



RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Rivista Quadrimestrale
2/2019

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno III – N. 2/2019

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma “Tor Vergata”
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa
Oreste Pollicino – Università commerciale “Bocconi” di Milano
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 Poiars 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 commerciale “Bocconi” di Milano
Giacomo Delledonne – Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa
Claudio Di Maio – Università della Calabria
Silvia Filippi – Università di Perugia
Francesco Saitto – Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

SOMMARIO

Saggi

ANTONIO RUGGERI, *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

[pp. 3 - 34]

LAURA CAPPuccio, *L'indipendenza delle Corti all'interno del sistema interamericano dei diritti umani*

[pp. 35 - 61]

GRETHEL ARIAS GAYOSO, *La Administración Pública y el nuevo texto constitucional refrendado en Cuba: a propósito de una reflexión*

[pp. 62 - 77]

FABIO FRANCESCO PAGANO, *Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"*

[pp. 78 - 144]

Note e commenti

COSTANZA MASCIOTTA, *La sconfitta della interpretazione costituzionalmente conforme (alla due process clause) in Nielsen v. Preap.*

[pp. 145 - 160]

DANIELE MATARAZZI, *L'avvio della XVIII legislatura e la decretazione d'urgenza: nuovo governo, vecchie abitudini*

[pp. 161 - 188]

Recensioni e letture critiche

PALMINA TANZARELLA, *Recensione a* Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto *di Irene Spigno, Giuffrè, 2018*

[pp. 189 - 200]

CHIARA GIORGI, *Recensione a* L'autonomia e le sue esigenze *di Laura Ronchetti, Giuffrè, 2018*

[pp. 201 - 210]

ERNESTO LUPO, *Recensione a* Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la L. 219/2017, *di Roberto Giovanni Conti, Aracne, 2019*

[pp. 211 - 224]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.diritticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti (Università di Roma “Tor Vergata”), Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Oreste Pollicino (Università commerciale “Bocconi” di 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

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. La crisi della gerarchia delle fonti, apprezzabile alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata e in considerazione del *rapporto di strumentalità necessaria* che lega alcune norme ai principi fondamentali e questi ai valori che stanno a base dell'ordine repubblicano. – 2. Le “schegge” rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale di un inquadramento delle dinamiche della normazione in prospettiva assiologica, l'incidenza che se ne ha nel modo stesso di operare dei criteri ordinatori, la conversione della *gerarchia delle fonti secondo forma* in *gerarchia delle norme secondo valore*. – 3. Antinomie al piano dei rapporti interordinamentali e accentramento della relativa soluzione in capo alla Corte costituzionale, con specifico riguardo a casi carichi di valenza assiologica e pur in presenza di norme affette da invalidità “in senso forte”, come tale rilevabile dai giudici comuni. – 4. Rapporti tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e crisi della gerarchia secondo forma già al momento (e per il modo) con cui si è data esecuzione ai trattati. – 5. Le conferme venute dalla giurisprudenza costituzionale della crisi della gerarchia delle fonti con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali: in specie, lo scivolamento dal piano della *teoria delle fonti secondo forma* al piano della *teoria della interpretazione secondo valore* e i riflessi che se ne hanno per la dottrina dei “controlimiti”. – 6. La ricorrente, stancamente ripetuta, obiezione secondo cui nel passaggio dal *sistema delle fonti secondo forma* al *sistema delle norme secondo valore* si smarrirebbero la certezza del diritto e la tipicità dei ruoli degli operatori, la critica ad essa qui rinnovata e poggiante sul riferimento all'idea di Costituzione di tradizioni liberali che ha nella certezza (e cioè nella

*Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico. Testo rielaborato di un Seminario svolto nell'Università di Granada il 10 aprile 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato. Si fa presente che, per la peculiare destinazione dello scritto, si è reso necessario fare talora richiamo di concetti familiari alla comunità scientifica italiana, nondimeno fatti oggetto di rielaborazione per le peculiari esigenze ricostruttive di questo studio.

effettività) della salvaguardia dei diritti costituzionali il suo cuore pulsante, le cause degli squilibri istituzionali e la ricerca dei loro possibili rimedi.

1. *La crisi della gerarchia delle fonti, apprezzabile alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata e in considerazione del rapporto di strumentalità necessaria che lega alcune norme ai principi fondamentali e questi ai valori che stanno a base dell'ordine repubblicano*

Della crisi della gerarchia delle fonti e, in generale, del sistema dalle stesse composto si discorre – come si sa – da tempo e variamente¹, perlopiù facendosi riferimento alla invenzione a ritmi incessanti di sempre nuovi tipi di strumenti di normazione, nonché all'utilizzo confuso e disordinato degli strumenti esistenti, non di rado portati a sovrapporsi ed a confondersi a vicenda, con ciò stesso determinandosi uno *stress* insopportabile a carico della tipicità dei ruoli istituzionali degli organi produttori ed un costo considerevole, ad oggi non determinato in tutta la sua portata e forse fino in fondo non determinabile, per la comunità governata². D'altronde, la dottrina più sensibile ha ampiamente messo in correlazione il disordine in seno al sistema suddetto con quello che si ha al piano istituzionale³, un disordine che ha ormai raggiunto punte così esasperate e vistose da indurre al pessimismo circa la possibilità che si riesca, se non pure a tornare indietro, quanto meno ad arginare e contenere in una qualche misura questa tendenza che parrebbe invero essere inarrestabile.

Su tutto ciò lo studio che ora si avvia non intende fermare nuovamente l'attenzione, non foss'altro perché un'analisi (se non pure

¹ ... al punto di essersi messa in dubbio la stessa perdurante esistenza del sistema delle fonti, nella sua ristretta e propria accezione (v., ad es., M. Siclari (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Napoli, 2012). Qui, nondimeno, per ragioni di scorrevolezza espositiva si seguirà a fare uso del sintagma in parola, con le precisazioni che di qui in avanti si faranno.

² Notazioni di vario segno, da ultimo, nei contributi al fasc. 1/2019 di *Dir. cost.*, dedicato appunto alle *Fonti del diritto*, a cura di R. Bin e O. Chessa.

³ Non è chiaro, per vero, se siano più le torsioni riscontrabili al piano istituzionale a dare la spinta per l'affermazione di quelle in seno al sistema delle fonti o viceversa; nel circolo in cui tutte si immettono e reciprocamente si alimentano è difficile stabilire un ordine di priorità al riguardo.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

compiuta, comunque) dotata di apprezzabile organicità richiederebbe uno spazio di cui ora non si dispone. Tra l'altro, la fioritura di nuovi tipi e sottotipi di fonti, ad opera sia dei pubblici poteri che dei soggetti portatori di autonomia (anche privata), è tale da obbligare ad un complessivo ripensamento dell'idea stessa di fonte del diritto e dei suoi connotati identificanti, ancora prima di passare all'analisi dei connotati propri delle singole specie di fonti; la qual cosa richiederebbe uno sforzo collettivo, posto in essere da cultori di più discipline giuridiche e non condizionato da alcun preorientamento metodico-teorico, portandosi dunque ben oltre le forze di cui il singolo operatore di ricerca dispone, quanto meno di sicuro di quelle assai poco consistenti che io sento di avere.

Mi limito, dunque, qui a svolgere una riflessione di ordine generale, meramente introduttiva ad uno studio più solidamente strutturato che potrà farsi in seguito, senza alcun riferimento alle vicende di singoli tipi di fonti, a come erano stati pensati e a cosa sono diventati, muovendo peraltro da quelle che possono considerarsi le acquisizioni teoriche maggiormente accreditate e diffuse, qui nondimeno fatte oggetto di personale rielaborazione. A tal fine, la prospettiva adottata è quella della teoria della Costituzione (o, meglio, di una *certa* teoria della Costituzione), intesa unicamente in una delle sue accezioni correnti, specificamente riguardante appunto le esperienze della normazione, e mettendo perciò da canto altre accezioni, quali quelle da noi affermatesi specie dopo gli studi di Santi Romano prima e Costantino Mortati poi.

