss.

[63] Si definisce "a doppio cieco" la sperimentazione farmaceutica nella quale tanto i medici, quanto i pazienti sono tenuti all'oscuro circa la natura del farmaco effettivamente somministrato. Lo scopo è, chiaramente, quello di evitare che i risultati della ricerca vengano influenzati a priori non solo dal condizionamento del paziente, ma anche da quello dello stesso medico che sta effettuando la ricerca.

[64] M. Zanchetti, *Profili etici e giuridici in tema di sperimentazione clinica*, in P. Cattorini – R. Mordacci – M. Reichlin (a cura di), *Introduzione allo studio della bioetica*, Milano, 1996, p. 387.

bensì con un raggiro finalizzato a captare denaro. I giudici del Tribunale di Brescia avevano escluso questa ipotesi sulla base dell'argomentazione che i pazienti erano consapevoli del carattere sperimentale del metodo (e quindi sull'esito incerto del suo impiego). La Corte di Cassazione, invece, ha ritenuto che il consenso al trattamento fosse viziato da inganno circa l'idoneità o meno della terapia a produrre effettive *chances* di successo[65].

Questione diversa è se l'omessa acquisizione del consenso alla sperimentazione possa assumere di per sé una rilevanza penale, anche nel caso in cui la pratica sperimentale si sia rilevata una scelta terapeutica efficace nei confronti del paziente. In linea con le acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di trattamento medico-chirurgico, la soluzione sembrerebbe essere negativa[66].

---

[65] Cass. pen., sez. II, 2 novembre 2015, n. 46119, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 373 ss., con nota di M. Miglio. I giudici della Suprema Corte hanno ritenuto illogica la ricostruzione dei fatti effettuata dai giudici di merito: in primo luogo, è verosimile supporre che i pazienti abbiano accettato di pagare somme ingenti, per sottoporsi ad una terapia illegale, solo in quanto rassicurati circa le *chances* di guarigione o di miglioramento rispetto alle specifiche patologie da cui erano affetti (rassicurazione che non poteva essere loro fornita, se non in modo fraudolente); in secondo luogo, il ricorso, dietro pagamento, a questa c.d. metodologia sperimentale non è avvenuto per caso, bensì per l'azione induttiva degli indagati, che hanno approfittato della particolare debolezza psicologica dei familiari di persone affette da patologie particolarmente gravi per suscitare illusorie speranze, dietro pagamento di rilevanti somme di denaro.

[66] Per tutti, D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, 2ª ed., Torino, 2014, p. 41 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 447 ss. con nota di M. Pelissero, *Il commento*, e in *Cass. pen.*, 2009, p. 1793 ss., con nota di F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*. Non mancano, peraltro, posizioni di segno contrario, in forza delle quali, in mancanza di consenso, il medico sarebbe obbligato ad astenersi da qualsivoglia intervento; la sua posizione sarebbe in tutto e per tutto assimilabile a quella propria di un qualsiasi altro soggetto che agisca *sine titulo*: «cosicché, il suo intervento non potrà venire apprezzato in relazione all'esito finale vantaggioso per la salute – dato che questo non potrà "prevalere" sul mancato consenso del paziente – bensì alla stregua del solo dato "materiale" dell'incidenza della condotta sull'organismo della persona costretta a subirlo, della quale dovrà dunque rispondere per il solo fatto di esserne stato responsabile». Così, G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 954.

5. *Conclusioni*

Avviandomi rapidamente verso la conclusione, mi pare non del tutto irrealistico ipotizzare come proprio lo sviluppo scientifico e tecnologico possa – nel medio o lungo periodo – determinare le condizioni affinché la verifica empirica dei risultati delle ricerche scientifiche risulti sempre meno indispensabile (e comunque possa realizzarsi con i minori rischi possibili per i beni giuridici confliggenti con la libertà di ricerca e di sperimentazione).

Basti pensare alla predisposizione di *software* in grado di simulare gli effetti della somministrazione di un determinato farmaco o della diffusione o utilizzo di certe sostanze artificiali. È evidente che, nel momento, in cui tali strumenti informatici saranno in grado di fornire risultati pienamente attendibili, verrà meno la necessità della sperimentazione su animali, su esseri umani o in campo aperto.

E un auspicio analogo si può formulare anche in relazione alle fasi antecedenti la sperimentazione. Pensiamo al caso delle cellule staminali: è probabile che i progressi della scienza consentano presto di ottenere materiale genetico – utile a fini di ricerca – senza la necessità di sopprimere embrioni umani.

È come se si chiudesse un cerchio: garantire oggi un equilibrato bilanciamento tra libertà di ricerca scientifica ed eventuali contro-interessi (un bilanciamento che rifugga i rischi di un eccesso di penalizzazione – per di più con coloriture eticizzanti - e garantisca adeguati spazi di liceità) non deve necessariamente condurci verso il c.d. *slippery slope*, ma può significare – al contrario – gettare le basi per una più efficace tutela di quei beni giuridici su cui l'attività di ricerca scientifica è oggi inevitabilmente e suo malgrado destinata ad incidere.

Abstract: The essay aims at exploring the relationship between criminal law and freedom of scientific research. It focuses on both the possible criminalization of conducts that constitute exercise of freedom of research and on the possible value of freedom of research as justification. The author highlights that freedom of scientific research is a constitutional right that may nevertheless affect other

interests having the same rank (e.g. environment, health). Accordingly, restrictions to this right based on criminal law should be permissible only on the grounds of a fair balance between the interests at stake. The essay frames this analysis focusing on the different layers of exercise of freedom of scientific research, including pure research, experimental research and use of the results. The essay calls for a limited resort to criminal law in this field, in light of the fact that, if balancing freedom of research and other interests does not necessarily lead to the so called *slippery slope*, it may nevertheless provide grounds for a more effective protection of the interests which are more frequently impacted by the exercise of freedom of research.

Keywords: clinical trial – justifications – stem cell – informed consent – GMO

Emanuele La Rosa – Ricercatore di diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza ed Economia, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria (emanuele.larosa@unirc.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Power-sharing Executives in Northern Ireland and South Tyrol: Theories, Structures, Practices and Political Stability*

Guido Panzano

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The thin heart of power-sharing theories: sharing the executive power. – 2.1. From the faced theories of power-sharing and autonomy to complex regional consociations. – 2.2. The diverse modalities of executive power-sharing. – 3. The *Giunta* and the President of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen: from the implicit to the minimum winning coalition. – 3.1. The institutional architecture of a flexible compromise. – 3.2. The implicit coalition in practice: between a weak consociational government and an executive of moderates. – 4. The Executive, the First and the Deputy First Minister of Norther Ireland: the liberalization of the consociation after many suspensions. – 4.1. From the division of offices to the formalized bargaining of the sequential allocation of governmental seats. – 4.2. The destabilising relationship with the centre: old and new crises of the Northern Irish executive. – 5. Conclusion: Northern Irish and South Tyrolean executives compared: differences and lessons. – 5.1. Institutions and contexts of two complex regional consociations. – 5.2. Political stability and lessons from the cases. – 6. Tables and graphics. – 6.1. Institutional architecture of the governments of South Tyrol and Northern Ireland. – 6.2. Northern Ireland Assembly, 1998-2017. – 6.3. Northern Ireland First Ministers, Deputy First Ministers and Ministers, 1998-2017. – 6.4. Council of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen, 1973-2013. – 6.5. Provincial *Giunta* and Presidents of South Tyrol, 1973-2013. – 6.6. Abbreviations.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

1. *Introduction*

Northern Ireland and South Tyrol are deeply divided places, where not only ethnic, but also religious and national cleavages play a crucial role in politics.[1] They are border regions, where these divisions were and sometimes remain conflictual, with episodes of political violence of various intensity. Nevertheless, they are two models of conflict resolution, non-destruction of enemy but accommodation of differences, covenant for the sharing of power. The key features of these agreements are embodied in an institutional settlement, where principles of inclusion and division of groups are reified in complex designs, analysed by literature through two ideal-types: consociational democracy, of which Northern Ireland represents nowadays a famous experiment, and autonomy as internal self-determination, for the case of South Tyrol. But the two ideal-types mentioned are useful to understand both these situations. Indeed, the history of these regions can be described as the adversarial relationship between different ethno-national identities in a common territory where constructing a local government and relations between the host state and the kin one out of the border.[2] Why a comparison between them? Because they clearly portray the virtues and the problematics of the union between power-sharing and autonomy, analysed through a focus on the life of executives. In the autonomous South Tyrol,[3] the principle of

[1] Populations in Northern Ireland and South Tyrol are, respectively and approximately, composed by 40% Catholic and Northern Irish and 60% Protestant and British people, and 70% German-, 26% Italian- and 4% Ladin-speaking groups. For the purposes of this article, I will analyze only sporadically the nature of the cleavages in these contexts.

[2] R. Toniatti, *L'evoluzione statutaria dell'autonomia speciale nell'Alto Adige/Südtirol: dalle garanzie della democrazia consociativa alla 'autodeterminazione territoriale'*, in J. Marko, S. Ortino and F. Palermo (eds), *L'ordinamento speciale della Provincia Autonoma di Bolzano,* Padova, 2001, p. 33-88, at p. 34.

[3] As it will be clear in the following paragraphs, South Tyrol is the geographical name of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen, one of the two autonomous provinces (with Trento) of the Region of *Trentino – Alto Adige/Südtirol*, with a proper special (asymmetrical and consociational) statute. Related to this point, Wolff defined South Tyrol a 'nested consociation' in the broader context of the region, see S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict Resolution: South Tyrol in Comparative Perspective*, in J. Woelk, F. Palermo, J.

executive power-sharing, with minimal but clear recommendations, satisfies the demand of protecting the Italian group. At the same time, minority guarantees are inseparable from the relevant level of autonomy, requested and gradually obtained by the German majority. Several factors, but mainly the stability of the constitutional norm, made South Tyrol an efficient example of conflict resolution. In Northern Ireland, by contrast, a strong legal settlement of consociational guarantees was not followed by a greater institutionalization of autonomy, and the self-government seems to remain linked to the parliamentary sovereignty doctrine. This situation alters government life, giving to the unionist majority a sort of veto power on power-sharing, that has contributed to the instability of the region today. Finally, the main aim of this research is to analyse the interaction of autonomy and executive power-sharing in regional contexts explaining a complex system not "as a mere sum of its components, but as something characterized by an added value which is the product of all the interactions among them".[4]

2. *The thin heart of power-sharing theories: sharing the executive power*

2.1. *From the faced theories of power-sharing and autonomy to complex regional consociations*

Before climbing down into the analysis of the two cases, I will briefly contextualize this work clarifying the concepts of power-sharing, autonomy, complex regional consociations and federacy.

Since 1960s, the previously dominant consensus in social sciences, which prescribed the impossibility to reach democratic

Marko, *Tolerance Through Law: Self-Governance and Group Rights in South Tyrol*, Leiden, 2008, p. 407-450.

[4] G. Martinico, *Asymmetry and Complex Adaptive (Legal) Systems: the Case of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, 2014, p. 281-299.

stability in deeply divided places,[5] was demolished by empirical analyses that showed how compromises among *élites* could allow the formation of stable democracies.[6] Some years later, Lijphart introduced a more accurate definition of 'consociational democracy', characterized by four main principles: power-sharing within the executive (in a formal or informal manner, a grand coalition or a collective presidency), proportionality (in the electoral system, public service and funds allocation), autonomy (first referred to the cultural field and later extended) and veto rights for minority protection.[7] Afterwards, consociational theory went on to introduce other specific properties. Firstly, according to Lijphart,[8] power-sharing between groups can be pre- or self-determinate, or even corporative or liberal, as reported by McGarry and O'Leary.[9] The difference lies in the fact that there could be fixed and *a priori* specified safeguards for a certain group (corporative or pre-determinate), or more neutral mechanisms implemented to preserve people's choice to self-identify and individual's freedom to vote (liberal or self-determination consociation).[10] Afterwards, when the debate focussed on institutional

[5] A. Rabushka and K. Shepsle, *Politics in Plural Societies: a Theory of Democratic Instability*, Columbus (Ohio), 1972 (2nd ed.2009); cf. G. Almond, *Comparative Political Systems*, in *Journal of Politics*, vol. 18, 1956, p. 392-405.

[6] A. Lijphart, *Consociational Democracy*, in *World Politics*, vol. 21, 1969, p. 207-225; cf. K. McRae (ed), *Consociational Democracy. Political Accommodation in Segmented Societies*, Toronto, 1974.

[7] A. Lijphart, *Democracy in Plural Societies: a Comparative Exploration,* New Haven, 1977, p. 25-52.

[8] A. Lijphart, *Self-determination versus Pre-determination of Ethnic Minorities in Power-sharing Systems*, in id., *Thinking about Democracy*, London, 2008, at p. 71.

[9] J. McGarry and B. O'Leary, *The Northern Ireland Conflict. Consociational Engagements*, London, 2004; id., *Power Shared after the Deaths of Thousands* and *Under Friendly and Less-friendly Fire*, in R. Taylor (ed), *Consociational Theory: McGarry and O'Leary and the Northern Ireland Conflict*, London, 2009, p. 15-84 and 333-338.

[10] Although there is consent in literature on the preferability of liberal mechanisms (A. Lijphart, *Self-determination*, cit., at p. 74 and J. McGarry and B. O'Leary, *The Northern*, cit., at p. 36), corporate or mixed rules prevail in practice, easier to accept in negotiations, according to the empirical work of A. McCulloch, *Consociational Settlements in Deeply Divided Societies: the Liberal-Corporative Distinction*, in *Democratization*, vol. 21, 2014, p. 501-518.

design or constitutional engineering for plural societies,[11] another theory was born in opposition to consociationalism. Horowitz's[12] and Reilly's[13] incentives approach (also known as centripetal power-sharing), criticizing the consociational frame based on the crystallisation of groups,[14] proposed three solutions for a stable democracy: electoral incentives for politicians appealing also outside their group (vote pooling), multi-ethnic arenas of bargaining and centrist, moderate, aggregating parties.[15] Even though they suggest different institutions[16] and conditions of implementation,[17] consociationalism and centripetalism 'share' the idea that some

[11] G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata,* Bologna, 1995; A. Reynolds (ed), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

[12] D. L. Horowitz, *Ethnic Groups in Conflict,* University of California Press, Berkley, 1985; id., *'Making Moderation Pay': The Comparative Politics of Ethnic Conflict Management* in J. Montiville and H. Binnendijk (eds), *Conflicts and Peace-making in Multi-ethnic Societies*, Lexington, 1990, p. 454-475; id., *The Northern Ireland Agreement: Clear, Consociational, and Risky*, in J. McGarry (ed), *Northern Ireland and the Divided World: the Northern Ireland Conflict and the Good Friday Agreement in Comparative Perspective*, Oxford, 2001, p. 89-108.

[13] B. Reilly, *Democracy in Divided Societies. Electoral Engineering for Conflict Management*, Cambridge, 2001; id., *Political Engineering and Party Politics in Conflict-Prone Societies*, in *Democratization,* vol. 13, 2006; id., *Centripetalism: cooperation, accommodation and integration*, in S. Wolff and C. Yakinthou (eds), *Conflict Management in Divided Societies: Theories and Practice*, London, 2012, p. 57-65.

[14] R. Taylor, *Norther Ireland: Consociation or Social Transformation?*, in J. McGarry, *Northern Ireland and the Divided.*, cit., p. 36-52, at p. 42; D. L. Horowitz, *Foreword*, in I. O'Flynn and D. Russel, *Power-sharing: New Challenges for Divided Societies*, London, 2005, p. vii-x.

[15] B. Reilly, *Democracy in Divided Societies*, cit., at p. 11; B. Reilly, *Political Engineering*, cit., at p. 58.

[16] S. Wolff, *Situating Complex Power-sharing in the Conflict Settlement Literature*, working paper, http://stefanwolff.com/research/situating-complex-power-sharing-in-the-conflict-settlement-literature/, accessed: December 2017.

[17] A. McCulloch, *Does Moderation Pay? Centripetalism in Deeply Divided Society*, in *Ethnopolitics*, vol. 12, 2013, p. 111-132; id., *The Track Record of Centripetalism in Deeply Divided Places*, in J. McEvoy, and B. O'Leary (eds), *Power-sharing in Deeply Divided Places*, Philadelphia, 2013, p. 94-111.

accommodation between groups is indispensable.[18] Indeed, we can talk about a comprehensive theory of power-sharing overarching the two schools of thought,[19] where power-sharing is defined as "any set of arrangements that prevent one agent, or organized collective agency, from being the 'winner who hold all critical power', whether temporarily or permanently".[20]

Ethnic conflict, with its both collective and exclusive identities, undermines the individualistic roots of sovereignty and equality between sovereign states.[21] To overcome these pressures usually condensed in a single part of the territory, some authors stressed the importance of autonomy, as a means of power diffusion that could accommodate diversities.[22] Consequently, autonomy can be established as self-government in some specific territorial areas or,

---

[18] For a definition of accommodation: J. McGarry, B. O'Leary and R. Simeon, *Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation* in S. Choudhry (ed), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation*, Oxford, 2008, p. 41-88, see the first chapter of this book for a short reconstruction of the Lijphart-Horowitz debate; J. McGarry, B. O'Leary, *Territorial Pluralism: Taxonomizing Its Forms, Virtues, and Flaws*, in K. Basta, J. McGarry and R. Simeon (eds), *Territorial Pluralism: Managing Differences in Multinational States*, Vancouver, 2015, p. 497-519; J. McGarry and B. O'Leary, *The Politics of Ethnic Conflict Regulations*, London, 1993; cf. B. O'Leary, *Power-sharing in Deeply Divided Places: an Advocate's Introduction* and *An Advocate's Conclusion*, in J. McEvoy and B. O'Leary, *Power-sharing*, cit., p. 1-67 and 386-422.

[19] T. Sisk, *Power-sharing and International Mediation in Ethnic Conflicts*, New York, 1996; C. Kettley, *Power-sharing and Ethnic Conflict: The Consociational-Integrative Dichotomy and Beyond*, in *European Yearbook of Minority Issues*, 1, 2001, p. 247-267; A. McCulloch, *Power-sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies,* London, 2014.

[20] B. O'Leary, *An Advocate*, cit., at p. 3. But in some cases, 'direct' consociational and 'indirect' centripetal power-sharing can be both implemented in a sequential way, see A. McCulloch, *Mapping the Universal-Particular Dynamic: the Power-sharing Trajectory of Bosnia and Herzegovina*, Kingston, 2003.

[21] D. L. Horowitz, *Ethnic Groups*, cit., at p. 87; H. Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination*, Philadelphia, 1990, at p. 5; T. Ghai (ed), *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-ethnic States*, Cambridge, 2000.

[22] R. Lapidoth, *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, Washington, 1997, at p. 8.

more generally, in some policy arenas.[23] Concerning autonomy as territorial power diffusion, many scholars are convinced that sovereignty can be interpreted in a more flexible way. These scholars claim that an increasing number of states lies on an internal and external 'federalizing process':[24] in fact, when power is spread, "the central government and the regional or autonomous authorities could each be the lawful bearer of a share of sovereignty, without necessarily leading to the disappearance or dismemberment of the state"[25] . In other words, this 'federalizing process' could lead to a sort of 'territorial pluralism' of public authorities.[26] The principles of autonomy and territorial pluralism can appear in different arrangements according to the diffusion of power, but how can autonomy be distinguished from territorial pluralism? The definition that seems to better grasp the peculiarity of these arrangements underlines that powers are not only delegate, but actually 'transferred' from the central state to the autonomous entity.[27] Therefore, during the 20th century, autonomy has been implemented for the first time in the cases of Åland Islands and in South Tyrol, and then these practices spread over the world,[28] with the belief that self-government as resolution of ethnic conflicts could avoid extreme solutions as secession (the 'self-determination trap') declining the same self-

[23] M. Weller and K. Nobbs (eds), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflict*, Philadelphia, 2010, at p. 3.

[24] C. J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968; for the effect of that in practice see A. Alcock, *The Protection of Regional Cultural Minorities and the Process of European Integration: the Example of South Tyrol*, in *International Relations*, vol. 11, 1992, p. 17-36.

[25] R. Lapidoth, *Autonomy*, cit., at p. 48.

[26] K. Basta, J. McGarry and R. Simeon, *Integration or*, cit.; id., *Territorial*, cit.

[27] M. Weller and S. Wolff (eds), *Autonomy, Self-Governance and Conflict Resolution*, London, 2005; M. Weller, *Escaping the Self-Determination Trap*, Leiden and Boston, 2008; and S. Wolff, *Cases of Asymmetrical Territorial Autonomy*, in M. Weller and K. Nobbs, *Asymmetric Autonomy*, cit., p. 7-47, at p. 24.

[28] T. Benedikter, *The World's Working Regional Autonomies: an Introduction and Comparative Analysis*, New Delhi, 2009; and Wolff, *Cases of Asymmetrical*, cit.

determination in an internal and therefore constitutionalized dimension.[29]

Autonomy is strictly related to the concept of asymmetry.[30] In fact, the former is asymmetric at its core, holding relationships with the central state that other units of the country usually do not have. Through the acknowledgment of the diversity of the members of the polity, asymmetry allows a democratic and flexible management of peculiar needs and self-government demands and sometimes makes self-determination movements more prone to compromise.[31] Finally, asymmetric autonomy permits the accommodation of diversities by implementing power-sharing guarantees within the autonomous entity and even establishing federal or confederal relations with the outside.[32]

It can be noted that all the above-mentioned approaches have a strong normative track. This can be explained by considering that a long-standing debate on the most appropriate mechanisms to solve ethnic conflicts has been characterized by a (academic, but not only) struggle between universalistic prescriptions. The latter were expected

---

[29] M. Weller, *Escaping*, cit., at p. 78; cf. S. Mancini, *Secession and Self-Determination*, in M. Rosenfeld and A. Sajo (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012.

[30] C. D. Tarlton, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, in *The Journal of Politics*, vol. 27, 1965, p. 861-874; R. L. Watts, *A Comparative Perspective on Asymmetry in Federations*, in *Asymmetry Series*, 4, Kingston, 2005; S. Wolff, *Power-sharing and the Vertical Layering of Authority: a Review of Current Practices*, in M. Weller and B. Metzger, *Settling Self-determination Disputes: Complex Power-sharing in Theory and Practice*, Philadelphia, 2008; S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict Resolution*, cit.; B. O'Leary, *Thinking About Asymmetry and Symmetry in the Remaking of Iraq*, in M. Weller and K. Nobbs, *Asymmetric Autonomy*, cit., p. 183-210.

[31] M. Hechter, *Asymmetrical Federal Systems: Self- determination, Cultural Identity, and Political and Fiscal Decentralization*, in *Ethnopolitics*, vol. 6, 2007, p. 125-127.

[32] J. McGarry, *Asymmetry in Federations, Federacies and Unitary States*, in *Ethnopolitics*, vol. 6, 2007, p. 105-116; D. Conversi, *Asymmetry in Quasi-federal and Unitary States*, in *Ethnopolitics*, vol. 6, 2007, p. 121-124; K. Kössler, *Bejond Majoritarian Autonomy? Legislative and Executive Power-sharing in European Regions*, in M. Nicolini, F. Palermo and E. Milano (eds), *Law, Territory and Conflict Resolution*, Leiden, 2016, p. 39-66.

to be converted in policies without a careful consideration of the context.[33] Instead, more attention should be paid to ground conditions to bring out more rigorously scientific and less ideological analyses. Otherwise, these approaches risk falling into the 'institutional oxymoron'[34] of not being totally implemented in practice, where institutional 'solutions' are more hybrid and (apparently) confused. Indeed, during the last twenty years some scholars have started to analyse the practical solutions which have been taken in different contexts, contaminating the theories of power-sharing with those on autonomy.[35] These researches have shown that both autonomy and power-sharing, if singularly implemented, are not enough to solve an ethno-national conflict. Thus, they started to analyse the practices of the so-called 'complex power-sharing'.[36] In fact, in addition to asymmetric autonomy and consociational elements, other conflict resolution methods can be found, such as cross-border linkages and institutions for a shared management of sovereignty or perhaps a constitutionalized right to secession.[37] Concerning this concept, Wolff clarifies that complex power-sharing is not a Weberian ideal-type, but rather a practice that may include various combinations of different approaches, but always has a form of self-government at its core.[38] The anchoring to this key principle is necessary to Wolff to divide the cases he found on the base of three main elements (that are the significance of the territorial entity related to host state, the degree of heterogeneity and the compactness of groups). In this way, Wolff classifies some peculiar regional contexts.[39]

---

[33] A. McCulloch, *Power-sharing*, at p. 143.

[34] D. L. Horowitz, *Constitutional Design: Proposal versus Process,* in Reynolds, *The Architecture*, cit., p. 12-37.

[35] J. McGarry, *Power-sharing Theory: Lessons from the Complex Power-sharing Project*, in M. Weller and B. Metzger, *Settling*, cit., at p. 692.

[36] For the most comprehensive analysis on this issue see again M. Weller and B. Metzger, *Settling*, cit.

[37] J. McGarry, *Power-sharing Theory*, cit., at p. 701.

[38] S. Wolff, *Situating*, cit.

[39] S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict*, cit.; id., *Power-sharing and the Vertical Layering of Authority: a Review of Current Practices*, in M. Weller and B. Metzger, *Settling*, cit., p. 407-450; id., *Complex Power-sharing and the Centrality of Territorial Self-governance in Contemporary Conflict Settlements*, in *Ethnopolitics*,

I will now shift to the empirical analysis. Starting with South Tyrol, it should be noted that, with the Statute of 1972, it adopted the four principles of consociational power-sharing:[40] participation of all groups in government, cultural and territorial autonomy, proportionality[41] and veto rights[42] within a regional consociational and asymmetric context. In addition to this, cross-border institutions were also established.[43] As regards Northern Ireland, since the Agreement of 1998 it embodies one of the main examples of consociational

vol. 8, 2009, p. 27-45; id., *Peace by Design? Towards 'Complex Power-sharing'*, in R. Taylor, *Consociational Theory*¸ cit., p. 110-121.

[40] J. Markusse, *Power-sharing and 'Consociational Democracy' in South Tyrol*, in *GeoJournal*, vol. 32, 1997, p. 77-89; S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict*, cit.; G. Pallaver, *South Tyrol's Consociational Democracy: Between Political Claim and Social Reality*, in J. Woelk, F. Palermo and J. Marko, *Tolerance*, cit., p. 303-328.

[41] J. Markusse, *Power-sharing*, cit., at p. 81; O. Peterlini, *Forma di governo e rapporto con lo Stato*, in S. Baroncelli (ed), *Profili costituzionali del Trentino Alto Adige/Südtirol. Lezioni e materiali*, Torino, 2015, p. 55-93, at p. 80; A. Carlà, *Living Apart in the Same Room: Analysis of the Management of Linguistic Diversity in Bolzano*, in *Ethnopolitics*¸ vol. 6, 2007, p. 285-313, at p. 299; A. Alcock, *The Protection*, cit., at p. 32; H. Hannum, *Autonomy*, cit., at p. 438; R. Lapidoth, *Autonomy*, cit., at p. 109.

[42] After an initial linguistic designation, "If a bill is considered prejudicial to the equality of rights between citizens of the different linguistic groups (...) the majority of the Members of a linguistic group in the Regional Parliament or Provincial Parliament of Bolzano may request a vote by linguistic groups. If the request for separate voting is not accepted, or if the bill is approved notwithstanding the contrary vote of two-thirds of the members of (...) [that] group (...), the majority of that group may contest the law before the Constitutional Court within thirty days of its publication (...). The appeal shall not have the effect of suspending the law" (Art. 56 of the Autonomy Statute). The same provision is for the single items of the budget (cf. A. Alcock, *From Conflict to Agreement in Norther Ireland: Lesson from Europe*, 2001, in J. McGarry, *Northern Ireland*, cit., p. 159-180, at p. 174) with some 'judicial remedies', see R: Toniatti, *L'evoluzione*, cit., p. 64-69; cf. K. Kössler, *Beyond Majoritarian*, cit.

[43] D. Conversi, *Asymmetry*, cit., p. 122-123; S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict Resolution*, cit.; see also the concept of 'speciality within speciality' in R. Toniatti, *L'evoluzione*, cit., at p. 47; and F. Palermo, *'Bridges' in Self-determination Disputes? External Relations of Sub-National Entities and Minority Groups*, in M. Weller and B. Metzger, *Settling*, cit., at p. 667-688.

democracy,[44] as it has power-sharing in the executive, proportionality in the electoral system and public life,[45] autonomy and certain veto rights[46] in an asymmetric context.[47] In this research, I have accepted the definition of Northern Ireland and South Tyrol as 'complex regional consociations'. Even if used since 1990s,[48] this expression has been later refined firstly by Wolff, and then by Woelk.[49] Firstly, Wolff states that in these contexts, differently from sovereign consociations, the host State can directly modify the balance between groups,[50] so that not only governmental power-sharing mechanisms but also cross-border linkages are indispensable.[51] Thus, regional consociations, halfway between integration in the State and separation, combine territorial autonomy and consociational power-sharing in an

[44] However, Lijphart was skeptical on the application of *his* model to Northern Ireland, see A. Lijphart, *The Northern Ireland Problem: Cases, Theories, and Solutions*, in *British Journal of Political Science*, vol. 5, 1975, p. 83-106; anyhow, the Agreement (but not the historical conditions) was not much different from the previous Sunningdale one (1973-4), as noted by S. Wolff, *Context and Content: Sunningdale and Belfast Compared*, in R. Wilford (ed), *The Belfast Agreement*, Oxford, 2001, p. 11-27.

[45] B. O'Leary, *The Logics of Power-sharing, Consociation and Pluralist Federations and Complex Power-sharing in and over Northern Ireland...*, in M. Weller and B. Metzger, *Settling*, cit., p. 61-124, at p. 98.

[46] The 'cross-community vote', obtainable with a 'petition of concern', used in all key issues by default (art. 5 of the Agreement); the 'parallel consent' (the majority of nationalists, unionists and that of the Assembly) and the 'weighted majority' (60% of the Assembly and at least 40% of nationalists and unionists). Since 2007 the petition of concern is also possible within the executive.

[47] Differently from Scotland and Wales, Northern Irish devolution can be extended with the consent of the Secretary of State and is protected by an international treaty with the Republic of Ireland, B. O'Leary, *Comparative Political Science and the British-Irish Agreement*, in J. McGarry, *Northern Ireland*, cit., p. 53-88, at p. 63.

[48] J. McGarry and B. O'Leary, *The Politics*, cit.

[49] S. Wolff, *Complex Autonomy Arrangements in Western Europe: a Comparative Analysis of Regional Consociationalism in Brussels, Northern Ireland and South Tyrol*, in M. Weller and S. Wolff, *Autonomy, Self-Governance*, cit., p. 117-141; J. Woelk, *La Transizione Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina…*, Padova, 2008.

[50] M. Kerr, *Imposing Power-sharing: Conflict and Coexistence in Northern Ireland and Lebanon*, Portland, 2006.

[51] S. Wolff, *Complex Autonomy Arrangements*, cit., at p. 118.

incremental way.[52] *Vice versa*, in Northern Ireland and South Tyrol, peculiar demographic characteristics meant that territorial autonomy alone was not enough, and power-sharing mechanisms at the tier of the autonomous entity became necessary to solve the conflict. Comparing these two cases and Brussels-Capital Region, Woelk notes that the distinctive features of these contexts are a creative, and therefore complex combination between asymmetric distribution of competences, peculiar mechanisms of coordination with the centre and guarantees enshrined in international law mechanisms.[53]

Finally, in these regional consociations the federal (with the host state) or confederal (with cross-border relationships) developments are extremely important. Starting with the latter, South Tyrol and Northern Ireland have confederal linkages respectively with the Austrian land of Tyrol and the Republic of Ireland.[54] As regards the former, the relationship with the host state, our complex regional consociations are peculiar kinds of autonomies: federacies. This term comes from the comparative works on federalism and was originally coined in Elazar's broad study.[55] Subsequently, the concept was

[52] H. Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge, 2011.

[53] J. Woelk, *La Transizione*, cit., at p. 65.

[54] The North-South Ministerial Council works interdependently from the Assembly; see also the British-Irish Council (of devolved governments) and the British-Irish Intergovernmental Conference, cf. B. O'Leary, *Comparative Political Science and the British-Irish Agreement*, in J. McGarry, *Northern Ireland*, cit., p. 53-88, at p. 62; id., *The Logics*, cit., at p. 105-110.

[55] D. J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, Alabama, 1987. Moreover, Elazar wrote about consociational theory: "consociational polities are nonterritorial federations in which polities divided into transgenerational religious, cultural, ethnic, or ideological groupings are constituted as federation of 'camps', 'sectors', or 'pillars' and jointly governed by coalitions of leaders of each" (p. 7). The relationships between theories on federalism and consociationalism derive from the common origin of these two approaches: Althusius (cf. A. Lijphart, *Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 14, 1979, p. 499-515). To generalize, we can talk about a pluralism of authority separated in a horizontal power-sharing and a vertical power-dispersion. Cf. F. Palermo and K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford and Portland, 2017.

repeatedly and controversially redefined by, among others, Rezvani,[56] Stepan, Linz and Yadav[57], Stepan[58] and O'Leary.[59] In brief, federacies are autonomous entities within a unitary or union state – but also within a regional state like Italy – where asymmetry becomes a federal relationship with the host state. Host states, owing to constitutional or international constraints, cannot unilaterally change the *status* of this part of the territory (this is the case concerning United Kingdom with Northern Ireland and Italy with South Tyrol). This relation with the centre brings the asymmetry of a 'single' autonomous entity to this extreme but does not provide the same status to every part of the state, which would otherwise become a federation. The federal bond in Northern Ireland even prescribes, in accordance with the 'principle of consent', a 'constitutionalized right to self-determination' for the Northern Irish people, which can hold a referendum to join the Republic of Ireland. However, it should be noted that the 1998 Agreement puts strong constrictions on this right.[60]

2.2. *The diverse modalities of executive power-sharing*

In its various (liberal or corporative) consociational or centripetal natures, power-sharing is the most crucial element in ethno-national conflict resolution within an asymmetrical autonomous entity. Indeed, to ensure that this 'sharing' is truly effective, it is essential that the executive is not totally won, lost, in other words taken by who comes first at the electoral competition. Putting aside the relevant analyses of electoral systems in plural societies,[61] the main

[56] A. Rezvani, *The Dynamics of Semi-Sovereign Territories*, Oxford, 2004.

[57] A. Stepan, J. J. Linz and Y. Yadav, *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*, Baltimore, 2011.

[58] A. Stepan, *A Revised Theory of Federacy and a Case Study of Civil War Termination in Aceh, Indonesia*, 2013, in J. McEvoy and B. O'Leary, *Power-sharing*, cit., p. 233-252.

[59] B. O'Leary, *Power-sharing: an Advocate's Conclusion*, cit., at p. 403.

[60] 1998 Agreement, Constitutional Issues, 1.v.

[61] In the old debate, Lijphart proposed a (closed list) proportional system, while Horowitz a majoritarian alternative vote (AV, cf. A. Lijphart, *Democracy*, cit. and D. L. Horowitz, *Ethnic Groups*, cit.). Afterwards, the AV has been shown to be

power-sharing schools acknowledge the crucial role played by whoever holds the executive power. However, they have opposite visions on who should take part in government: centripetalists expect that moderation can be best obtained with a stable and voluntary coalition of moderates, which should be agreed before the elections (thus being a 'coalition of commitment' rather than 'of convenience'), and which should exclude extreme forces. Alternatively, governments could also consist in a monocratic presidency with specific preconditions. These could either be electoral requisites (such as alternative vote), or territorial ones (such as a minimum number of votes that must be obtained in all districts or regions of the country).[62] Consociationalists, in turn, emphasize the importance of an inclusive government,[63] and prefer even a grand coalition within a parliamentary system, better if formalized by mechanisms of sequential allocation of seats or a collective presidency.[64] To the aims of this paper, I will focus on semi-parliamentary, or rather neo-parliamentary systems in the regional contexts of Northern Ireland and South Tyrol.

However, further specifications are needed when speaking about grand coalition. Indeed, overcoming the critiques of being non-

---

more dependent on demographic conditions (the dispersion and quantity of groups) and party system (an already existent degree of moderation), see B. Reilly, *Democracy*, cit.; S. Wolff, *Electoral-Systems Design and Power-sharing Regimes*, 2005, in I. O'Flynn and D. Russel (eds), *Power-sharing*, cit., p. 59-76; and B. Grofman, *Electoral rules and Ethnic Representation and Accommodation: Combining Social Choice and Electoral System Perspectives*, in J. McEvoy and B. O'Leary, *Power-sharing*, cit., p. 67-93. See also Mitchell's analysis on single transferable vote (STV), P. Mitchell, *The Single Transferable Vote and Ethnic Conflict: Evidence from Northern Ireland*, in *Electoral Studies*, vol. 33, 2014, p. 246-257. Indeed, according to many authors, the STV, bridging proportionality and vote pooling, seems to guarantee accountability and to avoid fragmentation (B. O'Leary, *Comparative*, cit., at p. 70; id., *The Logics*, cit., at p. 88; cf. also A. Lewis, *Politics in West Africa*, London, 1965, at p. 73).

[62] D. L. Horowitz, *Ethnic Groups*, cit.

[63] Believing that inclusion would make radicals less extreme, cf. J. McGarry and B. O'Leary, *The Northern Ireland Conflict*, cit., at p. 25.

[64] A. Lijphart, *Democracy*, cit.; J. McGarry and B. O'Leary, *The Northern Ireland Conflict*, cit.; id. *Power-sharing Executives: Consociational and Centripetal Formulae in the Case of Northern Ireland*, in *Ethnopolitics*, vol. 15, 2015, p. 497-519.

democratic, due to an alleged lack of opposition, or an all-embracing and indeterminate concept,[65] O'Leary clarifies that one should not include in the definition of a 'grand coalition' only the cases where all parliamentary parties join the government.[66] On the contrary, in this expression the accent must on 'coalition', rather than on 'grand', and specifically on its jointness, understood as an agreement or pact between at least two parties belonging to different pillars of society.[67] Concerning the institutional mechanisms of executive formation and looking to which and how many parties form the coalition in a power-sharing executive, O'Leary distinguishes among unanimous (or complete), concurrent or weak coalitions. More in detail, a unanimous (or complete) coalition embodies Lijphart's description of an *élites* cartel among all parties that are expression of all constitutive groups of the society. In a concurrent consociational government, instead, each ethnic block is represented in the executive with the support of at least the absolute majority of parties and, consequently, of different electorates. Finally, a weak consociational executive has only the support of the simple majority of parties and electorate from each segment of the society.

After this introductory and theoretical summary, I will analyse more in depth the executives of South Tyrol and Northern Ireland, applying the above-mentioned categories and trying to explain governmental (in)stability through the interaction between the regional executives' rules and the nature of autonomy.

3. *The* Giunta *and the President of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen: from the implicit to the minimum winning coalition*

[65] D. L. Horowitz, *The Northern Ireland Agreement*, cit.; S. Halpern, *The Disorderly Universe of Consociational Democracy*, in *West European Politics*, vol. 9, 1986, p. 181-197.

[66] B. O'Leary, *Debating Consociational Politics: Normative and Explanatory Arguments*, in S. Noel (ed), *From Power-sharing to Democracy: Post-conflict Institutions in Ethnically Divided Societies*, Toronto, 2005, p. 3-43.

[67] B. O'Leary, *Debating Consociational Politics*, cit., at p. 12: "What matters is meaningful, cross-community, joint decision making within the executive...".

3.1. *The institutional architecture of a flexible compromise*

Even though it has been said that an institutional union between mechanisms of autonomy and power-sharing with a fixed constitutional norm can guarantee political stability, this did not prevent South Tyrol from changing its statute and flexibly adapting its system to social and political evolutions. This was the case with the constitutional reforms of 2001,[68] which reinforced the protection of the original ethnic groups in the Province. Specifically, according to article 47 of the Provincial Statute (as modified by art. 4.1 of constitutional law no. 2 of 31 January 2001), the Provincial Council can decide, with an absolute majority vote, and respecting the constitutional and international duties, the form of government of the Province,[69] including the system of election of the Provincial Council

[68] The constitutional law no. 3 of 18 October 2001 broadened the primary, secondary and tertiary legislative competence of the Provinces (introducing a local residual clause), strengthened power-sharing mechanisms, like vote procedures and offices rotation, and incorporated the German name *Südtirol* in the constitutional law (cf. S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict Resolution*, cit.). From a normative point of view, the constitutional law 3/2001 overturns the relationship between the Region and the Provinces stating, art. 116.2 (Italian Constitution), that the two provincial councils form the regional one (art. 25.1 of the Statute) and not *vice versa*. Finally, the so-called negotiating method (*metodo negoziale*) has been introduced by art. 103 (Statute): "For amendments to the present Statute the procedure laid down by the Constitution in relation to constitutional laws shall apply. The Regional Parliament shall also have the right to initiate amendments of this Statute, according to the proposals of the Parliaments of (...) Trento and Bolzano and subsequent conformable resolution of the Regional Parliament. Projects for amendments to the present Statute initiated by the government or parliament shall be communicated by the Government of the Republic to the Regional Parliament and Provincial Parliaments, who shall express their opinion within two months. Approved amendments to the Statute shall in any event be subject to a national referendum".

[69] As claimed by Peterlini, the form of government of the regions with a special statute is not ruled by a proper 'statute' but a 'statutory law' (*legge statutaria*), approved by the absolute majority of the members of the Council; the two institutes (the statute and the statutory law) are not compatible, changing the terms for the appeal to the Constitutional Court (30 instead of 60 days) and for the prescription of a confirmative referendum if requested by one fiftieth of the electors or seven members of the Council or, if the law is approved by a two thirds majority,

itself, the President,[70] the members of the *Giunta* (the Provincial government), the relations between these components (for example, the motion of confidence), the cases of ineligibility and incompatibility and the proposal of abrogative (or advisory) *referenda* (art. 47.2).[71] Anyway, in case the President is elected by the Council, which was the case before the reform and stayed unchanged, the Council dissolves itself if, 90 days after the elections or resignation of the President, the Parliament has not been able to form a majority. In the case where the Council, which must be elected with a proportional system (art. 47.3),[72] prescribed a direct election of the President, the Provincial law had to pass with the approval of two thirds of the members of the C ouncil. That law must also be communicated, according to the Statute (art. 55), to the Representative of the central government for the Province (*Commissario del Governo*), with the provision that the central government of Rome has 90 days to raise the constitutionality question to the Italian Constitutional Court.[73]

Article 50.2 of the Statute is the most relevant for the election and the selection of the members of the executive. After describing

one fifteenth of the electors (see also Italian Constitutional Court, judgement no. 370 of 6 November 2006, *Consiglio delle Autonomie Locali*); cf. O. Peterlini, *Forma di governo*, cit., at p. 60.

[70] The direct election is obtainable with a two thirds majority vote of the Council (art. 47.3 Statute); indeed, Trento, without the constraint to a proportional representation for the Council, has approved the direct election of the President; cf. G. Avolio, *Gli organi statuari. Funzioni, composizione e sistema elettorale,* in J. Marko, S. Ortino and F. Palermo, *L'ordinamento*¸ cit., p. 398-424, at p. 424.

[71] The limits settled by the legislator for the contents of the statutory law are the harmony with the Constitution, the principle of the republican legal order (absent for ordinary regions), respect for international duties and the statutory law itself (art. 47.2). Cf. O. Peterlini, *Forma di governo*, cit., at p. 61).

[72] Proportional representation is declined in a preferential system with some norms in favour of the Ladin population; regarding this point, Toniatti talks about a union between guaranteed representation (*rappresentanza garantita*) and (legally) assured representation (*rappresentanza assicurata*), see R. Toniatti, *L'evoluzione*, cit., at p. 49; cf. Italian Constitutional Court, judgment no. 261 of 14 June 1995.

[73] It is also important to underline, since 2001, the rotation of the Presidency of the Council, with a German President for three months and then an Italian one, or also a Ladin, with the consent of the majority of the groups, and two Vices of two different linguistic groups from that of the President.

the composition of the government of Trento, where there are no particular measures to safeguard minorities, the second part of the article states that "the composition of the Provincial Government of Bolzano must reflect the numerical strength of the linguistic groups as represented in the Provincial Parliament".[74] This is the provision of the so-called 'implicit coalition'[75] which, without any corporate or fixed mechanism, seems to leave to the parties in the Council the choice of forming a complete, concurrent or weak coalition; however, an important restriction is that the linguistic groups should be represented according to their consistence in the local parliament.[76] I will now explain how this norm has operated in practice. Before that, it must be said that the President and the *assessori* (the executive members) are elected through different and secret votes and must obtain the absolute majority of the preferences of the members of the Council. The components of the government, according to art. 50.2, can also not be members of the Council, but in that case a two-thirds vote is needed for their election, together with the proposal of one or more Council groups and the consent of every linguistic group supporting the government coalition.[77] After prescribing that the two Vice Presidents of the Province have to belong to the German- and the Italian-speaking groups, article 50.3 (as modified in 2001) prescribes that there could be a Ladin seat in the government: this effectively overrepresent the actual consistence of that group in the

[74] This governmental provision was established also for the municipal executive of Bolzano, art. 61: "In communes in the Province of Bolzano each linguistic group has the right to be represented in the municipal government if there are at least two Members belonging to that group in the Municipal Council.". This measure, with the implicit coalition, for Toniatti are examples of assured representation (R. Toniatti, *L'evoluzione*, cit., at p. 51).

[75] For an extended definition of this concept see S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict Resolution*, cit.

[76] Therefore, a simple majority of votes is not sufficient to form a government. To understand the effect of the implicit coalition, this measure is to be considered together with the ethnic distribution for the Vice Presidency of the Council and the rotation of the Presidency, even though the Council Committee seats are usually selected on political bases, also because of the difficulty to allocate them to all linguistic groups.

[77] O. Peterlini, *Forma di governo*, cit.

Council and constitutes an exception to the principle of proportionality. However, referring to the article, this could only be possible with the resignation of the Ladin President or Vice President of the Council, if the Ladin representative is only one (this is usually the case). In few words, the reform of 2001 permits an overrepresentation[78] of the Ladin group in the government.[79] Summing up, the Statute does not explicitly impose a grand coalition but allows parties to make agreements also (and mainly) upon political bases – just guaranteeing the presence of linguistic groups in the government according to their consistence in the Council – and leaves a significant space to form an opposition.

Indeed, the most protective guarantees for the Italian minority are found elsewhere, for instance in veto mechanisms enshrined in peculiar voting methods for the Council, such as the vote for each linguistic group. Moreover, the norm of the implicit coalition was not born with the (Second) Autonomy Statute 1972 but was also envisaged by the previous (First) Statute of 1948 (art. 30), for the composition of the *regional* government: in fact, that article, after regulating the modality of election of both the President and the components of the government by absolute majority, states that "the composition of the Regional Government must reflect the numerical strength of the linguistic groups as represented in the Regional Council".[80] Moreover, in the first statute there were almost the same provisions for the election of Vice Presidents of the Council (art. 43) and the composition of the *provincial* government: according to article 44, "the composition of the Government of Bolzano must reflect the consistence of the linguistic groups as represented in Provincial Council". This implicit coalition, applied since 1948, permitted the

[78] A. Lijphart, *Thinking About Democracy: Power-sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, London, 2008, at p. 74.

[79] Indeed, if no Ladin is elected, a seat must be allocated to the most voted (Ladin) candidate (art. 48.2). For the Province of Trento (which has 3,5% of Ladins) the representation is territorial with some seats explicitly designed for Ladin constituencies. Cf. O. Peterlini, *Forma di governo*, cit., at p. 80).

[80] It is necessary not to overstate the comparison of the two statutes, because several provisions of the first has never been implemented and the political conditions were totally different (J. Markusse, *Power-sharing and 'Consociational Democracy'*, cit., at p. 87).

consolidation of the so-called 'parity of esteem' between German and Italian groups through the years, preserving a high flexibility in its implementation.[81] Furthermore, the Provincial President – always the first candidate of the party and usually the most voted, when the voter can express up to four preferences in the ballot – is elected with the majority of the Council. The strong position of the *Südtiroler Volkspartei* (SVP, South Tyrolean People's Party) allowed its leaders to be always elected to the presidency, guaranteeing to its candidates an impressive stability and longevity in charge. The last change of the form of the government of South Tyrol is in the provincial law no. 5 of 8 May 2013. According to this document, the President (art. 2.4) by 10 days from his/her election introduces to the Council his/her programme and the composition of the government, whose members are elected in a single and recorded vote of confidence to obtain the majority of the assembly. This system reinforces the legitimation of the President as the head of the executive who is stabilized also with the introduction of the constructive vote of no confidence (art. 2.5), notwithstanding he/she remains elected by the Council.[82] After that law the position of the President of the Province seems to be incredibly stronger than those of the other members of the government,[83] even though article 2.7 prescribes that the executive exercises its functions in a collective way deliberating within the government with the majority rule but also respecting the prerogatives of linguistic groups.

[81] G. Pallaver, *South Tyrol's Consociational Democracy*, cit., at p. 304 and S. Baroncelli, *Profili costituzionali*, cit.

[82] Art. 5.2: "The Provincial Council may vote a motion of no-confidence toward the President of the Province electing in the meantime a successor. The motion and the motivation shall be signed by at least a quarter of the members of the Council and cannot be voted without the name of the successor and a new programme of government and cannot be discussed before ten days after its presentation. The Council decides on the motion within the successive 30 days. The approval of the motion implicates the resignation of all the Provincial Government"; it is also possible a motion of no-confidence for a single member of the government.

[83] O. Peterlini, *Forma di governo*, cit., at p. 78.

3.2. *The implicit coalition in practice: between a weak consociational government and an executive of moderates*

How have these simple norms worked in practice? First of all, we must keep in mind that the SVP played and plays nowadays the leading role of almost uncontested key player of South Tyrolean politics keeping until 2013 elections the absolute majority of the seats in the Provincial Council.[84] As can be observed in the graphics at points 6.4 and 6.5 (showing the composition of the Provincial Council and Government from 1973 to 2013),[85] the indisputable stability of the SVP as a predominant[86] or regionalist catch-all party[87] with between 19 and 21 seats from 1973 and 2003 (out of 34 and then 35 total seats) is opposed to an equally stable fragmentation in the other German parties, the multi-ethnic Greens and chiefly in the Italian parties (lacking a unifying actor like the SVP is for German voters). At point 6.5 it is clear that for the composition of the government the norm of the Statute encouraged an alliance between SVP and *Democrazia Cristiana* (DC, Christian Democracy, and its junior partners in the central government).[88] Indeed, although the SVP had the numbers in the Assembly to govern alone, a cooperation was necessary with an Italian party.[89] With 28 seats out of 35, undoubtedly the coalition of 1973 between SVP, DC and *Partito Socialista Italiano* (PSI, Italian Socialist Party, composed by 10 members SVP, 4 DC, and

[84] M. Scantamburlo and G. Pallaver, *The 2013 South Tyrolean Election: the End of SVP Hegemony*, in *Regional & Federal Studies*, vol. 24, 2014, p. 493-503.

[85] I preferred to limit the empirical analysis to the period after the approval of the Second Statute and the measures included in the 'Package' (1969).

[86] G. Sartori, *Parties and Party System,* Cambridge, 1976, at p. 174, cf. and M. Scantamburlo and G. Pallaver, *The 2013 South Tyrolean Election*, cit.

[87] O. Schmidke, *Ethnic Mobilization in South Tyrol: A Primordial Identity in Crisis*, in *Innovation: The European Journal of Social Sciences*, vol. 1, 1998, p. 25-42; G. Pallaver, *The Südtiroler Volkspartei and Its Ethno-populism*, in D. Caramani and Y. Mény (eds), *Challenges to Consensual Politics. Democracy, Identity, and Populist Protest in the Alpine Region*, in *Regionalism and Federalism* No. 6, Bruxelles, 2005, p. 187-208; G. Pallaver, *I partiti politici in Alto Adige dal 1945 al 2005*, in G. Ferrandi and G. Pallaver, *La regione Trentino-Alto Adige/Südtirol nel XX secolo - I. Politica e Istituzioni*, Trento, 2007, p. 559-598.

[88] For a complete list of the parties' acronyms see point 6.6.

[89] G. Pallaver, *South Tyrol's Consociational Democracy*, cit., at p. 307.

1 PSI) was grand, even after the exit of the PSI member (replaced by another DC member) in 1976 (because of the end of the centre-left coalition in Rome). Later, after 1978 elections the *Partito Socialista Democratico Italiano* (PSDI, Italian Social Democratic Party) entered the government (composed by 10 SVP, 3 DC and 1 PSDI) and then was substituted by another PSI member from 1983 to 1988 (with 12 SVP, 2 DC, 1 PSI in 1983).[90] To continue the application of the categories exposed in the paragraph 2.2, the government was formed by a concurrent consociational coalition only in the sixth and seventh legislatures with a short majority of support by the Italian parties. In 1983 the situation changed with the increase of the number of Council seats from 34 to 35: with two *Movimento Sociale Italiano* (MSI, Italian Social Movement) and two *Partito Comunista Italiano* (PCI, Italian Communist Party) members of the opposition in the Italian arena, there was parity of support compared to the government parties. Consociation became more than weak, according to O'Leary's classification, resembling rather the 'coalition of moderates' prescribed by the centripetal power-sharing theory. It started to stand out a trend for Italian parties towards fragmentation, which implied a progressive decrease of their representation in the Council, moving from the 11 members of 1973 to 9 in 1988. Remaining influenced by the political incidents in the central State, the electoral growth of the MSI – since 1988 the Italian biggest party with the plurality of Italian seats in the Provincial Council and since 1984 in the municipality of Bolzano/Bozen – reinforced the weakness of the consociational element in the coalition, and in 1983 the Italian members of the government were only 3 (2 DC and 1 PSI) with 10 SVP. Successively, since 1988 elections the biggest Italian party in the governmental coalition, the DC, no longer had the relative majority of the Italian members of the Council, making the executive fall out of O'Leary's category, with the deliberate exclusion of the MSI (and of the interethnic Green Party before, that had reached the same seats of the DC in 1983). During the 1990s, even with some internal divisions the extreme right remained strong, obliging the SVP to fulfil article 50.2 joining its forces with the rests of the DC, namely *Partito Popolare* (PP,

[90] Id., *I partiti politici*, cit.

People's Party) and *Partito Popolare Alto Adige* (PPAA, Alto Adige People's Party) in 1993, then respectively *Popolari* (The Populars) and *Il Centro-UDA* (*Unione Democratici Altoatesini,* The Centre-Union of Alto Adige Citizens) in 1998, with the only member of the *Partito Democratico della Sinistra* (PDS, Democratic Party of the Left) in 1993 and then *Progetto Centro-sinistra* (PrCS, Centre-Left Project) in 1998 (in both governments 8 SVP, 2 former DC and 1 leftist member). The election of 2003 confirmed the trend of the decade before with a government formed by 9 SVP members, 1 *Insieme a Sinistra* (Together to the Left) and 1 *Unione Autonomista* (UA, Autonomist Union). By this overview, it is clear how in the 1998 and 2003 elections the weakness of the consociational element remained present in the executive, where there were only 3 out of 9 and 2 out of 7 Italians in government (referring to the members of the assembly). This situation did not change in 2008, even with the little re-composition of the fragmented Italian parties with the foundation of the *Partito Democratico* (PD, Democratic Party) when a government was formed with 7 SVP and 2 PD members. Finally, in 2013 elections the number of Italian members lowered from 7 to 5 – counting as Italian one member of the Greens, while the member of the *Movimento 5 Stelle* (M5S, Five Star Movement) is German[91] – with only one member in the executive. For the first time since 1948, the SVP lost the majority of the Council seats and the coalition with the PD is a minimum winning one necessary not only to fulfil article 50.2 but properly to reach the majority of the assembly.

Going back for a moment to the analysis of the institutions, between the end of 2016 and the first months of 2017 some tensions developed around the possibility of introducing the direct election of the Provincial President in the new proposal for the electoral law – needed for some technical reasons (because since 2001 South Tyrol has not had a unique electoral law but adapted previous norms). The supporters of this proposal, except the SVP, were the other German parties, the *BürgerUnion-Südtirol-Ladins* (Union of the South Tyrolean and Ladin citizens) and *Die Freiheitlichen* (DF, The Libertarians),

[91] Cf. M. Scantamburlo and G. Pallaver, *The 2013 South Tyrolean Election*, cit.

whereas the Greens and Italian parties were clearly contrary (and the Italian right-wing parties proposed another direct election for an Italian Provincial Vice President). Since the lack of a two thirds majority would have entailed a confirmative referendum (and the direct election also for the Vice President a probable win of a non-PD candidate), in the first months of 2017 the proposal has been abandoned by the SVP. In the new provincial law no. 14 of 19 September 2017 (first approved in early May), we can find the confirmation of the proportional list representation, the election of the President within the Council, the constructive motion of no confidence, the limit of three mandates and the number of governmental members increased from 7 to 10. The abandoning of the first proposal shows the Council's belief that the presidency does not need further powers and that a direct election could have become a dividing element.

After this diachronic description of the institutions, let me add some considerations. First, the provision of the implicit coalition basically worked well for many years, allowing for a stable executive without diminishing minority guarantees. Article 50.2 is an institutionalization of power-sharing close to the consociational form of government, but it also permits several choices for the parties about how to form the coalition. More in detail, from a predominant position for many legislatures the SVP could almost select its allied and coalition partner, preferring the DC because of the unifying Cristian-catholic background,[92] later moving to a centre or centre-left party, like the PD.[93] Moreover, this mechanism could exclude some parties that strongly opposed autonomy, first on the Italian side with the neo-fascist MSI and its heirs, and then on the German one in the last elections.[94]

[92] J. Markusse, *Power-sharing and 'Consociational Democracy'*, cit.

[93] M. Scantamburlo and G. Pallaver, *The 2013 South Tyrolean Election*, cit.

[94] The extreme and post-fascist right is historically very strong in Bolzano/Bozen (cf. A. Carlà, *Living Apart in the Same Room*, cit., at p. 203), even though it decreased at last election (but with two seats for the neo-fascist group CasaPound).

Finally, even though many authors underline the consociational feature of the South Tyrolean executive power-sharing,[95] the implicit coalition clause seems to be *also* inspired by the centripetal model: in fact, what has been formed during the last years was very close to the 'horowitzian' coalition of moderates[96] where, together with the duty to represent linguistic groups in the government (as in the Council), the possibility to include and more importantly to exclude some parties which oppose autonomy and power-sharing has been crucial for government formation and stability. The predominance of one single party in the majoritarian ethnic arena has also contributed and contributes today to support and facilitate this peculiar stable situation, together with demography – namely, the average of 70% of Germans,[97] the particular combination of other consociational mechanisms that allowed these centripetal developments and above all the fixity of the Statute and the constitutional norms, as I will explain the conclusion of this article.

4. *The Executive, the First and Deputy First Minister of Northern Ireland: the liberalization of the consociation after many suspensions*

4.1. *From the division of offices to the formalized bargaining of the sequential allocation of governmental seats*

Notwithstanding the majoritarian tradition of British politics and institutions,[98] the Agreement of 1998 prescribes a strongly

[95] R. Toniatti, *L'evoluzione statutaria*, cit.; S. Wolff, *Complex Power-sharing as Conflict Resolution*, cit. and id. *Power-sharing and the Vertical Layering of Authority*, cit.; G. Pallaver, *South Tyrol's Consociational Democracy*; cit.; S. Baroncelli, *Profili costituzionali*, cit.

[96] D. L. Horowitz, *The Northern Ireland Agreement*, cit.

[97] J. Woelk, F. Palermo and J. Marko, *Tolerance Through Law*, cit.

[98] This majoritarian tradition can work in homogeneous societies but seems to be inappropriate in deeply divided ones, like Northern Ireland, where the majoritarian group can permanently control the minority (H. Hannum, *Autonomy*, cit., at p. 243). Hannum wrote – already in the 1996 edition of his book – that a power-sharing government in Northern Ireland could meet some hurdles because of the influence of Westminster authorities.

formalized consociational executive unlike the Sunningdale Agreement of 1973, declining the parity of esteem between unionists and nationalists. Putting aside the question of devolved competences and the different diffusions of power,[99] the procedures ruling the selection, election and formation of the Northern Irish government are in the third part of the Agreement named "Strand One: Democratic Institutions in Northern Ireland". After describing the composition and the operation of the Assembly, in the paragraph "Executive Authority" the document focuses on the formation of the executive. According to art. 14, the First Minister (FM) and the Deputy First Minister (DFM) have together the executive authority with equal powers[100] with a government composed by at most ten Ministers with department responsibilities. Analysing first the selection of Ministers, the innovation of the Agreement is the introduction of sequential and proportional allocation (SPA) rules to appoint governmental seats.[101]

Conforming to these mechanisms, government coalitions do not originate from bargaining between parliamentary parties, that could be lacerating in deeply divided places, but from automatic rules where the proportionality degree is determined by the divisors operated and by the number of available seats.[102] Implemented before 1998 to allocate seats in the European and Scottish Parliaments Committees,[103]

---

[99] In the 1998 Agreement there is a list of specific devolved competences (the opposite of South Tyrol, with a specific list for the centre).

[100] During negotiations, the hypothesis of an executive composed by a panel of three members (two unionists and one nationalist) was rejected (D. L. Horowitz, *The Northern Ireland Agreement*, cit., at p. 98).

[101] B. O'Leary, B. Grofman and J. Elklit, *Divisor Methods for Sequential Portfolio Allocation in Multi-Party Executive Bodies: Evidence from Northern Ireland and Denmark*, in *American Journal of Political Science*, vol. 49, 2005, p. 198-212.

[102] C. McCrudden, J. McGarry, B. O'Leary and A. Schwartz, *Why Northern Ireland's Institutions Need Stability*, in *Government and Opposition*, vol. 51, 2016, p. 30-58; J. McGarry and B. O'Leary, *Power-sharing Executives*, cit., at p. 499.

[103] The d'Hondt method was proposed by the Social Democratic Labour Party (SDLP) and then accepted by the Ulster Unionist Party (UUP). Familiar to their leaders (both members of the European Parliament), the divisor advantages the biggest parties: the inclusion of the Sein Féin (SF, Together United) was necessary for political stability and the d'Hondt was seen by the head of the UUP Trimble as a concession to the SDLP to defend itself against the SF's electoral

in the Brussels-Capital Region and four Danish municipalities governments,[104] the SPA has been introduced in Northern Ireland applying d'Hondt divisors to the parties represented in the Assembly[105] to allocate Ministerial posts (art. 16) and members of Assembly Committees (art. 8). In practice, parties, after being ranked conforming to their electoral results, can choose which available Ministries to catch, splitting the most important ones in earlier divisions with highly strategic behaviours necessary to elaborate their preferences[106] and common tactics.[107] The choice to take a ministerial post is not compulsory and it is possible for a party to refuse the allocation or to change its appointment (art. 21).

From 1998 to 2007 the FM and the DFM were elected together with cross-community vote, namely with parallel consent, a vote that requires not only the majority of the Assembly but also those of the unionists and nationalists (art. 15 and 5d.i of the paragraph "Safeguards").[108] Before the change of this article, it was established

growth (McGarry and O'Leary, *Power-sharing Executives*, cit., at p. 507). Even the inter-ethnic Alliance Party of Northern Ireland (APNI) accepted the divisor, not disadvantaged in case of good electoral results. It seems that the origin of a model of SPA of the executive seats was academic (before the SDLP proposal): indeed, in 1993 a think-tank linked to the Labour Party proposed the Sainte-Laguë/Webster to elect the government. See B. O'Leary, B. Grofman and J. Elklit, *Divisor Methods*, cit., at p. 206.

[104] The most particular aspect of the Danish SPA is the possibility of post-electoral coalitions of parties during the assignation (B. O'Leary, B. Grofman and J. Elklit, *Divisor Methods*, cit., at p. 205).

[105] D'Hondt divisors were invented in 1978 by the homonymous Belgian mathematician and before him by Jefferson to allocate the House of Representative seats between the States (rule used between 1790 and 1830). The d'Hondt method to assign governmental offices based on parliamentary seats allocates the first office to the biggest party and then dividing the quota of the assigned for a numeric sequence (1,2,3,4...), distributing all the available posts to the other winners of each division. The number of the offices (or seats) must be known in advance. The similar Sainte-Laguë/Webster method uses a different numeric sequence (1,3,5,7...) favouring smaller parties.

[106] B. O'Leary, B. Grofman and J. Elklit, *Divisor Methods*, cit., at p. 204.

[107] B. O'Leary, *The Logics of Power-sharing*, cit., at p. 82.

[108] This rule was chosen to have unionist and nationalist candidates to the head of the executive that could be accepted by the other bloc. This mechanism has

that the two posts had to be shared between unionists and nationalists without the specification of who must take which office. Inasmuch, the evolution of the political system brought some authors to talk of a 'quasi-presidential' or a diarchic premiership.[109] 'Quasi' is because the Ministers are not appointed by the heads of the executives and a hypothetical motion of no confidence or resignation does not provoke the immediate dissolution of the Assembly, as I will say in a moment. Later, the method of parallel consent was modified by the Saint Andrews Agreement of 2006 which extended in practice the d'Hondt procedure even for the selection of FM and DFM.[110] Indeed, since 2006 the FM is nominated by the biggest party of the Assembly, while the DFM is appointed by the largest party of different designation (unionist, nationalist or other) from the FM's one (art. 9, Strand 1),[111] to avoid the situation of both offices held by two unionists or two nationalists and to give the possibility to a party designed as other to gain one of the two posts. Furthermore, it is important to report that the resignation or death of the FM or the DFM entails the end of both offices and new elections, if the party which appointed the resigning fails to designate a successor by seven days.[112] Moreover, there isn't a real vote of confidence for the formation of the government, rather a potential motion of no-confidence (art. 25, 1998 Agreement,

---

a clear centripetal nature (a sort of vote pooling) to favour the moderate largest party for each segment (J. McGarry and B. O'Leary, *Power Shared*, cit., at p. 51-72).

[109] B. O'Leary, *Comparative Political Science*, cit., at p. 55.

[110] C. McCrudden *et al.*, *Why Northern Ireland's Institutions*, cit., at p. 33. As some authors proposed during the years before: B. O'Leary, *Comparative Political Science*, cit., at p. 78; S. Wolff, *Between Stability and Collapse: Internal and External Dynamics of Post-Agreement Institution in Norther Ireland*, in S. Noel, *From Power-sharing*, cit., p. 44-66, at p. 62; J. McGarry and B. O'Leary, *Power Shared*, cit., at p. 51.

[111] "The Nominating Officer of the largest party in the largest designation in the Assembly shall make a nomination to the Assembly Presiding Officer for the post of First Minister. The Nominating Officer of the largest party in the second largest designation in the Assembly shall similarly nominate for the post of Deputy First Minister" (art. 9, Strand 1). Moreover, in the 2006 Agreement (art. 15), it is no longer allowed to change one's own political designation (nationalist, unionist, or other) during the Assembly sessions without a change of the designation of the party.

[112] Northern Ireland Act of 1998 art. 16b, later amended.

"Executive Authority") which must be approved with parallel consent if the Minister (or also the FM or the DFM) has breached the Pledge of Office or the Ministerial Code of Conduct (art. 23).[113]

Retaking the classification proposed in paragraph 2.2 these rules produced a coalition government almost necessarily as a complete or a concurrent consociation.

4.2. *The destabilising relationship with the centre: old and new crises of the Northern Irish executive*

After the recognition of the formal rules, I will now scrutinize how those institutions have worked in practice. It is possible to divide the history of Northern Irish government after 1998 in two periods. The first phase since 1998 to 2006 was one of instability. According to some scholars, this instability would be the proof of a chronic malfunction of the SPA allocation of seats which would have made it difficult for unionist to accept a compromise because of the inclusion of the extremes (particularly of the *Sinn Féin*, SF, Together United).[114] Similarly, somebody has written that the executive instability can be credited to a (not very clarified) loss of legitimation of the parties and to the imposition of the consociational model.[115] Conversely, for a more precise analysis it could be useful to start from the first crisis between 1999 and 2000, when the stability and the executive

[113] The Pledge, differently from the British Oath of Allegiance, shows the binational nature of the region (B. O'Leary, *The Logics of Power-sharing*, cit., at p. 83). Furthermore, in 2006 agreement art. 2 (Strand 1) established a "statutory ministerial Code" and art. 8 foresees the broadening to the Pledge of Office to the participation into the North-South Ministerial C ouncil and the British-Irish Intergovernmental Conference and the recognition of the joint nature of the FM the DFM.

[114] D. L. Horowitz, *The Northern Ireland Agreement*, cit.

[115] As we will see for the 2015 crisis, during a corruption scandal, the most violent opponents to the FM Robinson were the UUP and the SDLP, whereas his coalition partner SF remained silent, remembering that the year before the DUP had not criticized the temporary arrest of the SF President Adams (then released, cf. J. McGarry and B. O'Leary, *Power-sharing Executives*, cit., at p. 516).

weakness were ascribed to the possibility of suspending autonomy.[116] Indeed, at the end of 1999 the FM Trimble (Ulster Unionist Party, UUP), pressed by the unionist parties gathered in the Ulster Unionist Council, signed a letter of resignation declaring that it would have been effective if Irish Republican Army (IRA) had not started the decommissioning within a certain date.[117] Even though the decommission was started, its modalities were considered not sufficient by Trimble, so the Secretary of State Mendelson obtained from Westminster the emergency power to suspend the Assembly to avoid that Trimble's resignation became effective. Thus, after the parliament of London approved the Suspension Act, in February the Secretary suspended Northern Irish institutions, justifying his action with the necessity of saving Trimble from more radical unionists.[118] This deadlock was overcome at the end of May with the establishment of an international commission for the decommissioning and the restauration of the autonomy.[119] The suspension (in few words: no government with the SF before the beginning of the IRA decommission) found no legal justification, neither in the non-violence principles written by the US Senator Mitchell at the conclusion of the conflict nor in the 1998 Agreement and especially in the 1998 international treaty between United Kingdom and the Republic of Ireland which clearly prescribed, in the case of obstacles to implementation, a compulsory consultation with the government of

[116] In December 1998 there was a first confused moment when the elections of the FM and the DFM were blocked by those of the executive ministers, whose number (up to ten) needed to be established by cross-community vote. There was another deadlock in the first months of 1999, when the Deputy Mallon resigned to protest Trimble's pushing for the IRA decommission before government formation. The Assembly was not dismissed because not yet working under the Northern Ireland Act, that became effective the same year. Soon after, Mallon was substituted by Durkan (cf. B. O'Leary, *Comparative Political Science*, cit., at p. 77; id., *The Logics*, cit., at p. 77).

[117] B. O'Leary, *Comparative Political Science*, cit., at p. 78; P. Mitchell, G. Evans, and B. O'Leary, *Northern Ireland: Flanking extremists bite the moderates and emerge in their clothes*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 54, 2001, p. 725-742, at p. 729.

[118] J. McGarry and B. O'Leary, *Power Shared*, cit., at p. 43.

[119] Stalemate that could be overcome with new elections or modifying the norm about the election of the FM, if the resignation of Trimble became truly effective.

Dublin and all Northern Irish parties, provisions apparently without effectivity with reference to the British doctrine of parliamentary sovereignty.[120] The consequences of this first suspension were the idea that the Agreement was vulnerable to the actions of the FM Trimble, of the Secretary of State and the central government, the delegitimization of Northern Irish institutions and the British direct rule as an alternative to power-sharing. Six months later another crisis shook Belfast, when Trimble adopted more intransigent behaviours against the SF[121] accusing the party of slowing down the IRA decommissioning process. After Trimble's resignation and the stalemate during negotiations, in August the new Secretary Reid suspended the autonomy for 24 hours and then again in September (for technical reasons) to force the parties to reach an agreement. When in November Trimble and the DFM Durkan (Social Democratic and Labour Party, SDLP) presented themselves again to the Assembly, even with 70% of votes, the unionist majority could be obtained only with the support of the multi-ethnic Alliance Party of Northern Ireland (APNI) members, who declared themselves unionists only for that vote.[122] The fourth suspension occurred during October 2002 with the same dynamics: notwithstanding the communication of the international commission that the

[120] The British-Irish Agreement (1998); B. O'Leary, *The Logics*, cit., at p. 103. As is well known, the United Kingdom has no written constitution nor a unified constitutional doctrine. Thus, the principle of parliamentary sovereignty has not been uniformly and consensually applied over the territory. Indeed, according to Keating, the Northern Irish question involves a constitutional dimension because until the 1990s parliamentary sovereignty has avoided to give the self-government of the other nations of the Kingdom; however, if we look at British constitutionalism in the 19th and the 20th centuries as formalized by Dicey, for instance, it is based on parliamentary sovereignty *but also* on rule of law and separation of powers; cf. M. Keating, *Territorial Autonomy in Nationally Divided Societies: The Experience of the United Kingdom, Spain, and Bosnia and Herzegovina*, in K. Basta, J. McGarry and R. Simeon, *Territorial Pluralism*, cit., p. 121-147.

[121] Before that, Trimble blocked the participation of two SF Ministers into the North-South Ministerial Council. The Ministers and the SDLP DFM won an appeal claim to a Northern Irish court, even though the judgement was declared to have no judicial effect (P. Mitchell, G. Evans and B. O'Leary, *Northern Ireland: Flanking*, cit., at p. 729).

[122] J. McGarry and B. O'Leary, *Power-sharing Executives*, cit., at p. 511.

decommissioning was effectively going on, once again Trimble announced his resignation and Reid suspended the devolution and declared the return of a temporary direct rule, without specifying the date of the restoration of power-sharing.[123] In those years decommissioning proceeded slowly and all negotiations failed, especially after the polarization during the election of 2003 where, as showed in the graphic at point 6.2, the 'radical' Democratic Unionist Party (DUP) and the SF won over the UUP and SDLP becoming the majoritarian parties within unionist and nationalist blocks and necessary partners of future negotiation. Tension increased but never fell again in an armed conflict.[124] The *impasse* was solved only in 2005 when negotiations re-started after many statements with which the UK government indicated that it would repeal the power of suspension and promised to devolve the delicate competences of justice and policing, in case an agreement between the parties was reached. Moreover, several meetings between the Irish and the British executives prospected a future of joint sovereignty.[125] More funds promised by the British Chancellor of the Exchequer Brown and his Irish counterpart overcame all the remaining resistances from the DUP to share the power and from the SF to recognize the local police. The Saint Andrews Agreement came into force in October 2006 and, after an intermediate period (with the re-convocation of the Assembly elected in 2003 and new elections in 2007), in May 2007 autonomy and power-sharing were restored. From 2007 to the end of 2016, power-sharing executives worked without serious crises, starting a coalition agreement between the DUP and the SF, with Rev. Paisley as FM and McGuinness (a former IRA commander) as Deputy. The government worked quite well even with Paisley's successor,

[123] S. Wolff, *Between Stability*, cit., at p. 44.

[124] Wolff underlines that the deaths after 1998 are related to internal feuds within two unionist paramilitary groups, the Ulster Volunteer Force and the Ulster Defence Association (Wolff, *Between Stability*, cit., at p. 54-55).

[125] J. McGarry and B. O'Leary, *Power Shared*, cit., at p. 35. In the last years of his government, Blair "[reinforced] the message (...) that the default to power-sharing was no longer simply direct rule, but direct rule with an increasing green hue" (J. McGarry and B. O'Leary, *Power Shared*, cit., at p. 43).

Robinson, who collaborated with McGuinness so closely[126] that somebody thought it was time for another institutional change to 'return' to the 'government and opposition' dynamics.[127] Anyway, in 2010 there was another Agreement at the Hillsborough Castle for the devolution of justice and policing, introducing a Department of Justice whose Minister is elected with cross-community consent.

Another critical moment was after the 2015 elections with Cameron administration's welfare cut.[128] Few months later, the FM Robinson was involved in some corruption scandals.[129] Invalidated by these legal problems and taking advantage from a delicate police investigation around some murders of former IRA chiefs, Robinson asked for the suspension of the Assembly. Because of the refusal of all parties, as well as of the Irish and British governments, Robinson stepped aside, not officially resigning but allowing the Minister of Finance, Arlene Foster, to become a sort of unofficial FM, with serious doubts of legality. After the 2016 election and the referendum for the permanence in the European Union (where the majority of Northern Irish citizens voted to 'remain'), another moment of severe instability occurred at the end of 2016. A serious scandal of corruption in the energy sector involved Foster herself and a no confidence vote proposed by SDLP members was rejected in December, obtaining a majority in the Assembly but only with most unionist votes (with all parties favourable except the DUP) necessary for the parallel consent. In January this harsh crisis brought to the resignation of McGuinness and the SF's refusal to appoint another DFM by seven days without the resignation of Foster, bringing Northern Ireland again to the vote. The 2017 election together with the reduction from 108 to 90 members of the Assembly saw an

[126] C. McCrudden *et al.*, *Why Northern Ireland's Institutions*, cit., at p. 31; J. McGarry and B. O'Leary, *Power-sharing Executives*, cit., at p. 508.

[127] The institutions were blamed to hinder the development of 'normal' politics on bread-and-butter issues (C. McCrudden *et. al.*, *Why Northern Ireland's Institutions*, cit., at p. 31; cf. D. L. Horowitz, *Northern Ireland Agreement*, cit., at p. 94-104.

[128] Those austerity policies provoked a brief success of a radical leftist party, the People Before Profit (PBP), downsized in the election of 2017 because of the strong ethno-national re-polarization.

[129] C. McCrudden *et al.*, *Why Northern Ireland's Institutions*, cit.

electoral collapse of the DUP, which prevailed over the SF for only one seat. After failures of several talks to form the government, the polarizing snap election of Westminster (which consolidated the DUP as the 'single voice' of unionism) and the Tory-DUP coalition agreement, the situation after summer 2017 became uncertain.

Finally, many authors criticized the institutional system of Northern Ireland accusing it of provoking instability, avoiding ministerial accountability and crystallizing the divisions of society within the executive.[130] Instead, in my opinion the d'Hondt method worked satisfactorily, reflecting the proportionality and the balance between and within the blocks and posing no problems of bargaining and acceptance of a common platform or programme, with incentives for parties to increase their electoral force and to moderate their position.[131] Indeed, the SPA included parties with a relevant electoral strength not only for ethnic belongings (see point 6.3).[132] More in detail, after the first government composed by 3 UUP and SDLP and 2 DUP and SF members, the second allocation in 2007 rewarded the electoral growth of the DUP with 4 posts, then 3 to the SF, 2 to the UUP and 1 to the SDLP; in 2011 even the APNI reached an executive seat in the place of the DUP and held the Minister of Justice (until 2016, elected with cross-community vote), while in 2015 the DUP obtained another seat left empty by the UUP. In 2016, the coalition gave a strong proof of voluntarism when the SDLP and the UUP refused to take the ministerial seats allocated to them and freely decided to constitute an opposition, permitting a composition of the government with 4 DUP and 3 SF members, with an independent unionist as Minister of Justice: thus, the coalition could shift from a unanimous to a concurrent form.[133] Consequently, the only

[130] R. Taylor, *Norther Ireland: Consociation*, cit.; R. Taylor, *Consociational Theory*, cit., p. 1-12.

[131] C. McCrudden *et al.*, *Why Northern Ireland's Institutions*, cit., at p. 37.

[132] Simulations show that the number of governmental seats allocated to the Alliance would not change with the Sainte-Laguë system because of the low number of the Ministers (C. McCrudden *et al.*, *Why Northern Ireland's Institutions*, cit., at p. 40).

[133] The choice of refusing executive seats does not affect the distribution of Committee seats. Furthermore, even though there was no provision in the Agreement of 1998 establishing a minimum of Ministers for unionists or

voluntariness that is not allowed by the SPA methods for one or more parties is the possibility of excluding others from the allocation of governmental seats.

In conclusion, the instability of the first years was provoked not by the inclusion of the 'extremes'[134] but – if one should point to a 'responsible' institutional procedure – by the mechanism ruling the resignation of the FM and the DFM. This 'atomic bomb' in the hands of the heads of the executives and the conflictual divisions within the unionist block allowed the return to a sort of a new direct rule of UK government despite the international commitments taken in 1985 and 1999. This situation allowed the unionists to act against the Agreement, preventing a party with a relevant electoral force (the SF) from entering the government and linking the formation of the executive to the IRA decommissioning, despite this was already being managed by an international commission. Moreover, the British benevolence toward Trimble and the mild reactions of the Irish government facilitated that development. Finally, governmental instability can be explained by the fact that autonomy can be suspended if the FM (or the DFM) resign. In other words, by the connection or better the subordination of autonomy to the will of the (unionist, at least in these years) head of executive. After the first suspensions, when an enforced cooperation between the United Kingdom and the Republic of Ireland through the British-Irish Intergovernmental Conference [135] started to be considered as an alternative, the stalemate was unblocked, and unionists accepted to share the power.

5. *Conclusion: Northern Irish and South Tyrolean executives compared: differences and lessons*

---

nationalists, the rule of at least 3 and 3 was approved by the Assembly in 1998 and then ratified by Westminster (B. O'Leary, *The Logics*, cit., at p. 78).

[134] D. L. Horowitz, *The Northern Ireland Agreement*, cit., at p. 100. The author seems to refer always to the SF, claiming that the inclusion of the republicans in the negotiations in 1998 and then in government 'caused' the hostility of the DUP and the instability of the UUP (p. 102).

[135] B. O'Leary 2001, *Comparative Political Science*, cit., at p. 66.

5.1. *Institutions and contexts of two complex regional consociations*

To comprehensively compare the structures of the governments of Northern Ireland and South Tyrol I will focus on some main aspects, as outlined in the framework at point 6.1. The first comparison is between the election or selection of the executive members. In South Tyrol the need to protect minority groups through an implicit coalition ensured political stability also because of to the demographic composition of the Province, the predominance of a party favourable to autonomy and power-sharing and the fragmentation of Italian parties. We saw that that (yet consociational) mechanism, not much formalized in the Statute, allowed the formation of a sort of centripetal coalition of moderates, giving the SVP the possibility to choose its partner excluding radicals with anti-system behaviours. Instead, in Northern Ireland the substantial balance of power between groups, the polarization of unionist parties and the peculiar conformation of the parties in the Assembly required the implementation of a more formalized power-sharing mechanism like the SPA of governmental seats which remained blind to ethnicity and mainly based on electoral results. This system is quite but not perfectly inclusive: indeed, parties can choose to refuse to enter the government while they cannot choose to exclude other parties with a relevant electoral force from the allocation. To conclude, both implicit coalition and sequential allocation are liberal power-sharing mechanisms, which worked basically well referring to diverse needs and contexts.

The second comparative thread concerns the heads of government. Background conditions previously described pushed Northern Ireland to adopt in 1998 the corporative procedure of parallel consent (the majority of the Assembly and the majority of unionists and nationalists) to elect the FMI and DFM, practically prescribing a sort of centripetal vote pooling – considering that members of one group must vote also for the candidate proposed by the other group to obtain the majority of the Assembly. Instead, the changes of 2006 substantially extended the d'Hondt method to the selection of governmental heads, 'liberalizing' these offices with the

nomination of FM for the strongest party of the Assembly and DFM for the largest party of the major declaration of the Assembly after the one of the FM. On the other hand, in South Tyrol the almost structural impossibility for the Italian group to compete for the presidency of the Province did not need specific mechanisms and recent proposals for a direct election of the *Landeshauptmann* (President of the Province) were seriously contested. We can say that these procedures permitted an incredible stability of the leadership in South Tyrol with only three presidents (Magnano, Durnwalder and Kompatscher) in forty-four years after the Second Statute and forced long-lasting enemies to join a common government in Northern Ireland.

Third, considering the relationship between government and assembly, the vote of no confidence requires the absolute majority of the Counc il in South Tyrol (but has never been successfully used because of the supremacy of the SVP), while in Northern Ireland parallel consent is prescribed, with some problems of instability when the greatest party in the Assembly, the DUP, can decide alone on the life of executive.

Finally, the fourth comparison is on the dissolution of the Assembly in Northern Ireland where are requested a two third vote or, after the resignation of one head of the government, a vacancy of the office for more than seven days. The resignation mechanism is above all the most problematic, if directly connected to the status of Northern Irish autonomy. As I have reported, the threat of Trimble's resignation worried the British government that, scared to lose its moderate unionist FM and based on the doctrine of parliamentary sovereignty, acted in breach of the Agreement of 1998 and the international treaty with Ireland of 1999. In the Italian case, Rome has never meddled in the affairs of the South Tyrolean executive after 1972, allowing an internal management of possible crises. Even though the two post-conflict scenarios are extremely different – the Statute was approved in 1972 after the brief period of political violence terminated ten years before, whereas the Agreement of 1998 concluded a bloody conflict, with 3600 deaths – and the following is not the only explaining factor, it could be stated that the attitude of the British government toward autonomy played a de-stabilising role

in the peace process in giving the unionists a sort of veto power on power-sharing.

5.2. *Political stability and lessons from the cases*

Following a McCulloch's expression,[136] political and democratic stability can be imagined as a continuum: we can find a stable political order to an extreme, namely a democratic regime with a high probability of remaining stable in its forms and a low incidence or threat of political violence;[137] while, at the opposite pole of the spectrum, there is a total absence of capacity of maintaining democracy and avoiding violence. Even assuming that no institution alone can guarantee peace and stability[138] but that it is necessary to consider a complex combination balancing the incidence of many factors, in Northern Ireland and South Tyrol the structures of autonomy and executive power-sharing were essential to cease violence, regulating the dialogue between the groups. Approximately in the middle of the broad spectrum of political stability we can supposedly locate executive stability, which could be defined as the high probability for the government to remain in office for the time it has been appointed and to exert its functions.

As I tried to show, the 'efficient secret'[139] of the stability of South Tyrol lies in the double nature of the Statute which sets some guarantees for the Italian and Ladin minorities in the self-government dimension requested by the German majority. There were several facilitating conditions which have helped to solve this conflict,[140] but the relationship between autonomy and executive power-sharing

[136] A. McCulloch, *Power-sharing and Political Stability*, cit., at p. 6.

[137] A. Lijphart, *Democracy*, cit., at p. 4.

[138] J. McGarry and B. O'Leary, *Power Sharing Executives*, cit., at p. 512.

[139] The term is of course from W. Bagehot, *The English Constitution*, ed. by P. Smith, Cambridge, 2001, 1st edition 1867.

[140] S. Wolff, *Complex Power-sharing*, cit.; T. Benedikter, *The World's Working*, cit.; G. Pallaver, *South Tyrol's Changing Political System: From Dissociative on the Road to Associative Conflict Resolution*, in *National Papers*¸ vol. 42, 2014, p. 376-398.

played a crucial role. Anyhow, some authors recognize that South Tyrol is slowly shifting from a dissociative to an associative conflict resolution model, moving from a complete division of groups to a gradual overthrow of the separating walls. Even with some critical issues reported, Pallaver states that the consociational and territorial guarantees created the atmosphere of security between the groups essential to build a feasible trust firstly between political and economic *élites* and then also among the civil society.[141] In other words, this is the 'efficient secret' of South Tyrolean method of conflict resolution: the virtuous union of autonomy and power-sharing (union as mutual independence of these two elements and respect of the constitutional and international constraints) succeeds in shaping a regional and provincial space where internal management and crisis resolution are possible, thus incentivizing loyal and responsible behaviours. This virtuous union built a common territory, that is no longer source of contrasts but shared dimension, with guarantees for weaker groups formalized in a democracy of compromise. Every inhabitant can benefit from the self-government of the Province, without any difference of language and ethnicity: an autonomy for all[142] or a territorial self-determination[143] which the state cannot unilaterally modify. In this article, I tried to demonstrate that process through the analysis of governmental structures, showing how the implicit coalition clause worked and developed across the years allowing changes in the political system and resisting the tensions of the extremes. Article 50.2 of the Statute of 1972 was both an exclusive and inclusive tool, keeping away from the government parties contrary to autonomy and executive power-sharing. But the declining force of the SVP can become the most difficult challenge in next years, starting from the elections in autumn 2018.

Since 1998 Northern Ireland has done incredible steps forward in terms of violence reduction, but if we look at governmental stability, the results are not equally elevated. The cause lies not in the institutional mechanisms of the executive power-sharing, but in the

[141] G. Pallaver, *South Tyrol's Changing*, cit., p. 380-93.
[142] T. Benedikter, *The World's Working*, cit., at p. 76.
[143] R. Toniatti, *L'evoluzione statutaria*, cit.

possibility to suspend the devolution precisely since 1999. More specifically, in Northern Ireland what directly influences the governmental life is the default position on autonomy suspension, in other words the alternative to executive power-sharing. From a side perspective, in this paper I analysed how the power-sharing materialized in the SPA of governmental seats, and for the selection of the heads of the executive first in the nomination of a unionist and a nationalist with (corporate) vote mechanisms and then, since 2006, in the designation of the two greatest parties in the Assembly of different political affiliations. These procedures, more inclusive and rigid than the South Tyrolean implicit coalition, satisfied the exigence of a polarized political and party system with an unstable balance between majority and minority. Anyway, the effects of the relationship with the central state are observable through the FM and DFM resignation mechanisms. In fact, since the introduction of direct rule in 1972 and until the first treaty between United Kingdom and the Republic of Ireland in 1985, unionists had no incentive to accept autonomy, which inevitably meant a government with nationalists. The alternative to this solution was the authority of 'their' nation-state and any concession to the 'enemy' was perceived as a possible intromission of Dublin in Belfast affairs. Years later, since 1985 and the birth of the Anglo-Irish Intergovernmental Conference (then British-Irish Intergovernmental Conference) and the change of articles 2 and 3 of the Irish Constitution in 1998 (that claimed the sovereignty over Northern Ireland), the alternative of a joint authority between United Kingdom and Republic of Ireland became real. But in practice this possibility did not concretize. And thus, between 1999 and 2006 the incompleteness of the Northern Irish federacy – namely the possibility of the centre to unilaterally modify the status of the regional entity – created an imbalance between the parts, allowing unionists to block or slow down the effective sharing of power, with the weapon of the resignations as the alterative to suspension. After a change of the strongest actors within the two ethno-national segments, the stalemate has been overcome with the effective possibility of a direct rule with an increasing 'green' role for Ireland, scenario hatred by unionists more than the power-sharing with nationalists, which later was established with the formation of quite stable governments for almost ten years. Finally, the current Northern Irish executives' instability

derives from internal and external crises: on the internal side, there is the scandal of the renewable energy incentives which shook the DUP and after the 2017 regional elections halted the formation of the executive. This crisis deteriorated after the Westminster 2017 snap elections almost lost by Prime Minister May's Conservatives, dependent on the unionist support with a confidence and supply government agreement. On the external side, there is the process of the exit of United Kingdom from the European Union, in whose referendum the majority of Northern Ireland voted to remain. Furthermore, the future management of the border blocked the negotiations for both Brexit and the local government. Returning to the internal perspective, 2017 general elections confirmed the trends, started with the 2001 vote,[144] of the DUP and the SF parallel increase and the consequent simplification (favoured by the plurality system) of the party system. Moreover, the DUP shifted from its extremist and anti-Westminster behaviours[145] to become a pragmatic actor within the British government. It seems to return a new version of the so-called West Lothian Question, under which the Scottish and Northern Irish MPs can decide in Westminster parliament on issues regarding England and the whole Kingdom, whereas English MPs cannot do the same for Scotland and Northern Ireland.[146] Moreover, the logical – but also legal – doubt is how London could effectively manage their jurisdiction upon Norther Ireland with "rigorous impartiality on behalf of all people in the diversity of their identities and traditions", as the Agreement of 1998 prescribed, with a unionist party as junior partner in the central government coalition. While all local parties accuse the Prime Minister May and the former FM Foster of acting against the Agreement of 1998 and the international treaty of 1999, the confused situation on the ground seems to make a (*de*

[144] Mitchell *et al.*, *Northern Ireland: Flanking*, cit.

[145] The party voted against the Agreement's referendum in 1998; see M. Kerr, *Imposing Power-sharing*, cit.; C. Gormley-Heenan and R. McGinty, *Ethnic Outbidding and Party Modernization: Understanding the Democratic Unionist Party's Electoral Success in the Post-Agreement Environment*, in *Ethnopolitics*, vol. 7, 2008, p. 43-61.

[146] J. McGarry, *Asymmetric Autonomy in the United Kingdom*, in M. Weller and K. Nobbs, *Asymmetric Autonomy*, cit., p. 148-182, at p. 162.

facto?) direct rule possible, after ten years of difficult efforts to reach democratic stability.

This could be the closing lesson from the cases: in a complex regional consociation, the relationship between power-sharing and autonomy can negatively affect the governmental life; in detail, when self-government is subject to revocation from the centre and when autonomy is dependent on the persistence of 'one' executive, the group related to the population of the central state is inevitably favoured, making precarious the agreement between the groups; whereas, when territorial pluralism is guaranteed and autonomy and power-sharing are implemented together but independently, the two principles can work in a sustainable and democratic way, satisfying their original objectives.

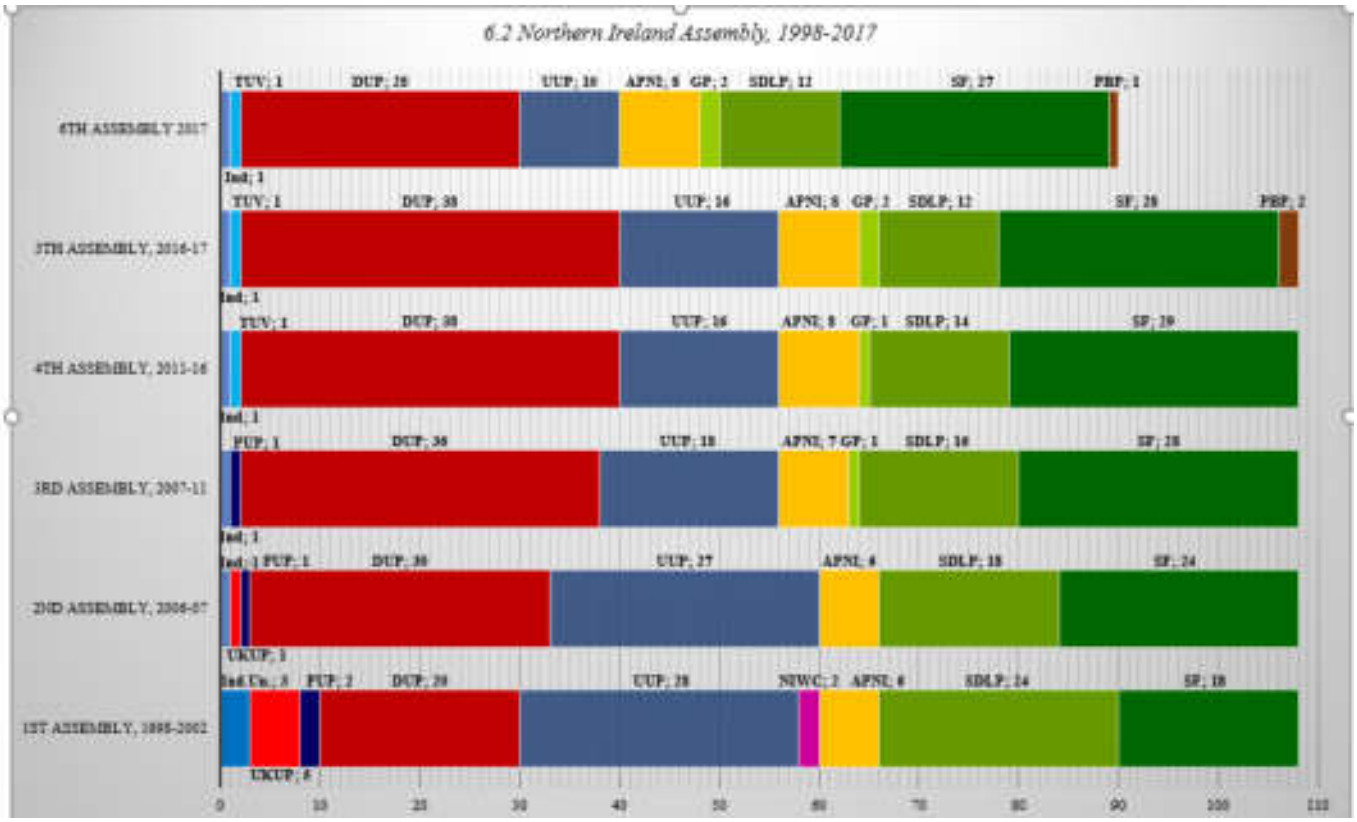
In conclusion, this paper would like to contribute to the research on complexity, interpreted as interactions between autonomy and executive power-sharing institutions, analysing their effects on governmental stability. In a pun which seems inevitable, the Northern Irish and South Tyrolean cases demonstrate that the independent union or better the federalization between the dispersion and the sharing of power can guarantee executive stability. When these principles are united but subjected in an unbalanced relationship, the regional consociation will suffer from its non-independence, the state will not be an impartial arbiter, the parity of esteem of the groups will be undermined and the governmental institutions will be exposed to political and demographic changes.

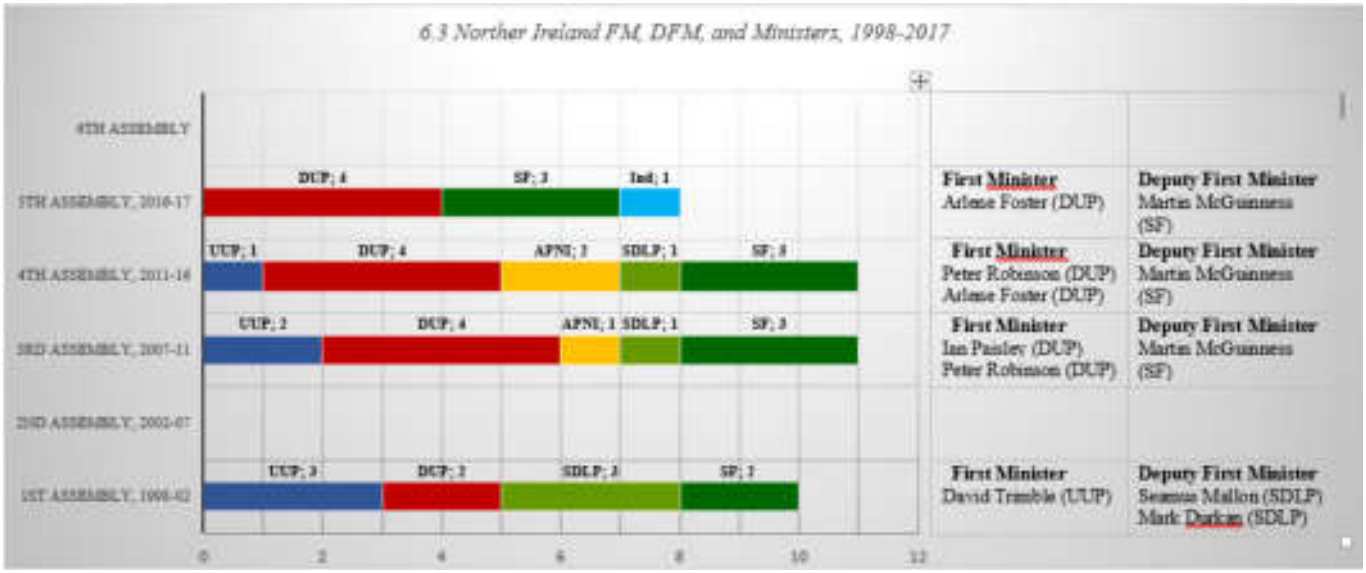
6. *Tables and graphics*

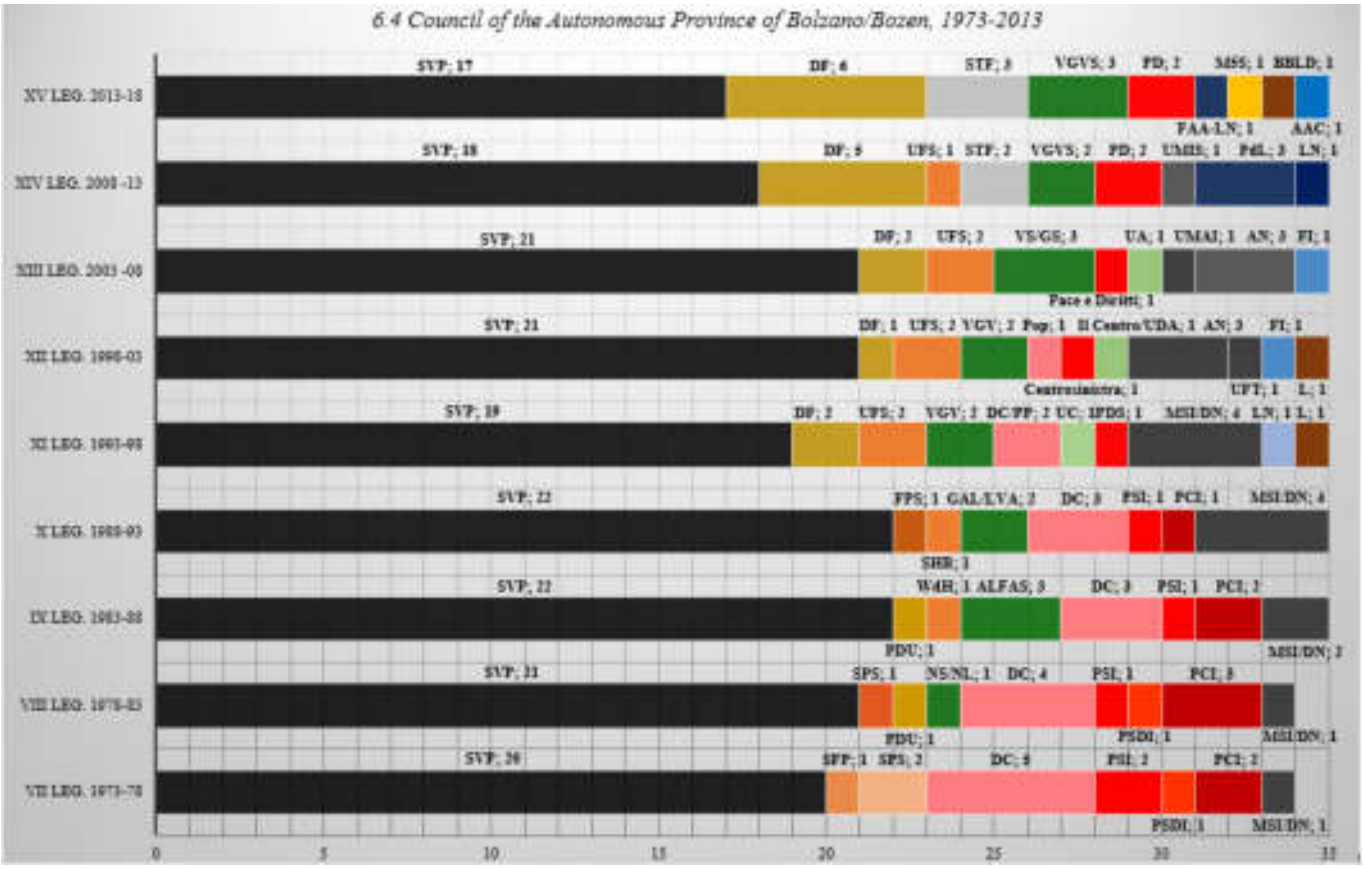
6.1. *Institutional architectures of the governments of South Tyrol and Northern Ireland*

1. Election/selection of the Executive	
Members of the *Giunta* (*Assessori Provinciali*) 35 seats Provincial Council (34 before 1983), elected with proportional-list system in a single constituency	1973 - 2013 absolute majority, secret scrutiny 2013 – election under the President's proposal, up to 8 members 2017 - between 7 and 10 members Art. 50.2: "*The composition of the Provincial Government of Bolzano must reflect the numerical strength of the linguistic groups as represented in the Provincial Parliament*", possible over-representation of the Ladin group
Executive Ministers Assembly elected with single transferable vote, 18 6-members constituencies for 108 seats, since 2017 5-members constituencies and 90 seats	1998 - 02 SPA with d'Hondt method applied to the parties in the Assembly, up to 10 members 2007 - 2016 SPA with d'Hondt method applied to the parties in the Assembly, 10 members 2016 - 8 members
	2010 - Minister of Justice elected with *cross-community vote*
2. Election/selection of the Head of the Executive	
President of the Province	Election within the Council with absolute majority
First Minister and	1998 - 2002 election with cross-community vote, parallel consent

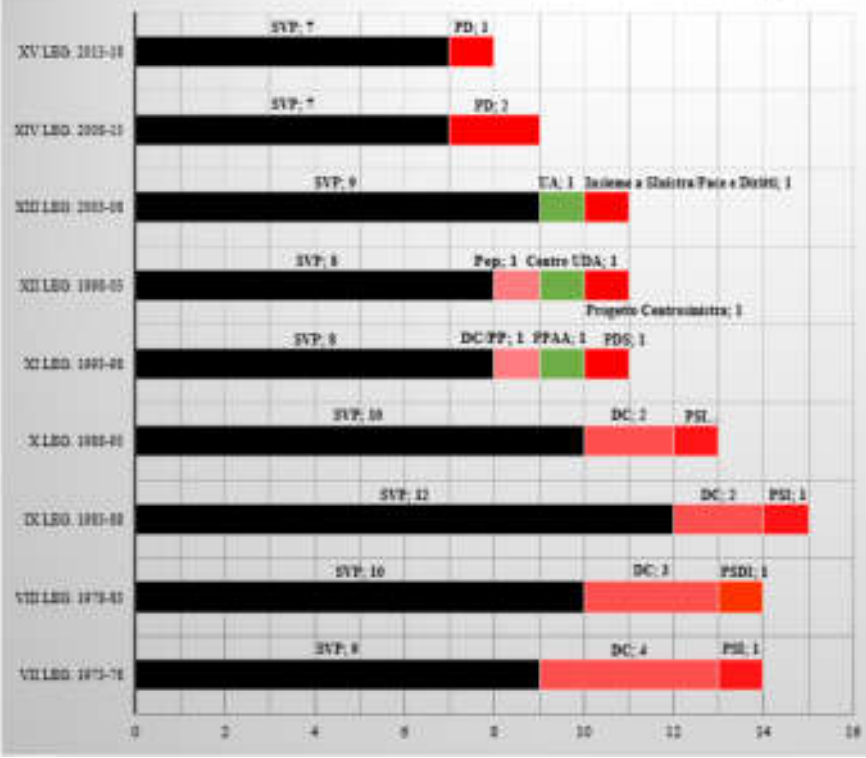
Deputy First Minister	2006 – 2016 FM: designed by the largest party of the Assembly DFM: nominated by the party of the largest designation of the Assembly, after the PM's one
3. Motion of no confidence	
South Tyrol	Absolute majority Since 2013 constructive vote of no confidence
Northern Ireland	Parallel consent
4. Dissolution of parliament	
Provincial Council of Bolzano	Resignation of the absolute majority of members
Northern Ireland Assembly	2/3 vote of the Assembly; vacancy longer than 7 days of FM or DFM if no substitute is designed


6.2 Northern Ireland Assembly, 1998-2017
6TH ASSEMBLY 2017
TUV; 1
DUP; 28
UUP; 10
APNI; 8
GP; 2
SDLP; 12
SF; 27
PBP; 1
Ind; 1
5TH ASSEMBLY, 2016-17
TUV; 1
DUP; 30
UUP; 16
APNI; 8
GP; 2
SDLP; 12
SF; 28
PBP; 2
Ind; 1
4TH ASSEMBLY, 2011-16
TUV; 1
DUP; 30
UUP; 16
APNI; 8
GP; 1
SDLP; 14
SF; 29
Ind; 1
3RD ASSEMBLY, 2007-11
PUP; 1
DUP; 36
UUP; 18
APNI; 7
GP; 1
SDLP; 16
SF; 28
Ind; 1
2ND ASSEMBLY, 2003-07
Ind; 1
PUP; 1
DUP; 30
UUP; 27
APNI; 6
SDLP; 18
SF; 24
UKUP; 1
1ST ASSEMBLY, 1998-2002
Ind Un.; 5
PUP; 2
DUP; 20
UUP; 28
NIWC; 2
APNI; 6
SDLP; 24
SF; 18
UKUP; 6
0
10
20
30
40
50
60
70
80
90
100
110


6.3 Norther Ireland FM, DFM, and Ministerz, 1998-2017
6TH ASSEMBLY
5TH ASSEMBLY, 2016-17
DUP; 4
SF; 3
Ind; 1
First Minister
Arlene Foster (DUP)
Deputy First Minister
Martin McGuinness (SF)
4TH ASSEMBLY, 2011-16
UUP; 1
DUP; 4
APNI; 1
SDLP; 1
SF; 3
First Minister
Peter Robinson (DUP)
Arlene Foster (DUP)
Deputy First Minister
Martin McGuinness (SF)
3RD ASSEMBLY, 2007-11
UUP; 2
DUP; 4
APNI; 1
SDLP; 1
SF; 3
First Minister
Ian Paisley (DUP)
Peter Robinson (DUP)
Deputy First Minister
Martin McGuinness (SF)
2ND ASSEMBLY, 2003-07
1ST ASSEMBLY, 1998-02
UUP; 3
DUP; 2
SDLP; 3
SF; 2
First Minister
David Trimble (UUP)
Deputy First Minister
Seamus Mallon (SDLP)
Mark Durkan (SDLP)
0
2
4
6
8
10
12


6.4 Council of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen, 1973-2013
XV LEG. 2013-18
SVP; 17
DF; 6
STF; 3
VGVS; 3
PD; 2
M5S; 1
BBLD; 1
XIV LEG. 2008-13
SVP; 18
DF; 5
UFS; 1
STF; 2
VGVS; 2
PD; 2
UMIS; 1
PdL; 3
FAA-LN; 1
LN; 1
AAC; 1
XIII LEG. 2003-08
SVP; 21
DF; 3
UFS; 2
VS/GS; 3
UA; 1
UMAI; 1
AN; 3
FI; 1
XII LEG. 1998-03
SVP; 21
DF; 1
UFS; 2
VGV; 2
Pop; 1
Il Centro/UDA; 1
AN; 3
FI; 1
Pace e Diritti; 1
XI LEG. 1993-98
SVP; 19
DF; 2
UFS; 2
VGV; 2
DC/PP; 2
UC; 1
PDS; 1
MSI/DN; 4
LN; 1
Centrosinistra; 1
UFT; 1
L; 1
X LEG. 1988-93
SVP; 22
FPS; 1
GAL/EVA; 2
DC; 3
PSI; 1
PCI; 1
MSI/DN; 4
IX LEG. 1983-88
SVP; 22
W4H; 1
ALFAS; 3
DC; 3
PSI; 1
PCI; 2
SHR; 1
VIII LEG. 1978-83
SVP; 21
SPS; 1
NS/NL; 1
DC; 4
PSI; 1
PCI; 3
PDU; 1
MSI/DN; 1
VII LEG. 1973-78
SVP; 20
SFP; 1
SPS; 2
DC; 5
PSI; 2
PCI; 2
PSDI; 1
MSI/DN; 1
0
5
10
15
20
25
30
35

6.5 Provincial Giunta and Presidents of South Tyrol, 1973-2013



President Arno Kompatscher (SVP)	**First Vice President** Christian Tommasini (PD) **Second Vice President** Richard Tauber (SVP)
President Alois Durnwalder (SVP)	**Vice Presidents** Richard Tauber (SVP) Christian Tommasini (PD)
President Alois Durnwalder (SVP)	**Vice Presidents** Luigi Cigolla (UA) Luisa Gnecchi (IaS/PsD)
President Alois Durnwalder (SVP)	**Vice Presidents** Otto Saxer (SVP) Michele di Puppo (P)
President Alois Durnwalder (SVP)	**Vice Presidents** Otto Saxer (SVP) Michele di Puppo (PP)
President Alois Durnwalder (SVP)	**Vice Presidents** Otto Saxer (SVP) Remo Ferretti (DC) Carlo Bolognani (DC)
President Silvius Magnago (SVP)	**Vice Presidents** Alfons Benedikter (SVP) Remo Ferretti (DC)
President Silvius Magnago (SVP)	**Vice Presidents** Alfons Benedikter (SVP) Giorgio Pasquali (DC) Valentino Pasquale (DC)
President Silvius Magnago (SVP)	**Vice Presidents** Alfons Benedikter (SVP) Valentino Pasquale (DC)

6.6. *Abbreviations*

Northern Ireland: Unionist Parties: UUP, Ulster Unionist Party; DUP, Democratic Unionist Party; UKUP, United Kingdom Unionist Party; PUP, Progressive Unionist Party; TUV, Traditional Unionist Voice. Nationalist Parties: SDLP, Social Democratic Labour Party; SF, Sinn Féin. Multi-ethnic parties: NIWC, Northern Ireland Women Coalition; APNI, Alliance Party of Northern Ireland; GP, Green Party; PBP, People Before Profit.