La base di partenza dello studio che ora si avvia si situa all'incrocio tra l'accezione normativistica e quella assiologico-sostanziale di Costituzione, nella loro mutua integrazione e riduzione ad unità: si guarderà perciò al significato di Costituzione come insieme (o, meglio, sistema) di norme fondamentali di una comunità politicamente organizzata⁴ ed espressive di valori parimenti fondamentali nei quali la comunità stessa si riconosce e in nome dei quali in una certa

⁴ Non discorro di comunità statale, anche se a quest'ultima farò particolare riferimento, per la ragione, altrove argomentata, che considero valevole il termine di Costituzione anche per formazioni sociali diverse dallo Stato e, segnatamente, per ciò che qui è di specifico interesse, la Unione europea.

congiuntura storica è stata combattuta la battaglia vittoriosa per la edificazione del nuovo ordine costituzionale.

Una preliminare avvertenza.

Il *quid proprium* della Costituzione così intesa è dato – come si è appena rammentato – da un insieme di norme fondamentali. V'è però – secondo la comune opinione – un diverso modo di essere dell'attributo evocato dall'aggettivo qualificativo in relazione a norme parimenti diverse della Costituzione: all'interno di quest'ultima, infatti, ad un pugno di norme è selettivamente riconosciuta la proprietà di “fondamentali” *stricto sensu*, siccome considerate espressive dei principi di base dell'ordinamento, nei quali si rinviene l'essenza della Costituzione o – come pure suol dirsi⁵ – il suo “nucleo duro”, sì da resistere ad ogni innovazione per via legale e da poter esser pertanto superate unicamente in modo forzoso, a seguito dell'affermazione di un nuovo potere costituente.

Non riprenderò ora antiche e vessate questioni circa il supposto carattere “esaurito” del potere stesso⁶, che nondimeno a mia opinione proprio quando la guardia si abbassa può riemergere dalle sue ceneri e manifestarsi con inusitata virulenza, seppur in forme abilmente e subdolamente mascherate, né, ancora prima, dirò del modo con cui le norme espressive dei principi fondamentali possono essere riconosciute senza soverchie incertezze⁷ e, infine, nulla dirò neppure dei limiti alle

⁵ Riferimenti, per tutti, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, nonché in V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017 e nei contributi al convegno del Gruppo di Pisa di Catanzaro, 8-9 giugno 2018, su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, in corso di stampa (alcuni dei contributi stessi possono, nondimeno, vedersi in www.gruppodipisa.it).

⁶ Riferimenti al riguardo in M. Luciani, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991, p. 8 ss. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 124 ss., spec. p. 136 ss.; U. Allegretti, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in E. Rippepe – R. Romboli (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, p. 29 e M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, p. 7 ss.

⁷ Ciò che, poi, rimanda naturalmente ai valori ai quali i principi stessi danno voce e nei cui riguardi si pongono in funzione servente, il fondamento della Costituzione rinvenendosi dunque fuori e prima di essa, nel fatto costituente e negli ideali che lo hanno animato e sorretto, portando all'affermazione del nuovo ordine positivo edificato sulle ceneri del vecchio.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

loro innovazioni, a mia opinione ammissibili *in melius* ed a finalità inclusiva, restando dunque fedeli alla originaria intenzione del Costituente ed anzi portando alla sua ulteriore valorizzazione ed all'adeguamento imposto dai tempi⁸.

La premessa da cui muovo è, dunque, quella per cui si danno dei limiti alla revisione costituzionale e che si sa in cosa essi consistano. Va, inoltre, tenuto presente che, pur potendosi fregiare solo alcune norme del titolo privilegiato di espressioni immediate e dirette dei valori fondamentali, al medesimo trattamento di esse possono andare soggette altre norme che delle prime danno la *prima e necessaria* specificazione-attuazione, norme che dunque vivono di luce riflessa, godendo della “copertura” di quelle e, perciò, andando esse pure soggette unicamente a quelle eventuali innovazioni *in melius* ed a finalità inclusiva, di cui si è appena detto. In fondo, se ci si pensa, si ha qui applicazione dello schema della fonte interposta, usualmente considerato valevole in più ambiti materiali di esperienza: la differenza è che lo schema stesso è riferito – come si sa – a rapporti tra *fonti* diverse, alcune delle quali richiamate dalla Costituzione (e, in genere, da fonti sovraordinate) e qualificate come idonee a condizionare la validità di altre fonti ad esse strumentalmente connesse. Qui, invece, la “interposizione” si ha in primo luogo al piano della Costituzione, alcune norme della stessa, in quanto necessarie all'affermazione dei principi resistendo ad innovazioni che portino ad un impoverimento degli stessi o, addirittura, al loro smarrimento: norme che, dunque, si difendono aggrappandosi ai principi e ponendosi al loro servizio. Solo così, infatti, è argomentabile l'idea che la loro venuta meno o, comunque, la contrazione della loro *vis* prescrittiva ridondi in una intollerabile incisione o menomazione dei principi.

Questo schema è, a mia opinione, generalizzabile e perciò esportabile – se così vogliamo dire – anche oltre il quadro costituzionale. E, dunque, norme di leggi comuni o di altre fonti che si

⁸ Di tutto ciò si è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit., ed *ivi v.*, volendo, il mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2/2018, 20 giugno 2018, dal quale possono aversi maggiori ragguagli circa il punto di vista ora sinteticamente rappresentato nel testo.

dimostrino idonee a dare la *prima, diretta e necessaria* attuazione dei principi non possono sottostare a modifiche *come che siano fatte* (persino a mezzo di leggi di forma costituzionale o di altre fonti di rango costituzionale aventi origine esterna) suscettibili di riflettersi in un'offesa ai principi. Come si è tentato di mostrare altrove⁹, i limiti alla revisione costituzionale possono non di rado in concreto apprezzarsi passando da un grado all'altro della scala gerarchica. Il fatto, poi, che l'annullamento non colpisca norme di leggi di revisione costituzionale ma solo quelle di leggi comuni che vi danno diretto ed immediato svolgimento ha una sua pronta spiegazione nella naturale ritrosia del giudice costituzionale a non uscire allo scoperto contrapponendosi frontalmente all'autore degli atti di forma costituzionale, tanto più se dotati dell'avallo offertovi dall'eventuale referendum che li abbia ad oggetto: atti che, nondimeno, sono devitalizzati ora direttamente per via interpretativa ora, appunto, attraverso la caducazione di leggi comuni adottate al fine di darvi svolgimento¹⁰.

Sta di fatto che, ogni qual volta la caducazione stessa è motivata in relazione al *vulnus* subito da questo o quel principio dalle norme fatte oggetto di annullamento, per ciò stesso vengono ad essere protette altre norme, dalle prime innovate, dotate di "copertura" da parte dei principi e, allo stesso tempo, idonee a fare da scudo a questi ultimi.

Il giudice delle leggi soppesa sempre, come si sa, la "situazione normativa" – come a me piace chiamare l'oggetto del giudizio di costituzionalità¹¹ – quale potrebbe aversi per effetto dell'eventuale annullamento con quella che si avrebbe mantenendo in vigore la disciplina portata al sindacato della Corte; ed è un'operazione estremamente impegnativa e complessa che rimanda alla Costituzione come "sistema" di valori fondamentali positivizzati, rimanda cioè alla

⁹ ... nel mio scritto per ultimo cit.

¹⁰ È ormai da tempo acclarato che alcune tra le più rilevanti, ancorché non sempre vistose, modifiche tacite della Costituzione sono poste in essere presso la Consulta attraverso interpretazioni... *abrogatrici*: la gran parte della Carta – piaccia o no – vi sono andate soggette (una riflessione di sintesi al riguardo è nell'accurato studio di M.P. Iadicicco, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit., in www.gruppodipisa.it; pure *ivi*, se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018).

¹¹ Riferimenti, da ultimo, in A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 101 ss.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

ricerca del punto di sintesi ottimale, in ragione delle complessive esigenze del caso, tra i beni della vita costituzionalmente protetti (e, dunque, tra le norme che vi danno appagamento).

V'è un solo modo – a me pare – per dare teorico e pratico senso alla Costituzione come “sistema”: dare – come si è venuti dicendo – il giusto risalto alle mutue implicazioni che si intrattengono tra i principi e le norme costituzionali restanti in primo luogo, tra quelli e queste assieme e le norme sottostanti secondariamente.

Come si vede, l'interposizione rileva, a conti fatti, al piano delle *norme*, non delle *fonti*, trattandosi di stabilire quali di esse assicurino un servizio ai principi di cui questi ultimi non possono comunque fare a meno, a pena di patirne un pregiudizio grave ed irreparabile.