South Tyrol: German Parties: SVP, Südtiroler Volkspartei; SFP, Soziale Fortschrittspartei Südtirols; SPS, Sozialdemokratische Partei Südtirols; PDU, Partei der Unabhängigen; WdH, Wahlverband des Heimatbundes; FPS, Freiheitliche Partei Südtirols; SHB, Südtiroler Heimatbund; DF, Die Freiheitlichen; UFS, Union für Südtirol; STF, Süd-Tiroler Freiheit. Ladin Parties: L, Ladins; BBLD, Bündnis BürgerUnion-Ladins Dolomites-Wir Südtiroler. Italian parties: DC, Democrazia Cristiana; DC/PP(AA), Democrazia Cristiana/Partito Popolare Alto Adige; Pop(olari)-AA, Popolari-Alto Adige Domani; Il Centro/UDA, Il Centro -Unione Democratici Alto Atesini; UC(AA), Unione Centro Alto Adige; PSI, Partito Socialista Italiano; PSDI, Partito Socialista Democratico Italiano; PCI, Partito Comunista Italiano; PDS, Partito Democratico della Sinistra; Centrosinistra, Progetto Centrosinistra; Pace e Diritti, Insieme a Sinistra-Pace e Diritti; PD, Partito Democratico; MSI/DN, Movimento Sociale-Destra Nazionale; AN(- I Liberali), Alleanza Nazionale - I Liberali; UFT, UMAI, Unitalia Movimento Alto Adige, UMIS, Unitalia Movimento Iniziativa Sociale; LN, Lega Nord; FI, Forza Italia; PDL, Popolo delle Libertà; FAA-LN, Forza Alto Adige-Lega Nord; AAC, Alto Adige nel Cuore; M5S, Movimento 5 Stelle. Multi-ethnic parties: NL(NS), Neue Linke/Nuova Sinistra; ALFAS, Alternative Liste für das andere Südtirol; GAL/LVA, Grün-Alternative Liste/Lista Verde Alternativa; VGV, Verdi-Grüne-Vèrc; VS, GS, Verdi del Sudtirolo/Grüne Südtirols; VGVS, Verdi Grüne Vërc Bürger Liste Civiche/SEL.

***

Abstract: This paper analyses the power-sharing governments of South Tyrol and Northern Ireland. After a first theoretical part, I will focus on the government and on the President of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen and on First and the Deputy First Ministers and the executive of Northern Ireland, describing the institutions and their historical development. The final comparative part will refer to the political context in both areas to explain the causes of power-sharing executives' (in)stability. In complex regional consociations, this is directly influenced by the nature of autonomy: where autonomy is fixed by constitutional and international norms, the executive will handle the shocks of the political system (as in South Tyrol); whereas, where autonomy can be *de iure* or *de facto* suspended and subjected to a partisan relationship with the centre (as in Northern Ireland), regional government will become instable.

Keywords: Northern Ireland - South Tyrol - power-sharing executive - complex regional consociation – autonomy - political stability

Guido Panzano – Graduate Student in Political Science, Sant'Anna School of Advanced Studies of Pisa (g.panzano@santannapisa.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Affinità e divergenze tra lo sfruttamento illecito delle risorse naturali ed il crimine internazionale di saccheggio*

Silvia Nuzzo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il crimine internazionale di saccheggio. – 3. Interpretazione ed applicazione giurisprudenziale della fattispecie di saccheggio. – 4. Aspetti problematici. – 4.1. proprietà e sovranità sulle risorse naturali. – 4.2. Quali ragioni per la criminalizzazione dello sfruttamento illecito delle risorse naturali? – 5. Possibili alternative alla soluzione internazional-penalistica. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente lavoro di ricerca si propone di valutare se sotto la fattispecie di saccheggio ex Artt 8(2)(b)(xvi) e 8(2)(e)(v) dello Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI) possano essere sussunte le condotte di sfruttamento illecito di risorse naturali in zone di conflitto armato. Le massicce violazioni dei diritti umani a cui tale fenomeno si accompagna, l'impoverimento dei territori in cui ha luogo, e l'endemica instabilità politica che comporta, hanno infatti spinto la dottrina ad interrogarsi sulla possibilità di un intervento internazional-penalistico, al fine di favorire il processo di pacificazione e stabilizzazione delle regioni colpite[1]. L'attenzione si è allora appuntata

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Tra coloro che hanno proposto una soluzione di stampo internazional-penalistico al problema, si vedano *inter alia* R. Carranza, *Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?*, in *International Journal of Transitional Justice,* 2008, 2, p. 310-330; J. d'Aspremont, *Towards an International Law of Brigandage: Interpretative Engineering for the Regulation of Natural Resources Exploitation*, in *Asian Journal of International Law*, 2013, p. 1-24; A. Ezekiel, *The Application of International Criminal Law to Resource Exploitation: Ituri, Democratic Republic of The Congo* (2007), in *Natural Resources Journal*, 47,

sul crimine di saccheggio, in virtù dell'apparente affinità tra la condotta censurata nello Statuto di Roma e quelle che tale filone dottrinale propone di perseguire.

La storia recente della Repubblica Democratica del Congo (RDC) offre forse il più chiaro esempio del fenomeno in esame. Secondo il Gruppo di Esperti ONU sulla RDC, le due sanguinose guerre di fine secolo sono state prima causate e poi alimentate dallo sfruttamento illecito delle risorse minerarie del Paese[2]. Durante i conflitti, gruppi armati di entrambe le fazioni conquistarono e mantennero il possesso delle miniere, violando sistematicamente i

---

2007, p. 225- 245; P.J. Keenan, *Conflict Minerals and the Law of Pillage*, in *Chicago Journal of International Law*, 14(2), 2014, p. 524-558; M.A. Lundberg, *The Plunder of Natural Resources During War: A War Crime (?)*, in *Georgetown Journal of International Law*, 39, 2008, p. 495-525; M.A. McGregor, *Ending Corporate Impunity: How to Really Curb the Pillaging of Natural Resources*, in *Case western Reserve Journal of international Law*, 42, 2009, p. 469-497; J.G. Stewart, *Corporate War Crimes: Prosecuting the Pillage of Natural Resources*, New York, 2011; L. van den Herik - D. Dam-De Jong, *Revitalizing the Antique War Crime of Pillage: The Potential and Pitfalls of Using International Criminal Law to Address Illegal Resource Exploitation During Armed Conflicts*, in *Criminal Law Forum*, 15, 2011, p. 237-273.

[2] UN Security Council, Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of Congo, UN Doc. S/2001/357, 12/04/2001, parr. 213 ss; UN Security Council, Final Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo, UN Doc. S/2003/1027, 23/10/2003, parr. 43 ss. Per una ricostruzione storica delle due guerre che hanno insanguinato la RDC dal 1996 al 2003, si vedano L. Juma, *The War in Congo: Transnational Conflict Networks and the Failure of Internationalism*, in *Gonzaga Journal of International Law*, 10, 2006, p. 97-163; G. Prunier, *Africa's World War. Congo, the Rwandan Genocide and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford, 2009; F. Reyntjens, *The Great African War Congo and Regional Geopolitics, 1996-2006,* Cambridge, 2009; J.K. Stearns, *Dancing in the Glory of Monsters. The Collapse of the Congo and the Great War of Africa*, New York, 2012. Si vedano inoltre UN Economic Commission for Africa, *Conflicts in the Democratic Republic of Congo: Causes, Impact and Implications for the Great Lakes Region* (*UNECA,* 2015), disponibile su https://www.uneca.org/publications/conflicts-democratic-republic-congo-causes-impact-and-implications-great-lakes-region (ultimo accesso 7 febbraio 2018); J.K. Steams - C. Vogel, *The Landscape of Armed Groups in the Eastern Congo* (*Congo Research Group,* 2015), disponibile su http://congoresearchgroup.org/essay-the-landscape-of-armed-groups-in-eastern-congo-2/ (ultimo accesso 7 febbraio 2018).

diritti umani del popolo congolese[3]. I civili, spesso impiegati nel lavoro in miniera, erano altresì esclusi dalla partecipazione ai ricavi, che venivano invece reinvestiti nell'acquisto di armi e approvvigionamenti per prolungare il conflitto[4]. A guerra finita, il controllo delle risorse è passato agli alti gradi delle gerarchie politiche e militari, che tuttavia non hanno mutato *modus operandi*[5]. Situazioni simili si sono verificate anche in Sierra Leone, Repubblica Centrafricana, Afghanistan e Colombia[6].

La comunità internazionale ha riconosciuto l'esistenza di un collegamento tra conflitti armati e sfruttamento delle risorse naturali[7].

---

[3] S. Lezhnev, *A Criminal State: Understanding and Countering Institutionalised Corruption and Violence in the Democratic Republic of Congo*, Enough Project, 2016, p. 8, disponibile su https://enoughproject.org/reports/criminal-state-understanding-and-countering-institutionalized-corruption-and-violence-democr (ultimo accesso 7 febbraio 2018). Si veda anche Y. Weyns - L. Hoex - K. Matthysen, *Analysis of the Interactive Map of Artisanal Mining Areas in Eastern DR Congo: 2015 Update*, International Peace Information Service, 2016, p. 4, 9, 11, disponibile su http://ipisresearch.be/wp-content/uploads/2016/10/Analysis-and-map-artisanal-mining-DR-Congo_v005-1.pdf.

[4] S. Lezhnev, *op. cit.*, p. 9 ss.

[5] *Ibidem.*

[6] Si vedano rispettivamente D. Keen, *Conflict and Collusion in Sierra Leone,* New York, 2005, p. 48; Aa. Vv., *A Game of Stones*, Global Witness, 2017, disponibile su https://www.globalwitness.org/en/campaigns/central-african-republic-car/game-of-stones (ultimo accesso 7 febbraio 2018); Aa. Vv., *War in the Treasury of the People: Afghanistan, Lapis Lazuli and the Battle for Mineral Wealth*, Global Witness, 2016, disponibile su https://www.globalwitness.org/en/reports/war-treasury-people-afghanistan-lapis-lazuli-and-battle-mineral-wealth/ (ultimo accesso 7 febbraio 2018); Aa. Vv., *Return of the Blood Diamond,* Global Witness, 2010, disponibile su https://www.globalwitness.org/en/reports/return-blood-diamond/ (ultimo accesso 7 febbraio 2018); F. Massè - J. Munevar, *Due Diligence in Colombia's Gold Supply Chain Overview*, OECD, 2017, disponibile su http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Colombia-gold-supply-chain-overview.pdf (ultimo accesso 7 febbraio 2018)

[7] Si vedano *ex multis* K. Ballentine - J. Sherman (a cura di), *The Political Economy of Armed Conflict: Beyond Greed and Grievance,* Boulder, 2003, p. 23-24; P. Eichstaedt, *Consuming the Congo: War and Conflict Minerals in the World's Deadliest Place,* Chicago, 2011; Öko-Institut, *Conflict Minerals – An Evaluation of the Dodd-Frank Act and Other Resource-Related Measures* (2013), p. 19, disponibile

Il Consiglio di Sicurezza ONU ne ha preso atto in numerose risoluzioni[8]. Inoltre, sono stati messi a punto numerosi strumenti di prevenzione e controllo di applicabilità territorialmente generalizzata, come il «Kimberley Process Certification Scheme» (KPCS) per il commercio di diamanti[9], i «Principi Guida ONU su Imprese e Diritti Umani»[10], e le «Linee Guida dell'OCSE per una catena di approvvigionamento responsabile dei minerali provenienti da zone di conflitto»[11]. Infine, nel dicembre 2016, anche l'Ufficio Procuratore

---

su https://www.oeko.de/oekodoc/1809/2013-483-en.pdf; M. Pertile, *On the Financing of Civil Wars through Natural Resources: Is There a Duty of Vigilance for Third States on the Activities of Trans-National Corporations?*, in F.R. Jacur - A. Bonfanti - F. Seatzu, *Natural Resources Grabbing: An International Law Perspective*, Brill Online, 2015, p. 381-406; M. Renner, *The Anatomy of Resource Wars,* Worldwatch Paper 162, Washington DC, 2002; M. Ross, *The Natural Resource Curse: How Wealth Can Make You Poor*, in I. Bannon - P. Collier (a cura di), *Natural Resources and Violent conflict: Options and Actions*, New York, 2003, p. 30; M.L. Ross, *What Do We Know About Natural Resources and Civil War*, in *Journal of Peace Research*, 41, 2004, p. 337-356.

[8] Si vedano le seguenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza: UN Doc. S/RES/1457, 24/01/2003, par 3; UN Doc. S/RES/1856, 22/12/2008, X paragrafo del preambolo, UN Doc. S/RES/1952, 29/12/2010, VIII paragrafo 8th del preambolo; UN Doc. S/RES/1625, 14/12/2005, par 6. Per un commento si veda N.J. Schrijver, *Development Without Destruction: the UN and Global Resource Management,* Bloomington, 2010, capitolo V.

[9] Il documento principale del KPCS è disponibile su https://www.kimberleyprocess.com/en/system/files/documents/KPCS%20Core%20Document.pdf (ultimo accesso 7 febbraio 2018). Per una valutazione dell'efficacia del KPCS, si veda V. Grado, *I* conflict diamonds *della Repubblica centrafricana: una nuova sconfitta per il sistema di certificazione di Kimberley?*, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, 2016, p. 199-225.

[10] J. Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, 21/03/2011, disponibile su http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf (ultimo accesso 7 febbraio 2018)

[11] *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, III edizione, OECD, 2016, disponibile su http://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf (ultimo accesso 7 febbraio 2018). Per una paronamica sull'intervento della comunità internazionale per regolare il commercio di minerali di conflitto, si veda V. Grado, *Strumenti internazionali volti a contrastare il legame tra minerali*

della CPI ha espresso l'impegno dell'istituzione nella repressione di «crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land»[12].

I gruppi armati che controllano il territorio sono gli esecutori materiali degli sfratti, delle estorsioni, degli stupri e degli omicidi che la popolazione locale ha subito e subisce a causa dell'estrazione e del commercio delle risorse minerarie del Paese[13]. Tuttavia, lo scenario è reso più complesso dal ruolo svolto dalle imprese multinazionali che acquistano direttamente o indirettamente le materie prime dai miliziani. Ad esempio, minerali come l'oro, lo stagno o il tungsteno sono essenziali per la costruzione di apparecchi elettronici di uso quotidiano come gli smartphone o i computer[14]. La loro domanda sul mercato è di conseguenza assai elevata, e le condizioni in cui i minerali vengono estratti rendono il loro prezzo sensibilmente competitivo. A questo si aggiunga che le diffuse pratiche dell'*outsourcing* e dell'*offshoring* segmentano e disperdono la filiera produttiva al punto da rendere la tracciabilità delle materie prime un'impresa particolarmente ardua e costosa[15]. Lo sfruttamento dei minerali di conflitto è, quindi, di fatto considerevolmente incentivato dal mercato

---

pregiati e conflitti armati, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 5, 2015, p. 901-933.

[12] CPI, *Office of the Prosecutor: Policy Paper on Case Selection and Prioritisation,* 15/12/2018, disponibile su https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf, (ultimo accesso 7 febbraio 2018). In merito si veda anche E.T. Cusato, *Beyond Symbolism: Problems and Prospects with Prosecuting Environmental Destruction before the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 15(3), 2017, p. 491–507.

[13] S. Lezhnev, *op cit.* In merito agli sfratti («forced evictions») si veda in particolare Amnesty International, *Bulldozed: How a Mining Company Buried the Truth About Forced Evictions in the DRC*, Amnesty International Publications, 2014, disponibile su https://www.amnesty.org/download/Documents/204000/afr620032014en.pdf (ultimo accesso 7 febbraio 2018).

[14] J. Prendergast - S. Lezhnev, *From Mine to Mobile Phone,* Enough Project, 2009, disponibile su https://enoughproject.org/files/minetomobile.pdf (ultimo accesso 7 febbraio 2018).

[15] G.A. Sarfaty, *Shining Light on Global Supply Chains*, in *Harvard International Law Journal*, 56(2), 2015, p. 419-463.

internazionale, al punto che una sempre più consistente parte della dottrina ormai vede nella criminalizzazione dell'acquisto di tali materie prime l'unico strumento efficace per stroncare, o quantomeno contenere, il fenomeno[16].

L'illecito sfruttamento delle risorse naturali, si presenta, dunque, come un mosaico di agenti e condotte, i cui tasselli distano spesso migliaia di chilometri l'uno dall'altro. Per questo motivo la dottrina ha ritenuto insufficiente perseguire esclusivamente le condotte parallele a quella di sfruttamento delle risorse naturali, come gli stupri e gli omicidi di massa. E' vero, da un lato, che l'elenco di crimini contro l'umanità ex Art. 7 dello Statuto della CPI sembra offrire copertura per le condotte parallele a quella di sfruttamento delle risorse naturali *stricto sensu*: la disposizione menziona *inter alia* i crimini di omicidio (lett. a), riduzione in schiavitù (lett. c), violenza sessuale (lett. g), e la categoria residuale di «altri atti inumani di carattere analogo diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze» (lett. k)[17]. Dall'altro lato, però, queste fattispecie non coglierebbero l'elemento centrale del fenomeno, ossia la spoliazione delle risorse naturali subita dalla popolazione civile con l'intento o di perpetuare un conflitto esistente o di accumulare ricchezze ad uso personale. Inoltre, secondo alcuni, la sussunzione sotto una fattispecie *ad hoc* renderebbe più agevole l'incriminazione delle imprese che beneficiano dello sfruttamento illecito delle risorse naturali.

Tuttavia, l'interpretazione estensiva proposta sembra scontrarsi contro i limiti intrinseci della definizione di saccheggio. In particolare, la *ratio* originaria della previsione e la centralità del concetto di proprietà sembrano impedire un'agevole riconduzione delle condotte in esame nell'alveo della fattispecie. La seguente analisi si concentrerà,

---

[16] Si vedano M. A. McGregor, *op. cit.*, p. 470-471; J. G. Stewart, *op. cit.*, p. 33-35 e P.J. Keenan, *op. cit.*, p. 538-541 per una generale ricostruzione del dibattito dottrinale in materia.

[17] In merito alle fattispecie di crimini contro l'umanità, si vedano *ex multis* A. Cassese - P. Gaeta, *Cassese's International Criminal Law*, III edizione, Oxford, 2013, p. 90 ss.; M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, 2011; R. O'Keefe, *International Criminal Law,* Oxford, 2015, p. 141 ss.; G. Werle - F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law,* Oxford, 2014, p. 337-346.

allora, sugli aspetti problematici di tali posizioni interpretative, al fine di dimostrarne l'inadeguatezza e per proporre soluzioni alternative. Dopo una ricostruzione degli elementi della fattispecie ed una disamina delle interpretazioni più diffuse in dottrina, saranno messi in evidenza i profili critici che comporta la sussunzione delle condotte di sfruttamento delle risorse naturali sotto la fattispecie di saccheggio. Verrà poi valutata la disponibilità e l'efficacia di soluzioni alternative all'intervento internazional-penalistico. Seguono, infine, le conclusioni.

Si noti che nel prosieguo dell'analisi si farà genericamente riferimento a «gruppi armati», siano essi truppe dell'esercito regolare o miliziani ribelli. È altresì opportuno precisare che le riflessioni seguenti possono riguardare anche truppe di un Paese terzo, fintantoché questo non soddisfi la definizione di Paese occupante. La gestione delle risorse naturali del Paese occupato è, infatti, oggetto di specifiche disposizioni del diritto internazionale umanitario. In particolare, si ritiene che l'Art. 55 della Convenzione dell'Aja, che stabilisce che i territori occupati debbano essere amministrati secondo le regole dell'usufrutto, consenta alla potenza occupante di sfruttare le risorse naturali del Paese occupato, a patto che il ricavato serva esclusivamente a soddisfare le esigenze della popolazione locale[18].

2. *Il crimine internazionale di saccheggio*

Incluso nell'elenco *ex* Art. 8 dello Statuto della CPI, il saccheggio costituisce un crimine di guerra. Di conseguenza, non può configurarsi che in un contesto bellico, sia esso internazionale o non internazionale. Gli Statuti del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia (ICTY), per il Ruanda (ICTR) e della Corte Speciale per la Sierra Leone (SCSR) vietano il saccheggio, definendolo come una

[18] In merito si veda tra gli altri M. Pertile, *Lo sfruttamento delle risorse naturali nei territori occupati: alcune considerazioni sull'interazione tra le norme in margine all'occupazione anglo-americana dell'Iraq*, 2007, disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=1343137 (ultimo accesso 7 febbraio 2018).

grave violazione delle Convenzioni di Ginevra del 1949[19]. Il divieto figura nei principali testi giuridici del diritto internazionale umanitario sin dalla Convenzione dell'Aia del 1899, molti dei quali si ritiene costituiscano codificazione del diritto internazionale consuetudinario[20].

Secondo gli «Elements of Crime» elaborati dalle parti contraenti dello Statuto della CPI, il crimine di saccheggio si articola come segue:

1. l'agente si è appropriato di uno o piú beni;
2. l'agente intendeva privare di tali beni il legittimo proprietario per uso proprio o personale;
3. il proprietario non ha prestato il suo consenso all'appropriazione;
4. la condotta ha avuto luogo durante un conflitto armato internazionale o non internazionale ed era ad esso associata;
5. l'agente era a conoscenza dell'esistenza di un conflitto in corso.

Infine, una nota precisa che non costituisce saccheggio l'appropriazione giustificata da «necessità militare»[21].

La fattispecie gode di un ampio ambito di applicazione: copre tutte le tipologie di beni e non distingue a seconda della loro appartenenza ad una od all'altra delle parti in conflitto[22]. Inoltre e soprattutto, il saccheggio è punibile se perpetrato tanto dal personale militare quanto da civili. Di conseguenza, le imprese multinazionali che sfruttano le risorse naturali dei Paesi in conflitto rientrerebbero nell'ambito di applicazione soggettiva della fattispecie. A ciò si aggiunga che non è necessario che l'appropriazione dei beni avvenga

---

[19] Si veda rispettivamente lo Statuto dell'ICTY, Art. 2(d); lo Statuto dell'ICTR, Art. 4(f), lo Statuto della SCSL, Art. 3(f).

[20] Per le disposizioni che sanciscono il divieto di saccheggio e che sono considerate codificazione di diritto internazionale consuetudinario, si veda la *Raccolta di diritto internazionale umanitario consuetudinario* del Comitato Internazionale della Croce Rossa, disponibile su https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule52 (ultimo accesso 8 febbraio 2018).

[21] CPI, *Elements of Crimes,* Art. 8(2)(b)(xvi). Per un commento, si veda K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Source and Commentary,* Cambridge, 2003, p. 272 ss.

[22] L. van den Herik - D. Dam-De Jong, *op. cit.,* p. 262.

secondo modalità prestabilite. Parte della dottrina ha, anzi, promosso un'interpretazione estensiva del concetto di appropriazione, in modo che risulti punibile tanto quella diretta quanto quella indiretta[23]. Un esempio di appropriazione indiretta si verificherebbe allorquando un'impresa acquisti da gruppi armati o da intermediari materie prime oggetto di saccheggio o prodotti semilavorati che le contengano[24].

Infine, secondo la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc,* nonché una parte consistente della dottrina, l'elemento soggettivo del crimine di saccheggio può consistere non solo nel dolo diretto, bensì anche nel dolo eventuale[25]. Questo consentirebbe di incriminare per saccheggio anche le imprese che operano ad un livello avanzato della catena di approvvigionamento. Sarebbe necessario dimostrare che l'operatore economico abbia acquistato materie prime frutto di saccheggio nonostante la consapevolezza di correre tale rischio. Tuttavia, la giurisprudenza della CPI risulta contraddittoria sul punto. In particolare, nel caso *Lubanga* la *Pre-trial Chamber* I si è espressa a favore di un'interpretazione dell'Art. 30 dello Statuto della CPI che includa il dolo eventuale[26]. La *Pre-trial chamber* II, invece, ha ribaltato questa posizione nel caso *Bemba*[27]. Nessuna altra sezione della CPI si è pronunciata in merito, ed il contrasto resta per il momento irrisolto[28].

---

[23] J.G. Stewart, *op. cit.,* p. 33-35, dove è anche menzionata la giurisprudenza internazionale a supporto di tale interpretazione.

[24] *Ibidem.*

[25] *Ibidem*, p. 69.

[26] *Prosecutor v Lubanga Dyilo* (Confirmation Decision) ICC/01/04-01/06, PT Ch I, 29/01/2007, parr 352-355.

[27] *Prosecutor v Bemba Gombo* (Confirmation Decision) ICC-01/05-01/08, PT Ch II, 15/06/2009, parr 360-386.

[28] S. Finnin, *Mental Elements Under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Comparative Analysis*, in *International Law Quarterly*, 61, 2012, p. 325-359, 349. Sul tema si vedano anche tra gli altri A. Cassese, *Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *New England Law Review*, 37, 2003, p. 1015-1036; N. Pisani, *The Mental Element in International Crime,* in F. Lattanzi - W.A. Schabas (a cura di), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Fagnano Alto, 2004, p. 125 ss.; G. Werle - F. Jessberger, *Unless Otherwise Provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, p. 35-55.

Il suo esteso raggio d'azione rende dunque la fattispecie di saccheggio potenzialmente più efficace di disposizioni che pur criminalizzano condotte simili. Ad esempio, l'Art. 8(2)(a)(iv) dello Statuto della CPI punisce la «distruzione ed appropriazione di beni». Tuttavia, la disposizione protegge solamente i beni indicati dalle Convenzioni di Ginevra, come ospedali o tutto ciò che è necessario ad impartire cure mediche. Inoltre, la fattispecie non è applicabile in contesti di conflitto armato non internazionale.

Allo stesso modo, anche la fattispecie di «distruzione e confisca dei beni del nemico» *ex* Artt. 8(2)(b)(xiii) e 8(2)(e)(xii) presenta un ambito di applicazione limitato. In particolare, le disposizioni tutelano solo i beni di proprietà del nemico, benché non individuino una particolare categoria di beni protetti. Inoltre, l'unica declinazione del concetto di "appropriazione" censurata è la confisca. Secondo la giurisprudenza internazionale, questa si distingue dal saccheggio in quanto la prima persegue fini pubblici, mentre il secondo fini privati[29]. Di conseguenza, tale fattispecie risulta inadeguata a far fronte al fenomeno dello sfruttamento delle risorse naturali. Infatti, resterebbero escluse dal suo campo di applicazione le multinazionali, che per definizione perseguono fini privati[30]. Allo stesso tempo, non sarebbero perseguibili quanti sfruttano le risorse naturali per accumulare ricchezze ad uso personale, così come sarebbe problematico classificare come «interesse pubblico» quello di un gruppo ribelle a finanziare il conflitto armato non internazionale a cui partecipa.

3. *Interpretazione ed applicazione giurisprudenziale della fattispecie di saccheggio*

La dottrina più sensibile alle problematiche legate al moderno *warfare* ha allora avanzato un'interpretazione estensiva del crimine di saccheggio con l'obiettivo di spezzare il nesso tra sfruttamento delle

[29] *Prosecutor v. Fofana and Kondewa* (CDF Case) (Appeals Judgement) Case No. SCSL-04-14-A, 28/05/2008, par 392, nota 770.

[30] L. van den Herik - D. Dam-De Jong, *op. cit.,* p. 260.

risorse naturali e conflitti armati. Alcune voci si sono concentrate sulla responsabilità penale dei dirigenti delle imprese multinazionali[31]. Secondo i sostenitori della «corporate theory of pillage», è compito della giustizia penale internazionale colpire quanti finanziano i conflitti armati attraverso l'acquisto di materie prime illecitamente ottenute. Lasciare impunite queste condotte equivarrebbe ad abdicare al suo ruolo nel processo di pacificazione dei territori interessati. In altre parole, fintantoché ci sarà uno sbocco commerciale significativamente remunerativo per le risorse naturali sfruttate dai miliziani, sarà molto più improbabile che il conflitto termini: di conseguenza, non vi può essere risposta internazional-penalistica adeguata che non affronti direttamente le cause originarie del conflitto stesso, rintracciabili negli incentivi di mercato[32].

Tale proposta interpretativa si articola in due filoni principali. Il primo fa perno sulla figura del concorso di persone in un crimine internazionale ex Art. 25(3)(c) dello Statuto della CPI («aiding-and-abetting liability»): ai dirigenti d'impresa potrebbe essere contestato il crimine di saccheggio anche qualora non abbiano partecipato

---

[31] Si veda *supra*, nota 16. L'argomento della responsabilità penale delle imprese per crimini internazionali è troppo vasto per essere affrontato in questa sede. In merito si vedano, tra gli altri, R. C. Chen, *Organizational Irrationality and Corporate Human Rights Violations*, in *Harvard Law Review*, 122, 2009, p. 1931-1952; A. Clapham, *The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in M.T. Kamminga - S. Zia-Zarifi (a cura di), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague, 2000, p. 139 ss.; V. Grado, *Conflict minerals e responsabilità sociale d'impresa: le azioni dell'ONU, dell'OCSE e della Conferenza internazionale sulla Regione dei Grandi Laghi*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 5, 2016, p. 833-860; S. R. Ratner, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, in *The Yale Law Journal*, 111(3), 2001, p. 443-545; B. Stephens, *The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights*, in *Berkeley Journal of International Law*, 20(45), 2002, p. 45-90; L. van den Herik - J. Letnar Cernic, *Regulating Corporations under International Law. From Human Rights to International Criminal Law and Back Again*, in *Journal of International Criminal Justice*, 8(3), 2010, p. 725-743; D. Weissbrodt - M. Kruger, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, in *American Journal of International Law*, 97, 2003, p. 901-922.

[32] P.J. Keenan, *op. cit.*, p. 540-541.

direttamente alla sottrazione di materie prime, a patto che fossero consapevoli di assistere l'agente nella commissione del crimine[33]. Il secondo, invece, promuove un'interpretazione estensiva di «appropriazione illecita» dei beni oggetto di saccheggio: il semplice acquisto di risorse naturali sarebbe sufficiente ad integrare la fattispecie, poiché si configurerebbe come appropriazione illecita seppur indiretta[34]. Tuttavia, entrambe le soluzioni interpretative si scontrano con la difficoltà di accertare oltre ogni ragionevole dubbio la sussistenza dell'elemento soggettivo necessario per imputare di saccheggio i dirigenti delle imprese multinazionali[35].

Questo sovraccarico di aleatorietà in sede probatoria ha contribuito allo scarso successo di tali ricostruzioni dottrinali in sede giurisprudenziale. Le corti penali internazionali non hanno mai applicato la fattispecie di saccheggio a condotte di sfruttamento illecito delle risorse naturali. Tanto i Tribunali ad hoc quanto la CPI si sono limitati a perseguire condotte che corrispondono alla definizione tradizionale di saccheggio. Si tratta di episodi di sottrazione di denaro o beni mobili, spesso di dimensioni ridotte, di utilità evidente ed immediata per gli agenti, che operavano con le modalità del furto o della rapina[36]. Inoltre, tali beni erano di proprietà privata di persone fisiche o giuridiche ben individuate[37].

Risulta, dunque, chiara la differenza qualitativa e quantitativa con condotte di sfruttamento di risorse naturali: oltre all'oggetto dell'appropriazione, ne mutano radicalmente le modalità, che consistono in un complesso sistema di estrazione e di vendita su ampia

---

[33] M.A. McGregor, *op. cit.*, p. 484-490.

[34] J.G. Stewart, *op. cit.,* p. 33-35.

[35] P.J. Keenan, *op. cit.,* p. 541.

[36] P.J. Keenan, *op. cit.,* p. 535-538. Il Tribunale di Norimberga aveva qualificato come «systematic 'plunder of public and private property'» lo sfruttamento massiccio e sistematico dei territori occupati dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale. Anche nei casi *Flick* e *Farben* i tribunali militari promossero un'interpretazione estensiva del crimine di saccheggio, che comprendesse la confisca e lo sfruttamento ad opera di imprese tedesche di importanti risorse economiche dei Paesi occupati. Tuttavia, simile interpretazione non è mai stata riproposta dalle moderne corti penali internazionali. Si veda L. van den Herik - D. Dam-De Jong, *op. cit.,* p. 265-266.

[37] P.J. Keenan, *op. cit.*, p. 535.

scala, a cui partecipano operatori economici e forza lavoro. Anche il rapporto tra le condotte di saccheggio e il contesto bellico presenta notevoli divergenze: nelle decisioni dei tribunali internazionali la spoliazione di beni e denaro non è descritto come causa scatenante del conflitto o come fattore determinante per la sua protrazione, bensì come semplice espediente per soddisfare circoscritte esigenze militari[38]. La Corte Internazionale di Giustizia (CIG) è l'unico organo giurisdizionale internazionale ad aver sussunto condotte di sfruttamento di risorse naturali sotto la fattispecie di saccheggio nel caso «Congo c. Uganda»[39].

Per superare tanto l'approccio minimalista della giurisprudenza internazionale quanto le difficoltà probatorie legate alla «corporate theory of pillage», è stata avanzata una teoria «sistematica» del crimine di saccheggio[40]. Il suo obiettivo è garantire la punibilità di quanti ricoprano posizioni di controllo nel sistema di sfruttamento delle risorse naturali. Seguendo lo schema degli «Elements of Crime», i procuratori dei tribunali internazionali dovrebbero innanzitutto dimostrare che l'imputato dirigesse le attività di sfruttamento, ad esempio attraverso la presenza di sue truppe presso le miniere. Questo consentirebbe di incriminare anche condotte di sfruttamento continuativo e realizzato con l'apporto di manodopera. In secondo luogo, sarebbe possibile dimostrare che l'imputato intendesse privare il proprietario dei beni provando che egli li abbia venduti e ne abbia trattenuto i proventi. Infine, il fatto che l'imputato abbia impiegato i guadagni del commercio di minerali di conflitto per acquistare armi o rifornimenti, pagare le sue milizie o arricchirsi potrebbe costituire prova dello scopo privato o personale che l'imputato ha fatto dei beni sottratti.

La teoria sistematica del saccheggio ha sicuramente il pregio di suggerire strategie probatorie idonee a incriminare quanti ricoprano posizione di direzione e controllo nel sistema di sfruttamento delle risorse naturali. La sua adozione consentirebbe di adeguare

[38] *Ibidem*, p. 537.

[39] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Sentenza della Corte Internazionale di Giustizia, 19/12/2005, ICJ Reports 2005, par. 245.

[40] P.J. Keenan, *op. cit.,* p. 541 ss.

l'interpretazione della fattispecie alle esigenze dettate dal rapporto tra scenari bellici e spoliazione delle risorse del sottosuolo. Tuttavia, tale soluzione interpretativa sembra lasciare insoluto il nodo della responsabilità delle imprese multinazionali. L'acquisto di materie prime dai miliziani, anche se compiuto con dolo diretto, non potrebbe infatti essere assimilata all'esercizio di un potere di controllo sul sistema produttivo dei minerali di conflitto.

Adottando un'interpretazione estensiva, potrebbe forse configurarsi tale posizione dirigenziale qualora un'impresa e un gruppo armato costituiscano un sodalizio per cui la prima non debba acquistare le materie prime dal secondo, ma spartisca con questo i ricavi solo una volta aver perfezionato la vendita dei materiali al successivo acquirente lungo la filiera. In questo caso, potrebbe infatti sostenersi che de facto le truppe sul territorio rispondano anche alla società sodale con il gruppo armato. Al contrario, qualora sussista un rapporto di compravendita tra impresa e gruppo armato, le due entità dovrebbero considerarsi distinte, e solo la seconda sarebbe perseguibile attraverso la teoria c.d. «sistematica» del saccheggio. Per sanzionare la prima sarebbe allora forse necessario ricorrere ancora all'ipotesi di concorso di persone, che pur tale teoria si proponeva di superare.

4. *Aspetti problematici*

Al di là dei limiti specifici della teoria «sistematica» di saccheggio, la sussunzione sotto tale fattispecie delle condotte finora discusse sembra essere preclusa da alcuni aspetti costitutivi del crimine stesso. Di seguito si esporranno alcuni dei profili più critici di tale proposta interpretativa, che rischiano di minarne profondamente la tenuta complessiva. In particolare, tanto la centralità del concetto di proprietà quanto la *ratio* della fattispecie sembrano contraddire questa soluzione interpretativa.

4.1. *Proprietà e sovranità sulle risorse naturali*

Nella tassonomia dei crimini di guerra, il saccheggio figura tra quelli contro la proprietà[41]. Suo elemento costitutivo è, infatti, l'appropriazione di beni senza il consenso del legittimo proprietario[42]. Diviene, dunque, cruciale stabilire in via preliminare chi eserciti tale diritto di proprietà. Nell'interpretazione classica della fattispecie, il punto di riferimento è la legge del luogo in cui il crimine si consuma[43]. I modelli giuridici più diffusi per l'acquisto della proprietà di risorse naturali sono l'invenzione, l'accessione e la concessione[44]. Tuttavia, il principio di diritto internazionale consuetudinario della sovranità permanente sulle risorse naturali ricopre un ruolo determinante allorquando i beni sottratti appartengano a tale categoria. Infatti, solo da un legittimo esercizio di sovranità può derivare un'altrettanto legittima attribuzione del diritto di proprietà[45]. In aggiunta, la spoliazione delle risorse naturale è irriducibile ad un problema di tipo meramente privatistico. Di conseguenza, in virtù dell'obiettivo che le interpretazioni qui discusse si propongono, il riferimento alla proprietà non può che essere interpretato nell'ottica più ampia della sovranità sulle risorse naturali.

La dottrina sul punto è divisa tra quanti sostengono che tale principio riservi la proprietà delle risorse naturali allo Stato e quanti, invece, affermano che questa spetti al popolo[46]. La soluzione del

[41] G. Werle - F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, cit., p. 467-474.

[42] *Ibidem.*

[43] J. G. Stewart, *op. cit.,* p. 39.

[44] *Ibidem*, p. 40-41.

[45] *Ibidem*, p. 42.

[46] *Ibidem*, p. 43-44, secondo cui l'attribuzione del diritto al popolo o allo Stato dipende dal contesto in cui esso viene fatto valere. Della stessa opinione J. Crawford, *The Rights of Peoples: Some Conclusions*, in *Idem* (a cura di),*The Rights of Peoples*, Oxford, 1992, p. 171; D. Dam-de Jong, *International Law and Governance of Natural Resources in Conflict and Post-Conflict Situations,* Cambridge, 2015, p. 49 ss. A sostegno della teoria secondo cui la sovranità spetti al popolo, si vedano E. Duruigbo, *Permanent Sovereignty and Peoples' Ownership of Natural Resources in International Law*, in *George Washington International Law Review*, 38, 2006, p. 54. Sposano la tesi opposta, invece, I. Brownlie, *Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects)*, in Aa. Vv. *Collected Courses of the Hague*

quesito oltrepassa i limiti di questa analisi. Di seguito ci si limiterà a prendere in considerazione una per volta entrambe le ipotesi. La scelta dell'una o dell'altra soluzione ha, infatti, effetti rilevanti sull'applicabilità della fattispecie di saccheggio al fenomeno dello sfruttamento delle risorse naturali.

Dapprima si consideri l'ipotesi in cui le risorse naturali appartengano allo Stato e che, dunque, le istituzioni possano liberamente disporne. In questo caso, nulla impedirebbe ai rappresentanti delle istituzioni di disporre delle risorse naturali per finanziare un conflitto in corso. Mancherebbero, infatti, gli elementi dell'appropriazione e della finalità privata o personale. Inoltre, l'allocazione delle risorse di cui il Paese dispone rientra nei limiti della discrezionalità politica. Al contrario, un gruppo ribelle, che conquistasse il controllo di una miniera e finanziasse la sua attività bellica con i proventi del commercio di minerali, sarebbe automaticamente colpevole di saccheggio. I miliziani, infatti, sottrarrebbero risorse allo Stato, legittimo proprietario, per un fine che difficilmente potrebbe non essere considerato privato o personale.

Questa interpretazione si tradurrebbe, allora, in una situazione di squilibrio tra i due opposti schieramenti di un conflitto armato non internazionale. Dal momento che il diritto internazionale umanitario si fonda sul principio di parità delle parti, sostenere tale interpretazione diverrebbe problematico[47]. Inoltre, il trattamento differenziato tra rappresentanti istituzionali e gruppi ribelli si tradurrebbe anche in un significativo indebolimento dell'effettività della strategia punitiva. È qui opportuno ricordare, infatti, come una delle ragioni dell'insuccesso del KPCS sia proprio il limitato ambito di applicazione soggettiva[48]. Tale schema certificativo è, infatti, applicabile

---

Academy of International Law, Leiden, 1979, p. 270–271; K. Hossain, *Introduction*, in K. Hossain - S. R. Chomdhury (a cura di), *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law*, New York, 1984, p. xiii; N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources*, Cambridge, 1997, p. 268–269.

[47] L. van den Herik - D. Dam-De Jong, *op cit,* p 255

[48] In questo senso si vedano Global Witness, *The Kimberley Process,* Global Witness, 2013, disponibile su https://www.globalwitness.org/en/campaigns/conflict-diamonds/kimberley-process/ (ultimo accesso 9 febbraio 2018); L. Bruffaerts, *A Diamantine Struggle:*

esclusivamente a diamanti grezzi commerciati da gruppi ribelli per finanziare rivolte contro governi legittimi[49]. Di conseguenza, i diamanti estratti per conto delle alte gerarchie politiche e militari non sono sottoposte ad alcun controllo, ed il fenomeno della loro illecita estrazione per fini personali ha continuato a prosperare[50].

La punibilità per saccheggio dei rappresentanti delle istituzioni potrebbe ammettersi solo qualora questi utilizzino i ricavi del commercio di minerali di conflitto per accumulare ricchezza personale. In questo caso, il fine spiccatamente personale della condotta farebbe venir meno l'immedesimazione organica degli uomini di governo. Tuttavia, il nesso della condotta con un eventuale conflitto in corso potrebbe divenire più flebile e difficile da dimostrare.

Si ammetta ora, invece, che la sovranità sulle risorse naturali spetti al popolo. In questa prospettiva, restano invariate le considerazioni appena esposte in merito ai rappresentanti delle istituzioni che sfruttino le risorse naturali per scopi squisitamente privati. Al contrario, qualora i proventi del commercio in risorse naturali siano destinati dal governo al finanziamento di un conflitto in corso, il principio di rappresentanza dovrebbe far presumere il consenso della popolazione, quantomeno in ordinamenti con forme di governo *de iure* rappresentative. Eppure potrebbe davvero presumersi il consenso della popolazione congolese alla gestione delle risorse naturali da parte del Presidente Kabila, che dal dicembre del 2016 rifiuta di dimettersi ed indire nuove elezioni?[51] E che parametri

---

Redefining Conflict Minerals in the Kimberly Process', in *International Affairs*, 91(5), 2015, p. 1088.

[49] Si veda la Sezione I del Accordo istitutivo del KPCS, che definisce i c.d. *conflict diamonds* come «rough diamonds used by rebel movements or their allies to finance conflict aimed at undermining legitimate governments, as described in relevant United Nations Security Council (UNSC) resolutions insofar as they remain in effect, or in other similar UNSC resolutions which may be adopted in the future, and as understood and recognised in United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 55/56, or in other similar UNGA resolutions which may be adopted in future».

[50] Aa. Vv., *Return of the Blood Diamond*, cit., p. 6-11.

[51] Solo dopo le violente proteste durante gli ultimi mesi del 2017, il Presidente Kabila sembra aver deciso di lasciare il comando del Paese entro luglio

adottare per valutare il consenso del popolo in ordinamenti non democratici? Allo stesso tempo, bisognerebbe necessariamente escludere l'ipotesi che non i rappresentanti dello Stato, bensì i gruppi ribelli si approprino delle risorse naturali con il consenso della popolazione?

Tali quesiti sono di soluzione tutt'altro che evidente. Sembra, però, ragionevole ritenere che, a prescindere dalla fazione che eserciti il controllo sulle risorse, una macroscopica sproporzione tra i ricavi del loro sfruttamento da un lato, e i benefici per la popolazione locale dall'altro, possa portare all'esclusione del consenso del popolo. Inoltre, si potrebbe interpretare il concetto di "scopo privato o personale" come "scopo estraneo all'interesse del popolo", laddove si intendano aventi per "scopo pubblico" le scelte politiche volte a realizzare gli interessi della popolazione. È evidente, infine, come ipotizzare la sovranità del popolo sulle risorse naturali, benché consenta di evitare il contrasto con i principi fondanti del diritto internazionale umanitario, imponga notevoli sforzi interpretativi.

Da ultimo, è doveroso citare la posizione espressa dalla CIG nel caso Congo c. Uganda. Secondo la Corte, sebbene il principio della sovranità permanente sulle risorse naturali sia riconosciuto in numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale ONU, queste non conterrebbero alcun elemento che suggerisca l'applicabilità di tale principio alle condotte di saccheggio e sfruttamento delle risorse naturali da parte dell'esercito di uno Stato che intervenga militarmente in un altro Stato.[52] Benché questa conclusione della CIG sia criticabile, in primo luogo perché non adeguatamente motivata, essa fa registrare un precedente giurisprudenziale di notevole peso in direzione contraria rispetto alle soluzioni interpretative in esame.[53] Se

---

2018: J. Burke, *DRC crisis: Aide says Kabila not standing in elections. President's decision not to step down in 2016 led to brutally suppressed protests*, in *The Guardian*, 2018, https://www.theguardian.com/world/2018/feb/07/joseph-kabila-will-not-stand-in-next-drc-elections-aide-says (ultimo accesso 9 febbraio 2018).

[52] Sentenza CPI *Congo c. Uganda,* par 244.

[53] Per un commento della sentenza si veda P.N. Okowa, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 55(3), 2006, p. 742-753.

il principio di sovranità sulle risorse naturali non ha rilevanza in caso di saccheggio, allora la proprietà a cui si riferisce la fattispecie dovrebbe essere intesa in chiave privatistica.

Tuttavia, questa prospettiva riduce drasticamente la portata politica delle interpretazioni estensive del crimine di saccheggio. Diverrebbe, infatti, impossibile tutelare l'interesse del popolo a disporre delle risorse naturali per il proprio sviluppo. L'unica situazione giuridica meritevole di tutela sarebbe il mero diritto di proprietà in capo ad individui o persone giuridiche puntualmente individuate in base alla legge nazionale. L'applicazione della fattispecie di saccheggio diverrebbe così atomizzata e difficilmente si rivelerebbe una soluzione efficace ad un problema di portata macroscopica come quello in esame. Infine, la definizione del regime di proprietà sulle risorse naturali attraverso il diritto privato nazionale si rivelerebbe un vero e proprio scudo contro l'incriminazione dei vertici governativi, che potrebbero riformare la disciplina rilevante secondo le proprie necessità. Di conseguenza, sotto la fattispecie di saccheggio sarebbero sussumibili solo le condotte poste in essere da forze non governative, conclusione che, tuttavia, comporta un'applicazione impari del diritto internazionale penale alle parti in conflitto.

4.2. *Quali ragioni per la criminalizzazione dello sfruttamento illecito delle risorse naturali?*

L'aspetto forse più delicato delle teorie che sostengono di ricondurre alla fattispecie di saccheggio lo sfruttamento illecito di risorse naturali riguarda il disvalore delle condotte che si intendono perseguire. Quale aspetto del complesso fenomeno in esame giustificherebbe la sua criminalizzazione internazionale? In altri termini, quali suoi elementi «offend[ono] i valori condivisi della comunità internazionale e sconvolgono[ono] la coscienza dell'umanità?»[54].

[54] M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law,* Leiden, 2013, p. 142.

Se l'aspetto riprovevole del fenomeno risiedesse nel trattamento riservato dai miliziani alla popolazione civile, lo strumento repressivo idoneo non sarebbe allora il crimine di saccheggio, bensì le fattispecie di crimini contro l'umanità *ex* Art. 7 dello Statuto della CPI[55]. Da una differente prospettiva, l'intento punitivo potrebbe appuntarsi sull'elemento teleologico della condotta, in particolare intraprendere o perpetuare un conflitto armato. Tuttavia, *gerere bellum* non costituisce di per sè un crimine internazionale, salvo che si tratti di aggressione[56]. Il disvalore potrebbe, infine, consistere nel privare il popolo di uno Stato delle risorse necessarie al suo sviluppo, a prescindere dalle modalità adottate e dalle finalità perseguite. Questa soluzione è la più affine all'originario intento punitivo della fattispecie di saccheggio, intesa a sanzionare violazioni del diritto di proprietà privata avvenute durante un conflitto armato. Tuttavia, il fenomeno che le recenti interpretazioni mirano a reprimere è irriducibile alla dimensione del furto o della rapina. Di conseguenza, perché la suddetta interpretazione sia sostenibile, è necessario adottare alcuni accorgimenti interpretativi.

In particolare, sarebbe necessario postulare la coincidenza tra la sovranità sulle risorse naturali e la proprietà menzionata dalle disposizioni sul saccheggio, e conferirla al popolo e non allo Stato. Come già rilevato in precedenza, se la sovranità sulle risorse naturali fosse attributo esclusivo dello Stato, allora la stessa condotta sarebbe riprensibile solo quando posta in essere da una delle due parti in conflitto. Ammettere, dunque, che la sovranità popolare sulle risorse naturali consente di superare alcuni degli ostacoli interpretativi all'individuazione del disvalore nella sottrazione di tali beni senza il consenso del loro legittimo proprietario (o sovrano). Tuttavia, anche tale prospettiva diviene difficilmente accettabile allorquando si consideri che il saccheggio è un crimine di guerra, e come tale sussiste solo se collegato ad un conflitto in atto. Se la predazione di risorse naturali è una condotta meritevole di sanzione penale di per sé, perché non dovrebbe esserlo in tempo di pace?[57]

---

[55] L. van den Herik - D. Dam-De Jong, *op. cit.,* p. 248-249.

[56] *Ibidem*. Il crimine di aggressione è definito nello Statuto della CPI all'Art. 8 *bis*.

[57] L. van den Herik - D. Dam-De Jong, *op. cit.*, p. 248-249.

In conclusione, confinare il fenomeno complesso e macroscopico dello sfruttamento illecito delle risorse naturali all'interno del recinto angusto del crimine di saccheggio è forse una scommessa interpretativa troppo rischiosa. Al fine di garantire maggiore coerenza concettuale, potrebbe allora prospettarsi l'inclusione di tali condotte nel novero dei crimini contro l'umanità. Alla luce dei loro effetti e modalità queste potrebbero ben costituire un «attacco su larga scala o sistematico ai danni della popolazione civile»; al contempo, per diritto fondamentale violato potrebbe intendersi quello a disporre liberamente delle risorse naturali, corollario del principio di sovranità sulle stesse[58]. Tuttavia, l'inclusione di questa nuova fattispecie richiederebbe quantomeno una modifica dello Statuto della C PI, che non sembra prospettabile nel breve periodo.

5. *Possibili alternative alla soluzione internazional-penalistica*

Se da un lato la soluzione internazional-penalistica presenta limiti difficilmente sormontabili, dall'altro la comunità internazionale ha recentemente dato prova di possedere la volontà politica di eradicare, o quantomeno contenere, il fenomeno, seppur con mezzi diversi. L'esempio più evidente è fornito dalle iniziative tanto nazionali quanto internazionali per regolare il commercio dei minerali di conflitto.

Per primi gli Stati Uniti nel 2010 hanno individuato una possibile soluzione nell'imposizione di obblighi di *disclosure* alle imprese, comprese quelle importatrici, che immettano sul mercato beni contenenti materie prime originarie della RDC o dei Paesi confinanti[59]. Tanto il governo quanto i consumatori saranno così informati delle politiche aziendali promosse per il controllo della filiera, e potranno adeguarvi le proprie scelte di consumo. La misura statunitense non bandisce, quindi, i prodotti contenenti minerali di

[58] N. Schrijver, *op. cit.*, p. 260 ss.

[59] Dodd-Frank Act, Pub. L. No. 111-203, § 1502, 124 Stat. 1376 (2010), codified as amended at U.S.C. § 78m(p) (2012).

conflitto dal mercato americano; al contrario, facendo leva sul fattore reputazionale, mira alla responsabilizzazione ed all'autoregolazione delle imprese, e fa del rispetto degli obblighi di *due diligence* un fattore cruciale del gioco concorrenziale[60]. Il controllo sulla sostenibilità delle condotte di approvvigionamento di risorse naturali viene così esternalizzato alle imprese stesse, nel tentativo di supplire alla carenza di giurisdizione dello Stato attraverso la creazione di una catena virtuosa di incentivi di mercato.

Negli anni successivi, un gruppo consistente di membri della comunità internazionale ha adottato misure dello stesso segno[61]. Tra questi, l'Unione Europea è intervenuta nel maggio del 2017 con la promulgazione del Regolamento UE 2017/821, che entrerà in vigore dal 2021. La strategia regolativa europea segue in larga parte il modello statunitense, apportandovi, tuttavia, alcune modifiche. Il Regolamento, infatti, bandisce dal mercato unico i prodotti realizzati da imprese che non rispettano gli standard internazionali di controllo della filiera sanciti nelle Linee guida OCSE sul tema[62]. Tuttavia, il

---

[60] Per un'analisi critica del Dodd-Frank Act, si vedano M.S. Harline, *Can We Make Them Obey? US Reporting Companies, Their Foreign Suppliers, and the Conflict Minerals Disclosure Requirements of Dodd-Frank*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 35(2), 2015, p. 439-455; C . Ochoa - P. Keenan, *Regulating Information Flows, Regulating Conflicts: An Analysis of US Conflict Minerals Legislation*, in *Goettingen Journal of International Law*, 3, 2011, p. 129-144; C.R. Taylor, *Conflict Minerals and SEC Disclosure Regulation*, in *Harvard Business Law Review Online*, 2012, disponibile su http://www.hblr.org/2012/01/conflict-minerals-and-sec-disclosure-regulation/ (ultimo accesso 9 febbraio 2018).