Per l'aspetto ora considerato, il fenomeno della interposizione *secondo valore* – ché di questo, a conti fatti, si tratta – ha larghe ed astrattamente indefinite applicazioni. È ovvio, infatti, che il primo e teoricamente più rilevante nodo da sciogliere attiene al riconoscimento del *rapporto di strumentalità necessaria* intercorrente tra i principi e le norme che si pongono nei loro riguardi in funzione servente; ed è parimenti ovvio che nessun criterio di astratta fattura può giovare allo scopo di mettere in chiaro il rapporto stesso. La qual cosa sarebbe palesemente incompatibile con il carattere assiologicamente qualificato del rapporto medesimo. Spetta, dunque, all'operatore di turno assumersi la responsabilità della scelta, per faticosa e sofferta che possa essere, giovandosi nondimeno di suggestioni ed indicazioni che possono essere date dall'intera comunità degli interpreti, specie laddove si compongano e consolidino in “diritto vivente”.

2. Le “schegge” rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale di un inquadramento delle dinamiche della normazione in prospettiva assiologica, l'incidenza che se ne ha nel modo stesso di operare dei criteri ordinatori, la conversione della gerarchia delle fonti secondo forma in gerarchia delle norme secondo valore

È doveroso riconoscere che la giurisprudenza costituzionale, per il cui tramite principalmente (ma non, appunto, esclusivamente) il

diritto costituzionale vigente si converte in vivente¹², contiene, pur se all'interno di un complessivo indirizzo d'ispirazione formale-astratta, tracce numerose e marcate di un inquadramento delle dinamiche della normazione da una prospettiva assiologicamente connotata. Si tratta – come si è altrove rilevato – di “schegge” sparse qua e là, non riportabili ad una matrice unitaria e bisognose di ben altro, lineare sviluppo, che nondimeno non meritano di essere sottovalutate o, peggio, fatte passare sotto silenzio, in quanto indicative di un disagio nel quale non di rado il giudice costituzionale confessa di trovarsi a fronte delle strette e palesi insufficienze dei criteri di stampo formale. E ciò, in considerazione del fatto che questi ultimi appiattiscono la condizione di atti pur eguali per nome e forma (in senso lato) e tuttavia sostanzialmente diversi per la capacità in misura differenziata dimostrata in concreto di piegarsi davanti ai più pressanti ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale, rendendo allo stesso tempo un adeguato servizio ai valori fondamentali dell'ordinamento nel loro fare “sistema”.

Il vero è che – come si è tentato in altri luoghi di mostrare – si tratta di fare una scelta di campo al piano della teoria della Costituzione; e, laddove quest'ultima dovesse essere intesa, nella sua essenza maggiormente espressiva e significativa, quale un fascio di valori fondamentali positivizzati, nei quali si specchiano ed ai quali danno voce nel modo più immediato e genuino i principi parimenti fondamentali dell'ordinamento, è giocoforza a partire da questa premessa non soltanto desumere la esistenza di limiti alla revisione

¹² Malgrado la stessa giurisprudenza costituzionale indulga talora alla tentazione di accreditarsi quale l'unico e vero interprete e garante dei principi fondamentali dell'ordinamento, non è da mettere in dubbio l'apporto corale offerto da tutta la comunità degli interpreti e degli operatori culturali alla ricognizione e messa a punto dei principi stessi, non di rado peraltro risentendo delle indicazioni che vengono *ab extra*, e segnatamente, al piano su cui maturano le esperienze relative alla tutela dei diritti fondamentali, dalle Corti europee, allo stesso tempo in cui il tribunale costituzionale, unitamente agli altri operatori di giustizia, offre alle Corti stesse indicazioni circa il modo più adeguato per far valere i diritti fondamentali, specie laddove la relativa tutela si realizzi per il tramite delle tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti nazionali: con un moto – come si vede – circolare di mutua alimentazione delle Carte e di mutua influenza delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti.

costituzionale¹³ ma anche pervenire ad una risistemazione complessiva dell'ordinamento, a ciascuno dei gradi in cui si articola e svolge.

Tutti i criteri ordinatori infatti – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – ne sono coinvolti, a partire da quello cronologico e da quello gerarchico. La stessa giurisprudenza – come si diceva – mostra talora di esserne avvertita, pur non traendone le dovute e generali conseguenze di ordine ricostruttivo. Ad es., lo è in materia di limiti all'abrogazione popolare, giudicata preclusa laddove la domanda referendaria dovesse investire norme idonee a dare una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti¹⁴: affermazione, questa, che, in disparte la generale questione relativa a come riconoscere o, per dir così, “pesare” o “graduare” siffatta tutela, una volta che sia considerata valevole per siffatta specie di esperienza normativa, non può – a me pare – che valere altresì per ogni altra in cui si faccia questione di una possibile incisione a danno dei beni stessi, idonea persino a risolversi nel loro stesso smarrimento. Se ne ha che il limite in parola non soltanto dovrebbe azionarsi per il caso che la tutela stessa sia pregiudicata da parte di legge comune che faccia luogo alla rimozione “secca” di legge anteriore che abbia offerto la tutela in parola ma anche laddove all'una fonte segua altra fonte, persino se sovraordinata, con essa in conflitto, volta ad abbassare in modo insopportabile il livello della tutela stessa.

Come si vede, non soltanto il criterio ordinatore della *lex posterior* ma lo stesso criterio della *gerarchia secondo forma* può trovarsi a dover recedere davanti alla *gerarchia secondo valore*, a presidio dei principi (e, di riflesso, dei valori) fondamentali dell'ordinamento. E non mancano, peraltro, indicazioni in giurisprudenza, malgrado alcune non rimosse oscillazioni che ne caratterizzano il non lineare svolgimento, nel segno

¹³ ... ancorché intesi non già nel senso della preclusione nei riguardi di qualsivoglia innovazione apportata ai principi stessi bensì – come si accennava poc'anzi – unicamente di quelle volte ad impoverirne o, addirittura, farne smarrire la *vis* prescrittiva.

¹⁴ Formula che può – a me pare – considerarsi almeno in parte equivalente a quella di cui all'art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost., laddove si fa riferimento a leggi statali che fissano i “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali ai quali le leggi regionali (e – come subito si dirà – le stesse leggi dello Stato) sono chiamate a prestare rispetto; va, nondimeno, avvertito che la “tutela minima” con ogni probabilità va oltre l'ambito in cui si situano le norme che fanno riferimento alle prestazioni suddette.

del superamento altresì del canone ordinatore della separazione delle competenze (un canone che, tuttavia, è pur sempre riportabile a quello della gerarchia¹⁵), specificamente laddove ciò sia richiesto dal bisogno di dare appagamento a diritti che altrimenti ne risulterebbero sacrificati¹⁶. Un *trend*, questo, del quale, peraltro, come si dirà tra non molto, si ha riscontro altresì al piano dei rapporti interordinamentali, laddove nuovamente norme interne lesive di norme internazionali (e, per ciò stesso, risultanti incompatibili col disposto dell'art. 117, co. 1, Cost. che di queste ultime norme prescrive la osservanza) sono state fatte salve in ragione della migliore tutela che esse offrivano ai diritti rispetto a quella venuta da documenti normativi aventi origine esterna¹⁷.

La messa da canto dei canoni di formale fattura si apprezza, peraltro, non solo al piano sostanziale ma anche a quello processuale, sia pure ancora una volta rilevando nel quadro di una ricostruzione complessivamente volta a tenere ferme le sistemazioni usuali. Ad es., con riguardo al riconoscimento del “valore di legge” (nell’accezione processuale ormai invalsa, che la vede riferita alla qualità posseduta da taluni atti di restare soggetti unicamente al sindacato della Corte costituzionale), se, per un verso, la giurisprudenza è ferma nel negare siffatta qualità ai regolamenti, pur laddove dotati di forza sostanzialmente primaria (quali i regolamenti c.d. “delegati”)¹⁸, per un

¹⁵ Ogni volta, infatti, che sia recata offesa al canone in parola la fonte che se ne renda responsabile viene, in realtà, ad urtare contro la norma superiore che fonda il riparto delle competenze e, dunque, è, per ciò stesso, violato il canone della gerarchia (così, nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, p. 61 ss.).

¹⁶ Emblematica di questa tendenza è Corte cost. n. 10 del 2010, con la quale è stata fatta salva una disciplina di fonte statale relativa alla materia (riservata alla competenza delle Regioni) dei servizi sociali, che aveva introdotto la c.d. *social card*, al fine di venire incontro a persone in stato di particolare bisogno economico.

¹⁷ V., spec., Corte cost. n. 317 del 2009, della quale si dirà meglio più avanti.

¹⁸ E fin qui – come si vede – è tenuta rigorosamente ferma la sistemazione tradizionale d’ispirazione formale-astratta, seppur a suo tempo contestata da un’autorevole dottrina (part., C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964) con penetranti argomenti che tuttavia non hanno fatto breccia nella giurisprudenza. Allo stesso modo, invincibile si è ad oggi dimostrata la forza della tradizione con riferimento alla condizione processuale dei regolamenti delle Camere, essendosene escluso il “valore di legge”, malgrado sia di comune acquisizione la sussistenza di un rapporto di separazione delle competenze nel quale

altro verso si è allargato l'oggetto del sindacato stesso, esteso altresì – in disprezzo di una chiara indicazione testuale dell'art. 134 Cost. – a norme non risultanti da *atti* bensì da *fatti* di normazione (e, segnatamente, alle norme interne di adattamento automatico di norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale: sent. n. 238 del 2014). Ed è interessante notare, al fine della ricostruzione qui tentata, come siffatto allargamento, oggettivamente forzato, sia giustificato in riferimento all'obiettivo di non lasciare sguarniti di tutela valori fondamentali dell'ordinamento, anzi proprio il valore – si è altrove detto¹⁹ – “supercostituzionale” della dignità della persona umana, cui si è inteso dare un qualche (seppur tardivo) ristoro non consentendo l'ingresso in ambito interno della norma internazionale non scritta che stabilisce l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato estero.

3. Antinomie al piano dei rapporti interordinamentali e accentramento della relativa soluzione in capo alla Corte costituzionale, con specifico riguardo a casi carichi di valenza assiologica e pur in presenza di norme affette da invalidità “in senso forte”, come tale rilevabile dai giudici comuni

L'esempio appena fatto testimonia in modo palese la crisi della gerarchia delle fonti in una delle sue applicazioni al piano delle relazioni interordinamentali. Persino norme di rango “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, quali sono appunto quelle generalmente riconosciute della Comunità internazionale, possono infatti trovarsi a dover recedere davanti ad altre norme di diritto interno laddove queste ultime si pongano in funzione servente nei riguardi dei principi fondamentali dell'ordinamento e le prime, di contro, si dimostrino essere con essi incompatibili. Altra questione, poi, alla quale qui può riservarsi solo un cenno, è se si possa, o no, fare una sorta di graduatoria delle forme di contrasto, distinguendo dunque tra una “invalidità in senso forte” – com'è stata qualificata da un'accreditata dottrina –, quale

essi stanno rispetto alla legge, disponendo di un ambito materiale riservato per Costituzione alla loro disciplina.

¹⁹ In questi termini ne discorrono A. Ruggeri - A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

causa di nullità-inesistenza, ed una “in senso debole”, quale causa di annullamento o – come altra dottrina preferisce dire – tra i casi di “anticostituzionalità” e quelli di mera “incostituzionalità”²⁰. Sta di fatto che la stessa giurisprudenza, nella decisione del 2014 sopra richiamata, sembra essersi disposta nell’ordine di idee favorevole all’accoglimento di siffatta distinzione, pur non desumendo da questa condivisibile premessa la sua lineare (e, a mia opinione, obbligatoria) conseguenza, sì da riconoscere in capo ai giudici comuni ed agli operatori in genere il potere-dovere di far luogo all’accertamento dei casi di radicale inesistenza, facendo dunque immediata disapplicazione della norma che ne sia affetta.

Il vero è che la Consulta tende ad attrarre a sé ogni forma di antinomia riguardante fonti (o norme) di grado primario (o, addirittura, superprimario) e coinvolgente i valori fondamentali dell’ordinamento, secondo quanto emblematicamente testimoniato da una importante decisione, la n. 269 del 2017, ora portata ad ulteriori ed imprevedibili sviluppi dalla sent. n. 20 del 2019. Una decisione, quest’ultima, di cruciale rilievo, in essa ponendosi le basi per l’affermazione di un principio dotato di grande capacità diffusiva e penetrazione sin negli angoli più reconditi dell’ordinamento, quello per cui le antinomie *assiologicamente pregnanti*, riguardanti cioè norme espressive in grado eminente dei valori fondamentali devono comunque essere portate alla cognizione della Corte. All’indomani della venuta alla luce della prima delle pronunzie suddette, si pensava che la cognizione stessa dovesse restare circoscritta ai soli casi in cui fossero violate norme della Carta dell’Unione, ancorché suscettibili di essere portate ad immediata applicazione e sempre che sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione. Già però in sede di primo commento della decisione stessa, si era affacciata²¹ l’ipotesi che, in considerazione del nesso di

²⁰ La prima qualifica si deve a R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 207 ss.; la seconda ad A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, p. 262 ss.

²¹ ... nel mio *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in questa *Rivista*, 3/2017, p. 234 ss., spec. al § 4; v., poi, A.-O. Cozzi, *Diretta applicabilità e sindacato accentratore di costituzionalità relativo alla*

strumentalità necessaria che intercorre tra le norme-parametro ed altre norme ad esse funzionalmente connesse, siccome volte a darvi immediata e diretta specificazione-attuazione, nei successivi sviluppi della giurisprudenza la cognizione della Corte potesse essere estesa al di là dell'ambito specificamente riguardato dalla 269, mettendosi così da canto in casi sempre più numerosi il collaudato *criterio strutturale* che obbliga a fare applicazione diretta delle norme dell'Unione *self executing*, per far quindi posto ad un *criterio funzionale* (o, meglio, *assiologico-sostanziale*), avente quale suo punto fermo la "qualità" delle norme *secondo valore*.

Non meraviglia, dunque, che la Consulta sia passata (con la seconda delle sentenze sopra richiamate²²) all'esame del merito di una questione di costituzionalità, che avrebbe dovuto invece essere dichiarata inammissibile dal momento che in essa si denunciava la violazione di norme eurounitarie il cui carattere autoapplicativo era stato in precedenza acclarato dalla Corte di giustizia²³.

Come si vede, la manovra di "riaccentramento" del sindacato – com'è stata da molti efficacemente chiamata –, avviata dalla 269, va espandendosi sempre di più, senza che peraltro risulti chiaro fino a che punto essa potrà spingersi, con sacrificio di uno dei principi che stanno a base del processo d'integrazione sovranazionale, anzi proprio della

violazione della Carta europea dei diritti fondamentali, in www.forumcostituzionale.it, 1 febbraio 2018, spec. p. 14 ss.

²² ... e, su di essa, le note di O. Pollicino - F. Resta, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in www.agendadigitale.eu, 24 febbraio 2019; O. Pollicino - G. Repetto, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in www.verfassungsblog.de, 27 febbraio 2019; G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2019; R.G. Conti, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in www.giustiziainsieme.it, 5 marzo 2019; I.A. Nicotra, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in www.federalismi.it, 7/2019, 3 aprile 2019, e, se si vuole, la mia dal titolo *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), 1/2019, 25 febbraio 2019, p. 113 ss.

²³ ... segnatamente, da Corte giust. del 20 maggio 2003, in cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e altri*.

Grundnorm che giustifica e fonda l'Unione, quella della immediata applicazione del diritto eurounitario in ambito interno.

A questo riguardo, una novità si è tuttavia da ultimo registrata, anche se non si è ad oggi in grado di prevederne gli effetti. Troviamo infatti nella sent. n. 63 del 2019 un esplicito riconoscimento della facoltà del giudice di avvalersi in ogni tempo dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione²⁴, pur laddove si faccia questione della compatibilità di una norma di diritto interno tanto con la Costituzione quanto con la Carta dell'Unione o altra norma sovranazionale. Per vero, a mio modo di vedere²⁵, siffatto riconoscimento poteva già implicitamente desumersi sia dalla sent. n. 20 del 2019 che dalla stessa sent. n. 269, malgrado all'indomani della venuta alla luce di quest'ultima la dottrina quasi unanime si fosse dichiarata dell'avviso che, in presenza di questioni siffatte, dovesse ormai essere sempre assicurata la precedenza alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella eurounitaria²⁶. È però solo nella 63 che troviamo con chiarezza ammessa la facoltà in parola.