[61] Per una panoramica sull'azione della comunità internazionale in materia di commercio in «minerali di conflitto», si vedano *Downstream Implementation of the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, OECD publishing, 2013 , disponibile su http://www.oecd.org/daf/inv/mne/DDguidanceTTTpilotJan2013.pdf (ultimo accesso 9 febbraio 2018); G. Tyler - F. Cyprien, *Report on the Implementation of the Recommendation on Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-affected and High Risk Areas*, OECD publishing, 2016, disponibile su http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/DAF/INV/DCD/DAC(2015)3/FINAL&docLanguage=En (ultimo accesso 9 febbraio 2018).

[62] Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena

legislatore europeo ha deciso di limitare considerevolmente l'ambito di applicazione del Regolamento: questo interessa, infatti, esclusivamente gli importatori di tungsteno, tantalio, stagno ed oro (c.d. 3TG) allo stato greggio, mentre lascia scoperte le imprese che operano a valle della filiera di approvvigionamento[63].

Di conseguenza, la sua potenziale efficacia risulta sensibilmente decurtata, in quanto non prevede alcun controllo per gli importatori di prodotti semilavorati o finiti, che solitamente rappresentano gli operatori economici più potenti ed influenti della filiera in virtù del loro imponente fatturato[64]. Infine, il Regolamento impone obblighi di *due diligence* più stringenti per i minerali e metalli provenienti da zone di conflitto, ed inoltre esclude dal controllo quelli estratti negli Stati Membri[65]. Tali previsioni potrebbero entrare in collisione con gli obblighi di non discriminazione imposti all'UE in qualità di Stato Membro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio[66].

Benché tali limiti costitutivi non possano essere sottovalutati, siffatti interventi legislativi rappresentano una soluzione di impatto immediato sul fenomeno dello sfruttamento illecito delle risorse naturali. Secondo l'ONG Global Witness, nel 2015 il 45% degli esportatori di 3TG da RDC, Ruanda e Uganda ha pubblicato un report in merito al suo impegno a rispettare gli obblighi di *due diligence*[67]. Nel 2013, invece, nessun report era stato pubblicato[68].

---

di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio [2017] OJ L 131/1, 19/5/2017.

[63] Regolamento (UE) 2017/821, Art. 1.

[64] NGOs Coalition, *EU Responsible Mineral Sourcing Regulation: Civil Society Response to the Council Mandate Agreed by COREPER on 17 December 2015*, Global Witness, 2016, p. 3 ss., disponibile su https://www.globalwitness.org/documents/18425/NGO_Coalition_Briefing_-_Council_Mandate_-_Feb_2016_ENGLISH_web_version.pdf (ultimo accesso 9 febbraio 2018).

[65] NGOs Coalition, *EU Responsible Mineral Sourcing Regulation*, cit., p. 3 ss.

[66] E. Partiti - S. van der Velde, *Curbing Supply-Chain Human Rights Violations Through Trade and Due Diligence. Possible WTO Concerns Raised by the EU Conflict Minerals Regulation*, in *Journal of World Trade*, 51(6), 2017, p. 1043-1068.

[67] Global Witness, *Time to Dig Deeper: Companies exporting and trading minerals from the African Great Lakes have made some progress on responsible*

L'intervento della comunità internazionale comincia, dunque, a sortire i primi effetti positivi, quantomeno in termini di trasparenza.

6. *Conclusioni*

La previsione di una sanzione penale per le condotte di sfruttamento illecito delle risorse naturali assolverebbe alle funzioni preventiva e simbolica proprie esclusivamente del diritto penale[69]. Inoltre, il diritto internazionale penale si è dimostrato uno strumento essenziale nel processo di pacificazione e stabilizzazione di territori piagati da conflitti armati particolarmente lunghi e cruenti. Tuttavia, l'ordinamento internazionale penale non sembra disporre per il momento degli strumenti adeguati per reprimere simili condotte. La rivisitazione di fattispecie esistenti come quella di saccheggio sembra sollevare più quesiti di quanti ne risolva. In particolare, tanto il bene giuridico quanto il fatto tipico del crimine di saccheggio mal si prestano a reprimere un fenomeno polimorfo e macroscopico come quello in esame.

In attesa di un'auspicabile riforma dello Statuto della CPI che introduca una nuova specifica fattispecie, sono degne di nota le strategie alternative elaborate dalla comunità internazionale per regolare il fenomeno. L'imposizione di obblighi di *due diligence* alle imprese che commerciano in minerali di conflitto comincia a sortire i primi effetti positivi, promuovendo responsabilità e trasparenza nella gestione della catena di approvvigionamento. Seppur sia ancora troppo presto per trarre bilanci definitivi, il potenziamento di simili strategie si presenta come un percorso più facilmente percorribile di quello internazional-penalistico. Inoltre, esso assicura maggior certezza del diritto e sembra dotato in potenza di una notevole efficacia.

---

sourcing, but must do more, Global Witness, 2017, p. 6, disponibile su https://www.globalwitness.org/documents/19219/OECD_briefing_WIP7.pdf (ultimo accesso 9 febbraio 2018).

[68] *Ibidem.*

[69] A questo riguardo, si legga il Preambolo dello Statuto della CPI.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Silvia Nuzzo

Affinità e divergenze tra lo sfruttamento illecito delle risorse naturali ed il crimine internazionale di saccheggio

Abstract: According to the UN observers, the illegal exploitation of natural resources played a crucial role in the outbreak of armed conflicts in countries such as the Democratic Republic of Congo (DRC) or Angola. Armed groups take control of natural resources, sell them, and reinvest the revenues to protract the conflict. In the meantime, the civil population is employed in the extraction of natural resources, enduring slave-like working conditions, extortion, rape, and mass murder. Given the appalling effects of the phenomenon on several developing countries, international criminal law scholars started to look for legal solutions to the issue. Many of them put a spotlight on the war crime of pillage (Art. 8 of the International Criminal Court Statute): they suggest extending its coverage by means of interpretation in order to include also the illegal exploitation of natural resources.
Starting from a historic and textual analysis of the war crime of pillage, this article aims at assessing the feasibility of this interpretation. In particular, the author will try to explain why the general principles of international law, as well as the textual formulation and the rationale of pillage prevent the illegal exploitation of natural resources from falling under the coverage of Art. 8. In contrast, the author will suggest different and possibly more effective solutions.

Keywords: criminal international law – pillage - conflict minerals – natural resources

Silvia Nuzzo – Université de Neuchâtel (silvia.nuzzo@unine.ch)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La fecondazione *post mortem*: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto? *

Alberto Marchese

SOMMARIO: 1. Premessa: sull'esistenza di un limite giuridico alla procreazione umana – 2. Applicazioni pratiche delle tecniche di fecondazione *post mortem*. – 3. Alcuni spunti di riflessione sulle "ricadute civilistiche" della fecondazione *post mortem* – 4. Conclusione: stato dell'arte e nuove problematiche operazionali.

1. *Premessa: sull'esistenza di un limite giuridico alla procreazione umana*

Scriveva Pavel Florenskij[1] – filosofo, teologo e scienziato russo dei primi Novecento – che "vi è un confine del visibile" e, aggiungerei io, vi è, poi, una linea dell'orizzonte ipotetico ed è estremamente difficile scegliere quale considerare il traguardo; specialmente per chi è convinto che un traguardo (da raggiungere o verso il quale tendere) comunque non esista.

Il tema della fecondazione assistita[2] (omologa ed eterologa[3]), analizzabile sotto una triplice prospettiva (medica, bioetica e giuridica), ingloba in sé numerosi e non risolti interrogativi.

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Cfr. N. Valentini, *Pavel A. Florenskij*, "Collana Novecento Teologico" diretta da G. Canobbio, Brescia, 2004, p. 65.

[2] Sul punto v., tra i molti contributi, M. Iacometti, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. Casonato - T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 55; G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 126.

[3] Da qualificarsi, secondo una terminologia più corretta e coerente con l'effettiva tecnica impiantistica, "donazione di gameti".

Non domande senza risposta ma domande che si aprono a più risposte possibili; dove le scelte dei singoli non sempre riescono a trovare un punto di equilibrio accettabile (ed accettato).

È questa, a mio avviso, l'evoluzione (sociale e normativa) di un procedimento asintotico, che mira a raggiungere un obiettivo collocato sulla linea di un orizzonte mobile che progressivamente si allontana[4].

Esiste, tra etica, scienza e diritto un rapporto di implicita distinzione, poiché ciascuna branca del sapere possiede peculiarità sue proprie; non vi è, tuttavia, una rigida separazione, piuttosto, si delinea tra esse, un mutuo rapporto di reciproca implicazione nel senso che la scienza e l'etica, con modalità e intensità differenti, riescono a orientare la costruzione teorica del diritto esplicitandone i contenuti indefettibili e influenzandone la stessa applicazione pratica. In genere, il diritto dal canto suo organizza e disciplina la realtà contingente e concorre, per questa via, all'attualizzazione dei postulati etici e di quelli scientifici; ciò è tanto più visibile in un settore come quello del diritto alla procreazione dove entrano in gioco problematiche di varia natura, che non sarebbero nemmeno astrattamente comprensibili (oltre che, eventualmente, risolvibili) se non attraverso la feconda mediazione degli orientamenti etici e scientifici più accreditati.

Sotto questo profilo, potremmo dire che la fecondazione *post mortem* – ovvero la possibilità di fecondare *in vitro* (o *in vivo*) l'utero di una donna con il seme del *partner* deceduto oppure di impiantare, nell'ovulo crio-conservato di una donna deceduta, il seme del marito per poi procedere alla *surrogacy* – sia nient'altro che l'ultimo capitolo,

[4] Spunti di riflessione alquanto suggestivi in S. Pajno, *Giudizi morali e pluralismo dell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013; S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 481 ss.; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. Rodotà – M. Tallacchini (a cura di) *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 231 ss.

per alcuni il più "innaturale" e addirittura "contro natura", della cosiddetta "rivoluzione procreativa"[5].

Tuttavia, con buona pace di ogni pseudo giusnaturalismo (attualizzato o ridondante) è questo uno schema ermeneutico del tutto fallace e fuorviante.

Storicamente basterebbe ricordare che la stessa idea sottesa alla crio-conservazione dei gameti maschili fu quella di consentire ai soldati della Seconda Guerra Mondiale[6] di inviare il loro seme alla moglie, la quale avrebbe potuto essere fecondata in caso di sopraggiunta morte del marito.

È evidente, allora, che l'idea della fecondazione *post mortem* – sia pure in questa forma intuitiva e prodromica – precede e, di fatto, anticipa l'idea stessa di "rivoluzione procreativa"; sicché viene da subito in rilievo l'estrema difficoltà di marginalizzare una metodica che è alla base delle più moderne tecniche riproduttive e che consente di superare le annose questioni in tema di fertilità e sterilità.

A rigore di logica, non può discorrersi di fecondazione *post mortem* se non all'interno di un contesto culturale, sociale, giuridico e biomedicale profondamente distonico rispetto a quello del passato.

Lo stretto legame tra sessualità e riproduzione è oramai reso più labile proprio per l'esistenza delle tecniche di fecondazione assistita, e il nostro ragionamento non può appiattirsi nell'analisi esteriore del rapporto genitoriale basato sul vincolo di sangue, attesa l'enorme *vis expansiva* del concetto di affettività[7]; idea, quest'ultima portata alla

---

[5] Sul concetto di rivoluzione procreativa si vedano le acute riflessioni di G. Berlinguer, *Bioetica quotidiana e bioetica di frontiera*, in A. Di Meo - C. Mancina (a cura di), *Bioetica*, Bari, 1999, p. 1-352.

[6] Sul punto, cfr. R. Russo, *Storia della fecondazione artificiale*, in Id., *Dalla fecondazione artificiale alla procreazione medicalmente assistita*, in www.accademia-lancisana.it.

[7] Al riguardo si veda C. Mazzù, *La famiglia degli affetti*, in Id., *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, I, 2011, p. 11 ss., ove l'A., rimarcando il ruolo interpretativo-sostitutivo svolto dalla giurisprudenza, ed in particolare da quella della Corte costituzionale, precisa che «la lettura delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale denuncia un'evidente condizione di disagio della giurisprudenza ordinaria. Essa sente di operare lungo la faglia delle relazioni contraddittorie esistenti nell'ambito della famiglia moderna; avverte il bisogno di ridisegnare i contorni e le regole di sviluppo; vede deperire il modello preesistente ed intuisce il bisogno di quello nuovo; chiede l'avallo autorevole della Corte, per sanzionare il

ribalta dalle recenti riforme della filiazione e, in particolare, dall'epocale passaggio dalla "potestà" alla "responsabilità" genitoriale sancito dal d.lgs. 154/2013 e dal consolidato riconoscimento del concetto di maternità sociale[8].

In senso critico rispetto alla possibilità di una fecondazione *post mortem* vi sarebbe il principio d'inscindibilità del momento unitivo da quello procreativo, base e fondamento dell'*ethos* matrimoniale, oltre all'osservazione, invero abbastanza scontata, che, così facendo, si darebbe vita a forme di famiglie mono-genitoriali, privando i nascituri della possibilità di godere dell'amore dell'altro genitore; ed ancora, gli stessi artt. 29 e 30 Costituzione che patrocinerebbero, secondo una certa lettura, la rilevanza costituzionale del diritto del figlio ad essere istruito, educato e mantenuto da (entrambi) i propri genitori. In tal senso, gli accordi tra più soggetti volti a realizzare la fecondazione artificiale dopo la morte del marito andrebbero considerati illeciti, in quanto, per definizione, il nascituro sarebbe *ab origine* privo della figura paterna.

Specularmente, invece, l'esaltazione del principio di libertà consentirebbe qualsiasi forma di procreazione indotta.

Rimangono, ovviamente, in disparte altre molteplici questioni che, giocoforza, vengono ricomprese nella domanda di fecondazione *post mortem*, quali, a titolo meramente indicativo, quella del "diritto di procreare[9] da intendersi come diritto fondamentale dell'individuo"

---

superamento del dato normativo attuale. Dal confronto tra le motivazioni delle ordinanze di rimessione e delle decisioni della Corte costituzionale si coglie l'intensità del conflitto tra visioni diverse della famiglia, la denuncia di ritardi culturali e politici, il pericolo di fughe in avanti, la coscienza della delicatezza della materia trattata. Su tutto domina l'esigenza di tradurre in regola il bisogno di riconciliare tendenze reali e formule legali, di selezionare i bisogni dei singoli componenti, per garantire l'equilibrio dell'assetto comunitario».

[8] In argomento, per alcuni riferimenti pertinenti anche al tema della fecondazione assistita, cfr., E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Rass. for.*, 2014, p. 291 ss. Sulla definizione di "maternità sociale" e di "rilevanza sociale" della procreazione cfr. Aa. Vv., *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica,* in www.bioetica.governo.it.

[9] Appare necessario, a tal proposito, riportare alcuni passaggi dell'articolato normativo della l. 40/2004 che all'art. 5, co. 1, dispone: «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»; e,

ma che deve essere, tuttavia, "bilanciato" e, dunque, contemperato con altri diritti ugualmente fondamentali della persona; o quella relativa alla definizione dello statuto ontologico, etico e giuridico dell'embrione crio-conservato.

2. *Applicazioni pratiche delle tecniche di fecondazione* post mortem

Scivolando dal piano dei postulati teorici a quello delle applicazioni pratiche, emblematico è il caso deciso dal tribunale di Bologna, con ordinanza del 16 Gennaio 2015, avente ad oggetto l'accoglimento del reclamo di una cinquantenne di Ferrara la quale chiedeva fossero impiantati nel suo utero embrioni crio-conservati, che erano stati prodotti nel 1996 – dunque prima della legge 40 del 2004 – con gli spermatozoi del marito (morto nel 2011)[10].

---

ancora, all'art. 12, co. 2: «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro»; e, al co. 9: «è disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo». È evidente, dunque, che non solo la fecondazione *post mortem* sia risolutamente vietata, ma anche puniti coloro che si propongono di portare avanti tale prassi biomedicale.

[10] La coppia, infatti, nel 1996 si era sottoposta ad una fecondazione assistita, ma l'impianto non ebbe successo. Per tale ragione otto embrioni non impiantati furono congelati con il consenso della coppia. Dopo la morte del marito, la moglie ne chiese l'impianto e, nonostante il nulla osta del Comitato di Bioetica del Policlinico del capoluogo emiliano, la direzione lo vietò per un'interpretazione della legge 40, secondo cui entrambi i genitori avrebbero dovuto essere in vita. Nel febbraio 2013 vi fu un ricorso in via d'urgenza, ma presto arrivò il rigetto del tribunale; infine, dopo quattro anni di battaglie legali, il reclamo viene accolto dal collegio della prima sezione civile nel dicembre 2014. Il Collegio, riferendosi alla l. 40/2004 che vieta la crio-conservazione (eccetto il caso in cui la donna, dopo la fecondazione dell'ovocita, non possa procedere all'impianto per motivi di salute), ma regola con Linee guida le procedure di fecondazione intraprese prima della sua entrata in vigore – come nel caso in oggetto –, accolse il ricorso sulla base dell'assunto che la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento, eccetto nel caso di embrioni abbandonati. Oltre a ciò l'ordinanza tenne conto di una conferma della volontà della coppia di conservare ancora gli embrioni congelati, risalente al

Non è, invero, questo né il primo né l'ultimo caso di fecondazione *post mortem*: il *leading case* italiano risale al 1999, quando il Tribunale di Palermo[11] emise un provvedimento d'urgenza con cui autorizzava il Centro di Fecondazione assistita del noto ginecologo Ettore Cittadini ad impiantare gli embrioni nell'utero di

2010, che, seppur non può essere considerata un valido consenso, costituisce una manifestazione di volontà idonea ad escludere quella di abbandonare gli embrioni. Sulla base di tali considerazioni i giudici di Bologna stabilirono che, considerata l'età della donna, la probabilità non troppo elevata della fecondazione assistita e le maggiori difficoltà proporzionate all'avanzare dell'età, fosse necessario provvedere in via d'urgenza, non potendo la cinquantenne attendere il normale procedimento civile ordinario, data la sua lunga durata. Ad avviso del Tribunale la questione posta dalla domanda era, infatti, estremamente delicata. Non si rinvenivano, nell'esperienza italiana, precedenti in termini e quelli menzionati dalle parti non erano esattamente sovrapponibili al caso concreto (la vicenda esaminata da Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 614 ss., rifletteva in realtà un contrasto tra la donna e l'uomo, coniugi separati), se non altro perché risalenti ad un periodo anteriore all'entrata in vigore della l. 40/2004 (v. appunto, in tema di impianto di embrione dopo la morte del marito, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1653, *Fam. dir.*, 1999, p. 52 e p. 384, *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 226 e p. 1175, *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 221: la morte del marito era sopravvenuta nel corso dell'applicazione della tecnica, dopo l'impianto del primo dei tre embrioni prodotti - e crioconservati per essere impiantati uno dopo l'altro fino alla gravidanza - e durante il termine di attesa necessario ad eseguire il secondo trasferimento). Nel caso di specie, non si discuteva propriamente della possibilità per la donna di chiedere l'impianto dell'embrione qualora nel corso dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. fosse intervenuta la morte del marito o del compagno (sul punto parte della dottrina si è espressa favorevolmente) e dunque se fosse necessaria o meno la permanenza in vita di entrambi i membri della coppia non solo al momento del ricorso alla p.m.a. ma anche "in ogni fase" di applicazione delle tecniche. Piuttosto, si trattava di stabilire se la domanda della moglie, proposta dopo la morte del marito e a distanza di sedici anni da un precedente trattamento rispondesse alle finalità, e dunque rientrasse nell'ambito di applicazione, della l. 40/2004.

[11] Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 226 ss., con notazioni di A. Miranda, "*Tragic choice*" *in Italy: brevi note in tema di esecuzione* post mortem *del contratto di procreazione medicalmente assistita* e G. Giaimo, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; per ulteriori approfondimenti, cfr., A. Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p. 225 ss.; E. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in Aa. Vv., *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 57 s.; P. Perlingieri, F. Prosperi, *Famiglia e rapporti parentali*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2012, p. 890 ss.

una donna rimasta vedova a seguito di un infarto del marito, prodotti anni prima attraverso la PMA.

Particolarmente delicato è il tema del consenso che si presume esistente ogni qual volta il marito deceda dopo aver volontariamente intrapreso l'*iter* medico finalizzato alla procreazione assistita[12].

Si ritiene, infatti, che il consenso di entrambi i genitori si palesi proprio nel momento in cui la coppia decida di congelare i propri embrioni. Cosicché nell'ipotesi di embrioni crio-conservati ottenuti con consenso di entrambi i componenti della coppia, di cui uno successivamente deceduto, non vi sarebbe limite alla esplicazione del diritto della donna ad ottenere il trasferimento degli embrioni stessi.

L'interpretazione giudiziale poggia, in tali casi, sulla considerazione per la quale gli embrioni crio-conservati sono sempre della coppia fino al momento in cui quest'ultima decida di abbandonarli; e, in secondo luogo, sul fatto che in base al DM del 2004 la donna può chiedere sempre il trasferimento in utero degli embrioni.

Per di più, nelle ipotesi citate, non è stata la fecondazione dell'ovulo ad essersi verificata dopo la morte del coniuge, ma l'impianto dell'embrione in utero. La circostanza che vi fossero degli

[12] I requisiti soggettivi fissati dall'art. 5 della l. 40/2004 per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita si riassumono nell'essere i richiedenti una coppia formata da persone maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Con riferimento all'esistenza in vita di entrambi i *partners*, è opportuno notare che l'art. 5 si riferisce all'accesso alle tecniche di procreazione assistita, che coincide con l'informativa ed il consenso di cui all'art. 6, revocabile, ai sensi del terzo comma, solo fino alla fecondazione dell'embrione. Da tali disposizioni si fa derivare la liceità del trasferimento in utero richiesto dalla donna dopo la morte o la perdita di coscienza del *partner*, a garanzia del diritto dell'embrione alla vita, sebbene l'ipotesi sia estranea all'impianto originario della legge, che escludeva la crioconservazione dell'embrione, salvi i casi di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione, *ex* art. 14, terzo comma. Deve, comunque, sussistere il consenso originario, escludendosi il prelievo di liquido seminale da soggetto in stato di incoscienza o deceduto, che non abbia espresso la volontà di accedere, con la propria *partner*, all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Sul punto, cfr. E. Moscati, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità a succedere e di indegnità*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 648 ss.; F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 168 ss.

embrioni già formati avvalorerebbe l'idea che si fosse già del tutto consumato, a favore di una scelta *pro vita*, lo *spatium deliberandi* dei due coniugi.

Analoghe ragioni stanno alla base del consenso prestato dal Tribunale di Messina all'utilizzo del cognome paterno (e, dunque, al riconoscimento postumo di paternità) in favore di una bambina nata nel luglio del 2015 dopo svariati tentativi d'inseminazione artificiale (effettuati in Grecia, a Salonicco) e a distanza di diverso tempo dalla morte del padre biologico, atteso che quest'ultimo, prima di morire, aveva, con un documento autografo, autorizzato la moglie ad utilizzare il suo sperma per cercare di avere un bambino.

3. *Alcuni spunti di riflessione sulle "ricadute civilistiche" della fecondazione* post mortem

Sotto differente ma collegato profilo, le tecniche di procreazione medicalmente assistita volte alla possibilità di una fecondazione artificiale *post mortem* rappresentano – dal punto di vista dell'osservatore giuridico – una moderna "breccia di Porta Pia" nella cittadella fortificata del diritto di famiglia.

Le metodiche operazionali – sviluppate nell'ambito delle scienze biologiche e di quelle mediche – consentono oggi, con relativa facilità, la nascita di figli in assenza di un rapporto sessuale che coinvolga i futuri genitori; così come la possibilità di dar vita ad embrioni impiantabili in utero ma provenienti da gameti conservati per svariati anni; ovvero di embrioni (già formati e) crio-conservati allocabili anche dopo la morte (di uno) dei (o di entrambi i) soggetti titolari.

Il punto focale su cui merita, fin da subito, di essere rivolta l'attenzione è quello della liceità del ricorso alle tecniche di PMA anche là dove quest'ultime superino vistosamente il confine segnato dalla conclusione della vita umana. La questione è più giuridica che medica atteso che dal punto di vista tecnico-scientifico non si ravvisano ostacoli insormontabili a portare a termine l'intervento procreativo anche dopo la morte di uno dei soggetti che ha consentito, attraverso la dazione del proprio gamete, una siffatta operazione.

Si discute, dunque, della liceità o meno di tali interventi alla luce dei consueti parametri della conformità alla legge e della non

contrarietà rispetto ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume.

L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi piani di interessi coinvolti, nel rispetto del superiore principio della dignità umana, appartiene, ovviamente, all'ambito valutativo del legislatore e, in assenza di una normativa organica, al giudice quale supremo garante dello stesso ordinamento.

L'assolutezza del diritto di procreare, quale diritto fondamentale dell'individuo, non giustifica alcuna esenzione rispetto al *großes Problem* del suo contemperamento con altri diritti (ugualmente) fondamentali della persona umana, reclamando, *a contrario*, una tutela *ad hoc* che, nell'ambito della procreazione artificiale, non può che tradursi in un intervento volto alla razionalizzazione ed all'equo contemperamento tra gli interessi dei genitori e quelli del figlio nascituro.

Dal punto di vista interpretativo le maggiori difficoltà si riscontrano, *ab initio*, sulla qualificazione stessa di cosa debba intendersi per embrione umano[13] conservato *in vitro* o congelato,

[13] È questa, sotto molteplici profili, l'annosa questione della qualificazione giuridica dell'embrione che, *ex* art. 6, par. 2, lett. c), della direttiva 98/44/CE può consistere in qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione ovvero qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura ovvero ancora qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi. La stessa Corte di Giustizia, nella ormai celebre sentenza *Brüstle c. Greenpeace* rimette ai giudici nazionali la decisione ultima riguardo alla definizione di embrione, purché detti giudici possano stabilire, in considerazione degli ultimi sviluppi scientifici, "se una cellula umana ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un "embrione umano" ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44": compito sicuramente assai problematico, in considerazione del fatto che, là dove la risposta possa darla solo la scienza, non sembra che possano residuare altri margini di apprezzamento discrezionale a beneficio dei giudici. Da ultimo va comunque ricordata la successiva sentenza *International Stem Cell Corporation c. Comptroller Generale of Patents, Designs and Trade Marks*, nella cui motivazione la nozione di "embrione" viene ancorata non solo all'attitudine ad iniziare un processo di sviluppo di una (futura) persona umana ma anche a quella di portarlo a termine in via conclusiva. Sul punto cfr. L. Melina, *Questioni epistemologiche relative allo statuto dell'embrione umano*, in Aa. Vv., *Identità e statuto dell'embrione umano*, Citta del Vaticano, 1998, p. 81 ss.; E. Sgreccia, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, Edizioni Vita e Pensiero, Milano, 1999; N.M. Ford, *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and science*, Cambridge,

essendo, tale embrione, un'entità incapace di svilupparsi e vivere di vita propria.

E così, la distinzione – fattuale, prima ancora che giuridica – tra embrione e feto (prodotto, quest'ultimo, dell'avvenuto concepimento e del decorso *sine obstaculis* di tre mesi di gestazione) si ricollega al tema della possibile sperimentazione scientifica intra-embrionale e della tutela (della salute) del concepito nel periodo prenatale.

Dovendosi riconoscere agli embrioni gli stessi diritti fondamentali della persona, essi potranno essere sottoposti solo a quelle tipologie di trattamenti e sperimentazioni totalmente compatibili con un essere umano già formato; e risulterà, dunque, illecita non solo la loro sperimentazione (e successiva commercializzazione) per fini industriali ma anche ogni ulteriore attività che comunque presupponga o produca quale conseguenza la distruzione dell'embrione (c.d. embrionicidio)[14], e ciò

1988; Cfr. anche R. McCormick, *Who or what is the preembryo?*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 1991, 1, p. 1 ss.

[14] Sul punto cfr. Corte cost., sent. n. 229 del 2015 ove la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, che contempla i limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni, nella parte in cui vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni e prevede la reclusione fino a sei mesi e multe fino a 150 mila euro per chi commette reato (co. 1 e 6). Per i giudici la malformazione degli embrioni non ne giustifica, e solo per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani creati in numero superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e si prospetta, quindi, «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione». «L'embrione, infatti – scrivono i giudici della Corte Costituzionale – quale che ne sia il più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». È interessante ripercorrere sinteticamente l'iter argomentativo seguito dalla Consulta: 1) la discrezionalità legislativa circa l'individuazione delle condotte penalmente punibili può essere censurata in sede di giudizio di costituzionalità soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto od arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza; 2) nel caso in esame, deve escludersi che risulti, per tali profili, censurabile la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di «soppressione di embrioni», ove pur riferita agli embrioni che, in esito a diagnosi pre-impianto, risultino affetti da grave malattia genetica; 3) anche con riguardo a detti embrioni, si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione; 4) l'embrione, invero, quale che ne sia il più o meno

indipendentemente dal fatto che vi sia, nel nostro ordinamento, una espressa comminatoria di matrice penalistica in tal senso[15].

Diversamente opinando, invece, sul presupposto che la capacità giuridica si acquista soltanto al momento della nascita, potrebbe negarsi in capo al concepito la titolarità di interessi da tutelare in via autonoma, ivi inclusi i diritti alla vita, all'integrità fisica e alla salute.

Ma questa è un'opinione errata, in quanto il nascituro – in ogni stadio della gestazione – è un'entità alla quale fa capo un interesse

---

ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico; 5) la tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost., è suscettibile di «affievolimento» (al pari della tutela del concepito), ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento risultino, di volta in volta, prevalenti; 6) nella fattispecie in esame, il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova, però, giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista; 7) d'altra parte, il divieto di soppressione dell'embrione malformato non ne comporta l'impianto coattivo nell'utero della gestante, come il rimettente, invece, presupponeva.

[15] Per ulteriori riferimenti cfr. G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 547 ss., in cui l'A., partendo dal concetto di "dannosità sociale" quale parametro utile per l'individuazione di beni giuridici penalmente rilevanti, afferma che «dannoso socialmente, e dunque incriminabile, sarebbe invece soltanto un comportamento che cagiona un provabile danno ad altri, ovvero, con formulazione concettuale sostanzialmente equivalente, un comportamento che lede beni giuridici concreti, cioè costituiti da entità tangibili, afferrabili [...] [cosicché] suscettibili di subire un danno concreto, empiricamente accertabile con sufficiente precisione quale effetto causale di singole condotte criminose, sarebbero pur sempre i tradizionali beni giuridici individuali quali vita, integrità fisica, libertà personale e sessuale, patrimonio e pochissimi altri». In definitiva, è legittima anche l'incriminazione di fatti che mettano in mero pericolo o che ledano beni immateriali come la libertà, l'onore e l'intangibilità sessuale, oppure condizioni di sicurezza della collettività e dei singoli, o la pace sociale. Occorre però che tali beni, così apparentemente generici, siano concretizzati in situazioni afferrabili e controllabili criticamente, anche in vista di una gestione giurisprudenziale coerente e non arbitraria. Ulteriori riferimenti sul punto in Id., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 343; A. Manna, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1640 ss. che, in tal senso, evoca il rispetto del principio di laicità; e ancora, per una riflessione di carattere più generale, R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006, p. 28 ss.; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.

protetto, in quanto persona e soggetto giuridico *in fieri*: essa è punto di riferimento di un'aspettativa che va tutelata in funzione della conservazione delle *chances* di avveramento della condizione sospensiva della nascita, alla quale è subordinato l'acquisto della capacità giuridica.

Si tratta di una "*soggettività contingente*",[16] esistente nella fase della transizione da ovulo fecondato a bambino partorito, attribuita in funzione della protezione di questa *spes vitae*, affinché la situazione di fatto (concepimento), prodromica all'acquisto della capacità giuridica e sottoposta alla condizione sospensiva della nascita passi dalla fase della rilevanza a quella dell'efficacia. In altri termini, la natura squisitamente conservativa dell'aspettativa, che assume la scelta di utilizzare l'ovulo fecondato, la colloca nell'alveo dell'attività legittima e coerente con la finalità primaria di consentire il passaggio dalla potenzialità all'attualità di vita e, quindi, dalla mera rilevanza alla piena efficacia della fattispecie.[17]

Dal punto di vista tecnico, nelle procedure di fecondazione *in vitro* vengono asportati e fecondati più ovociti crio-conservando gli zigoti in eccesso che potranno essere utilizzati nel caso di eventuale fallimento del primo o secondo impianto[18]. Ciò comporta che, in molti casi, una volta iniziata la gravidanza residuano un certo numero di embrioni. Si avrebbe, in tal caso, un divieto di soppressione che viene

---

[16] Per l'esatta portata di questa endiadi, da utilizzare in chiave strumentale, cfr. C. Mazzù, *La soggettività contingente,* relazione del 15 marzo 2012 al *VII Congresso giuridico-forense*, in www.comparazionedirittocivile.it

[17] Per una ricostruzione accurata del tema della soggettività giuridica e del soggetto come fattispecie non può prescindersi da una lettura, necessariamente ricontestualizzata, delle pagine di A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. IV-204, ove l'A. segnala, con lucida consapevolezza, la centralità dell'elemento soggettivo nell'analisi di qualsivoglia accadimento giuridicamente rilevante postulando altresì un principio di «simultanea e reciproca interferenza» tra fatto e soggetto nell'evoluzione dei singoli fenomeni giuridici. Per la distinzione tra rilevanza ed efficacia, cfr., ancora, Id., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Napoli, 1941, rist. 1999, p. 21 ss.; Id., *voce "Efficacia giuridica"*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1992, p. 502 ss.

[18] Cfr. A. Bellelli, *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, Roma, 2009, p. 22; G. Villanacci, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, 2006, p. 125; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 16 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 93; G. Di Rosa, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, p. 40 ss.

ad essere desunto direttamente dalla normazione primaria di rango costituzionale in tema di diritti fondamentali quali quello alla salute e alla vita del nascituro, e il cui implicito richiamo normativo sarebbe quello dell'art. 1 della l. 22 maggio 1978, n. 194, sull'interruzione volontaria della gravidanza secondo cui: «lo Stato tutela la vita umana fin dal suo inizio»[19].

La diposizione citata, riconoscendo una forte matrice valoriale alla maternità e proteggendo, al tempo stesso, il diritto alla libertà di procreazione, consente l'interruzione volontaria della gravidanza nei primi novanta giorni di gestazione, allorché la gravidanza stessa, il successivo parto o la prospettiva della maternità possano arrecare un serio pericolo (di danno) alla salute psico-fisica della donna, in relazione alla sua precedente condizione di salute e/o socio-economica.

Ovviamente, anche in tali ipotesi, in assenza di una legge che tuteli gli embrioni crio-conservati l'intervento normativo risulta indispensabile al fine di offrire una tutela concreta al concepito.

Secondo alcune proposte di integrazione, dovrebbe attribuirsi direttamente alla donna, o alla coppia che, in base al proprio progetto procreativo, ha contribuito alla creazione del corredo genetico embrionale, la possibilità di decidere sulle modalità di conservazione e successiva destinazione dello stesso.

In tal caso, la crio-conservazione degli embrioni sarebbe consentita solo per un periodo massimo decorso il quale sarebbe possibile chiederne la distruzione o l'etero-utilizzazione (l'utilizzo cioè a favore di altra donna con difficoltà procreative, assicurando in tal caso la massima riservatezza sull'identità di tutti gli interessati e

[19] Sul punto si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1985 in www.giurcost.it. Ancora, le notazioni di E. Dolcini, *Embrioni nel numero "strettamente necessari": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 951 ss., spec. p. 959, ove l'A. sottolinea i due principali effetti della sentenza additiva sulla disposizione: «le ragioni relative alla salute della donna che possono suggerire al medico di non trasferire alcuni embrioni possono essere anche ragioni non imprevedibili al momento della fecondazione; ragioni relative alla salute della donna potranno escludere anche definitivamente, a giudizio del medico, il trasferimento degli embrioni»; Id., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1675.

perdendo ogni diritto in ordine agli stessi); o, quale ultima possibilità, autorizzarne l'utilizzo per fini scientifici presso strutture pubbliche e previo parere di un'apposita commissione ministeriale.

Ulteriore alternativa è quella che vorrebbe riconoscere alla coppia di coniugi che ha contribuito alla creazione *in vitro* dell'embrione il diritto di richiederne l'impianto, sempre entro e non oltre il consueto termine biennale, decorso inutilmente il quale l'embrione verrebbe considerato in "stato di adottabilità", divenendo così il successivo nato figlio legittimo della coppia accogliente (*rectius*, adottante). Soluzione, quest'ultima, allo stato non praticabile atteso che per procedere all'adozione di un minore è, ad oggi, richiesta una esplicita dichiarazione di abbandono morale e materiale.

De jure condendo, per consentire una vera e propria adozione "pre-nascita", sarebbe quantomeno necessario un esplicito accordo dei coniugi relativo alla volontà di non voler procreare (ossia di non voler procedere all'impianto) realizzandosi così il presupposto materiale dello stato di abbandono, il quale consentirebbe al Tribunale dei minori di pronunciarsi in merito ad una nuova coppia di genitori.

Secondo l'attuale opzione legislativa, invece, i centri ove vanno compiute le procedure di creazione e conservazione degli embrioni devono garantire *ab initio* la produzione di un numero di embrioni pari a quanto strettamente necessario per un eventuale secondo impianto, così da limitare il quantitativo degli embrioni non utilizzati; tra l'altro questi vanno impiantati in utero entro e non oltre ventiquattro mesi dalla loro creazione, decorso inutilmente tale lasso di tempo, la coppia, può chiederne l'immediata distruzione o, per una sola volta, la conservazione per ulteriori cinque anni, allo scadere dei quali non è più consentita né la cessione a terzi né l'utilizzabilità a fini di ricerca[20].

[20] A tal proposito, si noti che nella letteratura giuridica e scientifica in tema di PMA il principio di precauzione è stato richiamato diffusamente, prima ancora che con riferimento alla ricerca ed alla sperimentazione sugli embrioni, con riferimento alle stesse tecniche procreative, evidenziandosi un margine di rischio specifico, ovvero comunque più elevato rispetto alla fecondazione naturale, delle tecniche in commento. In ogni caso, a queste evidenze se ne possono contrapporre altre di matrice contraria. In particolare, meritano di essere segnalati i risultati di uno studio internazionale pubblicato sulla rivista "Pediatrics" (*Pediatrics Journal of Medicine*,

4. *Conclusione: stato dell'arte e nuove problematiche operazionali*

La coesistenza di posizioni teoriche così diversificate complica l'inquadramento complessivo della vicenda con riferimento alla possibilità di un prelievo e di un successivo impianto *post mortem* dei gameti.

Nell'ambito della c.d procreazione artificiale *post mortem* la casistica si presenta, infatti, alquanto variegata.

Infatti, se il *partner* di sesso maschile muore nel lasso temporale in cui l'operazione di tecnica procreativa è già iniziata, ciò significa che lo sperma è stato prelevato e si trova in stato di crio-conservazione ovvero è già stato utilizzato nella formazione dello zigote, a sua volta crio-conservato, escludendo, per il momento, il prelievo dei soli gameti immediatamente dopo la morte.

Dal punto di vista tecnico esistono problematiche differenti a seconda della tecnica di impianto prescelta: se la fecondazione avviene mediate GIFT[21] (*gamets into Fallop's tubes)* il problema è quello relativo all'attribuzione ad una persona già morta del frutto

---

PJM, 2005, p. 345 ss.) che, smentendo numerose ricerche precedenti, assicura che i bambini in provetta nascono sani e crescono in modo del tutto normale.

[21] La tecnica in commento risulta essere statisticamente meno utilizzata rispetto alla *FIVET* (v. nota seguente). Dal punto di vista tecnico si distingue la *GIFT "classica"* in cui alla donna viene somministrato l'ormone HCG (l'ormone della gravidanza) e 34-36 ore dopo viene sottoposta a laparoscopia in anestesia generale. Durante l'intervento, che dura in media 30 minuti, viene aspirato il contenuto dei follicoli, le uova vengono controllate dal biologo e nuovamente aspirate in un sottile catetere che già contiene un numero stabilito di spermatozoi. È possibile eseguire anche il prelievo degli ovociti per via vaginale. A questo punto il catetere viene fatto penetrare dentro le tube e gli spermatozoi e gli ovuli vengono lì depositati. Nelle donne con meno di 36 anni generalmente vengono introdotti tre-quattro ovociti (ripartiti tra le due tube o tutti nella stessa tuba), nelle donne oltre i 36 anni gli ovociti vanno da quattro a sei. Altra variante è la c.d. *GIFT "isteroscopica"* e consiste nell'inserire uova e spermatozoi nell''utero sotto la guida di un isteroscopio introdotto dalla vagina. È una tecnica che da meno possibilità di successo ma che non richiede l'anestesia generale. La maggiore complicanza della *GIFT* è il rischio d'insorgenza della sindrome da iperstimolazione ovarica e, dunque, di gravidanze multiple. Circa il 3-4% delle gravidanze ottenute con la *GIFT* è intratubarica ma viene trattata senza intervento chirurgico.

dell'azione biologica dei suoi gameti, nel caso invece della FIVET[22] (*Fecondazione in vitro con trasferimento in utero di embrioni*) il problema è quello dell'attribuzione al *de cuius* degli embrioni già formati, fermi restando i dubbi circa la complessiva liceità dell'intera operazione.

Nel caso sia stato dato un preventivo consenso all'impianto, andrebbe chiarito, infatti, quali siano, nel caso di specie, gli interessi meritevoli di tutela e in che modo vadano singolarmente considerati: cioè, se occorra differenziare a seconda del soggetto cui l'interesse spetti (gestante – figlio nascituro) o a seconda dell'astratta meritevolezza dello stesso; e, ancora, se possano configurarsi profili di responsabilità in capo alla madre per aver deciso di portare a termine una gravidanza pur sapendo che, così facendo, avrebbe privato il figlio del diritto a crescere accudito anche dall'altro genitore; e, da ultimo, quale sia lo *status* da riconoscere al nascituro con i relativi profili di natura successoria.

---

[22] Attraverso la metodica *FIVET*, la coppia inizialmente viene sottoposta ad indagini di laboratorio al fine di confermare la diagnosi di sterilità. In questa fase, se la coppia lo desidera, può affiancarsi al medico anche uno psicologo per aiutare a superare problemi, paure, angosce. All'inizio la donna non deve fare altro che sottoporsi ad un'iniezione di ormoni, nelle ore e nei giorni prescritti. Dopo alcuni giorni di trattamento domiciliare inizia una fase che richiede la frequenza quotidiana dell'ambulatorio: per 5-10 giorni dovrà sottoporsi ad un prelievo di sangue, al mattino, per stabilire attraverso il dosaggio degli estrogeni la quantità giusta di ormoni da iniettare, e ad un'ecografia per valutare il numero di follicoli in evoluzione, il loro diametro e la normalità della loro progressione verso la maturità. La donna dopo il prelievo torna a casa e nel pomeriggio, telefonicamente, le viene comunicato il dosaggio delle gonadotropine. È una pratica fondamentale al fine di stimolare l'ovaio per aumentare la produzione di ovociti (in natura una donna produce un solo ovocita a ciclo). Quando il medico lo indica, la donna dovrà sottoporsi ad un'iniezione di *HCG*; inizia una fase delicata: entro 34-36 ore dall'iniezione verranno prelevati gli ovociti per la fecondazione in vitro. Nella *FIVET*, infatti, ovociti e spermatozoi vengono fatti incontrare in "provetta" e solo dopo la creazione del pre-embrione verranno reimmessi nella donna. Entro 36 ore dall'iniezione di HCG la donna viene ricoverata e, in analgesia, sottoposta al prelievo degli ovociti. Si inserisce un sottile ago nella vagina, si raggiunge l'ovaio e si aspira il follicolo. La donna non si accorge di nulla, non avverte dolore e non avrà un ricordo traumatico dell'intervento. In circa 10-20 minuti tutto è finito. Nel frattempo l'uomo dovrà fornire il liquido seminale. Può essere d'aiuto, nei giorni precedenti, congelare preventivamente un campione di seme in modo da assicurare il buon fine di questa fase della *FIVET*. In laboratorio, il seme si prepara in modo tale da essere il più "fecondo" possibile.

Secondo una prospettiva ricostruttiva di tipo "classico"[23] l'assenza di capacità giuridica dell'embrione, a mente del disposto di cui all'art. 1 del nostro codice civile, sarebbe il risultato del mancato perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva, ove l'elemento perfezionativo per l'acquisto della stessa sarebbe proprio la nascita; così opinando non vi sarebbe alcuno spazio (né logico né giuridico) per contestualizzare un presunto diritto dell'embrione a (dover) nascere; non esisterebbe, infatti, in capo a nessuno dei soggetti coinvolti un correlativo obbligo di attivarsi *ex ante* per consentire che la gestazione sia portata correttamente a termine; in definitiva, unica detentrice dello *jus eligendi* sul proseguire (o meno) nei tentativi di inseminazione artificiale sarebbe esclusivamente la donna alla quale compete, in ultima analisi, la decisione definitiva tra nascita e non nascita.

Ma, in tema di fecondazione artificiale *post mortem*, il vero *punctum dolens* è quello relativo alla meritevolezza di una nascita voluta ad ogni costo pur in assenza della possibilità di far fruire al nascituro la prospettiva umana della bigenitorialità. Una risposta alquanto *tranchante* sarebbe quella che fa leva sulla constatazione per la quale nell'ambito della procreazione naturale non sussiste alcun limite in tal senso per la donna nubile decida di avere un figlio autonomamente, al solo fine di poter soddisfare la propria aspirazione alla maternità; così come in tema di separazione e divorzio per l'ipotesi di allontanamento di uno dei due genitori, sebbene in questo caso il retroscena della scelta in ordine ad una, per così dire, "mono-genitorialità coattiva" sia quello tipico dei maltrattamenti contro il minore e, dunque, di una comprovata inidoneità da parte del genitore estromesso a svolgere adeguatamente le sue funzioni.

Nel caso della fecondazione *post mortem*, invece, la scelta viene preclusa *in radice* residuando, quale unica alternativa, la possibilità di

[23] G. Alpa, *Lo statuto dell'embrione*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, cit., p. 145 ss. La questione è affrontata e trattata diffusamente in R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19.2.2004 n.40*, Torino, 2004, p. 29 ss.; opportuni riferimenti anche in P. Stanzione – V. Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla L. 19.2.2004, n. 40*, Milano, 2004, 207 ss. Sul tema è intervenuto autorevolmente anche F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, cit.

non portare a termine la gravidanza e, dunque, di non far nascere alcun nuovo soggetto[24].

Parallelamente, risolto positivamente il quesito circa l'ammissibilità della prosecuzione di un trattamento volto alla procreazione, pur in assenza del *partner* di sesso maschile, resta da chiedersi se tale comportamento materiale non integri gli estremi di una nuova ipotesi di "atto lecito dannoso"[25] e se pertanto non spetti al nuovo nato un'adeguata indennità.[26]

---

[24] Secondo la giurisprudenza di merito, nel citato precedente attinente alla vicenda sottoposta alla cognizione del Tribunale di Palermo, questo profilo non viene, in verità, espressamente affrontato, concentrandosi l'ordinanza sul presupposto della sicura meritevolezza del diritto di procreare in capo alla madre e del diritto alla vita in capo al nascituro: la scelta del C entro di Medicina della Riproduzione «contrasta con diritti personalissimi della madre e del nascituro. Appare pertanto conforme a giustizia risolvere il dubbio circa la validità del contratto nel senso della sua conservazione pur a seguito del decesso di [...], non essendovi sufficienti ragioni per prestare ossequio ad un precetto extra-giuridico (qual è quello contenuto nel codice di autoregolamentazione) contrario ai principi costituzionali, al diritto positivo vigente, ed ai diritti fondamentali dell'uomo - e del nascituro così come delineati dalle raccomandazioni degli organismi sovranazionali [...]. Tanto, del resto, risponde anche all'esigenza di tutelare la volontà di procreazione «cosciente e responsabile» riconosciuta dal citato art. 1 della L. n. 194 del 1978, che risulterebbe del tutto frustrata ove mai dovesse negarsi valido ingresso al desiderio espresso dalla C. [...]».

[25] Sull'autonoma rilevanza della categoria in esame cfr., anche a fini ricostruttivi, A. Astone, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, Milano, 2012. Dal punto di vista della tecnica giuridica, secondo l'A., «dapprima si [deve] procede[re] ad una comparazione tra le sfere giuridiche contrapposte al fine di valutare la liceità del comportamento di intromissione nell'altrui sfera giuridica (quella dell'oblato da parte del proponente, quella del destinatario della promessa, quella del proprietario che deve sopportare l'ingresso nel proprio fondo per recuperare lo sciame d'api), e questa fase si conclude con la prevalenza dell'interesse dell'autore del comportamento rispetto a quello del destinatario a non subire ingerenze nella propria sfera giuridica; successivamente, ove un danno si sia prodotto, dovendo valutarsi se lo stesso debba rimanere nella sfera del danneggiato o se possa essere trasferito in quella del danneggiante, l'ordinamento, sulla base di una valutazione ex ante, fa prevalere l'interesse del danneggiato alla traslazione del danno con la previsione dell'obbligo risarcitorio, sul presupposto dell'ingiustizia della lesione» (p. 79). In ogni caso la figura in commento è figura intrinsecamente ambigua e distonica rispetto ad altre previsioni del sistema. Peraltro, in ragione della previsione di un espresso indennizzo e non di un risarcimento integrale, le figure di atto lecito dannoso sarebbero sottoposte ad un regime di implicita tassatività. Questa affermazione presuppone che in tutte le ipotesi di atto lecito dannoso sia *prevista* la corresponsione di un indennizzo, mentre in alcune fattispecie ricondotte alla

Con riferimento invece al profilo dell'attribuzione automatica della paternità, in costanza di matrimonio, se la nascita avviene entro i trecento giorni dalla morte del marito, il caso rientra nella previsione dell'art. 232, co. 1, c.c., a mente del quale «si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio».

---

categoria dell'atto lecito dannoso è prevista un'obbligazione risarcitoria e non meramente indennitaria.

[26] Sull'esistenza di un diritto risarcibile del nascituro per perdita della bi-genitorialità in caso di omicidio colposo del padre durante la gestazione, una giurisprudenza, ormai risalente, aveva affermato che: «al figlio già concepito deve essere risarcito il danno patrimoniale e morale alla persona causato dall'omicidio colposo del padre ad opera di un ignoto conducente di un autoveicolo non identificato» (Trib. Monza, 8 maggio 1998, in *Danno resp.*, 1998, 927); ed ancora, «nella liquidazione equitativa del danno non patrimoniale derivante da fatto illecito, deve tenersi conto della gravità dell'illecito penale e di tutti gli elementi della fattispecie concreta, in modo da rendere il risarcimento adeguato al caso specifico. Ne consegue che il ricorso da parte del giudice di merito al criterio della determinazione della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno morale in una frazione dell'importo riconosciuto per il risarcimento del danno biologico, non è di per sé illegittimo, a condizione che si tenga conto delle peculiarità del caso concreto, effettuando la necessaria personalizzazione del criterio alla specifica situazione, ed apportando, se del caso, i necessari correttivi, senza che la liquidazione del danno sia rimessa ad un puro automatismo. (Nella specie, relativa al risarcimento del danno per la morte del coniuge e padre degli attori in un sinistro ferroviario, la S.C ha cassato la sentenza di merito che aveva applicato automaticamente le tabelle in uso presso il tribunale locale, senza dar atto di aver tenuto conto del danno da sconvolgimento delle abitudini di vita del nucleo familiare e della procurata assenza della figura paterna in relazione all'età dei figli (rispettivamente 4 anni e nascituro) al momento del sinistro» [Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10035, in *Giustizia civ. mass.*, 5, 2004]; tra l'altro «ai fini della risarcibilità del danno extracontrattuale non è necessaria la sussistenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato. Ne consegue che il nascituro, concepito all'epoca del fatto illecito, e successivamente nato, è titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti provocatigli da tale fatto purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento» (Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2000, n. 11625, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 327 ss.); dal punto di vista della legittimazione «il nascituro è personalmente titolare del diritto d'azione per il risarcimento dei danni patrimoniale, morale e biologico purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento o da quello in cui si rilevano gli effetti dannosi» (Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2000, n. 1460, in *Studium Juris*, 2001, p. 722 ss.).

In tal caso, non sussiste alcun impedimento per l'ufficiale dello stato civile che, sulla base delle dichiarazioni ricevute, provvederà *de plano* a redigere l'atto di nascita.

Tale presunzione, peraltro, non sarebbe affatto vincolante, potendo essere vinta dando piena prova del momento in cui è avvenuta l'inseminazione in utero. Ed inoltre, grazie ai progressi scientifici che rendono possibile l'indagine genetica sulla paternità, la stessa regola sull'assolutezza della presunzione citata non avrebbe più ragione di esistere[27].

Diverso, invece, il caso della nascita oltre i trecento giorni dalla morte del padre: la regola codicistica (artt. 231 ss. c.c.) è nel senso di attribuire rilevanza alla paternità legittima, purché si comprovi che il concepimento sia avvenuto in costanza di matrimonio.

In caso di fecondazione *post mortem*, partendo dal presupposto che il concepimento coincida con l'inizio della gravidanza, nel caso di ricorso alle tecniche impiantistiche dopo i trecento giorni dalla morte del *partner*, il soggetto, essendo stato concepito quando il matrimonio era ormai sciolto, non potrà essere considerato figlio legittimo.

Parzialmente differente il caso in cui l'inseminazione artificiale sia stata realizzata attraverso l'impiego della FIVET; in questa ipotesi sarebbe comunque necessario fornire la prova certa che la formazione *in vitro* dello zigote sia avvenuta prima della morte del *partner*, pur rimanendo integra la questione circa l'inizio del concepimento.

Nel caso in cui la morte del padre avvenga dopo la formazione dell'embrione, ma prima del suo impianto in utero, applicando le

[27] Del resto, anche in passato si sono date situazioni nelle quali l'applicazione della presunzione portava a risultati non veritieri e per certi profili aberranti. In tutte queste ipotesi l'opinione più accreditata è sempre stata nel senso di escludere l'applicazione della regola, in quanto priva di intrinseca razionalità. *A fortiori* ciò è maggiormente vero da quando – con la l. 184/1983 (che ha aggiunto il quarto comma dell'art. 244 c.c.) – si è concesso al pubblico ministero il potere d'iniziativa per la nomina di un curatore speciale che eserciti l'azione di disconoscimento; il che comporta che la paternità potrebbe essere messa in discussione anche contro la volontà del marito e della moglie per perseguire un obiettivo interesse del figlio. Ed ancora, esiste nel nostro ordinamento anche un altro strumento utile per far prevalere – *ex altera parte* – la verità sulla semplice legittimità e cioè l'azione di contestazione di legittimità, espressamente finalizzata a rimuovere, su richiesta di chiunque vi abbia interesse, lo stato di figlio legittimo risultante da un atto di nascita (art. 248, co. 1, c.c.).

presunzioni dettate per la disciplina della filiazione legittima, sarebbe possibile fornire la prova, *ex* art. 234, co. 1, c.c., che il figlio nuovo nato è stato comunque generato in costanza di matrimonio, anche là dove l'impianto in utero intervenga a distanza di un lungo tempo, anche diversi anni, dalla morte del genitore biologico. In tal caso, il figlio sarebbe non soltanto da considerarsi legittimo ma anche erede necessario, dando vita ad una vera e propria *revolution* nell'ambito della successione del *de cuius*. In linea puramente teorica, altra possibilità sarebbe quella di un eventuale riconoscimento preventivo, ipotesi, tuttavia, non contemplata dalla vigente normativa che richiede, sulla base del disposto di cui all'art. 254, co. 1, c.c. che sia avvenuto quantomeno il concepimento.