²⁴ Un fermo orientamento favorevole al riconoscimento in parola è già da molti anni manifestato – com'è noto – dalla giurisprudenza eurounitaria, ribadito – si faccia caso – anche dopo la venuta alla luce della 269, cit. [tra le altre, v. Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*; altri riferimenti in C. Amalfitano, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in S. Quattrocchio (a cura di), *Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, Alessandria 15 novembre 2018, in *Legisl. pen.* (www.la legislazione penale.eu), 4 febbraio 2019, ult. par.].

²⁵ Ho ribadito più volte il pensiero subito di seguito rappresentato nel testo: ad es., in *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, 24 ottobre 2018, p. 548 ss., spec. p. 561.

²⁶ G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 6/2017, p. 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. Repetto, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, p. 2955 ss.; più di recente, v. R. Romboli, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una*

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Ebbene, nel caso che il giudice reputi di doversi dapprima rivolgere alla Corte dell'Unione, se non altro al fine di avere i chiarimenti di cui dovesse avere bisogno circa il reale significato del parametro sovranazionale di cui è sospettata la violazione, potrebbe determinarsi, all'esito della risposta ricevuta dalla Corte stessa, per la immediata disapplicazione della norma interna. È ragionevole pensare che a quest'ultima debba accompagnarsi l'applicazione della norma sovranazionale (ovviamente, nel presupposto del suo carattere *self executing*); la qual cosa potrebbe portare ad escludere l'entrata in campo del giudice costituzionale pure nei casi raffigurati nelle sentt. 269 e 20, citt., a meno che – naturalmente – la norma eurounitaria non sia ritenuta lesiva dei “controlimiti” (ipotesi, nondimeno, da considerare remota, tanto più laddove la norma in parola risulti dalla Carta dell'Unione).

Non abbiamo, per vero, certezza che la Consulta acconsenta a che d'ora innanzi si realizzi lo scenario dell'applicazione immediata della Carta di Nizza-Strasburgo, dal momento che le decisioni da ultimo richiamate parrebbero *in ogni caso* preludere al sindacato accentratore di costituzionalità su questioni cariche di valenza assiologica; ed è chiaro che, ove il giudice dovesse ugualmente considerarsi obbligato a rivolgersi alla Corte costituzionale, si verrebbe a determinare nel caso sopra preso in esame – come si è in altri luoghi rilevato – un vero e

significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, I, 2018, p. 2226 ss.; altri riferimenti in G. Comazzetto, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in www.federalismi.it, 24/2018, 19 dicembre 2018; D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in www.rivistaaic.it, 1/2019, 4 marzo 2019, spec. p. 229 ss.; A. Alpini, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, p. 101 ss. e p. 122 ss., e spec. C. Amalfitano, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, cit., p. 20 ss., e, ora, C. Panzera, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, Relaz. al Convegno del “Gruppo di Torino” su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in corso di stampa in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019, § 8. Sul punto, da ultimo, G. Marra - M. Viola, *Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, p. 163 ss., nonché in www.penalecontemporaneo.it, 19 marzo 2019, e, nella stessa *Rivista*, M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, 2 aprile 2019.

proprio “cortocircuito”, dovendo il giudice allo stesso tempo fare subito applicazione della norma eurounitaria e sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti al giudice delle leggi.

Se, invece, la lettura giusta della 63 dovesse considerarsi (ma potremo saperlo solo dai successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale) quella per cui toccherebbe al giudice scegliere la via da imboccare, ed allora la manovra di “riaccentramento” sopra segnalata potrebbe risultare fortemente temperata dalla 63, rimettendosi al giudice stesso la messa a punto degli equilibri al piano dei rapporti tra le Corti. Dubito fortemente, però, che le sorti del meccanismo dell’applicazione diretta possano considerarsi demandate all’esclusiva valutazione discrezionale dell’operatore di turno, laddove lo stesso abbia il dubbio (e tanto più se, poi, abbia la certezza) che una norma sovranazionale *self executing, da qualunque fonte prodotta*, risulti violata da una norma interna. Detto altrimenti: non credo che la Consulta possa avallare (o, più ancora, incoraggiare) il comportamento del giudice che opti per il ricorso al sindacato accentrato nel caso che lo stesso giudice reputi (e dichiari nello stesso atto introduttivo del giudizio di costituzionalità) che si dia la congiunta violazione di norma della Costituzione e di norma eurounitaria e che ricorrano le condizioni per la *possibile* applicazione diretta di quest’ultima²⁷, un’applicazione che diventa quindi *doverosa* all’esito di una pronunzia della Corte dell’Unione che lasci intendere la sussistenza di una violazione a danno della norma stessa.

Il vero è che il giudice delle leggi si augura di essere comunque investito delle questioni in parola, tanto meglio poi, dal suo punto di vista, in via prioritaria rispetto all’eventuale prospettazione di una domanda pregiudiziale alla Corte dell’Unione. Verificandosi quest’ultima evenienza potrebbe poi prefigurarsi una duplice chiamata in campo del giudice costituzionale, segnatamente nel caso che si sia espresso una prima volta nel senso del rigetto della questione, cui faccia quindi seguito l’interpello della Corte di giustizia conclusosi con il riscontro dell’antinomia sospettata dal giudice comune. Quest’ultimo

²⁷ Ho anticipato questo mio pensiero in *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo*, in [Consulta OnLine](#), 1/2019, 25 marzo 2019, p. 169 ss.

potrebbe allora chiamare in campo una seconda volta la Corte costituzionale reputando l'interpretazione prospettata dalla Corte dell'Unione in rotta di collisione con i "controlimiti"²⁸.

Sta di fatto che, abilitandosi il giudice comune a prospettare le sue domande in via pregiudiziale in ogni tempo, l'eventualità del conflitto tra Corte costituzionale e Corte dell'Unione è pur sempre da mettere in conto; minori rischi, nondimeno, si corrono – come si è venuti dicendo – a dare la precedenza alla pregiudizialità eurounitaria da cui potrebbe conseguire l'immediata chiusura della partita attraverso il meccanismo dell'applicazione diretta di norma eurounitaria *self executing*; solo che quest'esito – come si è venuti dicendo – è temuto dal giudice costituzionale, non volendo questi essere estromesso da una partita giocata unicamente dai giudici comuni e dalla Corte di giustizia.

Come che stiano al riguardo le cose, la manovra di "riaccentramento", di cui si è venuti dicendo, resta, ad ogni buon conto, ad oggi circoscritta al versante del parametro, mentre su quello dell'oggetto la Consulta è ferma nell'utilizzo di criteri di qualificazione quasi esclusivamente formali, con la pur non secondaria eccezione risultante dalla 238 del 2014, dietro richiamata; tant'è che non estende il proprio sindacato ad atti espressivi di norme comunque dotate di rilevante carica assiologica, neppure – come si è veduto – laddove, com'è per i regolamenti del Governo in deroga alla legge, si dispongano al livello sostanzialmente primario.

Nuovamente, così come si è veduto per ciò che attiene alle antinomie tra norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale e principi fondamentali di diritto interno, anche con riguardo alle antinomie col diritto eurounitario la Corte non si pone neppure la domanda se le norme di volta in volta in rilievo possano

²⁸ Per vero, avverso questa eventualità potrebbe opporsi l'argomento secondo cui dalle pronunzie di rigetto della Consulta discende un effetto preclusivo per il giudice *a quo*, impedito a ripresentare nello stesso grado di giudizio la medesima questione già decisa, argomento forse però superabile nella considerazione che il sopravvenire della risposta data dalla Corte dell'Unione porti ad un mutamento di quadro o – piace a me dire – di "situazione normativa", essendosi registrata una novità in uno dei termini della questione (e, segnatamente, nel parametro), una novità peraltro di straordinario rilievo, dalla stessa alimentandosi il sospetto della possibile lesione dei principi fondamentali dell'ordinamento.

essere affette da vizio d'invalidità "in senso forte", sì da giustificarsi la loro messa da canto ad opera dei giudici comuni e degli operatori in genere. Un esito, questo, che con specifico riguardo a casi, quali quelli fatti oggetto delle sentt. nn. 269 del 2017 e 20 del 2019, potrebbe servire al meglio la causa della integrazione sovranazionale, assicurandosi la immediata applicazione delle norme della Carta dell'Unione e di altre a questa strumentalmente connesse, senza dunque attendere la mediazione assicurata dal giudice costituzionale, con i ritardi e i limiti propri del sindacato accentratore di costituzionalità (specie con riferimento ai casi in cui possano consolidarsi effetti praticamente irreversibili, che possono essere messi nel nulla unicamente ricorrendo allo schema teorico della nullità, non già a quello dell'annullamento, ai sensi dell'art. 136 Cost.)²⁹.

È vero che – come ha rilevato la 269 – il sindacato accentratore offre maggiori garanzie di salvaguardia della certezza del diritto (specie nella sua massima espressione quale certezza del diritto costituzionale) di quante possa darne il meccanismo dell'applicazione diretta da parte dei giudici, tanto più ove si consideri il carattere non vincolante del precedente giudiziario. Riguardata, però, la questione *dal punto di vista dei diritti*³⁰ e del modo ottimale di darvi appagamento, è solo a mezzo del meccanismo suddetto che è possibile evitare gli inconvenienti discendenti dal sindacato accentratore sopra rammentati, a meno che non si ricorra allo schema della nullità-inesistenza di certe norme di rango primario che recano offesa ai diritti stessi, sì da dar modo ai giudici comuni di sradicarne *ab initio* gli effetti: un'opportunità, questa, che però stranamente non è stata loro riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, e francamente non se ne capisce la ragione³¹.

²⁹ Ho, ancora di recente, rappresentato questa preoccupazione nel mio *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, cit., p. 119.

³⁰ Un punto di vista che – non si dimentichi – dovrebbe *sempre* essere adottato in ogni questione di rilievo costituzionale, per la elementare ragione che la Costituzione ha il suo cuore pulsante nel riconoscimento dei diritti, secondo la illuminante ed efficacissima formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789.

³¹ ... se non appunto facendo appello alla "logica" del (supposto) riequilibrio istituzionale e, dunque, in buona sostanza, all'esigenza della Corte costituzionale di far valere fino in fondo la centralità del proprio ruolo: un argomento, questo, che tuttavia

4. *Rapporti tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e crisi della gerarchia secondo forma già al momento (e per il modo) con cui si è data esecuzione ai trattati*

Il vero è che la esistenza del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, per il modo con cui è venuto alla luce e si afferma nei territori degli Stati membri, fa a pugni con l'idea tradizionale della gerarchia secondo forma ed impone, dunque, al fine di osservarne le relazioni col diritto interno e darvi adeguata sistemazione, una radicale conversione di prospettiva, di metodo ancora prima che di teoria.

La radice stessa della crisi della gerarchia delle fonti secondo forma può, infatti, vedersi al momento dell'avvio della esperienza comunitaria, con la esecuzione data ai relativi trattati con legge comune, resasi necessaria per ragioni storico-politiche a tutti note, da cui si è alimentata una convenzione costituzionale quindi convertitasi in una vera e propria consuetudine *contra Constitutionem*, derogatoria persino nei riguardi dei principi fondamentali dell'ordinamento. La giurisprudenza (e, sulla sua scia, la dottrina corrente) si è trovata costretta a far luogo ad un'autentica acrobazia teorica al fine di giustificare questa vicenda, altrimenti inspiegabile; e l'ha fatto – come si sa – col richiamo all'art. 11, obbligato a soggiacere – quanto meno – ad una integrazione, se non pure ad una vera e propria deroga. Come si è tentato infatti di far notare altrove, il disposto in parola si limita a prevedere la disponibilità della Repubblica a sottoporre la propria sovranità a limitazioni a beneficio di organizzazioni internazionali costituite allo scopo di salvaguardare la pace e la giustizia tra le nazioni, senza nondimeno nulla dire a riguardo del modo o dei modi con cui le limitazioni stesse possono concretarsi. Senza la previsione in parola, infatti, il primo (non a caso...) dei principi fondamentali nominati nella Carta non avrebbe potuto in alcun caso o modo soggiacere a contrazione del proprio formidabile potenziale espressivo. E, poiché nulla si dice circa siffatto modo, è evidente – a me pare – che solo con legge dotata di forma costituzionale ciò avrebbe potuto aver luogo, così

non resiste a fronte del bisogno manifestato dai diritti di avere pronto e congruo appagamento.

come d'altronde – è noto – si è avuto in altri ordinamenti, nei quali si è aggiornato il dettato costituzionale inserendovi in modo esplicito una *Europaklausel*. Ma tant'è... Ormai le cose stanno come stanno e non ha pratico senso chiedersi cosa avrebbe dovuto o un domani dovrebbe farsi al fine di assicurare il ritorno alla normalità costituzionale³². Sta di fatto che è, a dir poco, singolare che ad una fonte pur sempre di primo grado, ancorché provvista di “copertura” costituzionale, qual è la legge di esecuzione dei trattati “comunitari”, sia stato (e sia) riconosciuto il titolo di “inventare” fonti concorrenziali rispetto a se stessa, anzi non soltanto fonti del suo stesso grado ma persino di grado superiore, in quanto dotate dell'attitudine a derogare persino a discipline costituzionali, fatti nondimeno salvi – si dice³³ – i principi fondamentali dell'ordinamento.

5. Le conferme venute dalla giurisprudenza costituzionale della crisi della gerarchia delle fonti con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali: in specie, lo scivolamento dal piano della teoria delle fonti secondo forma al piano della teoria della interpretazione secondo valore e i riflessi che se ne hanno per la dottrina dei “controlimiti”

La migliore conferma della necessità di spostare l'obiettivo dalle fonti alle norme al fine di pervenire ad un'adeguata ricostruzione del sistema, anche (e specificamente) nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali la si ha, ad ogni buon conto, al piano su cui maturano le esperienze relative alla salvaguardia dei diritti fondamentali, laddove – come qui pure si viene dicendo – si coglie ed apprezza l'essenza di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata.

³² Si aggiunga poi che, anche in considerazione di ciò che i trattati “comunitari” dispongono, bene si sarebbe fatto e si farebbe a darvi esecuzione con legge approvata con le procedure di cui all'art. 138 dalle quali si hanno garanzie circa l'incontro di maggioranza ed opposizioni che, ovviamente, le procedure relative alla formazione delle leggi comuni non sono in grado di apprestare.

³³ Rinoverò tuttavia a breve il mio fermo convincimento circa la necessità di precisare se e quando i “controlimiti” possano essere opposti all'ingresso delle norme sovranazionali in ambito interno, come pure ad altre norme aventi origine esterna.

Quattro le testimonianze maggiormente attendibili al riguardo rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale.

Delle prime tre si è già fatta parola; e si hanno ad opera di Corte cost. nn. 238 del 2014 da un canto, 269 del 2017 e 20 del 2019 dall'altro: nell'un caso, in nome della salvaguardia della dignità della persona si è fatto luogo – come si è veduto – alla messa da canto di categorie teoriche consolidate tanto al piano sostanziale quanto a quello processuale, mentre negli altri si è tenuta separata dapprima la sola Carta dell'Unione e di poi ogni fonte carica di valenza assiologica rispetto ad ogni altra fonte di diritto eurounitario, sacrificandosi, allo scopo di assicurarne la osservanza in quello che la Consulta giudica essere il modo migliore, il principio dell'applicazione diretta da parte dei giudici.

La quarta è data dal principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali che ha avuto, al piano delle relazioni interordinamentali, la sua emblematica rappresentazione in Corte cost. n. 317 del 2009, con specifico riguardo ai rapporti tra diritto interno e CEDU; un principio, tuttavia, dotato, come si dirà a momenti, di generale valenza³⁴.