Non sarebbe praticabile nemmeno la possibilità di una successiva dichiarazione di paternità in via giudiziale in quanto l'art. 269, co. 1, c.c. consente tale dichiarazione solo nelle ipotesi in cui, astrattamente, il riconoscimento sarebbe ammissibile; l'obiezione, tuttavia, appare superabile – almeno in chiave ricostruttiva – sulla base dell'evoluzione delle moderne tecniche procreative, assolutamente ignorate dal legislatore della riforma.

Per quanto riguarda i profili di diritto successorio, il nascituro verrà ammesso alla successione del *de cuius* solo se già concepito al momento della morte dello stesso. Diversamente, nel caso di embrione crio-conservato, sulla base della regola dell'art. 462 c.c., il nuovo nato potrà partecipare alla successione dando la prova del suo concepimento, prima dell'impianto in utero, benché nato oltre i trecento giorni: in tal caso, il nascituro sarebbe erede sotto condizione sospensiva. E, infatti, il citato art. 462 c.c. precisa che sono capaci di succedere solo coloro che sono concepiti al tempo dell'apertura della successione, considerando pertanto incapaci di succedere quanti siano nati oltre i trecento giorni dalla morte del *de cuius*. Tale regola marca una linea di continuità con il più risalente diritto romano riguardo alla successione dei soggetti concepiti e successivamente nati oltre il decimo mese dalla morte del soggetto rispetto al quale potevano vantare diritti successori in via diretta. Il limite vale, ovviamente, per la sola successione legittima, atteso che la libertà di regolamentare la propria successione per testamento, pur con i limiti imposti dal rispetto delle norme sulla successione necessaria, consente al testatore di istituire eredi quanti nascono oltre il limite dei trecento giorni dalla

sua morte. Può, dunque, ragionevolmente sostenersi che i problemi relativi all'inseminazione *post mortem* avvenuta dopo l'apertura della successione, potrebbero trovare una equa soluzione proprio nel ricorso a clausole testamentarie *ad hoc* ove si contempli espressamente la volontà del defunto genitore in tal senso. Il che garantirebbe, tra l'altro, il pieno rispetto della stessa legge n. 40, là dove prevede (art. 6) come necessaria la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di PMA.

Abstract: Recently some jurisprudential novelties, linked to the use of medically assisted procreation, have reignited the debate on family law and on the limits to the usability of some peculiar medical-surgical techniques. A civil law approach grounds its arguments on two points, namely the necessary link between filiation and a physical relationship between man and woman, and the certainty that the child born of a woman is also biologically her son. The rise of new techniques of artificial insemination, on the other hand, has raised issues that courts have tried to address painstakingly and with caution. One of the most controversial aspects is precisely related to the c.d. post-mortem fertilization. The use of this type of fertilization poses various problems from a legal and ethical point of view. The present essay aims to analyze the most important ones.

Keywords: *post-mortem* fertilization – civil law – cell implantation – informed consent – medical ethics

Alberto Marchese – Ph.D. in Diritto civile – Docente a contratto di Diritto civile nella Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università di Messina – Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche. Università di Messina (amarchese@unime.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

The displacement of social Europe. The Spanish case*

Adoración Galera Victoria

CONTENTS: 1. Overview. Social constitutionalism and crisis in the European Union. – 2. Solidarity and the European Social Model in the context of the crisis. – 3. The Spanish case. – 3.1. Overview of anti-crisis measures and austerity policies in Spain. – 3.2. The main legal measures against the crisis in the sectors of health, education and the labour market. – 4. Conclusions.

1. *Overview. Social constitutionalism and crisis in the European Union*

The economic crisis in the Eurozone has marked decisive political orientations and decisions of recent years, both at EU level and in various Member States. As we have noted in the period of the crisis, its effects have gone beyond the economic area to the legal and political, and even the constitutional level. External powers different to the classic powers of the State, particularly economic power, have redefined their role and influence in the areas of public decision making, to the point of imposing their vision on politics and law. Indeed, the political decisions that have innovated or changed the

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

This article has its origin in the paper presented to 'Europe and its crises' Workshop hosted by Department of Politics and International Studies (POLIS) at the University of Cambridge (30th June-1st July 2016). Participation in the Workshop is part of the research activities carried out during visiting research at the Faculty of Law of the University of Cambridge, financed by the Spanish Ministry of Education, Culture and Sport under the framework "Jose C astillejo" Mobility Program. Particular thanks are due to Professor Catherine Barnard for the constant collaboration throughout the entire research period at the University of Cambridge (April-July 2016).

"European crisis law" have been encouraged by economic factors[1]. However, these public crisis-influenced decisions have an immediate effect in terms of solidarity and effectiveness of social rights in the European Union.

Indeed, it is precisely for that reason that we would like to recall that in European constitutional culture the State assumes a responsibility with citizens who must be guaranteed social benefits[2]. In European constitutions adopted after the Second World War and later are illustrative of the commitment to the equality and social model of the state. These types of constitution express a clear political ideal and opt for a State provider of services and benefits to citizens (the Welfare State). Social rights appear in the orbit of protection that the state provides to citizens. They are rights that, as opposed to the classic individual rights arising in the context of the liberal era, express the State's commitment to the value of equality[3]. The constitutional recognition of social rights expresses the essential values to society and, in turn, determines a line of action for public authorities. Equality not only requires equal treatment between individual and collective subjects of rights, but because of its finalist nature, it requires the establishment of measures to correct social inequalities.

The constitutionalization of a social State is a core material element of this Constitution; on the other hand it determines the activity of public power, which shall carry out measures relating to the intervention-transformation of reality in order to achieve equal rights

[1] F. Balaguer Callejón, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa* in *Revista Española de Derecho constitucional*, 98, 2013, p. 91. In fact, the crisis has made evident the current changes in the world. In this regard see J. Esteve, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, 2013, p. 115.

[2] "Most constitutional systems in Europe are based upon the assumption that the State should play an active role in securing the economic and social well-being of its people" C. O'Cinneide, *Austerity and the Faded Dream of a Social Europe*, in A. Nolan (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, 2014, p. 69-201.

[3] D. Grimm, *Types of Constitutions*, in M. Rosenfeld-A. Sajo (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 98 and 125.

for all[4]. The State connects the social needs of citizens, holders of rights in the State, with the activity of the public authorities. Thus, in European constitutionalism, the relations between political power and civil society change. The State assumes obligations to citizens and recognises and guarantees social rights.

However, the economic crisis in the Eurozone highlighted the huge gap that currently exists between reality and norm[5], between reality and rhetoric[6]. The Rule of Law has been challenged by the new European economic governance[7]. The Rule of Law is an essential constitutional principle and decisions taken by the political authorities in the European public arena have turned against it. Not only has this basic principle of constitutionalism been challenged, but also the solidarity principle and social dimension of European Union.

In the framework of the so-called new constitutionalism, the neoliberal theory and its practices have failed to deliver economic and social development for the people in the world[8]. Even such neoliberal practices go beyond because they invalidate the public opinion and silence the popular resistance[9]. And Europe Union is not an exception. The austerity measures and restrictions on public spending have affected people incisively, generating greater inequalities and

---

[4] C. de Cabo, *El Tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social* in *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007, p. 199 at 213.

[5] C. de Cabo, *Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador,* in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 11, 2009; Text available at www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/01CarlosDeCabo.htm (accessed 15 March 2018).

[6] C. O'Cinneide, *supra* n. 4.

[7] See C. Kilpatrick, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts,* in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 1 at 29; B. De Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation? European Constitutional Law Review*, 11 (3), 2015, p. 434-457. See also, S. Peers *Towards a New Form of EU Law? The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*) *European Constitutional Law Review*, 9 (1), 2013, p. 37-72.

[8] See S. Gill and I. Bakker *New constitutionalism and the social reproduction of caring institutions,* in *Theoretical Medicine and Bioethics*, 27, 2006 p. 35–57.

[9] See among others C. B. Tansel (ed.) *States of discipline: Authoritarian Neoliberalism and the Contested Reproduction of Capitalist Order* (Transforming Capitalism), London, 2017.

reducing their social rights. Overall, social rights are considered *weak rights*, despite being essential to the welfare state, but in this economic context they have shown even more vulnerability. The euro crisis has generated a huge gap between public institutions and citizens and, therefore, a social and political problem relevant to constitutional law[10]. The adoption of public policies aimed at the implementation of equal and social rights has proved unnecessary, if not extravagant. It becomes evident a displacement of values and social constitutionalism and thus, the weakness of the European social model.

From the beginning of the European Project, the subordination of the social constitution to the economic constitution has been clear. However, this confrontation is opposed to the achievements of the European constitutional culture[11]. The logic inherent in this "public crisis decision" is not "politics", as had been noted, but "only diplomatic bargaining and cunning power games among national government representatives and unelected technocrats"[12]. Thus, the crisis in the Eurozone has produced an imbalance between market and social Europe enabled by an increase soft law's binding effects against the hard law[13]. New governance has produced a weaken the classical normative methods, but also a displacement of social Europe

[10] M. Rodrigues Canotilho, *La situación económica (y social) de los países en la crisis* in F. Balaguer Callejón, (ed.) *The dimension of the public administration in the context of globalization: La dimensión de la administración pública en el contexto de la globalización*, Madrid, 2015, p. 505.

[11] P. Häberle, *Siete tesis para una teoría constitucional del mercado*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 5, 2006, p. 11 at 31, p. 24.

[12] M. Ferrera, *Solidarity in Europe after the Crisis*, in *Constelations*, 21, 2 2014, p. 222 at 238, p. 224.

[13] See S. Garben, *The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union,* in *European Constitutional Law Review*, 13 (1), 2017, p. 23-61; M. Dawson, *New governance and the displacement of Social Europe: the case of the European Semester*", in *European Constitutional Law Review*, 14 (1), 2018, p. 191-209; S. Garben, *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?* in *European Constitutional Law Review*, 14 (1), 2018, p 210-230; For another perspective on the role of Hard and soft law in this matter see D. M. Trubek and L. G. Trubek *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, in *European Law Journal*, 11 (3), 2005, p. 343–364.

that is arguable due to different reasons[14]. First, this mode of action of public power is not able to provide responses to the challenges of collective action and legitimacy that the European Union currently holds as a political project[15]. Nor is it consistent with the principles and values of a social constitutionalism model, also assumed by the European Union through the European Social Model. In addition, in the framework of a globalized world, Europe needs to strengthen itself as a political actor and strengthen its basic pillars and the social pillar is one of them. It seems necessary to restore the social European component if it is to advance in the construction of a common political project.

Therefore, attending to the current situation it seems appropriate to revisit this issue and to consider the impact of the reforms and measures of the crisis on the European Social Model. From a constitutional perspective, this paper will focus on and analyse the effects of anti-crisis measures and how it is has questioned the principles of solidarity and the effectiveness of social rights, particularly in the Spanish case. The questions that could therefore sum up the subject of this investigation are the following: 1.What remains of the European social model after the crisis? Or, in other words, can the European social model remain a hallmark of Europe? 2. What happened to social rights and the value of solidarity in Europe during the crisis? 3. On a more practical level, what have been the public decisions on the crisis in Spain, and what have been the effects on social rights and equality?

In order to attempt to answer these questions I propose two basic lines of argument. First, from a theoretical perspective, I would like to recall that the European Union is a political organisation with ideology and that the European Social Model is one of the premises in the process of European construction. I would also like to recall that, as we have noted at this time, the process of European integration has been advancing as the social model has been weakening. Secondly, I

[14] See for example, Claire Kilpatrick The *displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry* in *European Constitutional Law Review*, 14 (1) 2018, p. 62-74; S. Garben, *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?,* op. cit. *supra* n. 15.

[15] M. Ferrera, *Solidarity in Europe after the Crisis*, op. cit. *supra* n. 14.

will also attempt a more practical approach to explore the effects of anti-crisis measures adopted in Spain and the resulting loss of social rights.

2. *Solidarity and the European Social Model in the context of the crisis*

In this context we should incorporate a basic premise: *the European Union is a political community with ideology*[16]. It is not ideologically neutral, nor is it neutral in its political choices. The process of European integration is achieved through a contradiction between the European welfare state and its economic model. The social state is the basis of European integration, but as the Union is consolidated it becomes a destroying factor of all that remains of a social state within the Member States[17]. This observation is more acute in the context of the measures implemented to tackle the economic crisis in the Eurozone. The effects of the rules and methods adopted in the framework of economic governance go beyond strictly macroeconomic results. There are also great cultural, political and constitutional consequences[18]. Citizenship disaffection, devaluation of solidarity or the emergence of social movements resisting neoliberal Europe shapes a deep social and political crisis in the European Union itself[19]. The European Union "seems dangerously close to

[16] C. de Cabo *supra* n. 7.

[17] *Ibidem.* See also, G. Maestro, *Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea* in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 8, 2007, p. 43 at 73.

[18] See among many others: K. Tuori and K. Tuori, *The Eurozone crisis, A constitutional analysis.* Cambridge Studies in European Law and Policy. Cambridge, 2014; A. Hinarejos, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, 2015; K. McNamara *The Politics of Everyday Europe: Constructing Authority in the European Union*, Oxford, 2015. M. Ryner and A. Cafruny *The European Union and Global Capitalism. Origins, Development, Crisis*, London, 2016.

[19] For a more radical approach on social resistance to austerity trends in Europe, see among others D. J. Bailey et al. *Beyond defeat and austerity: Disrupting (the Critical Political Economy of) Neoliberal Europe*, Abingdon, 2017; C. B. Tansel

losing even the minimal traits of a «community» –in symbolic, political and sociological terms"[20]. In social terms, as we aim to argue, '*Public decisions of the crisis*' have questioned the European social model with a break or a weakening of social pacts and commitments to social cohesion and equality that had been constructed. This is expressed in the Treaties, where the *social dimension* of the European Union is expressed in diverse forms.

Thus, if we consider the primary Law, the European Union Treaty establishes that the purposes of public authorities must aim towards full employment and social progress. In the same way, it shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men and solidarity between generations. Consistently it marks one of its objectives as the economic, social and territorial cohesion and solidarity between Member States (article 3.3 TEU). On the other hand, the 'social policies' are recognised as shared competences between the Union and the Member States, and they must be implemented under the European coordination (article 4.2 and 5.3 TEU). However one of the most important commitments to equality and social solidarity can be found in the Charter of Fundamental Rights of the EU, in particular Chapters III ('equality') and IV ('solidarity'), and, also in the European Social Charter (ESC).

Therefore, the European primary law formally includes the budgets and basic social imperatives that underlie the process of European construction. However, since the beginning of the crisis, there has been a progressive deterioration of the European social model and the positions of equality and social rights of citizens. In this scenario I would like to recall that the so-called European Social Model was and indeed is still important to the European society and the European Union project. However, the fundamental elements of the European Social Model have been transformed radically, and sometimes even dismantled, although obviously they were not the cause of the crisis or budget deficits, particularly in some Member

(ed.) *States of discipline: Authoritarian Neoliberalism and the Contested Reproduction of Capitalist Order,* op. cit *supra.* n. 11.

[20] M. Ferrera, *supra* n. 17 p. 234.

States[21]. In fact, currently, the impact of the economic crisis on the social dimension could be considered as an important integral part of the European project. The European Social Model is facing an existential crisis, which can be defined by three specific crises (of legitimacy, purpose, and regulation) that reflect an ever-deepening crisis in the EU[22]; namely, this is not a cause or a consequence of the European identity crisis, it is only another symptom.

It is true that the cost of implementing austerity measures in the European and national administrations is causing suffering within the European Union Project. However, Europe must not ignore the Social Model and solidarity as one of its main constituent elements if it is not to give up one of its hallmarks. Solidarity is a complex concept with different meanings that in the European project is shown as an essential instrument for achieving greater equality between Member States and within each State[23]. Therefore, European economic measures should be inspired to preserve the Social Model of the States and the Union itself, thus contributing to the development of a "social" democracy in Europe[24]. The anti-crisis measures have challenged the European Social Model with a break or a weakening of social pacts and commitments to social cohesion on which the EU is built and embodied in the Treaties[25]. However, the European Social Model is able to survive and has a huge 'ability to regenerate and resurrect itself in different guises'[26]and its *reconceptualisation* "is

[21] See D. Vaughan-Whitehead (ed.), *The European Social Model in Crisis Is Europe Losing Its Soul?*, Geneva, 2015.

[22] C. Barnard, *EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future*, in *Current Legal Problems*, 67, 2014 p. 199 at p. 237, p. 202.

[23] R. Gumbrell-McCormick and R. Hyman, *"International Trade Union Solidarity and the Impact of the Crisis* in *European Policy Analysis*, 1, 1-16 2015, Available at www.sieps.se (accessed 15 Mach 2018).

[24] A. Schillaci, *Gobierno de la economía y desarrollo democrático de la unión europea. Apuntes sobre el principio de solidaridad*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 26, 2016. Text available at www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm (accessed 15 Mach 2018).

[25] J. A. Sanahuja, *Las cuatro crisis de la Unión Europea*, in M. MESA (edits), *Cambio de ciclo: crisis, resistencia y respuestas globales*. Anuario 2012-2013, Madrid, 2013, p. 51 ss.

[26] C. Barnard, *supra* n. 24, p.199.

central to understanding the EU's sense of self and possible future(s)"[27]. Indeed, the European Union needs to revisit the concept. It needs "a new idea of social Europe" and defines a coherent notion of solidarity to make progress in political and social integration[28]. New evidence that the social dimension of the European project remains can be found in the framework of the Europe 2020 strategy. The so-called 'Horizontal social clause' offers several political actions to deepen "socialization" at EU and Member State level[29]. The reasons behind this survival (or more exactly its reformulation) could be due to several factors: political, social, economic, even symbolic or strategic. However, it seems clear that Europe needs to build more strong and defined its signs of identity. And the European Social Model is one of them.

The latter context could be considered as relevant that 'the Welfare State is the proposal of the European Union to the world. Without that proposal democracy loses depth and probably also the Union loses some of its meaning'[30]. From this premise, we find interesting economic proposals in order to strengthen the pillars of the European social model[31]. Accordingly, European policies must

[27] See I. Bruff *Cease to exist? The European 'social' model and the hardening of 'soft' EU law*, in CB Tansel (ed.), *States of Discipline: Authoritarian Neoliberalism and the Contested Reproduction of Capitalist Order* op. cit. supra n. 12, p. 149-169.

[28] See F. Vandenbroucke-C. Barnard-G. De Baere,(eds.) *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, 2017.

[29] See E. Malier-D. Natali, D (eds.) with Van Dam, R. *Europe 2020: Towards a More Social EU, Work and Society,* 69, Frankfurt, 2010, p. 11.

[30] Economists Confronting the Crisis, *Founding Manifesto*, *Changing Economic Policy to Bring Europe Back: The Proposal by Economistas Frente a la Crisis* 2014, p. 1. Available at https://economistasfrentealacrisis.files.wordpress.com/2014/03/european-manifesto-economists-confronting-the-crisis.pdf (accessed 15 March 2016).

[31] These proposals are formulated around three key points: a) "European economic policy must be recovered as a means to hand Europe back to its citizens". The way out of the crisis will be complete with proposals that foster growth and job creation without sacrificing workers' rights; b) Europe's ways out of the crisis must be built upon a 'backing of a new, balanced, environmentally sustainable growth model, guaranteed by financial stability, and built upon the European Welfare State'; and c) 'Lastly, in order to prevent future crises, the EU must decisively move

achieve economic growth without undermining the rights of people, achieving a balanced and solidarity economic model in the interests of greater equality and social cohesion. It is necessary to find ways to solve the apparent contradiction between the prevailing economic demands and the European social model. It is possible to meet the objectives of economic growth and sustainable development from a vision that strengthens the pillars of the European social model. If the European Social Model is in fact, a source of inspiration for various emerging economies, it is crucial that the European Union makes the decision to preserve a social model as an essential element of its own history[32]. The Union must be able to promote economic development in an increasingly social and territorially cohesive space, and should make progress on political and social integration[33] if it wants to keep its identity and provide leadership as a main actor in a globalized world.

3. *The Spanish case*

The European framework of stability and economic governance forces States, particularly in the public sector, into a rigid legal regime that aims to limit deficit and public debt. The State acts as the ultimate guarantor of achieving these objectives. Spain, as in the case of other Member States where the impact of the crisis has been very strong (Greece, Ireland, Italy and Portugal), has imposed measures in accordance with the criteria of austerity in public spending. As a result, it is not difficult to appreciate the important change in the orientation of public policies and, in particular, the reduction of social policies.

In Spain the economic crisis has had hard and very intense effects on social and labour levels, and it has lasted a very long time. The start date is well-known, (2008) but, despite the latest forecasts of

---

forward in the consolidation of European economic governance, in particular through the culmination of the Monetary Union' *Ibidem* p. 2.

[32] D. Vaughan-Whitehead *supra* n. 23.

[33] L. Tsoukalis The *Unhappy State of the Union. Europe Needs a New Grand Bargain,* London, 2014.

economic growth predicted for Spain until 2018[34] the end is still uncertain. It is an economic crisis that has been faced by governments of different political hue: the social-democratic PSOE led by Mr Rodríguez Zapatero (2008-2011) and the conservative political party (*Partido Popular)* led by Mr Rajoy (Nov 2011-2016), and where government measures to manage the crisis have been very diverse. Indeed, the economic and fiscal stimulus policies for individuals and companies of the first years gave way to a tough policy of spending cuts in all sectors of public activity later on. Also during this period the labour market was submitted to a deep, questionable and obligatory reform.

The following pages try to analyses of main policy and legal reforms undertaken by successive governments in Spain during the crisis in the Euro zone. First, the analysis develops an overview of the economic, legal and even constitutional measures adopted during this period. Secondly, the case study focuses on three specific sectors: health, education and the labour market. In this way, we will try to demonstrate how European economic law has prevailed over the European social pillar and the social constitutionalism latent in the member states. The impact the main anti-crisis measures adopted by the Spanish authorities could be summarized as follows.

3.1. *Overview of anti-crisis measures and austerity policies in Spain*

When in 2008 the Spanish public authorities were facing the economic Euro crisis in their Country, they put in place policies that were intended to revive the economy and soften the effects of the crisis in families and business through increased public spending and some tax reduction. In the framework of these policies, among the most emblematic measures there was a provision of two thousand five

[34] European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, *European Economic Forecast. Autumn 2016*, Institutional Paper, 038/November 2016, p. 88-90. Available at http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eeip/pdf/ip038_en.pdf (accessed 15 March 2018).

hundred Euros for each new birth or adoption; a reduction of four hundred Euros of personal income tax was approved, and the elimination of a Wealth Tax was agreed. In May 2009, the government approved a new package of fiscal stimulus measures designed to lower the tax burden on small and medium enterprises (SME) and to promote the purchase of housing and automobiles. However, this did not only fail to control the crisis situation; on the contrary: the macroeconomic data of an Economy in recession encouraged the adoption of measures for saving and control of public spending.

Indeed, according to official data provided by the Spanish Government there would be an immediate and clear impact on financial and economic activity as a result of the crisis. A decrease of three point seven per cent of GDP in 2009 and a significant increase in the unemployment rate: from eight point six per cent of the active population in 2007 to seventeen point seven per cent in May 2009 and twenty-two point five per cent in 2011(reaching the maximum rate of twenty six point three per cent in 2013). On the other hand, the reduction in tax revenue and increased public spending would generate a deficit of eight point nine per cent of GDP in 2011, compared to the existing surplus of one point nine per cent of GDP in 2007). Public debt increased to sixty-eight point five per cent of GDP in 2011, compared to data recorded in previous years, for example forty point two per cent in 2008. Faced with this data, the austerity policy programme began.

In May 2010, the formulae adopted by the Spanish authorities combined measures to limit public spending with tax collection methods by raising personal income tax rates and value added tax. In both cases, economic pressure was placed on the middle and working classes. There was an attempt to control costs by reducing the wages of civil servants and freezing pensions (Royal Decree-Law 8/2010 on 20 May 2010). In June of that year the first labour reform of the crisis was implemented (Decree-Law No.10/2010, on 16 June). The anti-crisis measures taken have also been particularly aggressive towards families and care within certain groups, such as children and the elderly. A paradigmatic example is the freezing of the application of Act 39/2006 to promote Personal Autonomy and C are for Dependents. In addition, important cuts in financial support for

families and child benefits were approved. Thus, social rights that had represented a real achievement for people in recent years in Spain were left with no real content. Despite the harshness of these measures, the economic situation in Spain was not controlled, and the adoption of additional measures was required.

In summer 2011, a private communication from the European Central Bank (ECB) caused changes in the economic decisions of the Spanish Government. Indeed, at the peak of the Eurozone crisis, the letter sent on 5 August by Former ECB President Jean-Claude Trichet to the then Spanish Prime Minister Zapatero set out a detailed number of conditions to reduce public spending in exchange for the purchase of sovereign debt[35]. As of that moment, the economy was dominating the Spanish political scene, taking precedent over any other matter. The market was imposing on politics and law, with the situation of economic recession radically changing priorities. Spain was committed, together with other countries in the Eurozone, to ensuring the budgetary discipline imposed by the Troika through the European Central Bank.

The first measure adopted at a constitutional level was approved: the crisis was institutionalised in Article 135 of the Spanish Constitution via a parliamentary proposal on 23 August, published in the Official State Gazette on 27 September. Indeed, in the context of the commitments adopted at European level for the Eurozone, the second reform of the Spanish Constitution was approved. As in the case of other Member States, Germany (2009) and France (2011) and, later, Italy (2012), membership of the European Union promoted the content of a constitutional reform. It would be a more European than national constitutional reform[36], in which Spain introduced the legal

[35] The letter was not disclosed until November 2013, when it appeared as part of the memoirs of Former Spanish Prime Minister Zapatero. For more on the political and social impact of this revelation, see for example *El País*, 26-28 November 2013, http://politica.elpais.com/politica/2013/11/28/actualidad/1385632542_805034.html

[36] See J. Pérez Royo, *La reforma del artículo 135 CE*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 2011, p. 198 at 203, p. 199.

principle of budgetary stability[37] as a 'structural value and limit on the capacity for the State to act' (Preamble of the reform Constitution). The technical imprecision of the wording and the excessive urgency in the processing of the reform were the object of much dogmatic and political criticism[38]. The questions arising from its approval regarding the sustainability of the welfare state were also notable[39]. Nonetheless, constitutional reform would not just be the symbolic beginning[40]. The reality was a confirmation of the weakness of the welfare state in situations of economic crisis. Indeed, the new government emerged from the December 2011 elections to face the harsh economic conditions imposed by ECOFIN and assumed in the Memorandum of Understanding signed on 23 July 2012 (Official State Gazette of 10 December) The high degree of intervention in the Spanish economy and the economic and financial objectives set by Brussels and Frankfurt forced immediate changes to the banking sector, public spending and the labour market. Austerity, controlled public spending, efficiency and competitiveness were incorporated as principles to inspire the proposals for reform of the Spanish public sector[41]. The presence of these criteria in the acting of all government

[37] The principle of budgetary stability was already recognised in the *General Budgetary Stability Law (Ley General Presupuestaria) Law 15/2006, of 26 May, amending Law 18/2001, of 12 December.*

[38] See the arguments behind the constitutional complaint filed in the Constitutional Court (*Recurso de amparo*) against parliamentary agreements on the constitutional reform process. Court order 9/2012, 13 January 2012 (Official State Gazette on 11 February 2012).

[39] See G. Cámara Villar, *La reforma del artículo 135 CE*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 2011, p. 180. E. Álvarez Conde, *La reforma del artículo 135 CE*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 2011, p. 161.

[40] In subsequent decisions the Constitutional Court upholds the constitutionality of the measures taken under the principle of budgetary stability. See among other Judgement 215/2014, 18 December 2014; 81/2015, 30 April, 101/2016, 25 May; 43/2017, 27 April or 101/2017, 20 July. In this regard, see C. Fasone, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective*. In *EUI Working Paper MWP 2014/25,* Text available at http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33859/MWP_WP_2014_25.pdf.

[41] *Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas*, (CORA) *Report, 19 June 2013,* Madrid, 2013. Available at

(state, regional and local) have had direct negative effects on the provision of basic social rights such as education, health and social benefits, not to mention the labour conditions of working people.

3.2. *The main legal measures against the crisis in the sectors of health, education and the labour market*

The following pages analyse the main legal anti-crisis measures adopted in these sectors crucial for people: health, education and the labour market. This is presented chronologically along with the contradictions that are noticed from the assumptions of social constitutionalism. To this end, we will recall the legislative reforms adopted during the crisis in Spain and the main judicial decisions affecting them.

a) *In the health sector*, conditions or limited access to health care, which eliminate the universal and free nature of the Spanish system (health co-payment, several conditions on access by non-nationals) were established. The right to health protection is recognised by the Spanish Constitution under article 43, on the Rights and Duties of Citizens. It specifically establishes that 'The right to health protection is recognised' (paragraph 1) and 'it is incumbent upon the public authorities to organize and watch over public health by means of preventive measures and the necessary benefits and services'. Therefore, the social State recognises the right of all people to health care, and all competent public authorities (Central Government and the Autonomous Communities) are obliged to guarantee this right. Due to the characteristics of the Spanish territorial system, the National Health System (NHS) is composed of a complex set of rules of differing natures and territorial scopes[42]. Since

http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF (accessed 15 March 2018).

[42] See among others M. León Alonso, *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de Derecho*, Doctoral thesis, Salamanca 2009, http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18595/1/DDPG_Proteccion%20constitucional%20salud.pdf (accessed 15 Mach 2018); Y. Gómez Sánchez, *Constitución*

the decade of the eighties the health system had been built on these constitutional rules and, in particular, on two basic principles: universal coverage and free health services. However, both principles were broken by the implementation of the first crisis management measures in this sector.

In fact, austerity measures promoting the reform of the health care system affected access as well as benefits and quality. On the one hand, the quantity and quality of health care was reduced by the first measures. Also the introduction of the controversial health co-payment was damaging to users of the system. The extraordinary measures to reduce the public deficit introduced by Royal Decree-Law No. 8/2010 on 20 May, affecting numbers and wages of public workers, inevitably included National Health System workers. There was a lowering and freezing of wages, a reduction in employment and in opportunities for access by new specialised health workers (especially marked among new doctors and nurses).

Besides these measures to reduce the expenses of sanitary personnel, in parallel, measures directed at rationalising (reducing) expenses relating to sanitary material pharmaceutical products were adopted. The strongest and most criticised measures would consist of reducing the number of free medicines for patients, previously entirely supported by the NHS. The known health co-payment now required each patient to provide at least 10 per cent of pharmaceutical expenditure, although with the percentage being limited to a fixed amount per month based on income[43]. With this measure, the gratuity of the system was broken.

According to the data examined, the negative effects of these first measures on the quality of public service and the effectiveness of the right to health protection were immediate: the number of beds per inhabitant decreased considerably (Three point three per each inhabitant in 2007 to two point one per each inhabitant in 2011);

Española y Salud: fundamentos y dilemas de desarrollo del SNS, Madrid, 2012 Available at http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500644/n6.11_Constituci__n_Espa__ola_y_salud.pdf (accessed 15 March 2018),

[43] Royal Decree-Law No.4/2010, 26 March 2010 for the rationalisation of pharmaceutical expenditure charged to the National Healthcare System).

waiting lists for certain types of surgery increased, compared to the desirable trend initiated in the years before the crisis; and citizens now had to be involved in direct spending on medicines[44].

In addition, the complexity of the territorial system of powers relating to healthcare between the State and the Autonomous Communities provided a difficult map for the exercise of this right on an equal basis in Spanish territory as a whole. Reasonable differences in the exercise of this or any other fundamental right are admitted within the framework of the territorial model. Indeed, according to an established doctrine and constitutional jurisprudence, equality does not mean identity or homogeneity in subjective positions of all people in all parts of the territory; rather, it means the guarantee of an equal basic core for all matters fixed by the central State from which non-substantial differences are possible within the conditions of the exercising of the rights in each Autonomous Community[45]. However, these minimum conditions for all would not be respected by the Autonomous Community of Catalonia when introducing the co-payment of one euro per prescription for *all* users of the Catalan health system. This measure has been declared contrary to the constitution (*Constitutional Court, Judgment 71/2014, 6 May*).

Another measure taken in the context of the crisis, and of great interest in this matter, affected holders of the right to healthcare. In effect, the Government redefined these through the concept of *insured* and *beneficiary* and linked healthcare to the Social Security system. Thus, in practice, the limitations of access to the system now fell on irregular and non-resident immigrants, who were only guaranteed healthcare in emergency situations (serious illness or accidents) and specific groups of people (pregnancy, childbirth and postnatal care, and minors). The political reactions opposed to this rule were immediate because it was considered contrary to equality

[44] See J. Lladós Vila and T. Freixes, Study *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU- Country report on Spain*, Document requested by the Committee on Civil, Liberties, Justice and Home Affairs, Brussels 2015, Document available at: www.europarl.europa.eu/studies (accessed 145 March 2018), p. 36-40.

[45] *Constitutional Court sentences 37/1981, 16 November; 37/1987, 26 March, 52/1988, 24 March.*

and especially adverse for the most vulnerable groups. Among the scientific doctrine, critics have also been numerous because this measure limited the holders of a right by means of *emergency legislation*, through decree law (Royal Decree-Law No. 16/2012), whose suitability is constitutionally questionable[46].

Four years after coming into force, *Constitutional Court Judgment 139/2016, 21 July* confirms the constitutionality of these measures. The social and economic content of the right to healthcare and the context of crisis in which the regulation was approved are the central arguments of the judicial decision. The Court also relied on its precedents (*Constitutional Court Judgment 236/2007, legal ground 4*) and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) (Judgment of the Court, First Chamber of 14 June 2016) to affirm: 'The legislature may take into account the data of their legal and administrative situation in Spain, and therefore, require foreign authorisation of stay or residence as a requirement for the exercise of some constitutional rights'. The purpose of the rule in question is none other than the 'preservation of constitutionally protected interests, such as the maintenance of the public health system, without ignoring the possibilities of the system at a time of intense economic complications, observing the distinction between foreigners with residence permits and those without' (*Constitutional Court Judgment 139/2016, legal ground 12).*

However, we share the opinion expressed in the dissenting opinion to this judgment opposing this legal interpretation based on budgetary constraints. Firstly, it departs from its precedents with a weak argument that removes the rights to healthcare, life and physical integrity on the basis of 'eventual cost savings'[47]. Secondly, it argues

[46] Among others see V. Aguado i Cudolà - Prado Pérez, *Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar*, *Revista Vasca de Administración Pública* , 99-100, 2014, p. 87 at 110, p. 89-93; J. Cantero Martínez, *Constitución y derecho a la protección de la salud. ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios?*, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* , 8, 2013, p. 1 at p. 26, p. 24-26. Available at www.revista.uclm.es/index.php/cesco (last accessed 15 March 2018).

[47] *Court order 239/2012, 12 December, legal ground 5; 114/2014, 8 April, ground 8 and 54/2016, 1 Mars, ground 5*).

against well-established case law from the European Court of Human Rights, to which the Spanish courts are linked, interpreting the content of fundamental rights[48]. Thirdly, and most importantly, because the suppression of the universality of the right to healthcare produces a reversibility of a social right and, therefore, requires a strong, sufficient and reasoned motivation that does not appear in the one made by the majority of the Court. In the context of the Welfare State it seems necessary that an eventual reversibility of a social right already achieved must be sufficiently motivated as it supposes deprives the person of social achievement (see Dissenting opinion, grounds II and III).

b) *In the education sector*, changes have negatively impacted on the quality of public education and restricted equal access and exercise to this right. According to the line of international and European treaties (article 26 Universal Declaration of Human Rights, 2 European Human Rights Convention or 14 EU Charter of Fundamental Rights of the European Union, among other texts), the Spanish Constitution includes the right of education with a double dimension: on the one hand, as a right of liberty and, on the other hand, as a social right which obliges the State to provide the public service of education (article 27 SC)[49]. In accordance with its social dimension, the Constitution obliges the Spanish public powers (State and Autonomous Communities) to provide the public service according to the principles of universality, quality and gratuity. These basic requirements for the enjoyment of the right and the provision of the public service have also been identified with the four *a's*: affordability, accessibility, acceptability and adaptability[50]. However, these principles have been called into question in the wake of the economic crisis. Certainly the changes have adversely affected the

[48] *Judgment ECHR cases D. v UK* 2 May 1997; *Panaitescu v. Romania* 10 April 2012; *Valentin Câmpeanu v. Romania*, 17 July 2014; *Brincat et al. v. Malta,* 24 July 2014, among others.

[49] *Cf.* Vidal Prado, *Educación y austeridad*, 1, *Lex social: Revista de los derechos sociales, 1* 2014, p. 21 at 33, p. 29 ss.

[50] *Cf.* L. Cotino, *El Derecho a la educación como derecho fundamental especial atención a su dimensión social prestacional Madrid,* 2012.

quality of public education and restricted equal access to it for all individuals[51].

As in the health sector (and also in the labour sector, as will be discussed below), changes in the education system were adopted through emergency legislation (royal decree), politically justified by the public spending rationalization and savings commitments. However, at the legal level, we can again observe the numerous use (and 'abuse') of emergency legislation in this period which confirms the enormous role of the government vis-à-vis parliament in this economic context[52]. The rules were barely debated by parliament. Classical parliamentary activity focused on the discussion and debate of legislation was weak, with the government politically managing and regulating the crisis. In any case, this weakness of the Spanish parliament vis-à-vis the government has been identified as a common feature among the parliaments of the European debtor countries, as opposed to the greater strength of parliaments of the European creditor countries[53].

In these circumstances, and in the education sector, the first and most important measure was introduced by Royal Decree-Law No. 14/2012 on 20 April, which fell directly on teachers, impoverishing their working conditions through increases in working hours and salary reductions, along with increases in teacher/student ratios. The consequences of this measure are clear: the loss of the working

---

[51] See among others A. Aguilar Calahorro, La dimensión del Estado y las Administraciones Públicas en España, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* 20 2013. Available at www.ugr.es/~redce/REDCE20/articulos/02_A_AGUILAR.htm (accessed 15 March 2018); A. Boto Álvarez, *Medidas anti-crisis y reforma de las Administraciones: ¿quid de los servicios públicos?*, 2014 at www.academia.edu/7137933/Medidas_anti-crisis_y_reforma_de_las_Administraciones_quid_de_los_servicios_publicos (accessed 15 March 2018).

[52] See A. M. Carmona Contreras, *El decreto-ley en tiempos de crisis,* in *Revista catalana de dret públic*, 47, 2013, p. 1 at p. 20, p. 14.

[53] See S. Ragone, *La incidencia de la crisis en la distribución interna del poder entre parlamentos y gobiernos nacionales,* in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 24, 2015 Available at www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/03_RAGONE.htm (accessed 15 March 2016).

conditions of the workers in this sector and the deterioration of the quality of education and the academic performance of students[54]. Moreover, the budget for grants and scholarships was reduced. Financial assistance destined to ensure training at all educational levels were cut by making the academic and income requirements for obtaining scholarships stricter.

However, the effects associated with these budget cuts raise doubts in terms of ensuring equal access to this right. In order to achieve this objective, and according to consistent case-law, public authorities should ensure the existence of scholarships and financial aid. It is true that study aids (educational scholarship or grants) are not an instrument of social, rather educational and academic policy[55]. Nonetheless, we believe that the criteria used to review scholarship and grants policy was not due to changes in the Government's educational policy. Instead, it seems that economic cuts for scholarships and study aids were due almost exclusively to the implementation of austerity measures and savings in public spending. The economic policy implemented 'to contribute to achieving the mandatory objective of budgetary stability deriving from the constitutional framework and the European Union' according to the reasons stated in the Government (Royal Decree law No.14/2012).

In short, access to and enjoyment of the right to education at all levels has worsened, as the reality of recent years in Spain shows. OECD reports reveal remarkable data and information: a) The ratio of students per teacher is below the OECD average at all levels of education b) public funding has seen some reductions due to the economic crisis, although expenditure per student continues to be above the OECD average; c) High dropout and youth unemployment rates d) the performance of 15-year-olds was just below the OECD average (PISA 2012) and has remained unchanged over the years (PISA 2015). The conclusions are clear. Spanish educational system policies require efforts focused on quality of education and training to all[56]. Therefore, faced with the trend in recent years, educational

[54] .See J. Lladós Vila and T. Freixes, *supra* n 46, pp. 26-28.

[55] C. Vidal Prado, *supra* n. 51, p. 32.

[56] OECD *Education policy Outlook: Spain*, (2014) Available at www.oecd.org/edu/highlightsspain.htm (accessed 15 Mach 2018). See also OECD

policies must achieve an important social function of the State: to correct the social and economic inequalities of students and to guarantee the equality of opportunities for the enjoyment of a quality education.

c) On the other hand, along with the macroeconomic measures taken in order to reduce Spanish public spending, the Troika imposed 'structural reforms' *in the labour market* as additional measures to improve the functioning of the labour market and increase employment. In this sector, as has been pointed out previously, the following measures were immediately adopted, beginning with freezing the wages of public workers, but in general, worsening the employment conditions of workers in general through increasing working hours and reducing salaries and the flexibility of the labour market. The necessary reform of the production model, based for decades on the real estate sector, has been practically left out of political debate. Instead, as can be seen, it has fallen on the workers, through the loss of previously-established rights[57].

In response to obligations with Europe, two labour market reforms were implemented. The first was approved in June 2010 (Decree Law 10/2010, on 16 June, confirmed by Act 35/2010, 17 September). Among new changes, attention may be drawn to two measures: a) The introduction of flexibility within companies through changes in working conditions: adjustment or reduction of working hours and schedules motivated by economic, technical, organizational or production reasons; b) Dismissal for economic reasons was established, and severance payments were reduced. These first measures were presented as temporary instruments to adjust labour relations, deriving from the economic crisis. However, the changes produced by this labour legislation on workers' conditions have been consolidated in subsequent reforms that deepen the tendency to place

PISA 2015 Results. (Volume I and II), Published on December 06, PISA, (OEDC Publishing 2016), Available at www.oecd-ilibrary.org/education/pisa_19963777 (accessed 15 Mach 2015).

[57] *Cf.* A.Baylos Grau and F. Trillo Párraga, *El impacto de las medidas anti-crisis y la situación social y laboral: España* (*Comité Económico y Social Europeo* 2013) Available at www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-31-12-352-es-c.pdf (Accessed 15 Mach 2018).

employees in weakened positions against employers. In addition, this legislation implies an important impairment in the rights acquired by the workers.

In any case, the most intense and controversial labour reform was approved in February 2012[58]. Due to the inefficiency of the labour reform of 2010, this reform was a new attempt to promote job creation and correct the excessive duality and precariousness of the Spanish labour market. However, it did not achieve its purpose. The alarming unemployment data for subsequent years is proof of this failure. The unemployment rate stood at twenty six point nine per cent in the first quarter of 2013, at twenty five point nine per cent in the same period in 2014 and twenty three point seven per cent in 2015, according to official data published on the Spanish Active Population Survey. Instead, the second labour reform of the crisis has had a huge and direct impact on the individual labour rights of workers (Working hours, schedules, work shifts, training, conciliation between work and family life or syndication, among others) and the collective rights of workers (right to collective bargaining).

In the labour law of the crisis, 'work' is no longer considered as a right and an end in itself, to be understood as a means to achieve employment growth. Work is one more element of the production system, where the focus of interest shifts from workers and their working conditions to the employer. The employer now has a recognised dominant position in employment relationships, determining the working conditions of the worker to an even greater extent[59]. The internal and external flexibility of labour relations have been accentuated. The right to collective bargaining was modified both in its structure and in its content. This legislative power decision was subject to constitutional review.

Indeed, one of the most striking and controversial changes brought about by this reform is the non-application of the conditions agreed in a Collective Agreement via a unilateral decision of either party. In practice, this means the absence of social dialogue in the

[58] Decree law No. 3/2012, confirmed by Act No. 3/2012, 6 July.

[59] See M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer et al., *La nueva reforma laboral*, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 5, 2012 p. 1-39, p. 2.

adoption of decisions of great significance for workers. Despite doubts about the constitutionality of this measure, the Constitutional Court confirmed the action of the labour legislator, noting that it does not affect the rights to collective bargaining (article 37 SC) or freedom of association (article 38 SC)[60]. The opinion of the majority of the court is based on the legislator's capacity to define the right to collective bargaining and the situation of economic and labour crisis that justifies a legal measure aimed at job growth.

However, we share the doctrinal opinions and arguments of the dissenting opinions that accompany both judgments for two reasons: firstly, because the argument of the majority of the Tribunal departs from its interpretive line to not confirm the essential content of the right as a limit to the freedom of the lawmaker and, secondly, because this decision is inconsistent with the mandates of the Welfare State[61]. In addition, these arguments were not presented after a rigorous judgment on the suitability, necessity and proportionality of the measures that would justify, if necessary, the impairment of consolidated labour rights[62]. In short, trying to justify the loss of social rights based almost exclusively on the economic situation is legally weak but also dangerous, as it openly admits the weakness of the Social State against the demands of the Market and the Economy. This once again confirms the important role and predominance of the economic Constitution compared to the constitutional mandates of the Welfare State.

In summary, Spain, along with other Member States, has been subject to the incorporation of a regressive trend in social and labour rights. Labour market reforms have generated harsh effects on the social and labour rights of workers and, therefore, against the European Social Charter[63]. In the employment market, the Eurozone

---

[60] *Constitutional Court Judgment* 119/2014, 16 July and 8/2015, 22 January.

[61] *Constitutional Court Judgment 11/2016* and *8/2015*. Dissenting opinions.

[62] See P. Requejo, *El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 2015 p. 417 at 437, p. 430, 434.

[63] C. Barnard, *L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni: Révolution ou Evolution?*, in *Revue de Droit Comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2, 2012, p. 96 at p. 105 and C. Barnard, *supra* n. 28; S. Claumaert and I.

crisis has significantly reduced the possibility of improving the working conditions of workers, and has failed to promote employment, at least in adequate working conditions. The European system of industrial relations should not be governed solely by criteria of productivity or competitiveness. The labour market should not be so flexible as to make the European social protection model unrecognizable[64]. The measures taken by the Spanish authorities have generated increases in the levels of inequality that continue to grow, although of the job destruction stage seems already complete[65]. At present, the Spanish labour market continues to maintain high rates of long-term unemployment and a divided labour market, with workers earning less and labour and social rights reduced.

4. *Conclusions*

To conclude, I will attempt to recall, from a constitutional perspective, the severe impact of European and national crisis-related economic policy on the European social model and the values of equality and solidarity. The demands of austerity and reductions in public spending have prompted intensive reforms in the labour market and the public sector in Member States such as Spain, which have been hit hard by the economic crisis. The former has made the labour market more flexible at the expense of the rights of workers, and the latter has weakened the public sector in areas directly linked to basic rights such as education, healthcare and social benefits. The anti-crisis measures have been taken to correct economic imbalances, restore confidence and achieve economic growth. Nevertheless, the negative consequences generated in terms of social rights and the principle of equality cannot be assumable from a constitutional perspective.

Shömann, *The protection of fundamental social rights in times of crisis: A trade union battlefield*, in *Arbeitsvölkerrecht*, 2013, p. 239 at 256.

[64] *Cf.* B. Morata and M.T. Díaz Aznarte, *Reforma laboral en España: precariedad, desigualdad social y funcionamiento del mercado de trabajo*, in *Estudios Socio-Jurídicos*, 15(2) 2013, p. 41 at 71, p. 44.

[65] *Report OCDE*, Nov 2016.

In my opinion, ways must be sought to achieve a balance between the constitutional principles of efficiency, rationality and quality in public administration and the guarantee of the rights of citizenship. The direct consequences of the anti-crisis measures analysed show a situation hardly compatible with the European Social Model and social constitutionalism. The State has ceased to assume part of its responsibility to citizens in the interest of greater economic growth. However, overcoming the crisis cannot be at the cost of the social model assumed by European constitutionalism and solidarity as an integrating principle within the European project.

If the perception was true that the current economic situation has stabilized, perhaps the question now is to adjust political trends in a line more consistent with social constitutionalism; in short, the European social model as one of the essentials pillars of the European project should not be abandoned, rather strengthened as a way to achieve economic growth without undermining rights and the principle of solidarity. This should be one of its key components of the European Union to define and strengthen its position as a political actor in the face of the challenges of globalization.

Abstract: The economic crisis that has visited many European countries since 2008, and the austerity policies adopted in the framework of the new economic governance of the European Union, which emerged at the beginning of the second decade of the present century, it is throws into question the very existence of the Welfare State and with that the commitment to equality and the realization of social rights inherent to the European Social Model.

In this context, the paper focuses on, and seeks to analyze, the constitutional consequences of the economic crisis on the realisation of the social rights of citizens and the values of equality and solidarity in the European Unión. The investigation asks firstly, what remains of the European social model after the crisis and, on a more practical level, what effects have the decisions of the Spanish authorities throughout the crisis years had on social rights and solidarity.

Keywords: European social model – solidarity - Eurozone crisis, welfare state - Spain

Adoración Galera Victoria – Senior Lecturer in Constitutional Law, University of Granada (Spain) (agalera@ugr.es)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Governance economica europea e riforme negli ordinamenti degli Stati membri: spunti di comparazione*

Riccardo Cabazzi

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. *Governance* economica europea della crisi e torsioni del costituzionalismo democratico. - 3. I diritti sociali dinanzi alla crisi: spunti di comparazione. - 4. Procedura per squilibri economici e riforme nazionali. - 5. La critica riconducibilità ai Trattati della normativa europea di diritto derivato "della crisi".

1. *Introduzione*

Il presente lavoro ha ad oggetto le implicazioni sul modello sociale europeo della c.d. *governance* economica europea.

A partire dall'analisi comparata delle riforme poste in essere, in esito a questa, negli ordinamenti italiano, spagnolo, francese e tedesco, si cercherà quindi di dimostrare che la Procedura per squilibri macroeconomici (di seguito MIP), contribuendo ad alterare la parità tra Stati membri, è strutturalmente concepita per demolire i sistemi di *welfare* nazionali e i diritti dei lavoratori dei Paesi periferici dell'Eurozona.

Significativa, a riscontro di quanto affermato, la stessa struttura asimmetrica di taluni indicatori dello *scoreboard* MIP[1], i quali penalizzano evidentemente gli Stati membri c.d. GISPSI rispetto a quelli *core*. Invero, quanto al saldo delle partite correnti, mentre la soglia critica per i *surplus* è al 6%, quella per i *deficit* è al 4%.

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Con l'acronimo MIP ci si riferisce alla *Macroeconomic Imbalance Procedure*, ovvero alla Procedura per squilibri macroeconomici. Si noti che lo *scoreboard* di tale Procedura si compone di 14 indicatori che vanno a formare un quadro di valutazione della situazione macroeconomica di ciascuno degli Stati membri.

Relativamente al costo per unità di lavoro, è considerato altresì fattore di criticità un'inflazione di questo del 9%, senza che assuma alcun rilievo un eventuale decremento delle retribuzioni ai prestatori[2]. Sullo sfondo emerge quindi, da una prospettiva statica, la considerazione del lavoratore come "mezzo" servente alle esigenze di un'economia finalizzata ad un generale aumento delle esportazioni[3], tale per cui più bassa è la retribuzione a questi corrisposta, più alta è la competitività delle merci prodotte.

Da una prospettiva dinamica, costituiscono oggetto di indagine sia i documenti relativi allo stato di implementazione nazionale delle raccomandazioni MIP[4], che quelli concernenti i programmi nazionali di riforma[5] dei summenzionati Stati membri.

Dall'analisi di questi emerge invero che mentre gli Stati c.d. GIPSI hanno generalmente implementato le raccomandazioni MIP[6], come promanate dalle istituzioni europee, quelli c.d. *core* e, tra tutti, la Germania, sembrano invece non aver significativamente innovato i loro ordinamenti nel senso da queste indicato. Emblematica, a tal riguardo, la mancata implementazione, da parte dei succedutisi Governi tedeschi, delle raccomandazioni MIP, le quali sollecitano continuamente maggiori investimenti pubblici e un generale aumento dei salari, ai fini di un riequilibrio della relativa bilancia commerciale nazionale, in costante ed eccessivo surplus[7].

---

[2] Giova precisare che entrambi gli indicatori menzionati valutano il rispetto dei relativi parametri nell'arco di un triennio.

[3] In tal senso: C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, London, 2016, p. 311.

[4] Tale documentazione è disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu. Ne costituisce esempio quanto all'Italia, il documento *Relazione per paese relativa all'Italia 2017 Comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici*, Bruxelles, 22.02.2017 SWD(2017) 77 final.

[5] Vedasi, quanto all'Italia, *Programma nazionale di riforma 2017*, disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu.

[6] MIP è abbreviazione per *Macroeconomic imbalance procedure*. Ci si riferisce, nel testo, alle raccomandazioni rientranti nell'ambito della Procedura per squilibri macroeconomici eccessivi.

[7] Vedasi, a tal riguardo, *Country Report Germany 2018 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Bruxelles, 7.03.2018, SWD(2018)204 final, p. 1, secondo cui: «a further rise in domestic demand, including through higher public investment in R&D and education would

Alla luce di quanto esposto, sembra pertanto palesarsi una sempre maggiore divergenza tra i Paesi europei in surplus (e creditori) e quelli in deficit (e debitori), con un rafforzamento delle economie mercantiliste dei primi a discapito di un progressivo impoverimento del tessuto sociale dei secondi[8] Tale fenomeno è, secondo alcuni autori, attribuibile al diverso peso politico dell'asse franco tedesco rispetto a quello, ben più debole, degli Stati periferici, in un'Europa che sembra, sempre più, un'Unione a due velocità[9].

Tuttavia, secondo altra parte della dottrina, la *governance* economica europea, adottata in reazione alla recente crisi, non sarebbe la causa prima della "caduta" di prescrittività dei diritti sociali costituzionalmente garantiti. Tale livellamento verso il basso sarebbe invece da ricercare, da un lato, nella globalizzazione dell'economia e dei mercati nazionali e, dall'altro, negli intensi processi migratori nel contesto europeo, i quali manderebbero in frantumi l'idea di unità politica presupposta dallo Stato costituzionale[10]. A tal riguardo, invero, gli Stati a maggior grado di resilienza alle deformazioni della globalizzazione e della crisi finanziaria sarebbero quelli in cui la regolazione ha qualità non impattanti sull'economia, quelli più (e meglio) liberalizzati e privatizzati, quelli con minore incidenza

---

also stimulate demand and GDP growth in other EU countries, including those that need to bring debt down […] Despite record low unemployment and high job vacancy rates, wage growth remains moderate».