³⁴ Su di esso una nutrita schiera di studiosi ha, opportunamente, prestatò (e seguita senza sosta a prestare) attenzione (tra gli altri, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, spec. p. 222 ss., ma *passim*; G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018; R. Romboli, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, 24 dicembre 2018, p. 626 ss.; S. Curreri, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018, spec. p. 60 ss.; D. Trabucco, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2018, 31 dicembre 2018, spec. p. 10 ss.; T. Mazzaresse, *La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante*, in *Lo Stato*, 11/2018, p. 78 ss. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, G. D'Amico, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, p. 97 ss., spec. p. 114 ss.; pure *ivi*, v., però, criticamente, R. Bin, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, p. 170 ss., del quale v. anche *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*, e, ora, anche *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in www.giustiziainsieme.it, 10 aprile

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Ancora una volta, la Consulta ribalta la gerarchia secondo forma che avrebbe sollecitato ad assicurare comunque la prevalenza della fonte convenzionale “subcostituzionale” sulle leggi nazionali (e le fonti ad esse equiparate); e lo fa, appunto, a condizione che risulti acclarata la maggiore idoneità delle seconde ad assicurare una più intensa tutela ai diritti rispetto a quella ad essi offerta dalla CEDU. In una congiuntura siffatta – dice la Corte – dovrà farsi luogo ad un “bilanciamento” tra il principio della prevalenza del diritto internazionale sulle norme di legge, di cui all’art. 117, co. 1, con la norma costituzionale sostantiva nei cui riguardi quella legislativa si pone in funzione servente. Ancora una volta, parrebbe dunque che una norma costituzionale sulla normazione sia obbligata a recedere all’impatto con norma sostantiva. In realtà, come si è fatto in altri luoghi notare, non è qui appropriato discorrere di un “bilanciamento” in senso proprio tra le norme in parola, per la elementare ragione che la prima non entra in campo poiché è la stessa Convenzione a dichiarare (art. 53) di volersi affermare unicamente alla condizione di poter innalzare il livello della tutela del diritto in gioco rispetto a quella raggiungibile in base alla sola disciplina nazionale.

Ancora di recente, poi, la giurisprudenza costituzionale non ha mancato di rilevare come la Convenzione, per il modo con cui si fa a Strasburgo “diritto vivente”, possa offrire una tutela ancora più ampia di quella riscontrabile in ambito interno; allo stesso tempo, tuttavia, si ribadisce il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”³⁵. Come si vede, perdurano vistose oscillazioni di ordine sistematico nell’orientamento della Corte, che non resiste all’“attrazione fatale” esercitata dal riferimento alla natura delle *fonti* ed alla loro provenienza, indulgendo però anche alle suggestioni che possono venire dalle *norme*, per il modo con cui si volgono a dare appagamento ai diritti.

Sta di fatto che – come si è venuti dicendo – le dinamiche della normazione, così come ricostruibili al *piano della teoria delle fonti*, scivolano naturalmente e si fanno compiutamente apprezzare al *piano della teoria della interpretazione*, una teoria appunto assiologicamente orientata. Se ne ha, d’altronde, conferma anche sul terreno su cui

2019; una difesa del principio del massimo *standard* di tutela può, se si vuole, vedersi *ivi*, nell’intervista a me fatta).

³⁵ Sent. n. 25 del 2019, punto 13 del *cons. in dir.*

maturano le relazioni tra la CEDU e la Carta dell'Unione: la prima, infatti, illumina coi suoi contenuti la seconda, che perciò richiede di essere intesa e fatta valere alla luce di quella, a meno che la Carta stessa non si dimostri in grado di offrire una tutela maggiormente avanzata di quella risultante dalla Convenzione. *È la teoria della interpretazione, non la teoria delle fonti (quanto meno una d'ispirazione formale-astratta), che, in fin dei conti, consente di dare l'assetto più adeguato alle relazioni tra norme, risolvendo le eventuali antinomie tra di esse esistenti e inducendo a scegliere la più congrua alle complessive esigenze del caso*³⁶.

³⁶ Da questa tesi, nella quale da tempo mi riconosco, ha, ancora da ultimo, preso le distanze R. Bin, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, cit., spec. p. 21 ss., con argomenti ai quali mi sono sforzato di replicare nella intervista fattami da R.G. Conti, dietro già richiamata. Tengo qui, in particolare, a ribadire che il principio o criterio della massimizzazione della tutela non intende affatto portare – come, invece, B. paventa – all'effetto di svincolare il giudice dalla soggezione alla legge e, dunque, alla sostituzione del bilanciamento frutto di arbitrio del giudice al bilanciamento tra gli interessi meritevoli di tutela operato dalla legge stessa. E ciò, per plurime ragioni.

In primo luogo, rammento che il principio in parola è esplicitamente fatto proprio da alcune Carte dei diritti (e, segnatamente, dalla CEDU e dalla Carta di Nizza-Strasburgo, all'art. 53, cit.), recepite in ambito interno con legge e – ciò che più conta – è insito negli enunciati della nostra Carta costituzionale che fanno riferimento ai diritti costituzionali, a partire da quelli di cui agli artt. 2 e 3, più e prima ancora che negli enunciati, di cui agli artt. 10 e 11, che danno l'apertura del nostro ordinamento alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, tra le quali l'Unione. *L'osservanza del principio del massimo standard discende, dunque, da un preciso, stringente vincolo positivo, al quale il giudice – gli piaccia o no – non può comunque sottrarsi.*

In secondo luogo, per ciò che specificamente attiene agli equilibri di ordine istituzionale, da tempo vado ripetendo nelle sedi più varie che il mantenimento della tipicità dei ruoli va a tutti i costi preservato e trasmesso anche alle generazioni che verranno, se abbiamo a cuore di preservare e trasmettere l'idea di Costituzione ereditata dai rivoluzionari francesi e mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. La tipicità, però, non esclude ed anzi implica la leale cooperazione degli operatori, nello sforzo da tutti prodotto per l'ottimale appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, alle condizioni oggettive di contesto. La qual cosa, poi, come si preciserà meglio a momenti, richiede, sì, il previo intervento del legislatore ma a mezzo di discipline duttili ed essenziali, in grado di adeguarsi alla varietà dei casi, nonché il fattivo e non preconconcetto “dialogo”

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Non è di qui interrogarsi su quale sia il criterio che consenta di stabilire dove si situi la miglior tutela ed a chi spetti farvi luogo. Dispongo al riguardo di una sola certezza: che immaginare le Carte dei diritti disposte a mo' di eserciti, pronti a darsi battaglia senza risparmio di colpi, sarebbe comunque perdente, esattamente come lo sono, al tirar delle somme, le battaglie (o, peggio, le guerre) che lasciano sul terreno solo morti e feriti. Di contro, la soluzione ottimale, che va fin dove possibile perseguita con ferma determinazione, è quella della mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, secondo quanto peraltro risulta da una ispirata pronunzia del nostro giudice costituzionale, la n. 388 del 1999, alla quale faccio spesso richiamo nelle mie riflessioni in tema di rapporti tra le Carte (e le Corti). Non escludo, per un aprioristico orientamento, che quest'esito possa dimostrarsi talora non raggiungibile, se non col costo di palesi e vistose forzature dei testi, malgrado la strutturale duttilità ed apertura semantica dei loro enunciati. Non ho dubbi comunque che verso di esso si debba risolutamente puntare, producendo ogni sforzo possibile e sollecitando i canoni che presiedono all'interpretazione al massimo del loro rendimento possibile. La soluzione ottimale è, dunque, quella che vede tutte le Carte simultaneamente affermarsi, alimentandosi e rigenerandosi senza sosta a vicenda³⁷.

Come si vede, la *Grundnorm* della massimizzazione della tutela, prima (o invece) di portare ad una scelta tra questa o quella Carta alla luce della "logica" dell'*aut-aut*, è fattore di preorientamento interpretativo nel tentativo di portare quanto più in alto possibile la tutela dei diritti in gioco. Ed è perciò che la battaglia – se vogliamo riprendere l'immagine poc'anzi richiamata – le Carte possono (e devono) farla al piano *culturale*, prima (o invece) che a quello *positivo*, ciascuna di esse esponendo nel mercato dei diritti la propria mercanzia migliore e tentando di persuadere i potenziali clienti all'acquisto.

dei giudici (europei e nazionali, costituzionali e comuni), in vista del raggiungimento – perlomeno fin dove possibile – della meta.

³⁷ Di questa loro strutturale vocazione si è, peraltro, avuto, ancora di recente, testimonianza da Corte cost. nn. 24, 25 e 26 del 2019 (sulle prime due decisioni, per un primo commento, v. S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 marzo 2019).

Questa conclusione – come si è venuti dicendo – è generalizzabile proprio perché è figlia di una prospettiva metodica, ancora prima che teorica, d'inquadramento sistematico d'ispirazione assiologico-sostanziale, è figlia cioè di una teoria della Costituzione che ha nei diritti fondamentali, nel loro riconoscimento e nella loro salvaguardia, la massima consentita alle condizioni oggettive di contesto, il punto fermo dal quale si tiene e in forza del quale si afferma e incessantemente rinnova.