[8] A tal riguardo si segnala la posizione, di segno opposto, espressa da D.U. Galetta, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali, in particolare) nel diritto UE, dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1175 ss. secondo cui: «in base agli esiti di un'ampia ed approfondita analisi di diritto comparato ed europeo […], complessivamente, l'impatto del diritto comunitario/dell'Unione europea sui diritti sociali è stato rilevante ed è andato nella direzione di un ampliamento del livello di tutela degli stessi e non, viceversa, di un suo abbassamento, in particolare dopo il Trattato di Lisbona, che ha sancito il valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali UE di Nizza».

[9] In tal senso vedasi: A. Somma, *Europa a due velocità*, Reggio Emilia, 2017.

[10] Di tale avviso è A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. Cost.*, 2014, p. 79 ss. secondo cui: «la crisi economico finanziaria è solo la cartina tornasole di una realtà ben più complessa: quelli discussi nella ricerca scientifica sono piuttosto sintomi evidenti del declino di un modello di organizzazione politica».

complessiva di deficit e di debito pubblico sul prodotto interno lordo[11], e con un costo del lavoro in linea con la produttività, quale, su tutti, la Germania. E' questa la tesi sostenuta dalla Commissione, secondo cui la globalizzazione comporterebbe una sorta di selezione darwiniana[12], al termine della quale taluni ordinamenti, ovvero quelli degli Stati *core*, "sopravvivrebbero" ad altri, più involuti, ovvero quelli periferici dell'Eurozona, tali quindi da necessitare di importanti riforme strutturali al fine della tenuta complessiva dei loro sistemi[13]. Tuttavia, tale tesi, facente perno sulle "diverse velocità" delle costituzioni economiche nazionali degli Stati membri, sembra smentita dal fatto che le riforme nazionali implementate su indirizzo di Bruxelles hanno avuto, quale effetto, un accrescimento del divario (macro)economico tra gli Stati core e quelli periferici[14], senza che a questo sia corrisposta un aumento di competitività di tale ultimo gruppo di Stati[15]. Non pare quindi potersi dubitare che la *governance*

---

[11] Cfr. G. Di Plinio, *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente dell'UEM*, in A. Ciancio (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, 2017, p. 221.

[12] Vedasi A. Gambaro, *Misurare il diritto?*, in *Ann. Dir. Comp.*, 2012, p. 30.

[13] Tale tesi si basa sull'assunto che, nel decennio precedente l'attuale, in presenza di una favorevole congiuntura economica, gli Stati membri hanno assunto comportamenti diametralmente opposti. Se invero Stati quali la Germania ne hanno approfittato per attuare riforme strutturali, investire nell'innovazione, aumentare la produttività delle proprie imprese, spingere le esportazioni (…) altri, quali L'Italia non sono stati in grado di praticare una politica analoga. In tal modo, questi ultimi, lungi dall'incidere sul debito pregresso, hanno finito per arretrare vistosamente sul piano della competitività. Pertanto, alla luce di tali siffatte considerazioni, non stupirebbe la circostanza che a fare le spese del debito sovrano siano stati i Paesi periferici della zona euro (Grecia, Irlanda, Portogallo, Spagna in particolare). Argomenta in tal senso, G. Lo Conte, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2016, p. 71.

[14] I provvedimenti anti-crisi stanno, infatti, scavando un solco fra i Paesi del Nord Europa che, pur avendo introdotto misure di contenimento della spesa pubblica, non hanno, tuttavia, intaccato il cuore delle proprie istituzioni di welfare e i Paesi del Sud Europa che sembrano, invece, assistere impotenti ad una progressiva erosione delle conquiste sociali del passato, una strisciante deindustrializzazione e un generale impoverimento. Cfr. F. Losurdo, *Stabilità e crescita da Maastricht al Fiscal compact*, 2015, disponibile all'indirizzo web: https://ojs.uniurb.it.

[15] Per un riscontro statistico di quanto affermato vedasi la tabella relativa alla bilancia dei pagamenti, per ciascuno Stato europeo disponibile al seguente link:

economica europea, a prescindere dai processi di progressiva globalizzazione dell'economia, abbia concorso alla corrosione degli assi portanti del costituzionalismo democratico[16].

Invero nell'ambito della MIP le istituzioni europee hanno ripetutamente richiesto agli Stati GIPSI l'adozione di importanti misure di *austerity*, anche in ambiti non formalmente loro riservati, secondo quanto previsto dal principio di attribuzione *ex* art. 5 TUE, con un conseguente allargamento surrettizio delle attribuzioni UE[17].

Tali misure sembrano quindi tanto incisive da minare la tenuta dei sistemi di *welfare* nazionali, oltre che avere importanti ricadute sulla forma stessa di Stato sociale.

Si pensi, al riguardo, quanto alla Spagna[18], alle importanti riforme del mercato del lavoro ivi adottate, al fine di ridurne le

---

http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do. Sul punto, secondo F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale*, Milano, 2015, p. 295 «a livello europeo, sul piano del coordinamento della politica economica, la normativa volta a gestire la crisi e le azioni di riforma della *governace* economica si sono più volte sovrapposte, caratterizzandosi come il frutto di spinte di ispirazione neo-liberale».

[16] Cfr. M. Dani, *Il ruolo della Corte Costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea*, in *Lavoro e Diritto*, 2018, p. 452.

[17] In tal senso vedasi: F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato*, Torino, 2016, p. 12; A. Poulou, *Financial assistance conditionality and human rights protection: what is the role of the EU Charter of fundamental rights?*, in *CML Rev.*, 2017, p. 999 secondo cui «The Troika [had] the opportunity for an incisive interference with financial and macroeconomic policies of the recipient States which may lie outside the competence of EU institutions» e A.J Menendez, *Whose Justice, Which Europe*, *op. cit.*, p. 142, il quale ritiene che la Commissione europea abbia acquisito dei poteri di controllo sulle economie nazionali pienamente discrezionali, a prescindere dalla divisione di competenze, previste dai Trattati, tra Stati membri e Unione. Da ultimo, in riferimento alla pervasività e all'incisività dei poteri di cui dispongono le istituzioni europee nell'ambito del semestre europeo si è ritenuto di poter descrivere questi tipi di meccanismi come una forma di *co-government* tale da incidere sulla struttura e sulla ragione fondativa stessa del sistema fiscale e di *welfare* degli Stati membri. Vedasi, in tal senso, D. Chalmers, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *ELJ,* 2012, p. 679-681.

[18] Si noti che la Spagna sembra avere sostanzialmente implementato le raccomandazioni MIP. Tale conclusione emerge chiaramente dall'analisi del *Country Report Spain 2016 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Brussels, 26.2.2016 SWD(2016) 78 final, p. 1 secondo cui: «Structural reforms helped ease existing rigidities in labour and product markets […] The recovery was accompanied by strong job creation in a

rigidità, di promuoverne la liberalizzazione, in un contesto di maggiore flessibilità dei prestatori di lavoro e di moderazione salariale (vedasi paragrafo 3)[19]. Tale ordinamento è stato altresì "segnato" da una complessiva riduzione dei costi nei rispettivi settori di sanità ed istruzione[20].

Alla luce di quanto suesposto si aderisce pertanto alle conclusioni di quella parte di dottrina che parla di un vero e proprio processo "decostituente" nel quale vengono materialmente minati, da parte delle istituzioni dell'Unione, i principi del costituzionalismo sociale[21], almeno con riferimento ai Paesi GIPSI.

Si sarebbe quindi realizzata una vera e propria torsione dell'intera assiologia costituzionale[22] degli Stati membri richiedenti aiuti finanziari e di quelli destinatari di lettere dalla BCE, Italia[23] e Spagna, in cui venivano esposti dettagliati programmi di riforma da attuare.

---

context of continued wage moderation […] The new budget rule limits growth in healthcare and pharmaceutical spending in 2015 and 2016 to the reference rate of medium-term economic growth of the Spanish economy».

[19] Il riferimento è, in particolare, al R.D. 8/2014, inteso ad un complessivo ridisegno della materia lavoristica e alla L. 20/2013 inerente all'uniformazione e alla liberalizzazione del mercato. Per maggiori approfondimenti sul tema si rimanda a: M. Iannella, *Conseguenze della crisi economico - finanziaria sulle istituzioni della Spagna*, in *Federalismi.it*, 26/2016, 30 dicembre 2016.

[20] Durante la crisi, i R.D. 16/2012 e 14/2012 sono intervenuti, rispettivamente, proprio nell'ambito sanitario ospedaliero e della formazione scolastica e universitaria, con un insieme di previsioni volte a ridurne i costi, comprensivi di indicazioni puntuali degli interventi, quali ad esempio sulle modalità di prescrizione o distribuzione dei medicinali o le sostituzioni del personale docente in ambito universitario

[21] Vedasi, al riguardo, *ex multis*, G. Grasso, *Il Costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012; S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in S. Gambino (a cura di) *Diritti sociali e crisi economica Problemi e prospettive*, Torino, 2015 e I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, novembre 2012.

[22] In questo senso si rimanda a: E. Mostacci, *La Sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsione del costituzionalismo democratico*, in *Pol. Dir.*, 2013, p. 543 ss.

[23] Ci si riferisce, per l'Italia, alla nota Lettera della BCE Trichet – Draghi del 5 agosto 2011.

Si è peraltro resa indispensabile, nel corso della crisi, un'azione di sostegno[24] ai sistemi bancari e finanziari di questi, dissestati a seguito della crisi sistemica, le cui origini non sembrano rinvenibili tanto nell'eccessivo indebitamento pubblico, quanto da quello privato, oltre che da persistenti squilibri delle bilance commerciali intraeuropee[25].

I suddetti squilibri sembrano peraltro congeniti nella costruzione dell'UEM che non costituirebbe, secondo attenta dottrina[26], un'area valutaria ottimale.

Si osserva invero, al riguardo, che se a tale regime di cambio fisso si associa il perseguimento di una politica di aggressivo mercantilismo, quale quella tedesca, da parte delle nazioni aderenti al sistema monetario comune, non si potrà che avere, quale esito, la deflazione e la recessione degli Stati membri più deboli[27]. Tale situazione sembra essersi quindi inverata all'interno dell'UEM.

Di particolare interesse, ai fini del presente lavoro, sarà quindi un approfondimento critico con riguardo all'impatto negativo che le misure di austerità – adottate dai legislatori domestici degli Stati GIPSI in seguito alle raccomandazioni MIP – hanno avuto sui diritti sociali riconosciuti nelle rispettive Carte costituzionali. Questi infatti,

---

[24] Tale sostegno si è manifestato in forme diverse. Alcuni Stati dell'UEM (Grecia, Spagna, Irlanda, Portogallo) hanno beneficiato di trasferimenti di risorse, attraverso il Meccanismo Europeo di Stabilità, sotto il principio di stretta condizionalità *ex* art. 136, par. 3, TFUE. I sistemi economico finanziari di altri Stati, quali l'Italia, hanno invece beneficiato di operazioni come il *Long term refinancing operation*, da parte della BCE. Con riguardo al principio di condizionalità si rimanda a: A. Baraggia *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi, la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017.

[25] In tal senso vedasi, *ex multis*, L. Fantacci - A. Papetti, *Il debito dell'Europa con sè stessa. Analisi e riforma della Governance europea di fronte alla crisi,* in *Costituzionalismo.it,* 2013.

[26] In particolare, vedasi P. De Grauwe, *Economia dell'Unione monetaria*, Bologna, 2016, F.W. Scharpf, *Political legitimacy in a non-optimal currency area*, MPIfG Discussion Paper 13/15, Max Planck Institute for the Study of Societies e, da ultimo, A. Verde, *È l'UEM un'area valutaria ottimale? Riflessioni e spunti per un approccio alternativo alle unioni monetarie*, *in Rivista economica del mezzogiorno*, 2013, p. 375 ss.

[27] In questo senso: O. Chessa, *La Costituzione della Moneta*, Napoli, 2016, p. 430.

ed in particolare i diritti dei lavoratori, sembrano essere stati degradati al pari di costi di impresa e il diritto del lavoro a mero strumento per raggiungere obiettivi macroeconomici, nell'ottica di un (fallito) rilancio[28] delle economie nazionali[29].

Tali logiche sembrano tuttavia contrapporsi a quelle del costituzionalismo democratico[30], secondo cui i diritti sociali sono concepiti come il presupposto e l'obiettivo dell'azione dei pubblici poteri[31].

Da ultimo, una disamina critica sarà condotta con riguardo alla compatibilità con i Trattati di alcune disposizioni normative contenute nel c.d. *Six Pack*, di cui la MIP – istituita con Regolamenti 1174/2011 e 1176/2011 – è parte.

In particolare, il sistema di voto a maggioranza qualificata inversa, introdotto dall'art. 3, par. 3 del Regolamento 1174/2011, sembra porsi in contrasto con l'art. 16, par. 3, TUE in tanto in quanto, prevedendo che solo una *blocking majority*, anziché una *blocking minority* in senso al Consiglio possa opporsi ad un atto normativo proposta dalla Commissione, ne ribalterebbe la logica di fondo.

Inoltre, tale sistema di voto, rafforzando fortemente la posizione di quest'ultima sul Consiglio, pare contrastare sia con il principio

[28] Con riguardo all'effetto negativo prodotto dalle misure di *austerity* sul contesto economico sociale degli Stati membri vedasi, significativamente, M. Blyth, *Austerity: the history of a dangerous idea*, Oxford, 2013.

[29] Vedasi sul punto, *ex multis*, V. Speziale, *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 719 ss. e A. Guazzarotti, *Riforme del lavoro e riforme costituzionali unite da un comune, tecnocratico, destino*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, dicembre 2017.

[30] Significativa, "a difesa" di queste, la "reazione" di talune Corti domestiche nazionali e, su tutte, del *Tribunal do trabalho* di Porto, il quale ha interrogato la Corte di Giustizia, mediante rinvio pregiudiziale, chiedendo se la riduzione delle retribuzioni dei lavoratori nel settore pubblico, prevista nella legge finanziaria portoghese del 2010 per il 2011, fosse compatibile con la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione. Quest'ultima [Corte di Giustizia, ordinanza 7 marzo 2013, causa C-128/12] ha tuttavia escluso che tali misure costituissero attuazione del diritto europeo.

[31] In questo senso: M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2000, p. 376.

dell'equilibrio istituzionale all'interno dell'Unione[32], sia con la previsione normativa di cui all'art. 13, par. 2, TUE, secondo cui ciascuna istituzione agisce nei limiti dei poteri conferiti nei Trattati.

Questo profilo sarà evidenziato congiuntamente ad altri, tra cui la critica riconducibilità delle sanzioni previste dalla MIP[33] all'art. 121 TFUE, che ne costituisce la base legale. Invero, secondo quanto previsto da tale disposizione, nell'ambito del coordinamento economico, le istituzioni europee potrebbero adottare solo atti non vincolanti.

Dalle suddette considerazioni in punto di diritto, si formulerà quindi una fondata critica alla legittimità di (almeno) parte della normativa derivata europea "della crisi", e della MIP, rispetto al diritto dei Trattati, benché tali questioni non siano (ancora) state poste dinanzi alla Corte di Giustizia.

2. *Governance economica europea della crisi e torsioni del costituzionalismo democratico*

Partendo quindi da una disamina critica della articolata strumentazione giuridica[34] adottata dagli Stati membri quale il Meccanismo europeo di stabilità, il Patto Euro Plus, il Trattato sulla stabilità, il coordinamento, la *governance* dell'Unione e della normativa europea c.d. *Six Pack* e *Two Pack* – entrambe finalizzate a contrastare gli sviluppi della recente crisi economico finanziaria – il

[32] Tale principio radicato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Vedasi, sul punto, Corte giust., 13 giugno 1958, C-9/56, *Meroni*; 22 maggio 1988, C-70/88, *Parlamento c. Consiglio.*

[33] *Rectius*, dal Regolamento 1174/2011. Trattasi del deposito fruttifero o di vere e proprie ammende, a seconda dei casi previsti dal suddetto atto normativo.

[34] Per una rassegna delle misure rientranti nella c.d. *governance* economica europea della crisi si rimanda, *ex multis*, a: T. Beukers - B. De Witte - C. Kilpatrick, *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, 2017, a K. Tuori – K. Tuori, *The Eurozone crisis*, Cambridge, 2014, a G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea* in Id. (a cura di) *Uscire dalla crisi, politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, p. 383 ss. e, da ultimo, a M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 623 ss.

presente lavoro si pone un obiettivo precipuo: dimostrarne le implicazioni sul modello sociale europeo.

Come noto, invero, la strategia delle istituzioni europee post 2008 è consistita nell'introduzione di più stringenti vincoli alle politiche di bilancio degli Stati membri, con la finalità di ridurre la sproporzione tra la accentrata politica monetaria e la decentrata politica economica e fiscale, tradizionalmente (e almeno formalmente) riservata al mero coordinamento intergovernativo, sull'ulteriore presupposto che – come osservato da attenta letteratura economica[35] – presentando l'UEM tale ontologica asimmetria, condizione di stabilità di questa non può che essere la convergenza verso determinati obiettivi delle singole (virtuose) politiche economiche nazionali[36]. Emblema della volontà delle istituzioni dell'Unione di vincolare strettamente gli Stati membri nelle loro scelte di politica di bilancio – sempre più estranea ai circuiti democratici nazionali – si rinviene nell'art. 3 del Trattato c.d. *Fiscal compact*, il quale prevede che la posizione di bilancio della pubblica amministrazione deve essere in pareggio o in avanzo ma, soprattutto, ne richiede l'introduzione negli ordinamenti nazionali tramite disposizioni di natura permanente e, preferibilmente, di rango costituzionale[37].

---

[35] Vedasi, su questo punto: P. De Grauwe, *Economia dell'Unione monetaria*, Bologna, 2016, F.W. Scharpf, *Political legitimacy in a non-optimal currency area*, MPIIfG, Discusion paper, 13/15 e, da ultimo, A. Verde, *Unione monetaria e nuova governance europea*, Roma, 2012, p. 236 secondo cui l'UEM non è un'area valutaria ottimale. Al riguardo si rimanda altresì a: A.J. Menendez, *The existential crises of the European Union*, in *Ger. Law. Journ*., 2013, p. 453 ss.

[36] Tale punto è chiarito da: E.Mostacci, *op.cit*., p. 543 secondo cui: «la separazione di politica economica e politica monetaria, con il connesso divieto di *bail out* – oggi sostituito dal principio di stretta condizionalità – presuppongono che la finanza pubblica nazionale sia soggetta in primo luogo alla logica e, di conseguenza, al giudizio del mercato nella gestione del debito pubblico». Vedasi altresì: V. Ruiz Almendral, *A myopic economic constitution? Controlling the debt and the deficit without fiscal integration*, EUI Working Paper, 12/2015, secondo cui: «the underlying logic of reinforcing budgetary supervision is that closed coordination of this sort is necessary in the absence of a real economic (political) and monetary union».

[37] Secondo F. Fabbrini, *The Fiscal Compact, the "Golden Rule" and the paradox of European federalism*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2013, p. 1 ss. con l'adozione del Fiscal compact da parte degli Stati membri

Sempre al fine di garantire la stabilità dell'Unione, le istituzioni europee hanno altresì adottato dei meccanismi di sostegno agli Stati più esposti alla crisi, quali il MES, operanti sotto il principio di stretta condizionalità[38], *ex* art. 136, par. 3, TFUE, secondo cui ogni concessione di assistenza finanziaria a questi deve necessariamente essere subordinata a rigorosa condizionalità. Ne costituiscono espressione i vari *memoranda of understanding* siglati dalla Troika (composta da FMI, Commissione e BCE), da una parte, e dagli Stati richiedenti aiuto finanziario, dall'altra, i quali seguono tutti il medesimo schema: impegno a ridimensionare la spesa pubblica, ad incrementare le entrate e liberalizzare i mercati, approvazione di intensi programmi di privatizzazione, flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, decentralizzazione contrattuale, adeguamento dei salari alla produttività…Lo stesso Trattato c.d. *Fiscal compact* vincola invero gli Stati contraenti alla sua ratifica qualora questi intendano richiedere assistenza nell'ambito del MES[39], a riprova del fatto che, in mancanza di una dimensione solidaristica[40] e di un più sostanzioso bilancio a livello europeo, ogni drenaggio di risorse verso un singolo Stato deve essere subordinato a profonde riforme di ampi settori dell'ordinamento domestico, anche se estranei alla competenza delle istituzioni dell'Unione. Invero, come affermato dalla Corte di

---

si realizzerebbe un paradosso: i Governi europei avrebbero rinunciato ad unirsi in una federazione per preservare la loro sovranità; tuttavia, quest'ultima sarebbe meglio garantita in un sistema federale che non sotto il regime legale creato con l'adozione del Fiscal compact.

[38] Con riguardo a questo tema si rimanda al contributo monografico di: A. Baraggia, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi, la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017.

[39] Tale Trattato prevede, già nei *considerando* iniziali, che: «la concessione dell'assistenza finanziaria nell'ambito di nuovi programmi a titolo del meccanismo europeo di stabilità sarà subordinata, a decorrere dal 1° marzo 2013, alla ratifica del presente trattato dalla parte contraente interessata e, previa scadenza del periodo di recepimento di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del presente trattato, al rispetto dei requisiti di tale articolo».

[40] Sulla mancanza di una dimensione solidaristica europea vedasi, *ex multis*, A. Schillaci, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 2017 e A.J. Menendez, *Whose Justice, Which Europe*, in D. Kochenov - G. De Burca - A. William (eds), *Europe Justice Deficit*, Londra, 2015, p. 142.

Giustizia[41], la stretta condizionalità del sostegno finanziario assicura la compatibilità di questo con la c.d. *no bail out clause ex* art. 125 TFUE che, di per sé, vieterebbe all'Unione di farsi carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, onde evitare comportamenti di *moral hazard* di queste.

Pertanto, la ricerca di una maggiore stabilità finanziaria e profonde riforme strutturali negli ordinamenti degli Stati membri e, in particolare, nei c.d. GIPSI (Grecia, Irlanda, Portogallo, Spagna, Italia) hanno quindi trovato la loro saldatura definitiva nel corso, per l'appunto, della crisi economica, tanto che autorevole dottrina ha introdotto, a tale riguardo, il concetto di Stato sociale condizionato, nella misura in cui sembra esservi stata una recessione, sul piano dei diritti costituzionalmente garantiti, in favore della prioritaria esigenza di mantenere un alto livello di competitività del loro modello economico produttivo[42]. In tal senso si sarebbe invero realizzata, nel panorama europeo, una vera e propria transizione dalla legislazione della concorrenza, alla concorrenza delle legislazioni degli Stati membri[43], con tutte le conseguenze in termini di competizione tra sistemi socio-economici e, soprattutto, di alterità degli interessi di ciascuno di essi[44].

Si pensi, su tutti, all'ambito giuslavoristico: da un'analisi delle recenti riforme nazionali adottate in tale settore nell'ordinamento dei summenzionati Stati membri sembra emergere come il diritto del lavoro sia stata considerato, dalle istituzioni europee, quale vero e proprio strumento di politica economica, attraverso cui poter rilanciare la competitività di uno Stato economicamente debole, secondo una considerazione strumentale di tale materia che, perdendo così ogni carica assiologica, viene ad essere asservito alle trionfanti ragioni dell'economia – secondo le teorie proprie dell'ordoliberismo –

---

[41] Corte giust., 27 novembre 2012, causa C-370/2012, *Pringle.*

[42] F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato*, *op cit*., p. 11 e C. Kilpatrick, *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: a Challenging new area of constitutional inquiry* in T. Beukers - B. De Witte - C. Kilpatrick (a cura di), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, *op. cit*., p. 327 ss.

[43] Vedasi, in tal senso, O. Chessa, *La costituzione della Moneta*, *op. cit*., *passim*.

[44] Sul punto vedasi: K. Dyson – A. Sepos, *Which Europe? The Politics of Differentiated Integration*, London, 2010, p. 83 ss.

e privato del ben diverso valore, ovvero quello antropocentrico e di valorizzazione e tutela del lavoratore che appartiene al patrimonio costituzionale europeo[45].

Pertanto, in sintesi, la *governance* economica europea della crisi sembra aver determinano una sorta di vera e propria torsione dell'intera assiologia costituzionale, in quanto le misure di austerità poste alla base della realizzazione delle finalità della stabilità economica nei trattati europei hanno finito nell'impattare con la forma dello Stato sociale e di diritto, a detrimento delle numerose istanze sociali e distributive che innervano, seppure con intensità non omogenea, le Carte costituzionali di ampia parte dei Paesi europei[46].

3. *I diritti sociali dinanzi alla crisi: spunti di comparazione*

Un'analisi è quindi condotta in riferimento all'impatto della c.d. *governance* economica europea della crisi sui diritti sociali[47], come previsti dalle rispettive Carte costituzionali nazionali, pur tenendo in considerazione le modalità e l'intensità diverse con cui questi sono riconosciuti e garantiti nei vari Stati membri e – quanto al metodo – con diversi spunti di comparazione tra gli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo. A tal fine, sono invero analizzati i relativi Piani di riforma nazionali succedutisi negli anni seguenti alla crisi, nonché le

[45] In questo senso vedasi: V. Speziale, *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, *op. cit.* e a A. Guazzarotti, *Riforme del lavoro e riforme costituzionali unite da un comune, tecnocratico, destino*, *op. cit.*, secondo cui: «diritto del lavoro e diritto costituzionale sono entrambi declassati a strumenti di produzione di risultati macroeconomici misurabili nel breve o medio periodo. Se il diritto del lavoro è ormai da tempo oggetto di misurazione economicista da parte di organismi internazionali ed europei, il diritto costituzionale sta anch'esso cominciando a entrare nei documenti ufficiali della Commissione europea tesi a valutare le possibili cause di squilibrio macroeconomico».

[46] In questo senso argomentano E. Mostacci, *op.cit.*, p. 546 ss. e S. Gambino, *Effettività dei diritti (sociali ma non solo) e governance europea*, in www.diritticomparati.it, giugno 2016.

[47] Sul tema si rimanda, *ex multis*, all'interessante contributo di: I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, *op. cit.* e a: G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, novembre 2013.

più rilevanti misure legislative recentemente adottate nei suddetti Stati membri, in particolare nell'ambito Semestre europeo, verificando se queste sono o meno coerenti con le raccomandazioni ivi promananti, e in quale misura.

Da tale analisi sembra dunque emergere che l'implementazione delle misure raccomandate dalle tecnocratiche istituzioni europee e, in particolare, dalla C ommissione, si è realizzata in modi fortemente diversi, a seconda di quale ordinamento giuridico si consideri. Questo, verosimilmente, è attribuibile al diverso peso politico ed economico di Spagna, Germania e Francia, oltre all'incidenza molto diversificata che la crisi ha dispiegato sulle loro economie[48].

Al fine di fare maggiore chiarezza su questo punto si considerino, anzitutto, i primi due Stati, uno facente parte dei c.d. Stati periferici (e debitori), l'altro rientrante nel gruppo di quelli c.d. *core* (e creditori).

Si noti quindi che, in Spagna, l'80% della spesa sociale è destinata a due settori: sanità ed istruzione. Durante la crisi, i R.D. 16/2012 e 14/2012 sono intervenuti, rispettivamente, proprio nell'ambito sanitario ospedaliero e della formazione scolastica e universitaria, con un insieme di previsioni volte a ridurne i costi, comprensivi di indicazioni puntuali degli interventi, quali ad esempio sulle modalità di prescrizione o distribuzione dei medicinali o le sostituzioni del personale docente in ambito universitario[49]. Inoltre, il Governo spagnolo ha altresì adottato il R.D. 8/2014, inteso ad un complessivo ridisegno della materia lavoristica e l. 20/2013 inerente all'uniformazione e liberalizzazione del mercato. Pertanto, alla luce di queste importanti riforme, si può concludere che la Spagna ha, soprattutto in una prima fase della crisi– in cui il contesto

[48] Secondo G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in M. D'Amico – F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, p. 84 rimane comunque vero che la crisi economico finanziaria ha indirizzato gli Stati membri verso scelte improntate al rigore, con un sacrificio di porzioni consistenti di diritti sociali i quali richiedono, per essere fruiti, l'erogazione di significative prestazioni da parte dei poteri pubblici.

[49] Si rimanda, al riguardo, per una più approfondita disamina del tema a: M. Iannella, *Conseguenze della crisi economico - finanziaria sulle istituzioni della Spagna*, *op. cit*.

macroeconomico presentava particolari criticità – implementato con estremo rigore quanto richiesto dalle istituzioni dell'Unione, anche a fronte di sacrifici piuttosto rilevanti quanto alla tenuta del proprio Stato sociale e, più in generale, del relativo quadro costituzionale[50].

Venendo invece alla Germania, si noti anzitutto che questa è stata il primo Stato ad introdurre nella propria Legge fondamentale la nota riforma costituzionale del 2009 che prevede un freno al debito pubblico. Questa si caratterizza invero per aver introdotto il principio del pareggio del bilancio senza il ricorso al prestito, pur tuttavia ammettendo la possibilità di deroga alla nuova regola aurea nel caso di calamità naturali o in seguito a situazioni eccezionali di emergenza che esulano dal controllo dello Stato e che compromettono gravemente la sua capacità finanziaria. Il superamento dei limiti posti al ricorso al prestito è tuttavia sottoposto a una decisione, adottata a maggioranza, del Bundestag, nonché alla presentazione di un piano di ammortamento[51]. Nondimeno, un'attenta analisi dei relativi piani nazionali di riforma ha fatto emergere la perdurante centralità del Parlamento nella forma di governo tedesca e l'elasticità del tessuto costituzionale di una società capace di mantenere la costituzione – e quindi i diritti sociali – sostenibili anche in tempo di crisi. Invero, benché le riforme della costituzione finanziaria sembrano averne irrigidito il tessuto, il loro impatto pare investire più i rituali che non la sostanza delle decisioni politiche[52]. Questo è verosimilmente riconducibile al forte peso politico della Germania che, ad oggi,

---

[50] Per maggiori approfondimenti sulle riforme strutturali in Spagna, atte a fronteggiare l'emergenza economica vedasi: R. Domenech – J.M. Gonzales-Paramo, *Estabilidad presupuestaria y reformas estructurales en España: lecciones de la crisis y opciones de futuro*, BBVA Research, disponibile all'indirizzo web: https://www.bbvaresearch.com.

[51] Per maggiori approfondimenti sulla riforma della Legge Fondamentale tedesca del 2009 si rimanda a: R. Bifulco, *Il pareggio di bilancio in Germania, una riforma costituzionale post nazionale?*, in *RivistaAIC*, 2011, 20 settembre 2011.

[52] Vedasi, in questo senso, J. Luther, *Crisi economica ed impatto sulle istituzioni nazionali: i punti di vista della Germania*, in *Federalismi*, n. 26/2016, 30 dicembre 2016. Per una più approfondita disamina dell'impatto della crisi sul contesto politico sociale tedesco si rimanda a: S. Mair - M. Kroegere, *Constitutional change through euro crisis law: "Germany"*, in www.eurocrisislaw.eu, luglio 2014, e, aggiornato, al dicembre 2015.

sembra rivestire una vera e propria egemonia economica e politica all'interno del Unione[53] e mantiene altresì un debito pubblico piuttosto contenuto – pari, nel presente momento, al 60,8% del PIL – realizzando un surplus commerciale sempre maggiore[54], nella perdurante attuazione di un'economia marcatamente mercantilista.

Venendo quindi alla Francia, questa è rimasta, anche in seguito alla crisi, uno degli Stati membri con la maggior spesa per il sostegno al proprio sistema di *welfare*, piuttosto efficiente in molti settori, ma causa altresì di un elevato indebitamento pubblico che, non a caso, la Commissione europea continua a richiedere (sin d'ora invano) di ridurre[55]. Nonostante la crisi, invero, il governo Sarkozy ha considerato *l'éducation superieure* una priorità assoluta per il rilancio della competitività del Paese; ha quindi destinato ingenti risorse all'istruzione superiore, alla formazione e alla ricerca, inclusi tra i settori prioritari da un punto di vista strategico[56]. Quanto al sistema

---

[53] Vedasi, sul punto: W.E. Patterson, *The Reluctant Hegemon? Germany Moves Centre Stage in the European Union*, in *JCMS,* 2011, p. 57, secondo cui: «The eurozone crisis catapulted Germany into a hegemonic role. […] As the dominant economy and key creditor state Germany could scarcely avoid a hegemon role, at least in the economic sphere». Vedasi anche, al riguardo: K. Hubner, *German crisis management and leadership - from ignorance to procrastination to action*, in *Asia Europe journ.,* 2012, p. 159 ss. e C. Schweiger, *The 'Reluctant Hegemon': Germany in the EU's Post-Crisis Constellation*, in K.N. Demetriou (ed), *The European Union in Crisis*, London, 2015, p. 15 ss.

[54] Vedasi, a tale riguardo: *Germania, surplus commerciale su a 21 miliardi*, disponibile all'indirizzo web: *https://ansa.it*, aprile 2017 e *La Germania snobba Trump: surplus commerciale record a 253 miliardi*, disponibile all'indirizzo web: *https://ilsole24ore.com*, febbraio 2017.

[55] Vedasi, al riguardo, Commissione, *Country Report France 2018 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalance*, Brussels, 7.3.2018 SWD(2018) 208 final, p. 18 secondo cui: «The high public debt ratio remains a major source of vulnerability, as it weighs on growth prospects and limits the stabilisation capacity of fiscal policy in the event of a downturn».

[56] Il riferimento è, in particolare, alla L. 9 marzo 2010, n. 237. Per maggiori approfondimenti sul punto vedasi: Camera dei Deputati, *Legislazione straniera – Ls. Rassegna dell'attività legislativa e istituzionale di paesi stranieri* a cura del Servizio Biblioteca, vol. XXI, n. 2, marzo - aprile, 2010. Gli stanziamenti per l'istruzione e la ricerca, da parte del governo Sarkozy, sarebbero stati, secondo quanto rivelano le statistiche, pari a 22 miliardi di euro, come documentato da L. Oliva, *I 22 miliardi per l'istruzione in Francia*, disponibile all'indirizzo web: www.ilpost.it, ottobre 2011.

sanitario, questo è stato oggetto, nel corso della crisi, di una serie di interventi normativi e, tra tutti, la legge *Hopital, patients, santé, territoire*[57] la quale si è posta, quali finalità principali, l'incremento dell'efficienza e il miglioramento della qualità delle relative prestazioni e, da ultimo, un miglior accesso alle cure. Allo scopo di rendere tale sistema più efficiente sono state quindi introdotte dinamiche flessibili ispirate a modelli privatistico aziendali; ne costituiscono esempio le misure di privatizzazione, tra cui quelle che avviano una gestione manageriale degli ospedali, introducono il criterio di provenienza esterna del direttore generale degli enti ospedalieri e prevedono l'inserimento di strutture private nell'ambito dell'offerta pubblica.

Alcune importanti riforme si sono altresì succedute nell'ambito della legislazione lavoristica, in particolare grazie all'introduzione della l. 504/2013. Questa normativa, finalizzata al raggiungimento di un miglior bilanciamento tra l'esigenza di sicurezza dei lavoratori e quella di flessibilità delle imprese, da ricercarsi attraverso l'aumento della capacità di adattamento (tanto dei lavoratori, quanto delle imprese) e della mobilità – secondo il modello europeo della *flexicurity* – ha invero rappresentato un momento di svolta importante per le relazioni industriali francesi[58]. In data 8 agosto 2016 è stato altresì adottato il *Labour Act*, quale misura utile al fine di superare talune delle maggiori permanenti rigidità nel mercato del lavoro francese. Si può quindi concludere che, sebbene in Francia i diritti sociali – quali sanità, istruzione, previdenza – non sembrino affatto aver subito una significativa "compressione", pur a seguito delle richieste delle istituzioni europee di attuare politiche di taglio della spesa pubblica, si

[57] L. 21 luglio 2009, n. 879. Vedasi, per maggiori approfondimenti sul punto, C. Bottari - F. Foglietta - L. Vandelli, *Welfare e servizio sanitario. Quali strategie per superare la crisi*, Santarcangelo di Romagna, p. 66 e H. Caroli Casavola - M. Conticelli, *Le protezioni sociali alla prova*, in G. Napolitano (a cura di), *op. cit.*, p. 312.

[58] Per maggiori approfondimenti sulla riforma del lavoro francese vedasi: M. Ori, *La riforma del lavoro francese: al centro la flexisecuritè*, in e-book *Crisi economica e riforma del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, Adapt University Press, 2014, p. 79 ss.

è comunque cercato di rilanciare la competitività del Paese attraverso importanti riforme in ambito lavoristico[59].

Pare pertanto potersi maturare la conclusione per cui la *governance* economica della crisi ha avuto un significativo impatto sia sull'assetto istituzionale dell'Unione (vedi *infra*, paragrafo 4), sia su quello degli Stati membri c.d. GIPSI; diversamente, gli Stati creditori, su tutti la Germania – sul cui modello di costituzione economica l'UEM sembra essere stata costruita[60] – ne sembrano usciti addirittura rafforzati. Da ultimo, la Francia sembra porsi in una posizione intermedia rispetto a queste due esperienze.

L'UE pare invero costruita intorno all'asse franco-tedesco e dai Paesi del Nord Europa, sempre più in surplus, al quale si contrappone un gruppo di paesi periferici, c.d. GIPSI, caratterizzati da un progressivo impoverimento e dal citato "processo decostituente", nel quale – se non sono di certo rimossi in modo formale – vengono materialmente minati i principi del costituzionalismo sociale accolti nelle Carte costituzionali del secondo dopoguerra[61].

Da ultimo, quanto ai diritti sociali dinanzi alla crisi, vi è un ulteriore punto che si vuole porre in evidenza. Nei Paesi che hanno ricevuto assistenza finanziaria da parte di meccanismi creati *ad hoc* – costituenti una sorta di ibridazione di diritto europeo ed internazionale – i relativi *memoranda of understanding* sembrano "dettare" a questi l'implementazione di misure nazionali piuttosto dettagliate.

---

[59] Per maggiori approfondimenti con riguardo all'impatto della crisi sulle istituzioni francesi si rimanda a: G. Delledonne, *Le conseguenze della crisi economico-finanziaria sulle istituzioni francesi*, in *Federalismi.it*, n. 26/2016, 30 dicembre 2016.

[60] Secondo O. Chessa, *La Costituzione della moneta*, *op. cit.*, p. 430 il marco avrebbe funzionato da paradigma su cui plasmare l'euro. Tale Autore ritiene invero (p. 464) che il vero obiettivo dell'Unione monetaria europea sia quello di garantire ai Paesi più competitivi, Germania su tutti, un surplus strutturale e un costante avanzo delle partite correnti nei rapporti commerciali con l'estero. Secondo tale ricostruzione, concorrenza tra legislazione degli Stati membri e cambio fisso sarebbero i due principi fondamentali della costruzione europea.

[61] In tal senso argomenta: S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in Id. (a cura di) *Diritti sociali e crisi economica Problemi e prospettive*, *op. cit.*

Si pensi, quanto alla Grecia, alla norma contenuta nel relativo memorandum of *understanding specific economic policy conditionality* che richiede di rimuovere le disposizioni interne che vietavano ai dettaglianti di vendere categorie di prodotti sottoposte a restrizione, quali gli alimenti per i bambini. Pare invero evidente che una disposizione così dettagliata lasci pochi spazi al legislatore nazionale in relazione alla sua implementazione che ne diviene, verosimilmente, una mera trasposizione nell'ordinamento interno.

Sorge quindi, in relazione a quanto suesposto, un interrogativo: costituiscono tali misure domestiche, adottate in seguito a *memoranda* o a raccomandazioni promanate dalle istituzioni europee, attuazione di diritto dell'Unione, oppure trattasi comunque di mere disposizioni normative nazionali? Il quesito appare piuttosto rilevante perché, nella prima ipotesi, si potrebbe applicare la Carta di Nizza, mentre nella seconda questa sarebbe da escludere[62]. La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione – e, specialmente con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – della riduzione delle retribuzioni dei lavoratori nel settore pubblico, prevista nella legge finanziaria portoghese del 2010 per il 2011, per mezzo di un rinvio pregiudiziale del *Tribunal do trabalho* di Porto, si è invero dichiarata incompetente ai sensi dell'art. 51 della Carta stessa, affermando che queste non possono considerarsi come attuazione di diritto europeo[63].

Tuttavia nella recente pronuncia sul caso *Ledra*[64], la Corte di Giustizia si è aperta alla possibilità che, nell'ambito di un salvataggio economico e finanziario compiuto dal MES, l'Unione sia ritenuta responsabile per il risarcimento danni relativo alle perdite causate direttamente o indirettamente da un *memorandum of understanding*, nella misura in cui tale protocollo (che precisa e correda le condizioni

---

[62] Dispone invero l'art. 51 della Carta di Nizza che: "*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*". Tale questione è approfonditamente trattata in: A. Poulou, *Financial assistance conditionality and human rights protection: what is the role of the EU Charter of fundamental rights?* in *CML Rev.*, 2017, p. 991 ss.

[63] Corte giust., 7 marzo 2013, C -128/12.

[64] Corte giust., 20 settembre 2016, C-8/15 e C-10/15.

contenute nel dispositivo di assistenza) includa al suo interno previsioni contrarie al diritto del Trattati. Invero, la Corte ha affermato che la C ommissione e la Banca centrale europea rimangono pienamente vincolate al diritto europeo – e, quindi, alla Carta Europea dei diritti fondamentali, quando agiscono come attori di una distinta organizzazione internazionale quale il MES.

Da questo filone giurisprudenziale, in conclusione, nuovi orizzonti per la tutela dei diritti sociali, fin d'ora recessivi rispetto a misure di austerità nazionali – adottate quale condizione per l'erogazione di assistenza finanziaria – sembrano quindi potersi (pur con un certo grado di ottimismo) aprire.

4. *Procedura per squilibri economici e riforme nazionali*

Tra la strumentazione giuridica della crisi, la Procedura per squilibri macroeconomici (MIP) – introdotta mediante i Regolamenti UE 1174/2011 e 1176/2011 – assume un ruolo di primo piano nel presente lavoro essendo, nella letteratura giuridica, quella meno trattata e, pertanto, maggiormente meritevole di approfondimento. Come noto, invero, la proliferazione di indicatori macroeconomici diretti a disciplinare le politiche di bilancio e, più in generale, ampi settori dell'azione di governo degli Stati membri costituisce uno degli aspetti più rilevanti delle riforme della *governance* economica europea della crisi[65].

Trattasi, in sintesi, della valutazione, da parte della Commissione, della situazione economica e finanziaria degli Stati membri sulla scorta di 14 indicatori[66] – il c.d. *scoreboard* – che vanno a

[65] In questo senso vedasi: M. Dani, *Numeri e principio democratico: due concezioni a confronto nel diritto pubblico europeo*, in C. Bergonzini - A. Guazzarotti - S. Borelli (a cura di), *La legge dei numeri*, Napoli, 2016, p. 101 ss.. Vedasi altresì, sulla correttezza metodologica di misurare le legislazioni: A. Gambaro, *op.cit.*, p. 18 ss.

[66] In sintesi, gli indicatori dello *scoreboard* possono essere ricondotti a tre diverse categorie: (i) squilibri esterni e competitività, (ii) squilibri interni, (iii) nuovi indicatori di occupazione. Nella prima rientrano il saldo delle partite correnti e la posizione patrimoniale netta su estero (entrambe in termini percentuali rispetto al PIL), il tasso di cambio effettivo reale, la quota di mercato delle esportazioni e,

comporre un quadro di valutazione della situazione macroeconomica di ciascuno di questi. Ogni anno la Commissione redige quindi, sulla base di tali indicatori, una relazione per ogni singolo Stato, la quale viene esaminata globalmente dal Consiglio[67].

Conclusa quindi una prima valutazione da parte della Commissione, tenuto conto delle discussioni maturate in senso al Consiglio o all'Eurogruppo, questa effettua un esame approfondito – c.d. *in depth review* – con riguardo ad ogni Stato membro che, a suo avviso, può presentare squilibri o correre il rischio di presentarli. I possibili esiti della IDR sono quindi quattro: assenza di squilibri (*no imbalances*), presenza di squilibri (*imbalances*), squilibri eccessivi (*excessive imbalances*), squilibri eccessivi con azione correttiva (*excessive imbalances with corrective action*).

Qualora, ad esito di questa, la Commissione ritenga che uno Stato membro presenti squilibri eccessivi, il Consiglio può adottare una raccomandazione che ne stabilisca l'esistenza, specificandone natura ed implicazioni e fornendo al relativo Governo indirizzi su strategie da seguire, indicandogli, infine, l'adozione di misure correttive.

In quest'ultimo caso, si apre quindi la procedura per squilibri eccessivi – *Excessive imbalance procedure (EIP)* – la quale – finora mai attivata – comporterebbe un evidente assoggettamento dello Stato membro in questione ad una più stretta vigilanza sulle sue politiche economiche e sociali. Invero, il Paese nei confronti del quale fosse avviata una EIP sarebbe tenuto a presentare alla Commissione e al Consiglio un piano di azione correttivo (*CAP*) entro un termine

infine, il costo nominale del lavoro per unità di prodotto. Quanto alla seconda categoria, si annoverano: la variazione percentuale annua reale dei prezzi delle abitazioni, il credito al settore privato, il debito privato e pubblico (in termini di PIL) e, da ultimi, il tasso di disoccupazione (annuale e triennale) e le passività del settore finanziario. Venendo alla terza categoria relativa all'occupazione, sono ivi considerati il tasso di attività economica, quello di disoccupazione giovanile e di disoccupazione di lunga durata, tutti in termini percentuali, il primo rispetto alla popolazione totale compresa tra i 15 e i 64 anni, il secondo rispetto alla popolazione di età compresa tra i 15 ed i 24 anni ed il terzo rispetto a quella compresa tra i 15 e i 74.

[67] Salvo il caso in cui tale relazione si riferisca agli Stati dell'UEM. In tale ipotesi questa costituisce oggetto di valutazione da parte dell'Eurogruppo.

individuato dalla raccomandazione del Consiglio stesso, corredato dall'indicazione delle misure specifiche che questo ha attuato o intende attuare, con tanto di calendario per la prevista esecuzione di queste ultime.

Infine, quanto all'apparato sanzionatorio apprestato dal legislatore europeo, la costituzione di un deposito fruttifero è imposta mediante decisione del Consiglio, su raccomandazione della Commissione, ove questo ritenga che un determinato Stato membro non abbia preso le misure correttive raccomandate, constatandone quindi l'inadempimento. Il pagamento di un'ammenda annuale è altresì imposto, sempre tramite decisione del Consiglio, qualora questo, considerando il CAP presentato da uno Stato membro insufficiente, adotti due raccomandazioni successive nell'ambito della medesima procedura per squilibri eccessivi, chiedendo pertanto, per due volte, la presentazione di un nuovo CAP.

Si noti tuttavia che, a quasi sette anni dalla sua introduzione, benché la Commissione abbia individuato, per diversi Stati membri, diversi squilibri macroeconomici eccessivi – nel caso dell'Italia, l'alto debito pubblico, la bassa competitività, le sofferenze bancarie, l'alto livello di disoccupazione – non è stata mai irrogata alcuna sanzione, stante l'elevata discrezionalità politica della Commissione in materia. Sembra quindi assistersi ad un vero e proprio paradosso: invero, al rafforzamento (formale) dei poteri dei quest'ultima, alla quale sono stati attribuiti rilevanti poteri sanzionatori, è seguita una sostanziale ineffettività di questi, sul piano applicativo. Da cui l'interrogativo sull'effettività della MIP quale mezzo di coercizione giuridica. Ad oggi, invero, tale Procedura sembra più presentarsi come mero (ma efficace) strumento di pressione politica, in particolare con riguardo agli Stati più esposti alla crisi.

Si cerca di chiarire meglio questo punto, facendo riferimento a due importanti riforme recentemente apprestate al nostro ordinamento giuridico.

Con riferimento al c.d. *job act*[68] adottato dal Governo Renzi, la Commissione rileva che: «Il *Jobs Act* ha profondamente riformato le istituzioni italiane del mercato del lavoro. In linea con le

[68] L. 1 dicembre 2014, n. 183.

raccomandazioni 2016 del Consiglio per la zona euro, la riforma affronta i principali punti deboli del mercato italiano del lavoro […] L'attuazione del *Jobs Act* rappresenta un risultato importante, in particolare alla luce dei precedenti italiani in materia di attuazione […] Sono stati compiuti notevoli progressi per quanto riguarda l'equilibrio tra attività professionale e vita privata e le politiche attive del mercato del lavoro. I pertinenti decreti legislativi di attuazione del *Jobs Act* sono stati adottati nel giugno e nel settembre 2015»[69].

Ancora, con riguardo alla c.d. riforma Madia[70], la Commissione afferma che: «È in fase di attuazione un'importante riforma della pubblica amministrazione. Tuttavia, la Corte Costituzionale ha recentemente dichiarato incostituzionale la procedura prevista per alcuni importanti decreti attuativi (tra cui quelli relativi alla gestione delle risorse umane, alle imprese a partecipazione pubblica e ai servizi pubblici locali) […] (E' necessario) attuare la riforma della pubblica amministrazione adottando e applicando tutti i decreti legislativi necessari, in particolare in materia di riforma delle imprese di proprietà pubblica, servizi pubblici locali e gestione delle risorse umane»[71].

Dalle suddette affermazioni della Commissione emerge quindi come questa tenda ad incentivare l'adozione di importanti riforme pur in materie quali la pubblica amministrazione e il mercato del lavoro che – secondo il principio di attribuzione *ex* art. 5 TUE – sono riservate alla competenza degli Stati membri, andando addirittura ad indicare preventivamente al Governo come poter procedere nella progressiva realizzazione di queste. In questo senso, pertanto, le raccomandazioni nell'ambito della MIP sembrano agire come volano per l'implementazione di importanti novelle legislative nei singoli ordinamenti nazionali.

---

[69] Commissione europea, *Relazione per paese relativa all'Italia 2016 comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici*, Bruxelles, 26.2.2016 SWD(2016) 81 final, p. 40, 41, 102.

[70] L. 7 agosto 2015, n. 124.

[71] Commissione europea, *Relazione per paese relativa all'Italia 2017 comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici*, Bruxelles, 22.2.2017 SWD(2017) 77 final, p. 4, 18.

Si noti, da ultimo, a tal riguardo, che la Commissione valuta la complessiva legislazione statale in un'ottica marcatamente efficientista, in linea con quella che attori privati dei mercati finanziari globali danno all'assetto istituzionale di un determinato Paese, al fine di valutare l'opportunità di compiervi investimenti[72].

5. *La critica riconducibilità ai Trattati della normativa europea di diritto derivato "della crisi"*

La questione della compatibilità delle misure di *governance* economica della crisi con il diritto dei Trattati è stata affrontata, nella redazione del c.d. Fiscal compact, tramite una disposizione con cui le parti hanno precisato che: «Il presente trattato si applica nella misura in cui è compatibile con i trattati su cui si fonda l'Unione europea e con il diritto dell'Unione europea. Esso non pregiudica la competenza dell'Unione in materia di unione economica»[73]. Tale previsione appare quindi in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui gli Stati membri sono obbligati a prendere tutte le misure appropriate per assicurare il rispetto del diritto europeo, anche nel caso di accordo internazionale – concluso tra di loro – al di fuori dell'ambito del diritto dell'Unione[74] e, pur implicitamente, sembra riconoscere la primazia di questo sullo stesso Trattato[75].

---

[72] È questo l'approccio della scuola della *Law and Finance*. Per approfondimenti sull'approccio teorico di questa, basato essenzialmente sulla valutazione delle conseguenze di ordine economico di un determinato istituto giuridico vedasi: R. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge, 1983; G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and Law of Torts*, in *Yale Law Journal,* 1961, p. 499 ss.; R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal Law of Economics*, 1960, p. 1 ss. Con riguardo alla dottrina italiana sul punto vedasi altresì: F. Denozza, *Il modello dell'analisi economicadel diritto: come si spiega il tanto successo di una teoria così debole?*, in *Ars Interpretandi*, 2013, p. 43 ss.

[73] Art. 2, par. 2, Trattato sulla stabilità, il coordinamento, la *governance* dell'unione economica e monetaria.

[74] Corte giust., 27 settembre 1988, causa C-235/87, *Matteucci.*

[75] In questo senso argomenta: R. Baratta, *Legal Issues Of The 'Fiscal Compact'. Searching for a mature democratic governance of the euro*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 647 ss.

Quanto invece alla normativa europea di diritto derivato "della crisi"[76], la sua compatibilità con i Trattati sembra presentare diversi profili di maggior criticità[77].

Anzitutto, in riferimento alla nozione di coordinamento economico[78] si noti che, ai sensi dei parr. 3 e 4 dell'art. 121 TFUE, la Commissione e il Consiglio possono adottare, rispettivamente, avvertimenti o raccomandazioni, non giuridicamente vincolanti, nei confronti degli Stati membri le cui politiche economiche non risultino coerenti con gli indirizzi di massima stabiliti dal Consiglio o, comunque, possano compromettere il buon funzionamento dell'UEM. Tuttavia, l'art. 3 del Regolamento 1174/2011, cui base legale è la suddetta norma, prevede due tipologie di sanzioni, ovvero il deposito fruttifero e l'ammenda; alla luce di ciò tale normativa di diritto derivato sembra quindi porsi in contrasto con l'art.121 TFUE, il quale, come visto, prevede che le istituzioni dell'Unione adottino solo

[76] In particolare, quanto alla normativa di diritto europeo derivato ci si riferisce ai seguenti atti: Il c.d. *Six pack*, costituito da sei atti normativi UE, suddivisi in cinque regolamenti e una direttiva: il Regolamento 1173/2011 relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro, in GUUE del 23 Novembre, 2011; il Regolamento 1174/2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro, in GUUE del 23 Novembre 2011; il Regolamento 1175/2011 che modifica il Regolamento (CE) 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, in GUUE del 23 Novembre 2011; il Regolamento 1176/2011 sulla prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici, in GUUE del 23 novembre 2011; il Regolamento 1177/2011 che modifica il Regolamento (CE) 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per disavanzi eccessivi, in GUUE del 23 Novembre 2011; la direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, in GUUE del 23 Novembre 2011.

[77] Su questo tema, con un orientamento diverso, vedasi: C. Kaupa, *op. cit*, spec. p. 3. Secondo tale Autore, la Costituzione economica europea sarebbe "aperta" a diverse possibili interpretazioni alternative, cosicché ogni scelta interpretativa del diritto convenzionale nell'ottica di una sola particolare dottrina dovrebbe escludersi.

[78] Per maggiori approfondimenti sul concetto di coordinamento economico, nell'ambito del semestre europeo, vedasi, *ex multis*: F. Costamagna, *The European semester in action: strengthening economic policy coordination while weakening the social dimension?*, WEL Working Paper, 5/2013.

atti non vincolanti nell'ambito del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri[79].

Inoltre, diversamente da quanto previsto dal tenore letterario dell'art. 121, par. 2, TFUE, le istituzioni europee, nell'ambito delle raccomandazioni MIP[80], sembrano non limitarsi all'indicazione di indirizzi di massima quanto, piuttosto, richiedere agli Stati l'adozione di specifiche e dettagliate riforme nazionali quali ad, esempio, per l'Italia: «completare la riforma del catasto entro il primo semestre 2017 [..] riformare l'istituto della prescrizione [...] intervenire ulteriormente per aumentare la concorrenza nel settore del commercio al dettaglio»[81].

Venendo quindi ad un secondo profilo critico, alla luce dell'art. 3, par. 3, del Regolamento 1174/2011, il Consiglio adotta decisioni sanzionatorie nei confronti di uno Stato membro con la regola della c.d. *reverse qualified majority voting* (RQMV), ovvero un sistema di voto – introdotto con l'obiettivo di rendere più effettivo ed automatico il meccanismo di *enforcement* delle sanzioni – che considera adottata una decisione, a meno che il Consiglio non respinga la raccomandazione della Commissione, deliberando a maggioranza qualificata, entro 10 giorni dall'adozione di quest'ultima. Tale previsione sembra tuttavia, rafforzando fortemente la posizione della Commissione nei confronti del Consiglio, porsi in contrasto, anzitutto, con l'art. 13, par. 2, TUE secondo cui: «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le

[79] Argomentano in tal senso P. Leino - J. Salminem, *Going 'belt and braces' – domestic effects of euro crisis law*, *op. cit*, secondo cui: «Recommendations have no binding force (288 TFEU) [...] this seems to correspond to their functions in the Treaty based economic policy framework. It seems dubious whether the mandate under article 121 TFEU, even when read jointly with Article 136 TFEU, includes the possibility to change the applicable instrument from a non-binding one to a binding one. [...] It's evident that the introduction of sanctions is specifically aimed at turning the recommendations into something that are binding in practice».

[80] Lo stesso art. 1, par. 1, del Regolamento 1176/2011 prevede «disposizioni dettagliate volte ad individuare gli squilibri macroeconomici e a prevenire e correggere gli squilibri macroeconomici eccessivi all'interno dell'Unione»

[81] Commissione europea, *Relazione per paese relativa all'Italia 2017 comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici*, Bruxelles, 22.2.2017 SWD(2017) 77 final, p. 74, 75.

procedure, condizioni e finalità da essi previste». Invero, autorevole dottrina ritiene, a tale riguardo, che l'introduzione del RQMV abbia reso il Consiglio quasi "inerme" rispetto alle raccomandazioni proposte dalla Commissione, la quale sembra quindi assumere una vera e propria *leadership* decisoria, solo formalmente riservata al primo, nell'ambito della sorveglianza multilaterale *ex* art. 121 TFUE[82]. In secondo luogo, tale espansione dei poteri della Commissione sembra porsi in contrasto con il principio dell'equilibrio istituzionale all'interno dell'UE, come radicato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia[83].

Da ultimo, il sistema del RQMV sembra altresì non coerente con i contenuti dell'art. 16, par. 3, TUE, il quale disponendo che: «il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, salvo nei casi in cui i Trattati dispongano diversamente», richiede – anche alla luce di una sua interpretazione sistematica (in particolare, in combinato con l'art. 238 TFUE) – il raggiungimento di una certa soglia (e, conseguentemente, di una determinata maggioranza) ai fini dell'adozione di un atto normativo proposto dalla Commissione. Esattamente all'opposto invece, il descritto sistema di voto, prevedendo che solo una *blocking majority* – in luogo di una *blocking minority* – sia in grado di opporsi all'adozione di atti proposti dalla prima, ne ribalta completamente la logica. Altrimenti detto, se in precedenza era necessario, rispetto alle proposte della Commissione, una maggioranza in seno al Consiglio per tramutarle in atti, in seguito all'introduzione del RQMV è oggi richiesta una maggioranza per opporvisi, peraltro in un intervallo temporale piuttosto breve.

In conclusione, sul punto, si può pertanto affermare la dubbia – seppur mai contestata, dinanzi alla Corte di Giustizia – legittimità di tale sistema di voto che, introdotto per mezzo del *six pack*, quale fonte

---

[82] In questo senso argomenta: R. Palmstorfer, *The reverse majority voting under the 'Six Pack': a bad turn for Union?*, in *ELJ*., 2014, p. 186 ss. Sul tema si rimanda anche a: R. Baratta, *La maggioranza qualificata inversa nella recente prassi dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Laura Forlati Picchio*, Torino, 2014, p. 267 ss.

[83] Vedasi le già citate pronunce: Corte di giust., 13 giugno 1958, C-9/56, *Meroni*; 22 maggio 1988, C-70/88, *Parlamento c. Consiglio.*

di diritto derivato, sembra non trovare alcuna *legal basis* nelle disposizioni normative dei Trattati.

Infine, quale ultima osservazione critica sulla compatibilità della normativa derivata "della crisi" con il diritto primario dell'Unione, si noti che gli indicatori della MIP sono costruiti, ivi comprese le loro soglie, senza alcuna partecipazione né del Parlamento europeo, né dei Parlamenti nazionali.

Invero, nonostante il Regolamento 1176/2011 preveda che la Commissione dovrebbe cooperare strettamente con il Parlamento europeo nell'elaborazione del quadro di valutazione degli indicatori macroeconomici e che, nella sua applicazione, questa sarebbe tenuta a rispettare pienamente il ruolo degli organi legislativi nazionali, tali previsioni normative[84] sembrano essere rimaste lettera morta.

È infatti assente qualsiasi forma di controllo del Parlamento europeo sia relativamente all'ideazione dei suddetti indicatori che alla loro concreta applicazione, da parte della Commissione. Inoltre, la mancata partecipazione delle istituzioni rappresentative nazionali alla predisposizione dello *scoreboard* MIP sembra costituire un evidente *deficit* democratico della MIP, a riprova del fatto che – anche dopo il Trattato di Lisbona – il principio della democrazia rappresentativa, proclamato all'art. 10, par. 1, TUE, trovi uno scarso riscontro nella realtà istituzionale europea[85].

In conclusione, quindi, si rileva come la MIP attesti non solo l'ulteriore perdita di rappresentatività delle procedure legislative nazionali, bensì anche, più in generale, una riduzione del tasso di democraticità dell'UE. Invero, democrazia vuol dire prima di tutto fiducia del popolo nelle sue leggi: che il popolo senta le norme dello Stato come le proprie leggi, quali scaturite dalla sua coscienza e non - come troppo spesso avviene quanto alle raccomandazioni promanate delle istituzioni dell'Unione - come un'imposizione dall'alto[86].

---

[84] Preambolo 12, regolamento 1176/2011 e preambolo 25, regolamento 1176/2011.

[85] Argomenta in questo senso: L. Principato, *Unione europea e diritti costituzionali: ossimoro o sineddoche?*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 815 ss.

[86] Così, P. Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione*, 26 gennaio 1955.

Riccardo Cabazzi
Governance economica europea e riforme negli ordinamenti degli Stati membri: spunti di comparazione

Abstract: This paper analyzes the extent and intensity with which the European economic governance of the crisis has conditioned the adoption of relevant important reforms by the executives of Spain, Germany, France and Italy during the crisis. From a comparative perspective, it will be shown that, while the GIPSI States have generally implemented the recommendations issued by the European institutions, the core State and, among all, Germany, seem instead to have not significantly innovated their systems in the sense indicated by them, by virtue of the greater political weight of the latter. In particular, the indirect impact of these recommendations on social rights constitutionally guaranteed by the peripheral States of the Euro area will be analyzed. As a last point, the inconsistency with the Treaties of a part of the crisis European secondary legislation is highlighted, given particular consideration to the reverse qualified majority voting system in the Council.

Keywords: European economic governance - macroeconomic imbalance procedure - social rights - economic crisis - welfare State.

Riccardo Cabazzi – Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara (cbzrcr@unife.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Mass shootings, *culture war* e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della *Supreme Court*, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*

Pietro Insolera

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. C enni sul contesto: *District of Columbia v. Heller* e seguito. – 3. Il *dissent from denial of certiorari* del giudice Thomas in *Silvester v. Becerra*. – 4. Alcune considerazioni critiche.

1. *Premessa*

Queste brevi note si concentrano sulla tematica assai controversa, e drammaticamente attuale[1], della

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista a *double-blind peer review*.

This article has its origin in the paper presented to 'Europe and its crises' Workshop hosted by Department of Politics and International Studies (POLIS) at the University of Cambridge (30th June-1st July 2016). Participation in the Workshop is part of the research activities carried out during visiting research at the Faculty of Law of the University of Cambridge, financed by the Spanish Ministry of Education, Culture and Sport under the framework "Jose Castillejo" Mobility Program. Particular thanks are due to Professor Catherine Barnard for the constant collaboration throughout the entire research period at the University of Cambridge (April-July 2016).

[1] Il riferimento è alla strage perpetrata il 14 febbraio 2018 da Nikolas Cruz alla Marjory Stoneman Douglas High School di Parkland, Florida, nella quale hanno perso la vita 17 persone ed a quella commessa da Dimitrios Pagourtzis alla Santa Fe High School di Santa Fe, Texas, nella quale sono perite 10 persone, il 18 maggio 2018. Le stragi soltanto le ultime di una lunga serie negli U.S.A. Un desolante bilancio di fine mandato presidenziale, evidenziando contestualmente la ineludibile necessità di approvare misure

legislazione/regolamentazione sulle armi da fuoco (cd. *gun regulation*), prendendo spunto dalla disamina di un'opinione dissenziente al *denial of certiorari* – ossia al rigetto alla valutazione nel merito del caso da parte della Alta Corte – redatta dal giudice conservatore/originalista Thomas[2].

Essa dimostra – come si vedrà – quanto sia ancora poco consolidata la giurisprudenza sul contenuto e la precisa portata del "diritto fondamentale a detenere e portare armi", dopo le importanti decisioni *District of Columbia v. Heller* e *McDonald v. City of Chicago*[3].

---

legislative idonee a prevenire e neutralizzare il devastante fenomeno della violenza da armi da fuoco e i cd. *Mass Shootings*, in B. Obama, *The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform*, in *Harv. L. Rev.*, 2017, p. 856-858.

[2] *Silvester v. Becerra*, 583 U.S. (2018), Thomas, J., dissenting from the denial of certiorari, disponibile all'URL https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-342_4hd5.pdf.

[3] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), decisione maturata per 5 voti a 4 e assai controversa – perché in forte tensione con il *precedent* e dagli effetti poco prevedibili – ha invalidato la disciplina particolarmente restrittiva del Firearms Control Regulations Act del 1975 del District of Columbia (D.C. Code §§ 7-2502.02(a)(4), 22–4504, 7–2507.02), che imponeva la custodia di una pistola scarica, smontata e chiusa in una cassaforte all'interno di abitazioni private, affermando che il II Emendamento alla Costituzione Federale («*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed*») garantisce un diritto fondamentale della persona a possedere e portare armi da fuoco per scopi leciti, ed in particolare di legittima difesa, all'interno della propria abitazione e proprietà privata. La successiva *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), oltre a confermare il "*core holding*" dell'anzidetta pronuncia, ha reso applicabile il diritto ivi sancito nei confronti delle legislazioni statali e dei provvedimenti delle autorità locali, attraverso la c.d. *incorporation* del II Emendamento per mezzo della *due process clause* del XIV Emendamento, invalidando un analogo provvedimento di divieto assai restrittivo, adottato dalla municipalità di Chicago. Uno sviluppo assai significativo, poiché gran parte della *firearms regulation* viene adottata a livello statale e, soprattutto, locale. Sul processo di cd. *incorporation*, attraverso cui quasi tutti i primi dieci Emendamenti del *Bill of Rights* sono stati resi applicabili agli Stati v. in dottrina E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, p. 511-519; analizza il dibattito storico tra le contrapposte dottrine della cd. *Total incorporation* e la cd. *Selective incorporation* nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte suprema, tra gli altri, M.I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015, p. 280 ss.

Si assiste infatti da qualche tempo ad una perdurante "*battaglia politico-ideologica*", portata avanti dai *Justices* più conservatori (Thomas in testa), volta a fare giudicare nel merito nuovi casi, con lo scopo di *ridefinire in senso ampliativo la portata di tale diritto*, per restringere ulteriormente lo spazio di manovra a disposizione delle autorità federali, statali e locali nelle politiche, anche penali, di contrasto alla violenza da armi da fuoco.

E ciò – si badi – proprio nel momento in cui gli Stati Uniti si sono raccolti, ancora una volta, a piangere le giovani vittime dell'ennesima strage.

L'analisi del *dissent*, oltre a poter essere di ausilio nel valutare e ipotizzare i prossimi sviluppi della *jurisprudence* della Corte, fornendo significative indicazioni sulle dialettiche deliberative interne al collegio[4], offre il destro per svolgere alcune riflessioni di carattere più generale sul ruolo e le (eventuali) responsabilità politiche della Corte rispetto al tragico fenomeno dei cd. *Mass Shootings*.

2. *Cenni sul contesto:* District of Columbia v. Heller *e seguito*

Alcune osservazioni, per contestualizzare meglio il significato del *dissent* di Thomas[5], prima di discutere il caso.

---

[4] Sul *Writ of Certiorari*, quale metodo fondamentale, e del tutto discrezionale, per "decidere quali casi decidere" da parte della Corte suprema statunitense, cfr. l'accurata indagine di F. Ferraris, "Rationing Justice". *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, 2015, p. 33 ss. Sul significato e le problematiche innescate dalle prassi del *dissent from certiorari denial* e dell'*opinion respecting the denial*, v. *ibidem*, p. 127 ss.

[5] Sul quale v. criticamente D. Cassens Weiss, *Second Amendment is a 'disfavored right' in the Supreme Court, Thomas says in cert-denial dissent*, all'URL http://www.abajournal.com/news/article/second_amendment_is_a_disfavored_right_in_the_supreme_court_thomas_says_in, 20 febbraio 2018; I. Millhiser, *Justice Thomas delivers pro-gun rant just days after the Parkland shooting*, all'URL https://thinkprogress.org/justice-thomas-pro-gun-rant-parkland-e08504e87ee3/, 20 febbraio 2018; G. Epps, *What Clarence Thomas Gets Wrong About the Second Amendment*, in https://www.theatlantic.com/politics/archive/2018/02/clarence-thomas-guns/553910/, 22 febbraio 2018; E. Mystal, *Unaccountable Lifetime Employee Spends 14 Pages Whining Periods As Nation Still Mourns Dead Children*, in

Come si anticipava, la nota decisione *District of Columbia v. Heller* del 2008, segnando una brusca rottura rispetto ai precedenti della Corte suprema[6] e alle posizioni prevalenti in letteratura[7], stabiliva la natura di *diritto fondamentale della persona* del "*right to keep and bear arms*" di cui al II

https://abovethelaw.com/2018/02/unaccountable-lifetime-employee-spends-14-pages-whining-about-waiting-periods-as-nation-still-mourns-dead-children/, 20 febbraio 2018; D. Berman, *Dissenting from denial of cert, Justice Thomas complains Second Amendment has become "constitutional orphan"*, all'URL http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2018/02/dissenting-from-denial-of-cert-justice-thomas-complains-second-amendment-has-become-constitutional-o.html, 20 febbraio 2018.

[6] Cfr. in particolare il precedente *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939), nel quale la Corte suprema ritenne costituzionalmente conforme al II Emendamento una disposizione penale del National Firearms Act del 1934, applicata ad un soggetto che aveva trasportato nel commercio interstatale un fucile non registrato di tipo "doppietta", argomentando che: «In totale assenza di prove che tendano a dimostrare che il possesso o l'utilizzo di un 'fucile con una canna lunga meno di diciotto pollici' in questo momento ha una qualche ragionevole relazione con il mantenimento o l'efficienza di un esercito ben organizzato, non possiamo affermare che il Secondo Emendamento garantisce il diritto a possedere e portare tale strumento». Nella decisione *Lewis v. United States*, 445 U.S. 55 (1980), n. 8, il giudice Blackmun, scrivendo per la Corte e richiamando *l'holding* di Miller, affermò che «il II Emendamento non garantisce alcun diritto a possedere e portare armi da fuoco che non abbia una qualche ragionevole relazione con la conservazione e l'efficienza di una milizia ben organizzata». Secondo l'opinione dissenziente di Stevens in Heller, benché il II Emendamento protegga «un diritto che può essere esercitato dagli individui», la sua portata, come determinata dal testo e dalla storia, non supporta in nessun modo una interpretazione tale da «limitare l'autorità di ogni legislatore di disciplinare gli utilizzi civili privati delle armi da fuoco» o da evincere che i «Redattori dell'Emendamento intendessero sancire il diritto di legittima difesa derivante dal common law nella Costituzione». La lettura restrittiva del precedente Miller da parte della maggioranza è poi un «drammatico sconvolgimento del diritto consolidato», in quanto tale decisione garantiva soltanto la protezione del «diritto di possedere e portare armi per determinati scopi militari», senza «limitare il potere del Legislatore di disciplinare l'utilizzo non militare e il possesso delle armi». Tale impostazione – secondo i dissenzienti – costituisce «sia la lettura più naturale del testo dell'Emendamento che l'interpretazione più fedele alla storia della sua adozione». Cfr. altresì J.P. Stevens, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, p. 149-150.

[7] Senza alcuna pretesa d'esaustività: v. ad es. L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice: the Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, p. 154 ss.; E. Chemerinsky, *Costitutional Law*, cit., p. 941 ss.

Emendamento. Si accantonava così la tradizionalmente più accreditata tesi del "*collective right*"[8], intimamente collegato al servizio nella "*well regulated militia*", peraltro più conforme al testo ed alla *ratio* della previsione: la necessità di difesa da parte degli Stati sovrani, rispetto a possibili abusi del Governo, e, specialmente, dell'esercito federale.

Tale approdo interpretativo ha costituito forse il punto più alto nella storia, la "*presa di potere*"[9], della teoria dell'interpretazione costituzionale originalista-testualista, propugnata con particolare vigore dall'estensore della decisione, Antonin Scalia[10]. La maggioranza riuscì ad argomentare che il *nuovo significato* che si annunciava non era in realtà nient'altro

[8] Per avere un'idea di quanto l'interpretazione *libertarian* del II Emendamento, quale disposizione che garantisce un diritto della persona, sia uno sviluppo recente, figlio della "*conservative revolution*" degli anni reaganiani, si rammentino le parole di Warren Burger, *Chief Justice* di nomina repubblicana della Corte dal 1969 al 1986, e giurista di orientamento fortemente conservatore, che nel 1991 denunciava come l'emergente tesi del diritto individuale fosse «uno dei più grandi esempi di inganno, e ripeto la parola inganno, nei confronti dell'opinione pubblica americana da parte di gruppi portatori di interessi speciali che io abbia mai visto in vita mia», cfr. *MacNeil/Lehrer NewsHour*, PBS, trasmissione del 16 dicembre 1991, richiamato in L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 162. Sulla rivoluzione culturale e politico-giudiziaria conservatrice negli anni della presidenza Reagan (1980-1988), v. in generale la ricostruzione di sintesi di G. Troy, *The Reagan Revolution. A Very Short Introduction*, New York, 2009.

[9] Ad attestarlo inequivocabilmente il fatto che sia l'*Opinion of the Court* redatta da Scalia, sia il *dissent* principale di Stevens utilizzino entrambe esclusivamente un'analisi testuale, storica e casistica, volta a desumere il "significato originario" della previsione costituzionale. Una centralità della metodologia originalista, condivisa all'interno del collegio, difficile da immaginare fino a pochi anni prima.

[10] Sul punto cfr. *amplius* D.M. Dorsen, *The Unexpected Scalia. A Conservative's Justice Liberal Opinion*, New York, 2017, p. 31-32, 157-162. Nella letteratura italiana, un quadro sulla figura del giudice Scalia e sulla enorme influenza della sua *Judicial Philosophy* originalista-testualista è offerto da N.G. Cezzi, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Dir. pubb.*, 2016, p. 849 ss.; sia consentito rinviare inoltre a P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *questa Rivista*, 2017, p. 132 ss. Un interessante dibattito sulla metodolologia dell'interpretazione costituzionale originalista, in prospettiva comparatistica, in AA.VV., Casi e questioni: *Comparative Perspective on Originalism*, in *DPCE online*, 3/2017, pp. 571-678.

che l'*original public meaning* della disposizione, adottata e ratificata nel 1791.

Questo il formale "travestimento". Tuttavia, si è persuasivamente osservato come la svolta di *Heller* costituisca il frutto maturo di una lunga e agguerrita *operazione politica*, di *lobbying*, da parte della *National Rifle Association* e del Partito Repubblicano – iniziata negli anni settanta e intensificatasi negli anni ottanta – culminata con uno straordinario esempio di *Conservative Judicial Activism*[11].

Un *nuovo diritto fondamentale* creato in via giudiziale, proprio sotto la guida di giuristi che, per rimediare alle "ferite" delle stagioni "attiviste" delle Corti Warren e Burger, avevano fatto del *Judicial Restraint* e della stretta interpretazione testuale i capisaldi della rivoluzione conservatrice e della rinnovata legittimazione del potere giudiziario[12].

Per quanto estremamente innovativa, *Heller* (per come poi confermata ed estesa in *McDonald*) – al di là di alcune distorte rappresentazioni mediatiche – resta una sentenza cauta e sostanzialmente limitata nelle sue affermazioni.

Non si mette in discussione la consolidata presunzione di legittimità costituzionale di quell'ampio novero di normative e provvedimenti – peraltro assi diverse da Stato a Stato e nelle varie realtà locali – che limitano le categorie di soggetti che possono acquistare, possedere e portare in pubblico armi da fuoco, ovvero pongono restrizioni all'acquisto e/o possesso di specifiche tipologie di armi (ad es. armi d'assalto o militari), o

---

[11] Tra numerosi contributi, quello che forse ha illustrato più efficacemente tale dinamica è di R.B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in* Heller, in *Harv. L. Rev.*, 2008, p. 191 ss.; utili anche le ricostruzioni di M. Waldman, *The Second Amendment. A Biography*, New York, 2014, p.117-137 e di J. Toobin, *The Obama White House and the Supreme Court*, New York, 2012, p. 98-115; nella letteratura italiana v. in proposito A. Testi, *Un movimento conservatore di successo. Il trionfo dei* gun rights, in *Il Mulino*, 2016, 5, p. 797 ss. Un dettagliato resoconto di taglio più giornalistico in G. Zagni, *"Una Milizia ben organizzata"*, disponibile all'URL https://www.ilpost.it/2012/12/17/armi-stati-uniti-2/, 17 dicembre 2012.

[12] E. Chemerinsky, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2011, p. 191-192, osserva che "*è accurato affermare che il Secondo Emendamento è l'unico nuovo diritto riconosciuto dalla Corte negli ultimi 35 anni per il quale essa ha approvato qualcosa di più di una controllo minimale di razionalità. Difficilmente è una coincidenza che questa interpretazione si combini perfettamente con l'ideologia politica conservatrice*".

ancora vietano di recarsi armati in determinati "luoghi sensibili"[13].

Le parole di Scalia rendono bene l'idea della portata non assoluta, sempre da bilanciare[14] con il *public safety interest*, del diritto individuale protetto dal II Emendamento: «Come la maggior parte dei diritti, il diritto garantito dal Secondo Emendamento non è illimitato. Dall'epoca di Blackstone fino ai casi del diciannovesimo secolo, i commentatori e le corti hanno regolarmente spiegato che il diritto non fosse un diritto a detenere e portare qualunque tipo di arma in qualunque modo per qualsivoglia scopo. Per esempio, la maggioranza delle corti del diciannovesimo secolo che hanno valutato la questione hanno affermato che le proibizioni di portare addosso armi occultate fossero legittime in base al Secondo Emendamento o agli omologhi statali. Benché oggi non intraprendiamo una analisi storica esaustiva della piena portata del Secondo Emendamento, niente nella nostra decisione deve essere inteso come elemento di dubbio sulla legittimità delle tradizionali proibizioni del possesso di armi da fuoco per i soggetti gravati da precedenti penali e per i malati mentali, o delle leggi che vietano di portare armi da fuoco in luoghi sensibili come scuole o sedi governative, o delle leggi che impongono condizioni e requisiti sulla vendita commerciale delle armi»[15].

---

[13] Cfr. in proposito ad es. C. Sunstein, *Constitution doesn't bar gun control*, all'URL http://www.bostonherald.com/opinion/op_ed/2018/02/sunstein_constitution_doesn_t_bar_gun_control, 19 febbraio 2018.

[14] Una precisazione: quanto più l'intervento regolatore incide sul "nucleo fondamentale" del diritto individuale, come affermato in *Heller* (possesso di armi da fuoco tradizionali all'interno della propria abitazione e/o proprietà per scopi leciti, ed in particolare di legittima difesa) – quello meno "bilanciabile" – tanto più il l'autorità deve dimostrare un fondamento giustificativo particolarmente forte a supporto della disposizione o del provvedimento, che sono sottoposti ad uno *scrutinio stretto* nel *judicial review*. Diversamente, più ci si allontana dall'*hard core* del diritto, meno è penetrante il sindacato sul fondamento giustificativo della disposizione o del provvedimento, con gli interessi di prevenzione della violenza posti in bilanciamento, e tendenzialmente prevalenti.

[15] In base a queste premesse, ad es., sono state regolarmente ritenute legittime dalle corti federali normative penali federali che proibiscono l'acquisto e il possesso di armi da parte dei *felons*, di soggetti già condannati per *misdemeanors* di violenza domestica o sottoposti a ordini di protezione in ambito familiare, tossicodipendenti, e anche gli aumenti di pena (*sentencing*

Nonostante tali precisazioni, lo scenario successivo, relativamente all'esatta portata del diritto e, conseguentemente, allo specifico *standard of review* al quale sottoporlo nel controllo di costituzionalità[16], è stato dominato da grande incertezza.

---

enhancements) per il possesso di armi da fuoco nel corso della commissione di altri delitti. Un quadro più dettagliato nel Report del Congressional Research Service a cura di S.H. Herman, *Post*-Heller *Second Amendment Jurisprudence*, all'URL https://fas.org/sgp/crs/misc/R44618.pdf, 21 novembre 2017.

[16] Si noti che la maggioranza in *Heller* non si è soffermata approfonditamente a discutere e precisare il "livello di controllo" sul fondamento giustificativo degli interventi regolatori che incidono sull'esercizio del diritto di cui al II Emendamento, limitandosi ad affermare che l'azione legislativa o esecutiva dev'essere supportata da qualcosa di più di una semplice "base razionale", v. *District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 627 n. 27, 634-35: «*If all that was required to overcome the right to keep and bear arms was a rational basis, the Second Amendment … would have no effect*». Cfr. sul punto ancora S.H. Herman, *Post*-Heller, cit., p. 15-16, la quale osserva che la maggioranza delle corti federali inferiori, dopo *Heller*, impiega uno *scrutinio intermedio*. È noto che nel sistema di *judicial review* statunitense, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e dell'*equal protection analysis*, le leggi e i provvedimenti vengono sindacati con un sistema "a tre velocità". Il cd. *rational basis test*, controllo estremamente deferenziale di non manifesta irrazionalità (ad es. sulla legislazione economico-sociale), in base al quale la legge viene giudicata legittima se in grado di perseguire ragionevolmente qualsivoglia legittimo interesse statale ipotizzabile. Il tipo di controllo denominato *intermediate scrutiny*, per considerare la legge costituzionale, richiede che essa sia «sostanzialmente correlata ad un importante obiettivo del governo». In altre parole, l'obiettivo dello stato deve essere più che uno scopo solo legittimo da perseguire; la corte deve ritenere tale obiettivo "importante". I mezzi prescelti debbono essere qualcosa di più che un modo ragionevole di raggiungere la finalità; la corte deve credere che l'atto normativo sia sostanzialmente connesso all'ottenimento dell'obiettivo. Tale forma di sindacato è impiegata nei casi di discriminazione di genere, di discriminazione nei confronti di bambini nati fuori dal matrimonio, di discriminazione di bambini stranieri privi di documenti nel campo del diritto all'educazione, di regolamentazione del *commercial speech*, della libertà di parola nei luoghi pubblici. In questo contesto il governo ha l'onere di dimostrare che la legge è giustificata in riferimento allo scopo governativo perseguito. Si è affermato ad esempio, in un caso relativo alla discriminazione di genere, che «le parti che cercano di difendere un'azione governativa sostenuta da ragioni di discriminazione in base al genere debbono dimostrare una giustificazione estremamente persuasiva per quell'azione»; egualmente, in materia di *commercial speech*, si è statuito che «la parte che tenta di confermare la costituzionalità di una restrizione alla libertà di commercial speech ha l'onere di giustificarla». Nel settore dell'*intermediate scrutiny* è dibattuto se l'analisi di costituzionalità

Nel corso di dieci anni, numerosissimi ricorsi, avverse diverse tipologie di *regulations* (ad es. divieti di possesso di armi d'assalto o restrizioni al diritto di portare armi "nascoste" in pubblico), non hanno convinto la Corte suprema a concedere il *certiorari* per meglio precisare portata, limiti e specifico *level of scrutiny* con il quale dev'essere vagliato il fondamento giustificativo e la legittimità di tali misure[17].

L'ambiguità della *Law of the Land*, e la correlata, intensa, *litigation* sul II Emendamento, inoltre, determinano una sorta di

---

debba includere la c.d. *less restrictive alternative analysis* (verifica della sussistenza di una misura meno invasiva, ma egualmente efficace rispetto allo scopo). Relativamente allo *strict scrutiny*, esso costituisce senza ombra di dubbio la forma più pervasiva di controllo di costituzionalità. Per resistere a tale vaglio una legge deve essere necessaria per ottenere uno stringente obiettivo governativo (*necessary to achieve a compelling government purpose*). L'obiettivo che si intende perseguire dev'essere dunque fondamentale. Dovrà anche dimostrarsi che la legge sia effettivamente necessaria per raggiungere il fine prefissato; essa deve costituire l'alternativa meno restrittiva e meno discriminatoria (c.d. *narrow tailoring*). L'onere della prova grava ovviamente sul governo. L'ambito dove viene applicata tale metodologia di analisi è quello delle discriminazioni basate sulla razza, sulla nazionalità, delle discriminazioni contro gli stranieri, ed ovviamente quando la azione dei pubblici poteri va ad incidere sui c.d. *fundamental rights*, come ad esempio il diritto di voto, il diritto di circolazione, il diritto alla riservatezza e la libertà di parola e d'espressione. Per ulteriori approfondimenti sui cd. *tiers of review* cfr. E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 683 ss. e M.C. Dorf-T.W. Morrison, *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, New York, 2010, p. 142 ss. Per la nascita dello scrutinio a tre livelli v. la fondamentale decisione *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938). Per un'applicazione recente del cd. *intermediate scrutiny*, tramite cui si è invalidata una disposizione penale che incideva eccessivamente sulla *freedom of speech* – non in base al contenuto del discorso, ma nell'ambito delle cd. *time, place, and manner restrictions* – per contrasto con il I Emendamento, v. la decisione *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. __ 2017, sulla quale sia permesso rinviare al commento di P. Insolera, *La Corte Suprema censura una presunzione di pericolosità indeterminata e irragionevole posta a fondamento del divieto di accesso ai* social network *da parte dei c.d. registered sex offenders*, in *Ind. pen. online*, 2017, p. 33 ss.

[17] V. al proposito le considerazioni di M. Ford, *Have the Justices Gone Gun-Shy ?*, all'URL https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/12/supreme-court-gun-rights/419160/, 7 dicembre 2015. G. Epps, *What Clarence Thomas Gets Wrong*, cit., offre una sintetica rassegna dei numerosi casi in cui la Corte suprema ha rifiutato di concedere *certiorari*, con il constante disaccordo espresso da Thomas.

cd. *chilling effect* sui legislatori e sulle autorità locali che intendono adottare misure normative e/o provvedimenti tali da incidere sul diritto in questione, incerte se esse supereranno il *constitutional muster*.

3. Il *dissent from certiorari denial* del giudice Thomas in *Silvester v. Becerra*

L'opinione commentata del giudice Thomas si colloca nel contesto sopra sinteticamente tratteggiato.

Egli si conferma una volta di più "*conservative intellectual pathbreaker*"[18], apripista e "sperimentatore" nell'elaborazione di dottrine conservatrici, un vero *cultural warrior*, come attestano diversi passaggi argomentativi.

Questo l'oggetto della *petition for a writ of certiorari*: la particolarmente restrittiva disciplina penale californiana (Cal. Pen. Code Ann. §§ 26815), che prevede, per potere acquistare tutte le tipologie di armi da fuoco, un "*waiting period*" di dieci giorni.

Lo scopo della disposizione è duplice: da un lato, consentire che vengano svolti tutti gli opportuni controlli sugli acquirenti (i cd. *background checks*); dall'altro, prevedere un cd. *cooling-off period*, un periodo di dieci giorni in cui gli individui che potrebbero comprare armi (o incrementare il proprio arsenale) per utilizzarle contro sé stessi o contro altri possano riflettere e calmarsi, desistendo dai propri propositi violenti. Dunque, uno scopo di prevenzione di atti di violenza. Thomas, oltre a censurare lo *standard* di controllo – a suo avviso eccessivamente blando e deferenziale – in esito al quale la Corte d'appello del Nono Circuito ha confermato la legittimità della

[18] Su questo profilo v. le osservazioni di J. Toobin, *The Obama White House*, cit., p. 104, 242 ss.; L. Tribe-J. Matz, *Uncertain Justice*, cit., p. 163, secondo i quali Thomas "*spesso gioca un ruolo chiave nello spingere la Corte verso l'elaborazione di dottrine conservatrici innovative*". Non è certo un caso che sia stata proprio una sua opinione concorrente nel caso *Printz v. United States*, 521 U.S. 598 (1997), cavalcando l'onda politica, accademica e giudiziaria del movimento conservatore, a esplicitare per la prima volta in un caso dinanzi alla Alta Corte la natura di diritto individuale della clausola del II Emendamento, poi fatta propria dalla maggioranza undici anni dopo in *Heller*.

disposizione, coglie l'occasione per sferrare uno sferzante attacco *ideologico* ai suoi colleghi. Egli argomenta: «La deviazione del Nono Circuito dagli ordinari principi del diritto è infelice, ma non sorprendente. Il suo trattamento sprezzante delle impugnazioni dei ricorrenti è rappresentativo di una più ampia tendenza. Come ho spiegato precedentemente, le corti inferiori stanno opponendo resistenza alle decisioni di questa Corte in Heller e McDonald e non stanno riuscendo a proteggere il Secondo Emendamento nella stessa misura in cui proteggono altri diritti costituzionali. Questo doppio standard è evidente se si considerano altri casi nei quali il Nono Circuito applica uno scrutinio più penetrante. Esso ha invalidato una legge dell'Arizona, per esempio, in parte perché essa 'ritardava' le donne che cercano di abortire. La corte d'appello ha ritenuto importante in quel caso, ma non in questo, che lo Stato 'non avesse avanzato nessun tipo di prova che la legge effettivamente perseguisse il suo interesse' e 'nessuna prova che tale asserito pericolo esistesse e si fosse mai verificato'. Analogamente, il Nono Circuito ha invalidato un provvedimento di contea che prevedeva un periodo d'attesa di 5 giorni per l'ottenimento di autorizzazione per l'attività di danze di spogliarello, perché esso 'impediva in modo irragionevole ad un danzatore l'esercizio di diritti protetti dal I Emendamento mentre l'istanza per l'autorizzazione era pendente'. Il Nono Circuito ha ritenuto risolutivo in quel caso, ma non in questo, che la contea 'non era in grado di dimostrare la necessità del periodo di cinque giorni di attesa'. In un altro caso, il Nono Circuito ha statuito che leggi che adottano il matrimonio tradizionale non resistono ad un vaglio di costituzionalità rafforzato perché gli Stati non avevano presentato 'nessuna prova' se non 'congetture e asserzioni apodittiche'. Nonostante tali leggi rispecchino la saggezza di 'migliaia di anni di storia umana in ogni società che si sa abbia popolato il pianeta', esse hanno affrontato uno scrutinio molto più esigente rispetto al nuovo ed insolito periodo di attesa per l'acquisto di armi da fuoco. Nel Nono Circuito, sembra, diritti che non hanno alcun fondamento nella Costituzione ricevono maggiore protezione del Secondo Emendamento, che è espressamente enumerato nel testo. Il nostro continuo rifiuto a giudicare nel merito casi relativi al Secondo Emendamento non fa altro che incoraggiare questa ribellione. Non abbiamo giudicato un caso sul Secondo Emendamento per quasi otto

anni. E non abbiamo chiarito con esattezza quale sia lo standard per valutare le doglianze per violazione del Secondo Emendamento per quasi dieci. Nel frattempo, soltanto quest'anno, abbiamo ritenuto di giudicare nel merito almeno cinque casi riguardanti il Primo Emendamento e quattro casi relativi al Quarto Emendamento – benché la nostra giurisprudenza riguardante quei diritti sia molto più sviluppata. Se questo caso avesse coinvolto uno tra i diritti preferiti dalla Corte, io dubito sinceramente che noi avremmo negato il *certiorari* … la Corte considererebbe nel merito questi casi perché aborto, libertà d'espressione e quello protetto dal Quarto Emendamento sono tre dei suoi diritti preferiti. Il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte. E le corti inferiori sembrano avere colto il messaggio. Quasi otto anni fa, questa Corte ha dichiarato che il Secondo Emendamento non è 'un diritto di seconda classe, soggetto ad un corpo di regole interamente diverso rispetto alle altre garanzie della Dichiarazione dei Diritti'. Rifiutando di giudicare sentenze come quella in questione, indeboliamo quella dichiarazione. Perché io credo ancora che il Secondo Emendamento non possa essere 'selezionato per un trattamento speciale – e specialmente favorevole', rispettosamente dissento».

Il *dissent*, oltre a colpire negativamente per il *timing* – o, forse, a lasciare sbigottiti – di poco successivo all'ennesima strage, offre molteplici spunti di riflessione.

4. *Alcune considerazioni critiche*

Qui vorrei concentrarmi su tre aspetti in particolare.

Anzitutto – come s' è rilevato[19] – deve rimarcarsi che la lettura esasperatamente individualista-libertaria di Thomas sembra attualmente non avere persuaso nessuno dei suoi colleghi (neppure Gorsuch, il giudice a lui più vicino ideologicamente[20]).

---

[19] I. Millhiser, *Justice Thomas delivers pro-gun rant*, cit.; D. Berman, *Dissenting from denial of cert*, cit.

[20] Sull'ideologia estremamente conservatrice e sulla rigida metodologia dell'interpretazione costituzionale originalista-testualista propria del giudice Gorsuch, cfr. ad es. E. Chemerinsky, *Chemerinsky: Gorsuch has quickly made*

Questo stato delle cose, tuttavia, potrebbe mutare con la futura nomina di nuovi *Justices* da parte di Donald Trump, in sostituzione di alcuni membri più moderati attualmente *on the bench*, portando alla Corte i quattro voti necessari – in base alla cd. *Rule of Four*[21] – a valutare una *petition* nel merito, con una possibile ulteriore espansione della portata del diritto di cui al II Emendamento[22].

Occorre rilevare, in secondo luogo, che la prospettiva espressa da Thomas, specialmente nella parte in cui castiga la Corte per il trattamento deteriore che essa riserverebbe al II Emendamento rispetto ad altri diritti fondamentali, risulta a dir poco censurabile.

La fondamentale differenza tra diritto a possedere e portare armi e altri diritti fondamentali – si è giustamente fatto notare[23] – si pesa anche (se non soprattutto) sul piano delle

---

his ideology clear, disponibile all'URL http://www.abajournal.com/news/article/chemerinsky_gorsuch/, 2 agosto 2017. Nella letteratura italiana v. le riflessioni di G. Romeo, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch:* original understanding *e diritti civili nell'era di Trump*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 20 febbraio 2017; volendo, v. anche P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti"*, cit., p. 192-218.

[21] Sulla quale v. l'esaustiva trattazione di F. Ferraris, "Rationing Justice", cit., p. 83-92.

[22] In questo senso v. ad es. C. Lane, *A Supreme Court shaped by Trump could decide gun control*, all'URL https://www.washingtonpost.com/opinions/a-supreme-court-shaped-by-trump-could-decide-gun-control/2018/02/21/5f5bc458-1722-11e8-92c9-376b4fe57ff7_story.html?utm_term=.15ab3ea2cf4e, 21 febbraio 2018. Su un piano più generale, occorre rilevare che il Presidente Trump ha reso le nomine giudiziarie federali una delle priorità del suo primo periodo di presidenza, per garantirsi un lascito duraturo a livello di *judicial ideology* conservatrice nella magistratura federale, soprattutto nelle assai potenti Corti d'appello, cfr. in proposito M. Ferraresi, *Le toghe di Trump*, consultabile all'URL https://www.ilfoglio.it/esteri/2018/01/29/news/le-toghe-di-trump-175635/, 29 gennaio 2018; E. Whelan, *Trump's Stellar Judges*, all'URL https://www.nationalreview.com/magazine/2018/01/22/trumps-stellar-judicial-nominations/, 18 gennaio 2018.

[23] Mi convincono le parole di G. Epps, *What Clarence Thomas Gets Wrong*, cit.: «è davvero sorprendente che il Primo Emendamento protegga la libertà di parola in maniera diversa rispetto a come il Secondo Emendamento protegge l'accesso alle pistole? La parola non è violenza; neppure i più aggressivi critici dell'*hate speech* sosterrebbero che 'parole d'odio' o simboli potrebbero uccidere 17 persone in pochi minuti. Infatti, il fondamento dell'ampia protezione garantita all'espressione è esattamente il fatto che essa

conseguenze dell'esercizio di tali diritti. Conseguenze che in un caso hanno molta più probabilità di essere letali per la vita delle persone. Occorre dunque sempre bilanciare accuratamente la libertà del singolo a fronte della necessità di tutela della società: gli approcci rigidi e assolutistici non possono funzionare[24].

L'ultimo profilo – che qui preme soltanto accennare[25], perché assai ampio e complesso – è quello relativo al *ruolo politico* della Corte suprema nell'emergenza relativa ai *mass shootings*.

In altri termini, quali sono le responsabilità, se esistenti, del massimo organo giudiziario statunitense rispetto a tali tragici episodi? Come si colloca la *jurisprudence* costituzionale nel suo rapporto con la scarsa efficacia delle politiche di prevenzione della violenza da armi da fuoco, intesa come problema sociale?

---

consente al dissenso di emergere senza violenza; il Secondo Emendamento non gioca – e non può giocare – un ruolo simile nella nostra vita politica … nella opinione dissenziente di martedì, Thomas si è lamentato ' che il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte'. Ma in un mondo in cui contano le conseguenze, la scelta della metafora dell'orfano è particolarmente infelice: le armi da fuoco in America hanno creato veri orfani in ogni città ed in ogni Stato. Nessun diritto che mi venga in mente ha avuto gli stessi effetti. La costante crescita delle stragi da armi da fuoco negli Stati Uniti sta degradando la nostra vita pubblica, deformando il nostro sistema di istruzione, e mettendo a repentaglio la nostra stessa esistenza come nazione invece di una distopia Hobbesiana. Per Thomas, però, queste conseguenze – le famiglie massacrate, i bambini morti, le esercitazioni in caso di '*active shooter*' nelle nostre scuole, l'umiliazione nazionale di essere la sola tra le nazioni più importanti ad avere un problema di stragi – sono semplicemente irrilevanti. 'C'è il pericolo' – scrisse una volta il giudice Jackson in un altro contesto – 'che, se la Corte non contempera la sua logica giuridica dottrinaria con un poco di saggezza pratica, essa trasformerà la Dichiarazione dei Diritti in una via per il suicidio'. Bene, per Dio, per come interpreto io la Dichiarazione dei Diritti, essa non è neanche una via per l'omicidio».

[24] In questo senso si consideri la metodologia di *case by case balancing* tra *public safety concerns* e libertà individuale prospettata dal giudice Breyer nel suo *dissent* in *Heller*, che avrebbe confermato la validità della disciplina del District of Columbia oggetto di controllo, in quanto non eccessivamente invasiva del diritto individuale e pertanto ragionevole rispetto allo scopo di tutela della sicurezza pubblica, sulla quale v. S.H. Herman, *Post*-Heller, cit., p. 8-9.

[25] Prendo spunto dalle interessanti riflessioni di M.C. Dorf, *Mass Shootings and the Supreme Court*, all'URL https://verdict.justia.com/2018/02/21/mass-shootings-supreme-court, 21 febbraio 2018.

Un primo dato: sebbene i *mass shootings* negli ultimi dieci anni (si ricordi che la svolta di *Heller* è del 2008) siano aumentati[26], essi costituiscono pur sempre un'eccezione – per quanto, comprensibilmente, assai visibile – rispetto al trend generale degli ultimi dieci anni di costante e significativo declino della criminalità violenta, specialmente urbana, negli U.S.A.[27].

Non essendo dunque agevole stabilire un nesso preciso tra sviluppi giurisprudenziali e fatti di violenza, molti, tra cui anche i sostenitori di misure di limitazione all'accesso e possesso di armi da fuoco più restrittive, tendono a non considerare la Corte suprema un "*major player*" in questo ambito.

Come rilevato sopra – si ragiona – le pronunce della Corte lasciano pur sempre un ampio spazio di manovra ai legislatori e alle autorità locali nella regolamentazione delle varie fattispecie.

Inoltre, la *scelta politica* di non ritornare sul diritto proclamato nel 2008, confermando così di fatto le decisioni delle corti federali inferiori, tutte sostanzialmente reiettive dei prospettati profili d'incostituzionalità per violazione del II Emendamento, ha portato alcuni finanche a ritenere che la Corte suprema sia, allo stato attuale, l'"*alleato silenzioso*" del movimento popolare di protesta per una maggiore regolamentazione dell'accesso e del possesso dell'armi, esploso dopo la strage di Parkland[28]; tale inerzia legittimerebbe poi gli Stati a introdurre discipline più stringenti (come ad esempio avvenuto in Florida, all'indomani della strage, dove il

---

[26] V. ad es. B. Berkowitz-D. Lu-C. Alcantara, *The terrible numbers that grow with each mass shootings*, disponibile all'URL https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/national/mass-shootings-in-america/?utm_term=.77c85e975765, 8 gennaio 2011, aggiornato al 14 febbraio 2018.

[27] Le cifre attestano circa il 75% di calo dei reati violenti, salvo rare eccezioni in alcune metropoli, come Chicago e Baltimora, che, peraltro, alimentano la datata retorica *Tough on Crime* di Trump e del Ministro della Giustizia Sessions. Sul punto si può vedere di recente il volume di P. Sharkey, *Uneasy Peace. The Great Crime Decline, the Renewal of City Life, and the Next War on Violence*, New York, 2018, discusso nella interessante recensione di A. Gopnik, *After the Fall. Drawing the right lessons from the decline in violent crime*, in *The New Yorker*, 12 & 19 febbraio, 2018, p. 92 ss.

[28] In tale direzione cfr. M. Ford, *The Gun Control Movement's Silent Ally: The Supreme Court*, all'URL https://newrepublic.com/article/147189/gun-control-movements-silent-ally-supreme-court, 26 febbraio 2018.

Parlamento ha introdotto varie misure per limitare l'accesso alle armi, tra cui l'aumento dell'età minima per l'acquisto a 21 anni)[29].

Si tratta certamente di ipotesi plausibili, ma che forse trascurano un dato di estrema rilevanza: quella che è stata definita la "*importanza simbolica*" delle decisioni dell'Alta Corte, da intendersi quali "*moral guidance*" e insegnamento per la comunità.

Come si è osservato[30], gli effetti di decisioni come *Heller* – che, da un lato, ha consolidato definitivamente la legittimazione della tesi *libertarian* del diritto individuale, e dall'altro ha provocato un intenso "*backlash*", una reazione negativa di parte dell'opinione pubblica, polarizzando sul piano politico la questione – si misurano più fedelmente sul piano *culturale* che su quello strettamente *giuridico*.

Non è dunque – si prosegue – la *regola giuridica costituzionale* fissata in *Heller*, di per sé molto limitata, a impedire politiche efficaci di prevenzione e neutralizzazione del rischio di violenza da armi da fuoco, ma il suo *significato politico*, ben più ampio, nella coscienza collettiva e nell'immaginario pubblico («*the* Heller *that exists in the public opinion is not the* Heller *of technical legal doctrine … it stands roughly for a principle of firearm libertarianism that transcends the limits the* Heller *Court itsel articulated*»).

In definitiva, i precedenti e la giurisprudenza costituzionale della Corte non supportano l'"assolutismo dei *gun rights*" direttamente, ma soltanto attraverso il filtro della "*rhetoric of constitutional politics*", in uno scenario altamente conflittuale, rendendo più difficile l'adozione di misure di *gun control* efficaci.

Ad attestare la lacerante divisione politica sul tema[31], si veda infine la recente presa di posizione del giudice ritirato John

---

[29] Cfr. *amplius* M. Scherer, *Florida legislature backs new gun restrictions after Parkland school shooting*, all'URL https://www.washingtonpost.com/politics/florida-legislature-backs-new-gun-restrictions-after-parkland-school-shooting/2018/03/07/f97057ea-2229-11e8-badd-7c9f29a55815_story.html?utm_term=.b675d51c94a0, 7 marzo 2018.

[30] M.C. Dorf, *Mass Shootings*, cit.

[31] Una descrizione in lingua italiana della intensa "politicizzazione" del tema, nella fase della campagna elettorale precedente alle elezioni presidenziali del 2016, è offerta da G. Aravantinou Leonidi, *Addio alle armi?*

Paul Stevens – lungamente leader dell'ala progressista della Corte e autore del *dissent* principale in *Heller* – il quale, in un *Op-Ed* sul *New York Times*, ha elogiato l'attivismo *pro gun control* dei giovani studenti[32] e dichiarato apertamente che l'unico modo per cercare di scongiurare ulteriori tragedie come quella di Parkland sarebbe la (invero molto difficile) abrogazione del II Emendamento, «una reliquia del diciottesimo secolo»[33].

Occorre conclusivamente rilevare che – come s'è visto – l'invettiva del giudice Thomas si inserisce in un ampio e complesso contesto di conflitti politici, ideologici, culturali e giudiziari interni alla società statunitense. Non resta che vedere se la Cor te continuerà su questa linea, senza intervenire chiarendo i contorni del *right to keep and bear arms*, ovvero, diversamente, seguirà gli arditi suggerimenti di Thomas, elevando ulteriormente l'asticella del *fondamento giustificativo* richiesto a supporto delle discipline restrittive, con potenziali esiti ancor più divisivi sul piano della *Culture War*. La presidenza Trump e la anzianità di diversi membri moderati della C orte (Breyer, Kennedy[34] e Ginsburg, in particolare), in questo senso, non sono di certo ottimi auspici.

Il Secondo Emendamento nel dibattito elettorale statunitense, in *Nomos*, 2015, p. 1 ss.

[32] Sul movimento di protesta c.d. *Never Again* v. ad es. E. Witt, *Urgency and Frustration: The Never Again Movement Gathers Momentum*, all'URL https://www.newyorker.com/news/news-desk/urgency-and-frustration-the-never-again-movement-gathers-momentum, 23 febbraio 2018.

[33] J.P. Stevens, *John Paul Stevens: Repeal the Second Amendment*, all'URL https://www.nytimes.com/2018/03/27/opinion/john-paul-stevens-repeal-second-amendment.html, 26 marzo 2018.

[34] Il 27 giugno 2018 il giudice di nomina reaganiana Anthony Kennedy – lungamente c.d. *Swing Justice* tra conservatori e progressisti, voto decisivo nell'orientare l'esito dei casi politicamente ed ideologicamente più controversi (tra i quali quelli relativi al diritto protetto dal II Em.) – ha annunciato l'intenzione di andare in pensione. Il Presidente Trump ha nominato, quale suo successore, il giudice d'appello federale Brett Kavanaugh (proveniente dalla District of Columbia Court of Appeals), di orientamento conservatore. Proprio in questi giorni si sta celebrando l'infuocata *confirmation hearing*. Riservandoci di svolgere più approfondite riflessioni in altra occasione, ci si limita ad osservare che il *consent* del Senato sulla nomina di Kavanaugh determinerebbe il consolidamento di una forte maggioranza conservatrice, con immediati effetti anche sulla materia oggetto di analisi nel presente contributo: sarebbe più probabile che Thomas trovi

Pietro Insolera

Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A.
Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas

Abstract: After briefly summarizing the developments of the U.S. Supreme Court constitutional jurisprudence concerning the II Amendment to the Federal Constitution (Right to Keep and Bear Arms), the paper focuses on the level of scrutiny that is currently applied by U.S. courts in the judicial review of the regulation on access and possession of firearms. The possible connections between constitutional jurisprudence, lack of preventive effectiveness of gun regulations and the tragic phenomenon of the so called Mass Shootings are then investigated. A recent dissent from the denial of certiorari by conservative Justice Clarence Thomas offers the opportunity to evaluate in a broader perspective the political-institutional role played by the High Court in this field, postulating also some possible future developments of its action.

Keywords: Second Amendment – judicial review – firearms regulations – mass shootings – Supreme Court of the United States

Pietro Insolera – Dottore di ricerca in diritto penale (pietroinsolera@gmail.com)

---

ulteriori voti di supporto per valutare casi nel merito, eventualmente ridefinendo in senso ampliativo i contorni del diritto a detenere e portare armi da fuoco e fissando limiti più stringenti allo spazio per la *gun regulation* federale, statale e locale. In generale v. D. Zecca, *Le dimissioni di* Justice *Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema*, in *DPCE On Line*, 6 settembre 2017. Specificamente, sui possibili effetti conseguenti al *retirement* di Kennedy in materia di *gun rights*: J. Sullum, *Kennedy's Departure Probably Will Give Us a Court More Inclined to Defend Gun Rights*, all'URL https://reason.com/blog/2018/06/28/kennedys-departure-probably-will-give-us, 28 giugno 2018. Una disamina degli orientamenti interpretativi di Kavanaugh, espressi nell'ufficio di giudice federale d'appello, in materia di *gun rights* è offerta da A. Howe, *Kavanaugh and the Second Amendment*, all'URL http://www.scotusblog.com/2018/07/judge-kavanaugh-and-the-second-amendment/, 27 luglio 2018.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Recensione a ALESSIA-OTTAVIA COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: profili costituzionali* (Jovene, 2017)*

Marco Dani

I

L'appropriazione di concetti ed istituti propri del diritto costituzionale nazionale costituisce uno dei tratti più evidenti e, in una certa misura, controversi dell'evoluzione dell'assetto istituzionale dell'Unione europea. Si tratta di un fenomeno che ha origini ormai risalenti e che, in maniera vieppiù crescente, ha contribuito a connotare le strutture e la cultura istituzionale dell'Unione. Sebbene la costituzionalizzazione dell'UE e, più in particolare, l'impatto di queste appropriazioni sulla struttura originaria dell'ordinamento dell'Unione si prestino a valutazioni assai divergenti (cfr. ad es. M. Loughlin, 'What is constitutionalisation?' e M. Kumm, 'The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia' in P. Dobner & M. Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?,* Oxford University Press, 2010) è indubbio che l'innesto di materiale normativo e dottrine originariamente concepiti all'interno delle costituzioni democratiche nazionali costituisca un tratto di indubbia originalità che rende l'Unione tuttora un *unicum* nel panorama degli ordinamenti giuridici 'oltre lo Stato'.

E proprio con la felice metafora dell'innesto (cfr. Premessa) si apre l'interessante volume di Alessia-Ottavia Cozzi *Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: Profili Costituzionali* (Jovene editore 2017). Il riferimento botanico serve infatti all'A. per chiarire da subito il taglio di una ricerca diretta ad approfondire la distinzione tra "diritti" e "principi" introdotta all'art. 52 (5) della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (d'ora innanzi: C DFUE). A suo dire, il termine "principi" sarebbe stato introdotto «per essere l'intermediario tra

* Il contributo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a referaggio anonimo.

la pianta originaria – il sistema di tutela dei diritti nell'ordinamento europeo – e il ramo – i diritti sociali fondamentali tratti dalle esperienze costituzionali nazionali» (cfr. Premessa). Obiettivo della ricerca è quindi indagare le ragioni e le modalità dell'innesto al fine di valutarne l'esito e rispondere agli interrogativi posti in merito all'interpretazione dell'art. 52 (5) CDFUE.

Che si sia in presenza di una disposizione problematica è opinione abbastanza condivisa. Inserito nella Carta di Nizza all'interno dei lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa, l'art. 52 (5) delinea un particolare regime prescrittivo per i "principi" contenuti nella Carta: a differenza dei "diritti" (delle cui proprietà operative, peraltro, nulla si dice), i "principi" possono essere attuati dalle istituzioni dell'Unione e dagli stati membri in applicazione del diritto dell'Unione e possono essere invocati di fronte ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti in questione. Sin dalle prime pagine Cozzi indica la *ratio* di una simile norma: l'art. 52(5) sarebbe stato introdotto al fine di anestetizzare gli effetti dei diritti sociali contenuti nella Carta e, in particolare, di limitarne l'applicazione giudiziale in assenza di previa intermediazione legislativa (p. 2). Ne discendono una serie di conseguenze di sicuro rilievo teorico e pratico. In primo luogo, agli occhi dell'A. l'art. 52(5) sembra resuscitare la distinzione ormai sorpassata tra norme precettive e norme programmatiche che tanto ha animato i primi dibattiti sulla portata prescrittiva della Costituzione repubblicana italiana. In secondo luogo, la definizione di un regime particolare e depotenziato per i principi (e, come si dimostra agevolmente al capitolo IV, in particolare dei principi sociali) riconduce i diritti sociali ad uno status di minorità che, oltre a riecheggiare dottrine antecedenti all'affermazione dello stato costituzionale di diritto in Europa, sembra contraddire il principio di indivisibilità dei diritti espressamente citato nel Preambolo della Carta. Infine, l'art. 52(5) è norma che esprime una certa cautela, se non un vero e proprio scetticismo, rispetto all'attività delle corti nell'applicazione dei diritti sociali in assenza di intermediazione legislativa. Da questo punto di vista, la Carta sembra assegnare al giudice un ruolo di secondo piano, quasi che l'assenso di tutti gli stati membri alla codificazione dei diritti sociali nella Carta sia stato condizionato a precise garanzie a favore del legislatore europeo e dei governi nazionali rispetto all'attivismo delle corti.

Dell'approfondimento di tutti questi aspetti il volume recensito si fa carico in maniera rigorosa e puntuale. Il tema della distinzione tra diritti e principi permette all'A. di ripercorrere dibattiti più o meno noti in merito allo *status* costituzionale dei diritti sociali sia nell'ordinamento dell'UE che in quelli degli stati membri (con riferimento principale all'ordinamento costituzionale italiano). La trattazione è impostata in modo tale da cogliere tanto i profili sostanziali quanto le ricadute istituzionali della materia indagata. In particolare, Cozzi propone tre linee di indagine riguardanti la circolazione dei modelli (ovvero, l'innesto dei diritti sociali nell'ordinamento dell'UE), le implicazioni della distinzione tra diritti e principi sociali sul rapporto tra giudice e legislatore e, infine, l'orientamento dei giudici riguardo ai ruoli dell'Unione e degli stati membri nell'inveramento di un modello sociale comprendente la tutela di diritti e principi sociali (p. 29). Di seguito, si propone una breve sintesi del contenuto degli otto capitoli di cui consta il volume recensito. Su questa base, si propongono alcune valutazioni critiche relative agli aspetti meno convincenti di un libro che, nel complesso, merita comunque un giudizio più che positivo.

II

La trattazione si apre con un'accurata illustrazione dell'oggetto d'indagine (Capitolo I). L'A. rivolge l'attenzione all'art. 52 (5) CDFUE e, fin dal principio, ne denuncia l'attitudine a depotenziare gli effetti delle disposizioni in materia sociale contenute nella Carta (p. 2). In particolare, si osserva che tale norma preclude alle disposizioni che saranno qualificate dall'interprete come principi la possibilità di far sorgere pretese dirette, ovvero diritti soggettivi immediatamente azionabili in giudizio (p. 8). Se dell'art. 52 (5) CDFUE è chiaro l'intento, non altrettanto lo sono le sue implicazioni pratiche e teoriche. Sottoposto ad una rigorosa interpretazione letterale e sistematica, l'art. 52 (5) rivela infatti una serie di criticità non trascurabili. La più evidente è probabilmente l'assenza di indicazioni sufficientemente univoche in merito ai criteri di individuazione dei "principi" (e, di conseguenza, anche dei "diritti") (p. 6). La scelta di qualificare come "principi" quelli che si vorrebbero diritti non direttamente azionabili in giudizio risulta particolarmente infelice in quanto disallineata con le proprietà normative tradizionalmente

riconosciute ai principi tanto nel diritto dell'Unione quanto in quello degli ordinamenti costituzionali nazionali (pp. 9-10). È noto infatti come i diritti fondamentali nell'UE siano stati sempre indistintamente definiti come principi (pp. 16-17) e che nel diritto primario si riscontrino principi idonei ad essere direttamente azionati in giudizio. Oltre ad essere tecnicamente imprecisa, la distinzione può richiamare alla mente la distinzione tra norme precettive e programmatiche sviluppata dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione italiana (pp. 20-21). Cozzi è attenta a non trarre affrettate conclusioni da questa assonanza (pp. 22-25), ma anche da questo angolo di visuale la distinzione rivela una certa estraneità con le acquisizioni più avanzate del costituzionalismo democratico statale (pp. 26-27).

Definito il campo di indagine, la trattazione prosegue con importanti puntualizzazioni di ordine metodologico (capitolo II). Si procede a definire in termini più precisi la nozione di diretta applicabilità quale attributo di norme dotate di una struttura tale da non richiedere ulteriore implementazione normativa (p. 36). Sulla scorta di autorevole dottrina costituzionalistica italiana, si chiarisce che le norme di principio possono svolgere tanto una funzione demolitoria (rimozione di norme contrastanti di rango inferiore) quanto una funzione costruttiva (indicazione della soluzione per il caso concreto) (p. 39). Le vicende applicative delle norme costituzionali non si esauriscono nella sola dimensione sostanziale, potendosi cogliere in esse chiare ricadute di ordine istituzionale. Oltre infatti a chiamare in causa i rapporti tra giudice e legislatore, nel contesto del diritto dell'UE la questione della diretta applicabilità investe anche la dimensione verticale dell'organizzazione dei poteri e, segnatamente, i rapporti tra Unione e stati membri (pp. 38 e 46-48). Dopo aver chiarito che l'indagine proposta in questo volume verte essenzialmente sull'applicazione giudiziale dei principi sociali (pp. 48 e 53), l'A. inquadra in maniera più diretta i diritti sociali contenuti nella Carta di Nizza. Dopo aver osservato che molti di questi diritti sono tratti dalla legislazione europea previgente (p. 54), si chiede se la loro codificazione nel *Bill of Rights* europeo possa essere equiparata alla risalita dei diritti sociali nella gerarchia delle fonti verificatasi nella traiettoria evolutiva del costituzionalismo nazionale (p. 55). Il parallelismo è indubbiamente suggestivo, anche se subito l'A. mostra qualche scetticismo nel ritenere che i diritti sociali siano divenuti elementi imprescindibili dell'ordinamento

dell'UE. Non solo la crisi economico-finanziaria sembra aver arrestato l'ascesa della dimensione sociale nell'UE (p. 60), ma pare anche aver rotto quel velo di ottimismo che, fino a poco tempo fa, impediva a molti di vedere come l'Unione in verità contribuisca alla demolizione del *welfare state* (pp. 62-63).

Il capitolo III offre al lettore una ricostruzione dei rapporti tra cataloghi di diritti fondamentali (Costituzione, Carta di Nizza e CEDU) e, di riflesso, delle corti chiamate ad applicarli. Tale ricostruzione è elaborata a partire dalle disposizioni finali della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e solo in parte risulta utile alla comprensione del tema principale della ricerca. Di sicura rilevanza è infatti l'analisi del tema dell'ambito applicativo della Carta (art. 51 CDFUE). Come è noto, la Carta dei Nizza e, più in generale, i diritti fondamentali nell'UE non sono stati concepiti come base giuridica per l'adozione di nuovi atti o, più in generale, per l'elaborazione di politiche pubbliche (pp. 78-79). Nell'Unione i diritti fondamentli svolgono essenzialmente una funzione di limite negativo nei confronti di un legislatore operante all'interno di un catalogo di competenze attribuite. Questo costituisce un dato di importanza cruciale in una discussione riguardante i diritti sociali, in quanto l'impossibilità di adottare politiche e di finanziarle, prima ancora che i limiti testuali della Carta, costituiscono l'ostacolo principale all'elaborazione di misure di protezione sociale da parte dell'UE. Meno interessante nell'economia della trattazione pare invece l'approfondimento dedicato alla dottrina del maggior livello di protezione in ambito CEDU ed UE (pp. 94-111) ed al criterio di massima espansione delle garanzie nella relazione tra CEDU e Costituzione (pp. 111-119). Se è vero infatti che entrambe le dottrine possono in astratto contribuire alla tutela dei diritti e dei principi sociali, non altrettanto chiara è la loro rilevanza al fine dell'inquadramento teorico e dell'interpretazione dell'art. 52(5) CDFUE. Prova ne è che gli spunti elaborati a questo specifico riguardo non sono in alcun modo ripresi nel proseguo della trattazione.

In esito all'esame delle disposizioni finali della Carta, Cozzi mette a fuoco l'art. 52 (5) CDFUE a partire da una ricostruzione dell'intento dei suoi redattori (capitolo IV). Il lettore è accompagnato in un percorso a ritroso che, muovendo dai lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa (pp. 128-130), si dipana in direzione della prima Convenzione e del mandato di Colonia per giungere sino ai lavori della Commissione

Pintasilgo (pp. 132-146). In tutti questi passaggi si riscontrano spinte contrastanti dirette da un lato ad affermare la natura fondamentale dei diritti sociali, dall'altro a contenerne la portata precettiva. In questa prospettiva, l'art. 52(5) CDFUE emerge come una formula di compromesso (p. 140) che porta l'A. a sostenere che «in definitiva, pur in assenza di un'espressa definizione generale della categoria, i "principi" sono stati voluti in senso orizzontale come espressivi di un legame qualificato con la funzione normativa e, per altro verso, in senso verticale, come strumento di riserva di competenze, o per lo meno di un margine di discrezionalità, agli Stati» (p. 146). L'indeterminatezza dell'art. 52 (5) CDFUE è all'origine di orientamenti interpretativi divergenti sviluppati dalla dottrina che per prima si è occupata di questa disposizione. Si dà conto anzitutto di un'influente posizione diretta ad interpretare i principi della Carta alla luce delle dottrine costituzionali nazionali (pp. 157-164). Tale approccio concepisce i principi come disposizioni dal contenuto normativo parzialmente inespresso che, come tali, sono solo in parte giustiziabili (p. 160) e suscettibili di operare con una prevalente funzione demolitoria (p. 164). A tale lettura si contrappone un orientamento diretto a sviluppare i principi come una categoria autonoma del diritto dell'UE (pp. 164-175). Facendo leva sulla nozione originaria di principi sviluppata nell'ordinamento comunitario e sull'art. 53 CDFUE, tale posizione incoraggia una lettura svalutativa dell'art. 52(5) CFDUE (p. 174) dettata dall'esigenza di non compromettere le prerogative acquisite dai giudici e di evitare un generale arretramento nella tutela giudiziale dei diritti fondamentali (p. 175).

L'esame della distinzione tra diritti e principi prosegue al capitolo V con una comparazione delle proprietà normative dei principi menzionati nelle disposizioni finali della Carta con i principi preesitenti enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Dopo aver ricostruito i contenuti della categoria dei principi generali del diritto (pp. 184-194), l'A. si sofferma sulla funzione costruttiva dei principi, ovvero sull'elemento che a suo giudizio segna il *discrimen* tra i principi originari dell'UE ed i principi codificati nella Carta (p. 182). L'analisi prende spunto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea e divieto di discriminazione sulla base della nazionalità per mostrare come nell'epoca antecedente all'entrata in vigore della Carta fosse normale per i giudici dell'Unione attivare i principi in funzione costruttiva, anche a costo di

marginalizzare le fonti di diritto derivato (pp. 207-210). Su questa giurisprudenza l'A. esprime un giudizio acriticamente adesivo e, in linea con la dottrina prevalente, saluta con favore l'emancipazione del divieto di discriminazione dalla sua originaria impronta economicista (p. 199), l'ampliamento della protezione sociale conseguente alla sua applicazione (pp. 217-220) e la scissione tra la tutela del cittadino europeo e l'esercizio della libertà di circolazione (pp. 220-223). Nessuna considerazione, invece, sembrano meritare le voci critiche di quanti, nel registrare i progressi compiuti dal diritto dell'Unione nella tutela contro la discriminazione o nell'espansione delle protezioni sociali, ne hanno messo in luce anche l'elevato potenziale desocializzante e la sostanziale continuità con le logiche dell'integrazione economica (cfr., rispettivamente, A. J. Menéndez, 'European Citizenship after *Martinez Sala* and *Baumbast:* Has European Law Become More Human but less Social?' in M. Maduro, L. Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty,* Hart Publishing, 2010, 363, e A. Somek, *Engineering Equality: An Essay on European Anti-Discrimination Law,* Oxford University Press, 2011). Non sorprende quindi che, nel prendere atto della giurisprudenza più recente della Corte di giustizia dove la legislazione derivata torna a giuocare un ruolo più incisivo rispetto al diritto primario, l'A. si esprima (forse troppo semplicisticamente) in termini di un "ripiegamento" (p. 224).

Una volta evidenziate le potenzialità insite nei principi non appartenenti alla Carta, l'attenzione si sposta sulle prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 52 (5) CDFUE (capitolo VI). Vengono a tal riguardo proposte delle analisi molto accurate di tre pronunce (*Maribel Dominguez, AMS* e *Glatzel*) in cui gli Avvocati Generali e/o la Corte di giustizia si sono misurati con la discussa distinzione tra principi e diritti. Ne risulta un quadro complesso in cui da un lato alcuni Avvocati Generali si impegnano a riempire di contenuti tale distinzione, attingendo in particolare al patrimonio costituzionale nazionale (cfr. in particolare la ricostruzione delle conclusioni dell'AG Cruz Villalón in *AMS,* pp. 255-268); dall'altro, la Corte di giustizia dimostra una certa ritrosia nel maneggiare una distinzione così problematica (pp. 269-271). Nel complesso, tuttavia, prevale un atteggiamento prudente dei giudici rispetto alla necessità di intermediazione normativa per l'inveramento dei principi sociali. Di conseguenza, la giurisprudenza in materia di principi sociali e la

più recente giurisprudenza sulla cittadinanza europea sarebbero accomunate dall'esigenza di fare scudo al legislatore europeo nei confronti di giudici altrimenti propensi ad applicare direttamente le norme primarie (p. 289). L'appiattimento dei principi di rango primario sulla normazione derivata che ne consegue se da un lato assicura il grado di integrazione deciso in sede europea dai governi nazionali (pp. 279-280), dall'altro impedisce ai diritti sociali di "salire di livello" ed esercitare la propria portata prescrittiva anche nei confronti delle fonti di diritto derivato (p. 290).

La contraddizione esistente tra la minorità dei diritti sociali ed il principio di invisibilità introduce l'ultimo snodo problematico riguardante il diverso *status* giuridico attribuito ai diritti sociali nell'ordinamento europeo e nell'esperienza costituzionale italiana (capitolo VII). È in questo capitolo che Cozzi evidenzia l'arretramento prima di tutto culturale riscontrabile nella Carta: molti degli argomenti elaborati per inquadrare i principi – quali la mancanza di precetto normativo, l'individuazione del legislatore come destinatario esclusivo dei diritti costituzionali, la riserva di legge – riprendono dottrine utilizzate agli albori dello stato costituzionale di diritto per sminuire l'efficacia dei diritti sociali rispetto agli altri diritti costituzionali (p. 296). Ma mentre queste posizioni sono state progressivamente superate tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza costituzionale italiane, esse si ripropongono oggi in maniera preoccupante nell'ordinamento dell'Unione. Per illustrare la distanza che tuttora intercorre tra questi diversi orientamenti culturali e giuridici, l'A. ripercorre l'elaborazione del Crisafulli sulle disposizioni di principio (pp. 332-345) così come la ricca giurisprudenza costituzionale in materia di diritto di sciopero (pp. 345-361). È sulla base di questi materiali dottrinari e giurisprudenziali che l'A. giunge a ritenere l'art. 52 (5) CDFUE come una norma antistorica, in quanto diretta ad arginare un'esercizio della funzione giurisdizionale già acquisito tanto in sede teorica quanto nella giurisprudenza costituzionale (pp. 379-380).

È questa del resto la conclusione principale a cui perviene la ricerca. In virtù di questa posizione, nel capitolo VIII l'A. si spinge ad affermare che la migrazione dei diritti sociali nell'ordinamento dell'UE sarebbe ancora incompleta (p. 392). Allo stato attuale, l'Unione sembra particolarmente attenta a salvaguardare i precari equilibri raggiunti in sede di definizione delle competenze e del grado di armonizzazione legislativa

deciso dai governi nazionali (pp. 393-394). Privati di una piena forza giuridica, i diritti sociali codificati nella Carta non sarebbero in grado di rafforzare le tutele già offerte dalla legislazione europea, superando ad esempio i limiti all'efficacia orizzontale delle direttive (pp. 398-399). La scelta di fondo della Carta, conclude Cozzi, è diretta a valorizzare la legge come fonte prioritaria nell'inveramento dei principi sociali (p. 410). In questo si rinviene una regressione a modelli giuridico-culturali ottocenteschi, dove la primazia attribuita al legislatore va a discapito del ruolo dei giudici e della garanzia dei diritti sociali così come concepiti in uno stato costituzionale di diritto (pp. 411-414).

III

Già si è espresso in apertura un giudizio favorevole sul volume recensito. Particolare apprezzamento meritano in particolare il rigore analitico e la completezza (ai limiti della sovrabbondanza) dell'apparato critico a corredo dell'argomentazione. Anche la tesi sostenuta – ovvero l'avvenuta anestetizzazione dei diritti sociali attraverso la distinzione tra "principi" e "diritti" ed il *favor* prevalente nell'Unione per l'intermediazione normativa nell'inveramento dei principi – appare persuasiva e ben documentata.

Una serie di rilievi critici possono tuttavia essere mossi a questo volume, a partire anzitutto dalla struttura. Chi scrive ha faticato talvolta ad individuare un itinerario lineare nell'ordine dei capitoli. Al termine della lettura, l'impressione è che l'A. abbia elaborato una serie di singoli approfondimenti riguardanti le numerose ramificazioni del tema d'indagine, senza riuscire in fase di montaggio a tracciare un percorso in cui la complessità del tema sia pienamente risolta. Questo appare per certi versi inspiegabile se si considera che proprio la metafora dell'innesto poteva suggerire una trattazione che muovesse dalla ricognizione del contesto originario (l'ordinamento dell'UE prima dell'adozione della Carta di Nizza) per approfondire le caratteristiche dell'innesto (la natura dei diritti sociali nel costituzionalismo democratico europeo) ed, infine, valutarne l'esito. Qualche incertezza strutturale si riscontra anche all'interno di alcuni capitoli dove alcune scelte editoriali rimangono oscure. Per esempio, non si capisce quale siano la giustificazione ed il

valore aggiunto di una ricostruzione a ritroso del percorso di emersione della distinzione tra "diritti" e "principi" (capitolo IV), visto che nulla sembrava impedire una trattazione basata sull'ordine cronologico degli eventi.

Un altro profilo critico che va affrontato è l'eccessiva timidezza con cui Cozzi si accosta ai numerosi dibattiti dottrinari o giurisprudenziali riguardanti il tema d'indagine. Spesso il lettore si trova di fronte ad accurate ricostruzioni, ma di rado (e sempre sottovoce) l'A. prende posizione o ingaggia un corpo a corpo con le tesi che ritiene meno convincenti. Pertanto, alla fine della lettura non è chiaro quale sia, secondo Cozzi, la interpretazione più convincente dell'art. 52 (5) CDFUE: come si devono individuare i "principi"? È desiderabile promuoverne un'applicazione *à la Mangold*, ovvero un'interpretazione tale da superare i limiti all'efficacia orizzontale delle direttive? Su questi ed altri punti il volume offre lo stato dell'arte dei dibattiti, lascia talvolta intuire quali siano le preferenze dell'A., ma una maggiore chiarezza e una dose ulteriore di coraggio avrebbero permesso all'opera di assumere un'identità più definita.

Passando invece ai contenuti della ricerca, non si può che concordare con l'A. nel ritenere che il compromesso raggiunto con l'art. 52(5) CDFUE abbia inserito nel *corpus* del diritto dell'Unione Europea una distinzione spuria che complica (e limita) inutilmente l'attività interpretativa dei giudici. Oltre alle ragioni validamente espresse nel volume, si può aggiungere che la distinzione tra "diritti" e "principi" mal si coniuga anche con la qualificazione dei diritti costituzionali ormai prevalente nel costituzionalismo democratico europeo. Da tempo è ormai acquisita l'idea che, salvo isolate eccezioni, i diritti costituzionali si presentino nella vita del diritto nella forma di principi (cfr., *inter alia,* B. Schlink, 'German Constitutional Culture in Transition' in M. Rosenfeld (a cura di), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives,* Duke University Press, 1994, 197; S. Gardbaum, 'The Structure and Scope of Constitutional Rights' in T. Ginsburg e R. Dixon (a cura di), *Comparative Constitutional Law,* Edward Elgar, 2011, Ch. 21). Questo orientamento, oltre ad essere parte integrante del patrimonio costituzionale europeo, è anche assunto all'interno della Carta di Nizza, laddove si è optato per l'inserimento di una *limitation clause* (art. 52 (1) CFDUE) applicabile a tutti i diritti fondamentali (e non solo ai principi).

Cozzi stranamente trascura questa dimensione del problema, forse perché l'apertura ad una prospettiva teorica imperniata su una concezione dei diritti costituzionali come principi avrebbe portato a conclusioni meno *tranchant* in merito alla diretta applicabilità dei diritti da parte del giudice comune. Se infatti si allarga lo sguardo alla cultura giuridica europea, la minorità dei diritti sociali è un tratto caratterizzante una pluralità di ordinamenti costituzionali. Lo ha ricordato l'Avvocato Generale Cruz Villalón in un importante passaggio delle conclusioni in *AMS* (cfr. § 48), dove si osserva che la giustiziabilità dei principi sociali è esclusa in un numero cospicuo di stati membri (pp. 257-258).

Se così è, qualche perplessità può sorgere anche in merito alla conclusione che Cozzi trae dal mancato riconoscimento di piena forza precettiva ai principi sociali: più che operare una regressione verso una cultura giuridica che mal aveva digerito i diritti sociali, l'art. 52 (5) CDFUE parebbe invece riproporre un tratto tipico dell'esperienza costituzionale europea del secondo dopoguerra. Verrebbe addirittura da avanzare l'ipotesi che ad essere eccentrico in questo panorama sia semmai l'ordinamento costituzionale italiano, dove la precettività dei diritti sociali ha trovato ampio spazio nella giurisprudenza ordinaria. A tal riguardo anche l'attivismo dimostrato dalle corti nell'applicazione diretta delle norme costituzionali richiede di essere compreso più come un esito indotto dall'inerzia del legislatore che come un carattere strutturale delle norme costituzionali. Se è vero infatti che la dottrina e la giurisprudenza costituzionale rimangono giustamente affezionate alla possibilità di dare piena applicazione ai diritti costituzionali anche in assenza di intermediazione normativa, va anche ricordato che questo si verifica in situazioni patologiche, preferendo di gran lunga gli operatori giuridici e le istituzioni politiche procedere ad una attuazione legislativa dei principi costituzionali (la stessa attività di bilanciamento è considerata come una prerogativa riservata principalmente al legislatore e solo in seconda battuta alla Corte costituzionale, cfr. G. Pino, 'Proporzionalità, diritti, democrazia' (2014) 3 *Diritto e Società*, 597).

Che non si sia in presenza di un ritorno alla cultura giuridica ottocentesca emerge anche se si guarda alla questione dei principi da una diversa prospettiva. Se si considerano le funzioni svolte dai diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione al di fuori delle corti – un ambito volutamente trascurato da Cozzi (p. 48) – ci si imbatte in fenomeni

che poco o nulla hanno a che vedere con la cultura giuridica dello stato di diritto liberale e che, invece, molto rilevano nella comprensione delle trasformazioni delle strutture di diritto pubblico indotte dal processo di integrazione europea. Tanto la Carta di Nizza, quanto i principi inseriti nel Trattato di Lisbona (cfr. artt. 7-17 TFUE) costituiscono variabili di cui è necessario tenere conto nell'esercizio della funzione legislativa e, più in generale, in tutte le forme di *policy-making* dell'Unione (cfr. Comunicazione "Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea" COM (2010) 573 def). Accade quindi che i diritti fondamentali entrino a far parte delle complesse valutazioni di *impact assessment* a cui sono tenute le istituzioni politiche europee in ossequio al principio di proporzionalità (cfr. Comunicazione "Legiferare meglio: risultati migliori per un'Unione più forte" COM (2016) 615 def). Accade pure che i diritti fondamentali trovino sempre più spesso spazio in procedure come il Semestre europeo al fine di assicurare la sostenibilità delle misure concepite all'interno della controversa *governance* economica europea (Comunicazione "Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali" COM (2017) 250 def; cfr. J. Zeitlin e B. Vanhercke, 'Socializing the European Semester: EU social and economic policy coordination in crisis and beyond' (2018) 25 *Journal of European Public Policy,* 149). In entrambi questi contesti, poco o nulla conta la distinzione tra diritti e principi enunciata all'art. 52 (5) CDFUE, un po' perché queste procedure si sviluppano a monte di una possibile applicazione giudiziale, un po' perché è acquisita nella cultura giuridica e politica dell'Unione la concezione dei diritti costituzionali come principi soggetti a ponderazione o bilanciamento. Ciò che dovrebbe preoccupare in questi sviluppi non è allora il paventato ritorno allo stato liberale, quanto piuttosto la normalizzazione dei diritti sociali, il venir meno del loro potenziale sovversivo e, in definitiva, il deperimento del loro legame con le forme più tradizionali di lotta politica e sindacale. Anche di questo sarebbe opportuno ad un certo punto occuparsi, perché da questi sviluppi – più che dalla mancata applicazione diretta in giudizio dei principi sociali – potrebbe dipendere il destino del modello sociale europeo.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Between Judicial Activism and Political Cooperation: The Case of the Canadian Supreme Court*

Andrea Buratti

1. On the occasion of the 150th anniversary, of the British North America Act (1867), a group of Italian comparative law scholars dedicated two publications to Canadian constitutional law. They are G. Martinico, G. Delledonne, L. Pierdominici, *Il costituzionalismo canadese a 150 dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa University Press, 2017; and the special issue of "Perspective on federalism", vol 9(3), 2017, *The Constitution of Canada: History, Evolution, Influence, and Reform*. These two works – which also involve distinguished foreign scholars – cover a wide range of topics: the legal systems, federalism and the Québec case, fundamental rights, the Supreme Court, etc. Despite the variety of authors and the heterogeneity of their backgrounds, all the chapters are well linked one with the other, and homogeneous in style and methodology.

In this post, I will focus only on the chapters dealing with constitutional adjudication. On this issue, Canadian constitutionalism plays a relevant role, because it is placed in a middle ground between English and American traditions. Moreover, Canadian law brought on peculiar innovations in the landscape of comparative law, and represents, as I will try to underline, a model for alternative approaches to constitutional adjudication.

2. Canadian constitutionalism has always been a crucial case for comparative law, because of the peculiarities of its multicultural society, its heterogeneity, and its interconnections of the legal systems, which shows the asymmetric structure of its federalism. In this perspective, Canadian constitutional law is a lab in which many solutions of legal syncretism and institutional innovation are experienced. Another relevant element for understanding the

* Lo scritto non è stato sottoposto a referaggio.

significance of Canadian law in comparative analysis is the traditional interest of Canadian culture to comparative learning. Canadian scholars and politicians have always looked at foreign countries to draw inspiration for their institution-building processes and for the development of innovative methods of legal interpretation.

Of course, the Canadian legal environment has deep roots in the Anglo-American constitutional tradition, but its special position "in-between" these two countries gave Canada the opportunity to broaden its sources of inspiration, opening a globally widespread process of mutual learning of constitutional practices. This effort is particularly evident in the judicial dialogue, a frequent practice of the Canadian Supreme Court, mainly interested to the case law of Supreme and Constitutional Courts in countries such as Israel, South Africa, Australia and New Zealand, as well as European supranational Courts. Due to its dialogic attitude, the Supreme Court's case law is now quoted and considered as a source of inspiration by many Supreme and Constitutional Courts around the world. Comparative learning is one of the main drivers of global constitutionalism, and Canadian legal culture is a protagonist in this. Judicial dialogue is going to shape a constitutional *koiné* of values, concepts and techniques in which the Canadian Supreme Court plays a central role, thus influencing the evolution of global constitutional law.

3. However, "openness" is not only a result of the previously mentioned availability of comparative learning. In Canadian constitutionalism and more generally in Canadian culture, openness entails a special sensibility to social transformations, to the evolution of values and social behaviors.

This attitude is the starting point of Leonardo Pierdominici's chapter, dealing with a theory of constitutional interpretation elaborated by the Canadian Supreme Court: the "Living Tree" doctrine. According to this theory, constitutional norms are not rules frozen and turned to stone, but rather they evolve as a tree, reacting to and interacting with context.

Thanks to the Living Tree doctrine, the Canadian Supreme Court is now equipped with a powerful tool of activist interpretation

of the Constitution, a value-based method of constitutional construction, independent from both text and original meaning and purposes of the framers. The case law confirming this approach is huge. Let me only mention the Supreme Court's decision on same-sex marriages (2004), which Leonardo Pierdominici correctly emphasizes. In this case, the Supreme Court considered the right to same-sex marriage encompassed in the general right to marry. It is interesting to notice that, in a completely opposite way, the Italian Constitutional Court stated that the notion of "wedding" in art. 29 of the Constitution entails a "preexistent legal notion" not subject, therefore, to any evolutionary interpretation: a sort of "counter-Canadian argument".

In the Canadian experience and more generally in contemporary constitutional law, activist interpretation of the Constitution and judicial supremacy over the legislation are the best recipe for the protection of fundamental rights. However, I would like to underline the consistent impact of the Living Tree doctrine in terms of unification of law through common standards of protection of fundamental rights. In Canada, as in the United States during the Warren Court's age, as well as in the European Union nowadays, integration through fundamental rights has been and still is a significative driver of integration.

In the United States, the Supreme Court based the 14th amendment's due process clause on its technique of incorporation of fundamental rights, in order to enlarge the set of rights binding in a general way all the member states of the Union. Such a method implies a unitary protection of fundamental rights over the entire Nation, crossing the boundaries and the peculiarities of member-states' legislation, fostering a common culture of rights. The intense use of the due process clause by the Warren Court was a fundamental enhancement toward a true and permanent unification of the American Nation. Common constitutional traditions in the European Court of Justice's case law have played the same role (Repetto). They carry out, indeed, a twofold function: on one side they improve the standards of protection of fundamental rights and liberties; but on the other they support harmonization of law, smoothing national regulations and leading them toward common standards.

4. The Living Tree theory of constitutional interpretation is connected to the cultural tenets of Canadian society. However, institutional causes also explain the emergence of such a theory.

The powerful metaphor of the Living Tree must be contextualized in the legal and political history of Canadian law. The doctrine, indeed, was born in a place, the Judicial Committee of the British Privy Council, and in a moment, 1929, in which Canadian constitutional law was not available for Canadian people and Government. Prior to Patriation, Canadian basic legislation depended on Acts passed by the Parliament of Westminster and was not amendable by Canadian Parliament. The Living Tree doctrine was, in that framework, a useful method for allowing the evolution of national law independently from a text far and foreign to Canadian society and culture. Furthermore, before the Patriation, constitutional law applicable to Canada was flexible, consistent with the English legal approach. In a flexible constitutional law environment, historical evolution is a fundamental and plainly accepted resource of legal interpretation.

With the Patriation and the enactment of an entrenched and rigid Constitution, the Supreme Court has not changed its methodology in constitutional interpretation. On the contrary, the Living Tree doctrine still guides the interpretation of constitutional law, especially in the case of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

However, in this new framework, the Living Tree doctrine raises serious problems of compatibility with both representative democracy and federalism. An activist role of the Supreme Court in constitutional interpretation, indeed, overcomes at the same time, parliamentary sovereignty and the right of Provinces and Territories to take part in the constitutional amendment process. It is not by chance that the warning on the emergence of a "juristocracy", leading with constitutional decision-making and replacing the political role of the people and of their representatives, came from a Canadian scholar, Ran Hirshl.

5. A further element of judicial activism in Canadian Supreme Court, which again confirms the participation of the Supreme Court to global trends in constitutional law, is its use of the proportionality principle.

In the last 20 years, the use of the proportionality principle in judicial review of the legislation, and more in general in constitutional adjudication has spread exponentially in comparative law, becoming one of the most widespread methods in the activity of constitutional and supreme courts of the western world. Quoting Aharon Barak, «we now live in the age of proportionality» (Barak, Nishihara).

The list of constitutional and supreme courts whose case law refer to and rely on the proportionality principle is huge. It is worth mentioning that the widespread use of the proportionality principle happens in most of the cases without any textual constitutional basis (Ferreres Comella). This does not only occur in common law legal systems, but also in civil law. The dissemination of proportionality is, therefore, emblematic of the way in which global constitutionalism grows: common concepts, legal tools, and techniques spread around the world through judicial dialogue and mutual learning among the courts, emphasizing the virtues of judicial constitutionalism, which operates independent from and above state enacted law. As a basic tenet of global constitutionalism, the proportionality principle exhibits the same characteristics of other general concepts and legal techniques of global law, such as human dignity. «Proportionality-based rights adjudication now constitutes one of the defining features of global constitutionalism» (Stone Sweet-Mathews).

6. We must ask ourselves whether or not constitutional adjudication must rely on methods of neutralization of political conflict, through case-by-case approaches, activist interpretations of the Constitution, judicial supremacy, and references to value-based balancing; or whether the courts must follow a different path, based on deference to parliamentary legislation, limiting their role to cleaning up and reactivating the channels of the democratic process.

Jeremy Waldron, the author that more than any other has defended the dignity of the legislation and the traditional English

model of parliamentary sovereignty, expressly supports this last solution. He criticizes judicial supremacy, in both centralized and judicial constitutional review of the legislation. He also criticizes the Canadian Living Tree doctrine, citing it as a threat to "popular constitutionalism".

The tension between the goal of protection of fundamental rights, on the one side, and parliamentary sovereignty, on the other, is a typical and perhaps unavoidable condition of constitutional democracy. However, the possibility of a more cooperative pattern of the relationship between the legislation and constitutional review exists (Duranti). Once again, the Canadian case contributes to this outcome. Moving from Mark Tushnet's "third model" of constitutional review, we can sketch a constitutional review in which the judiciary branch holds the power to advise and guide the Parliament toward the repeal of unconstitutional provisions.

This is what happens in the United Kingdom under the Human Rights Act, for violations of the European Convention, and in New Zealand under the Bill of Rights. In these countries, the judicial review does not imply a power of annulment or disapplication, but rather the power to issue a declaration of incompatibility, consisting of reference to the Parliament, thus advising Parliament and reactivating parliamentary deliberation (Duranti, Tushnet, Shor). In Canada, the "notwithstanding clause", which allows federal and provincial Parliaments to provisionally overrule a judgment of the Supreme Court, plays a similar role. It is a sort of parliamentary "last resort" power. Furthermore, in Canada, the opportunity of dialogue between Parliament and the Supreme Court on constitutional interpretation is also allowed by the advisory role of the Court on matters of constitutionality: a resource that Parliament has used in significant occasions, such as to tackle Québec's claims of independence.

Scholars typically characterize this form of judicial review as a "weak" model. However, this model is not weak at all: these methods provide a sort of "judicial penultimacy" (Gardbaum) in the review of the legislation that has until now determined a general deference by the Parliament to the declarations of incompatibility issued by the

Courts. In the United Kingdom, there are only two cases in which the Parliament decided to maintain its position despite the declaration of incompatibility. Even in Canada, the application of the notwithstanding clause is limited (Waldron, 2014, 10). More generally, we have to keep in mind that in common law countries with judicial review systems, the problem with enforcing decisions on unconstitutionality is extensive. Cooperation with the Government, and in cases of federal states, along with their Governments, is often necessary for enforcing judgments of unconstitutionality throughout the nation. In American history, the civil rights revolution is the result of the Warren Court case law *and* the Civil Rights Act. President Andrew Jackson's statement after the Supreme Court's *Worchester v. Georgia* decision is well known. He strongly contested: "Mr. Marshall took his decision. Now, let him enforce it". So, what is strong and what is weak in the judicial review? (Gardbaum).

There is a further element that must be taken into account when assessing the potentiality of a cooperative method of constitutional review, which is usually underestimated by American scholars and is conversely fundamental in Europe and in Canada: indeed, such a cooperative approach would determine a positive role of the jurisdiction, including a power to guide the Parliament to comply with constitutional objectives and goals and not limited to the resolution of disputes on the compatibility of the legislation with Constitution. Constitutions committed to substantive equality, rich in programmatic norms and social rights, have to be implemented not only by negative declarations of avoidance of the legislation but also with incentives to fulfill these goals.

The Canadian system of constitutional adjudication is, therefore, an interesting one: on one side, the Canadian Supreme Court has over time developed all the means of judicial activism in constitutional interpretation that we know in other countries. On the other side, however, constitutional constraints lead the Court toward a cooperative dialogue with Parliaments, allowing a dialogue in which the Constitution looks more like a common heritage to keep alive, rather than a holy and forbidden temple to preserve.

References: Barak A., *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge Univ. Press, 2012; Duranti F., *Corti e Parlamenti. Dialoghi, confronti, comparazioni*, in A. D'Alessandro – C. Marchese (cur.), *Ius Dicere in a Globalized World. A comparative overview*, Roma TrE-Press, 2018; Ferreres C omella V., *Beyond the Principle of Proportionality*, in Jacobsohn G. – Schor M. (eds.), *Comparative Constitutional Theory,* Elgar, 2018; Gardbaum, *What is Judicial Supremacy?*, in Jacobsohn G. – Schor M. (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, cit.; Hirschl R., *Toward Juristocracy*, Harvard Univ. Press, 2007; Nishihara H., *Challenges to the Proportionality Principle in the face of the "Precaution State" and the Future of Judicial Review*, in *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 2010; Nishihara H., *Constitutional meaning of the proportionality principle in the face of the "surveillance state"*, in *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 2008; Repetto G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Jovene, 2011; Schor M., *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy*, in Jacobsohn G. – Schor M. (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, cit.; Stone Sweet A. – Mathews J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2008; Tushnet M., *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Elagar, 2014; Waldron J., *Judicial review and judicial supremacy*, NYU School of Law, Public Law and Legal Theory Research Papers Series, 14-57; Waldron J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge Univ. Press, 2009.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le continuità profonde nel costituzionalismo dell'Europa centrale: ragionando su un'opera memorialistica di Sándor Márai*

Giacomo Delledonne

Nella discussione sulle crisi che hanno caratterizzato la vita costituzionale di diversi ordinamenti dell'Europa centro-orientale – e sui riflessi di queste sull'ordinamento sovranazionale dell'Unione europea – svolge un ruolo predominante la constatazione di un appannamento di quel consenso costituzionale europeo che iniziò a prendere forma dopo la fine dei regimi comunisti. Si vuole dire, cioè, che queste crisi – a loro volta strettamente intrecciate con una più vasta crisi del processo d'integrazione europea[1] – sono state collocate sullo sfondo di un disagio nei confronti della democrazia liberale che è subentrato al diffuso ottimismo del decennio immediatamente successivo alla fine della guerra fredda. Può essere utile, tuttavia, ragionare sulle specificità dei singoli casi nazionali – e in particolare di quello ungherese – calandoli in una prospettiva di lungo periodo. Si fa riferimento a presunti caratteri specifici del costituzionalismo in quei paesi, ma anche al modo in cui il passato condiziona le vicende istituzionali attuali[2].

Il passato riaffiora, in primo luogo, in relazione al problema dell'istituzionalizzazione della memoria[3]: in quella regione d'Europa

---

* Lo scritto non è stato sottoposto a referaggio.

[1] Si fa qui riferimento all'impostazione di A.J. Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, p. 453 ss.

[2] Ne ha scritto di recente M. Monti, *La controversia sui campi di sterminio "polacchi" e la legge del primo febbraio 2018: fra costruzione della verità e protezione della reputazione della Repubblica di Polonia*, in *Diritti comparati*, 12 febbraio 2018, su www.diritticomparati.it.

[3] Come definita da A. Mastromarino, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018, p. 63 ss.; v. inoltre A. Buratti, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, n. 2/2012, p. 1, su www.rivistaaic.it.

questa assume spesso un carattere altamente problematico. Nel caso dell'Ungheria, ne offrono un esempio le discussioni sugli anni della seconda guerra mondiale – che ruotano attorno all'interrogativo se il paese sia stato vittima o complice della Germania nazionalsocialista[4] – e il rapporto ambiguo nei confronti del regime, invero peculiare, dell'ammiraglio Horthy[5]. Su un altro piano, poi, la Legge fondamentale magiara del 2011 è esplicitamente caratterizzata dal proposito di riprendere il cammino interrotto della "costituzione storica" ungherese: a questo proposito Gábor Halmai ha messo in luce un'evocazione disinvolta delle cesure e degli elementi di continuità della storia ungherese del secolo scorso[6]. Mentre la Professione di fede nazionale con cui si apre il testo celebra "le conquiste della nostra costituzione storica e … la Santa Corona, che incarna la continuità costituzionale della statualità ungherese e l'unità della nazione" – sconfessando la "sospensione" della costituzione storica stessa, provocata dalle occupazioni straniere – l'art. R, comma 3 contiene norme sull'interpretazione della Legge fondamentale stessa. Le disposizioni della Legge fondamentale, infatti, devono essere interpretate in conformità ai loro fini, alla Professione di fede nazionale e alle conquiste della costituzione storica.

La recente pubblicazione in traduzione italiana di un'opera memorialistica di Sándor Márai, *Volevo tacere* (*Hallgatni akartam*, trad. it. di L. Sgarioto, Milano, Adelphi, 2017), invoglia a riannodare le fila delle costanti di lungo periodo del costituzionalismo ungherese. Si tratta di una rievocazione, uscita postuma nel 2013, del lasso di tempo compreso fra l'*Anschluss* del marzo 1938 e l'invasione dell'Ungheria da parte della *Wehrmacht*, nel marzo 1944. L'operazione che si vuole compiere, naturalmente, deve tenere conto di alcuni *caveat*: si tratta di un'opera memorialistica, in cui il ricordo degli eventi dei tardi anni Trenta e dei primi anni Quaranta è filtrato dalle amare vicende successive all'instaurazione della Repubblica popolare e all'esilio di Márai. Tutta la sua riflessione è influenzata da

[4] V., con riguardo alla discussione sul monumento collocato nella piazza della Libertà (Szabadság tér) di Budapest, *Controversial monument divides Hungarians, angers Jewish community*, in *Euractiv*, 23 luglio 2014, su www.euractiv.com.

[5] V. *His contentious legacy*, in *The Economist*, 8 novembre 2013.

[6] G. Halmai, *Memory Politics in Hungary: Political Justice without Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 10 gennaio 2018, su www.verfassungsblog.de.

una fedeltà appassionata all'"ideale nazionale ungherese", necessariamente opposto allo "sciovinismo intollerante" dell'Unione Sovietica in attesa di un vero rafforzamento degli "ideali di una convivenza sociale sovranazionale" (p. 37). Al tempo stesso, però, l'autore rivendica il "diritto di parlare della sua nazione in una prospettiva storica, anche se non è uno storiografo di professione" (p. 36).

Il volume prende le mosse dal trauma postbellico del trattato del Trianon e dello scontro fra il regime comunista di Béla Kun e il Governo controrivoluzionario dell'ammiraglio Horthy. Quelle vicende – guerra civile e invasione rumena – fecero seguito al fallimento del breve esperimento repubblicano guidato dal conte Mihály Károlyi, negli ultimi mesi del 1918. Quel tentativo mirava – con la democratizzazione del paese e sulla falsariga di ciò che stava accadendo in Germania e nell'Austria tedesca nel medesimo torno di tempo – a ottenere per l'Ungheria un trattamento non troppo sfavorevole e la conservazione dell'integrità territoriale in occasione della conferenza di pace di Parigi. Di quel progetto di democratizzazione, che avrebbe dovuto portare al superamento dell'*Ausgleich* austro-ungarico del 1867, avrebbero dovuto far parte l'introduzione del suffragio universale e la riforma agraria. Sulla scia di quei progetti, si era diffusa in tutta l'Europa centrale la convinzione che "i rivoluzionari moderati del 1918 [stessero] correggendo gli errati sviluppi politici avvenuti a partire dal 1848"[7].

Márai colloca nel triennio 1918-1920 – tra la fine della guerra e il trattato del Trianon – l'inizio del declino ungherese. Più che la perdita di due terzi del territorio nazionale, però, gli preme il fatto che il nuovo Stato ungherese avesse perduto, con l'Alta Ungheria e la Transilvania, quasi tutta la sua borghesia colta. Da lì, e dal fatto che nel territorio superstite "vivevano solo grandi signori e contadini poveri", sarebbe derivato l'indebolimento delle basi sociali e culturali del liberalismo e, in prospettiva, della democrazia (p. 24 ss.). Su quelle premesse – e sulla diffusa reazione nei confronti del "ricordo grave e doloroso" (p. 42) della Repubblica sovietica ungherese – si sarebbe poi innestato, sotto la guida di Horthy, "un regime davvero

[7] Così, recentemente, R. Gerwarth, *La rabbia dei vinti. La guerra dopo la guerra 1917-1923*, trad. di D. Scaffei, Roma-Bari, 2017, p. 107.

reazionario, una versione neobarocca del fascismo denominata 'pensiero di Seghedino'": questo avrebbe "impedito, nel quarto di secolo successivo, lo sviluppo democratico dell'Ungheria sul modello occidentale, cercando al contrario di dar vita a un'amministrazione e a un governo mostruosi che, più che accanirsi contro le tradizioni liberali del passato, le hanno disattese" (p. 43). Un tratto singolare del regime di Horthy, illiberale e antisemita, era l'esistenza di garanzie minime della "libertà intellettuale, economica e sociale": "esistevano partiti di destra e di sinistra, c'era un partito socialdemocratico con i suoi organi di stampa, c'era un'opposizione civile, si pubblicavano libri di aspra critica verso il sistema latifondista e le anacronistiche storture sociali ed economiche del paese, e molto spesso non venivano neppure sequestrati" (p. 51)[8].

Parallelamente, prese corpo in maniera sempre più esplicita il mito di un eccezionalismo costituzionale ungherese, stretto attorno alla millenaria costituzione non scritta (*ezeréves alkotmány*) e alla Corona di Santo Stefano; e questo in chiara controtendenza rispetto al clima di ottimismo che aveva permeato di sé l'evoluzione costituzionale degli ultimi decenni della monarchia absburgica, caratterizzati dall'edificazione delle strutture tipiche del *Rechtsstaat* e da una graduale espansione dell'eguaglianza nel godimento dei diritti civili[9]. In quella "messa in scena" – "i drappeggi storici della scenografia ufficiale, all'ombra della Corona di Santo Stefano e della Costituzione … il pomposo museo delle cere dei reucci del Regno senza Re" (p. 57) – si deve scorgere un vero e proprio caso di invenzione (o forse, più correttamente, aggiornamento) della tradizione[10]. Dietro la dottrina della continuità giuridica – codificata nella "piccola Costituzione" del 1920 – e il tentativo di mantenere gli

[8] Sulla controversia a proposito della qualificazione della Reggenza di Horthy cfr. K. Egresi, *La storia del costituzionalismo ungherese*, in *Nomos*, n. 1/2012, p. 7, su www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

[9] Cfr. H. Küpper, *Evolution and* Gestalt *of the Hungarian State*, in *The Administrative State*, a cura di A. von Bogdandy, P.M. Huber e S. Cassese, Oxford, 2017, p. 294 ss.

[10] Sul punto cfr. S. Radnóti, *A Sacred Symbol in a Secular Country: The Holy Crown*, in *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, a cura di G.A. Tóth, Budapest, 2012, p. 94 s.; A. Jakab, *European Constitutional Language*, Cambridge, 2016, pp. 99 e 233.

assetti anteriori alla grande guerra si celava spesso "*an ideological wishful construct of those conditions*"[11]. In tempi più recenti, la riattualizzazione degli argomenti legati alla costituzione non scritta e alla Corona è stata studiata con attenzione da Kim Lane Scheppele in un commento dedicato alla decisione del I Governo Orbán (1998-2002) di trasferire la Corona dal Museo nazionale di Budapest all'edificio del Parlamento[12]. Essi sono poi riemersi con forza ancora maggiore con la sentenza della Corte costituzionale del 30 novembre 2016[13].

In quella temperie – caratterizzata da una preoccupazione incessante per la garanzia della continuità dello Stato dopo l'intermezzo del 1918-1919 – si produsse uno iato non soltanto fra l'Ungheria e l'Occidente, ma anche nei confronti degli altri paesi dell'Europa centro-orientale. A questo proposito meritano di essere segnalate le pagine in cui Márai ricorda con toni fortemente emotivi il ritorno della sua città natale, Kassa/Košice, sotto la sovranità ungherese: questo avvenne nel 1938 in seguito al primo arbitrato di Vienna e allo smembramento della Cecoslovacchia. Da quel distacco ventennale discendeva la diffidenza nei confronti delle popolazioni di lingua ungherese insediate nel territorio dell'Alta Ungheria, corrispondente in larga parte all'odierna Slovacchia: questi "avevano vissuto per vent'anni in democrazia, una democrazia che aveva molti difetti ed era anche piuttosto corrotta – in misura minore e in maniera diversa rispetto alla Transilvania annessa alla Romania, ma la corruzione c'era comunque –, però al di là di tutto era una democrazia. … fummo noi, i rappresentanti dell'Ungheria del Trianon, a renderci conto con sgomento che nel bacino danubiano il nostro stile di vita, il nostro assetto sociale, la nostra visione del mondo erano ormai sorpassati" (p. 87). Così, il ritorno dell'Alta Ungheria sotto la sovranità ungherese – il contrario, a ben vedere, di "una grande, storica festa di famiglia" (p. 91) – doveva riportare non

[11] H. Küpper, *op. cit.*, p. 307.

[12] K.L. Scheppele, *The Constitutional Basis of Hungarian Conservatism*, in *East European Constitutional Review*, n. 4/2000, p. 51 ss.

[13] Su cui v. G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 151 ss.; K. Kelemen, *The Hungarian Constitutional Court and the Concept of National Constitutional Identity*, in *Ianus*, n. 15-16, 2017, p. 23 ss., su www.3.unisi.it/ianus.

"l'Ungheria dei tempi antichi, ma una versione spettrale e deforme di quella ricordata dagli autoctoni" (p. 87 s.). Quell'atteggiamento di aperto sospetto "dimostrava che gli ungheresi che avevano conosciuto la democrazia degli Stati successori erano considerati inaffidabili dal punto di vista dell'Ungheria 'cristiana e nazionale', l'Ungheria dei signori" (p. 89).

Il volume di Márai si conclude con considerazioni molto cupe, influenzate dalle vicende della seconda guerra mondiale e dal successivo avvento della Repubblica popolare. L'elemento interessante, di cui si è cercato di dare conto, è la sua presentazione di un momento singolare e decisivo della storia costituzionale ungherese. Si tratta, si può dire, del momento in cui si è cristallizzata una certa immagine del costituzionalismo magiaro, di cui si può trovare traccia nella collana di testi e documenti costituzionali promossa in Italia dal Ministero della Costituente: "L'Ungheria era rimasta fino al 1945 una roccaforte feudale in una Europa da più di un secolo e mezzo liberata da forme statuali medioevalistiche"[14], tanto che la fine della guerra, pur portando con sé la proclamazione della Repubblica, non aveva (ancora) scalfito il mito della costituzione non scritta.

Più che sviluppare un parallelismo fra il passato e l'attualità[15], le riflessioni proposte in questo breve scritto mirano a sottolineare la forza nel lungo periodo di alcuni *tópoi* e argomenti: la continuità dell'ordinamento, preservata o ripristinata; la costituzione storica, assurta con la sentenza del 2016 a nucleo dell'identità costituzionale nazionale; la Corona; la dissociazione fra democrazia e liberalismo. La continuità è un tema ricorrente nei recenti lavori di Sabino Cassese

[14] P. Santarcangeli, *La legge elettorale ungherese*, Firenze, 1946, p. 89.

[15] Sul punto si segnalano le drastiche considerazioni di A. Jakab, *What is Wrong with the Hungarian Legal System and How to Fix It*, MPIL Research Paper Series n. 2018-13, p. 18, secondo cui, sebbene alcuni affermino che "the legal system is more and more reminiscent of that preceding 1945, at least in its rhetoric/narrative", nondimeno questa tesi non pare convincente: "*Namely, the most important and genuinely promoted narrative of that time related to the historical (pre-WW2) Constitution, to which only a few, unsystematic, dishonest and unfounded references are made today, with the sole aim of historicising. Meanwhile, the real – albeit restricted – similarities between current and pre-war actual practices are not sufficient to prove the analogy*".

sulla storia costituzionale italiana[16]; in questo caso, però, accanto all'indubbia permanenza nel tempo di alcuni elementi[17], si deve sottolineare il ricorso all'argomento della continuità per giustificare cesure anche profonde nella vita dell'ordinamento.

V'è però una differenza fondamentale tra l'eccezionalismo ungherese lamentato da Márai e quello, reale o proclamato, di questi anni: l'inserimento del paese in una comunità di valori con ambizioni diverse da quelle dell'ordine internazionale abbozzato nei quattordici punti di Wilson. Anche per questa ragione l'identità nazionale identificata dalla Corte ungherese nel 2016 è apparsa "*inconsistent with many of the joint values of Article 2 TEU*" e perciò definita "*an unconstitutional national constitutional identity*"[18]. Proprio per questa ragione, come ha osservato di recente Matej Avbelj, "*no plausible, let alone theoretically convincing case can be made in favour of the existence of a special CEE [Central and Eastern Europe] constitutionalism inside the EU legal common whole*"[19].

[16] Il riferimento è a S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010; *id.*, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014.

[17] Sulla forza di argomenti affini alla costituzione storica dopo la svolta del 1989 cfr. P. Paczolay, *Hungarian Constitutional Law 1989-2005*, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005: Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, a cura di A. Jakab, P. Takács e A.F. Tatham, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 20 ss.

[18] G. Halmai, *op. cit.*, p. 154.

[19] M. Avbelj, *There is No Such Thing As a Particular "Center and Eastern European Constitutionalism"*, in *Verfassungsblog*, 18 maggio 2018, su www.verfassungsblog.de.

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA "RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI"

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle "Norme editoriali".
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.