Di qui, poi, la conferma della impossibilità di seguitare a ripetere stancamente – come si è soliti fare in dottrina e giurisprudenza corrente³⁸ – il *leit motiv* che vede nei principi fondamentali dell'ordinamento i “controlimiti” all'ingresso delle norme sovranazionali in ambito interno. Non è vero, infatti, che ogni qual volta una norma, quale che ne sia la provenienza o la forma³⁹, dovesse dimostrarsi incompatibile con questo o quel principio fondamentale di diritto interno per ciò stesso andrebbe incontro alla sua caducazione ad opera del giudice costituzionale. Come si è tentato di argomentare altrove, si tratta infatti di far valere anche al piano delle relazioni interordinamentali la “logica” dei bilanciamenti secondo valore pressoché quotidianamente praticata in relazione ai conflitti tra norme di diritto interno; e, dunque, è da vedere se il costo pagato dalla Costituzione come “sistema” (e, segnatamente, dall'insieme dei valori fondamentali positivizzati) per effetto della lesione subita da parte di una norma avente origine esterna sia compensato dal miglior servizio

³⁸ Il tema è – come si sa – fatto oggetto di numerosi contributi scientifici che, seppur diversi per impostazione e svolgimenti, convergono tuttavia nella conclusione ora richiamata nel testo (riferimenti nell'approfondito studio di S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, nonché in L. Federici, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale tra teoria dei controlimiti e norme internazionali*, in www.osservatorioaic.it, 3/2018, 26 settembre 2018, p. 89 ss.; D. Paris, *Limiting the ‘Counter-limits’. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law*, in *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, p. 205 ss., e, infine, A. Alpini, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, cit.).

³⁹ Quanto si viene dicendo presenta infatti carattere generale e vale altresì per i casi di norme interne che dovessero disporre in contrasto con questo o quel principio, venendo tuttavia talora assolte in sede di sindacato di costituzionalità, all'esito di una operazione di ponderazione assiologicamente orientata.

recato ai valori stessi grazie all'ingresso della norma stessa nell'ordine interno, o viceversa. I "controlimiti", insomma, richiedono di esser fatti valere – come dire? – *a scomparsa*, per il modo con cui la norma di volta in volta in rilievo si pone in rapporto alla Costituzione come "sistema".

6. La ricorrente, stancamente ripetuta, obiezione secondo cui nel passaggio dal sistema delle fonti secondo forma al sistema delle norme secondo valore si smarrirebbero la certezza del diritto e la tipicità dei ruoli degli operatori, la critica ad essa qui rinnovata e poggiante sul riferimento all'idea di Costituzione di tradizioni liberali che ha nella certezza (e cioè nella effettività) della salvaguardia dei diritti costituzionali il suo cuore pulsante, le cause degli squilibri istituzionali e la ricerca dei loro possibili rimedi

È evidente che in un siffatto contesto teorico-ricostruttivo si va incontro a rischi di non poco momento, insiti nel fatto stesso delle operazioni di bilanciamento assiologicamente connotate. Non coglie, tuttavia, nel segno l'obiezione corrente (e che sempre più stancamente si ripete) secondo cui nel passaggio dal *sistema delle fonti secondo forma* ad un *sistema di norme secondo valore*, per un verso, verrebbe messa sotto *stress* fino a smarrirsi del tutto la certezza del diritto e, per un altro verso, in misura crescente ne soffre l'equilibrio tra le istituzioni, a motivo della eccessiva sottolineatura del ruolo dei giudici e a detrimento di quello del legislatore.

Il primo rilievo non tiene infatti conto del dato elementare e di comune esperienza secondo cui i bilanciamenti fanno parte dell'agire quotidiano degli operatori in genere (anche i prodotti normativi del legislatore, d'altronde, come si sa, racchiudono in sé ed esprimono il frutto di "bilanciamenti", siano o no fatti a modo, secondo ragionevolezza) e dunque – piaccia o no – non può farsene comunque a meno. Per altro verso, come si è fatto in altri luoghi notare, l'unica *certezza del diritto* (in senso oggettivo) che abbia senso e pregio è quella che si dimostri in grado di tradursi, nel vivo dell'esperienza, in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro salvaguardia, la più adeguata possibile alla luce delle condizioni complessive di contesto.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Il secondo rilievo, poi, per vero, è assai serio e induce ad una disincantata riflessione. Va, nondimeno, osservato che ben altre sono le cause e le radici da cui incessantemente si alimenta lo squilibrio tra le istituzioni, tanto nei rapporti tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia in genere (a partire, ovviamente, da quelli di natura costituzionale) quanto in seno agli stessi organi della medesima specie (così, nei rapporti tra Parlamento e Governo o in quelli tra Corte costituzionale e giudici comuni, dei quali qui pure si sono segnalate alcune preoccupanti manifestazioni).

Due le cause principali di questo stato di cose.

Per un verso, v'è la crisi della rappresentanza politica (*rectius*, della rappresentatività⁴⁰), crisi grave, forse endemica nelle democrazie di tradizioni liberali, resa ancora più vistosa dall'acclarata inadeguatezza del personale politico in rapporto alla marea montante dei problemi che affliggono la società, dalla strutturale incapacità, cioè, di progettazione di un ordinato sviluppo della società stessa da parte del personale in parola e, di riflesso, delle sedi istituzionali in cui esso s'incarna ed opera⁴¹.

⁴⁰ ... che, in realtà, com'è stato rilevato da un'accreditata dottrina, è, più ancora che dei rappresentanti, dei rappresentati, vale a dire della comunità governata (M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon - F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, p. 113 ss., spec. p. 128. Tra i molti che si sono rifatti a questa indicazione teorica, v., ora, G. Laneve, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in www.rivistaaic.it, 4/2018, 30 dicembre 2018, spec. p. 423 ss.).

⁴¹ Tra i molti che ne hanno variamente discusso, v., di recente, almeno A. Morelli (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, 2015; i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania, 3-4 aprile 2017, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2017; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017; A. Morelli, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, p. 95 ss., e, dello stesso, ora, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018; con riguardo alla dimensione sovranazionale, v., almeno, A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sopranazionale. I fattori normativi*, Milano, 2018.

Per un altro verso, v'è un limite intrinseco, invalicabile, al quale vanno soggetti gli atti di normazione (a partire dall'atto-fonte per eccellenza, la legge), legato al loro "disporre" con caratteri di generalità ed astrattezza⁴²; ciò che fa sì che nessun atto, per pregevole che ne sia la fattura, può conformarsi alla irresistibile varietà del reale, appagando a modo, pienamente ogni esigenza che in esso dovesse manifestarsi.

Il vero è che – come si accennava poc'anzi e deve ora precisarsi meglio – si dà una naturale tipicità dei ruoli istituzionali che va preservata e trasmessa anche alle future esperienze dello Stato costituzionale, se si ha a cuore di salvaguardarne la essenza, quale appunto mirabilmente sintetizzata nella formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, dietro già richiamata. Tutti gli organi sono infatti chiamati in modi diversi e con responsabilità parimenti diverse a dare il loro concorso alla risoluzione dei problemi della società e, per ciò che ora più da presso importa, a dare appagamento ai diritti: possono (e devono) farlo, rendendo testimonianza del dovere di fedeltà su tutti gravante⁴³. Il primo passo compete farlo, per diffuso riconoscimento, al legislatore, il quale nondimeno, specie con riguardo a questioni di biodiritto, deve guardarsi sia dalla tentazione di far luogo a discipline eccessivamente minute e dettagliate (tanto più se infarcite di divieti, come da noi si è fatto con la legge 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita) sia dal rischio opposto di varare discipline eccessivamente reticenti, vaghe, comunque insufficienti (la qual cosa, a tacer d'altro, graverebbe i pratici, e segnatamente i giudici, di un onere insopportabile, obbligati a mettere in atto una "supplenza" – com'è usualmente chiamata – che gli stessi giudici hanno fatto capire

⁴² Non riprendo qui la vessata questione circa i connotati propri delle norme giuridiche (e degli atti che le producono); mi limito solo a rilevare che, senza sovraccaricare di significato i connotati suddetti, da tempo – come si sa – fatti oggetto di critiche plurime e penetranti, sta di fatto che il "disporre" precede sempre, per sua natura, i casi ai quali pretende di applicarsi e, per ciò stesso, presenta pregi e difetti inconfutabili, ampiamente rilevati, dei quali invece non si ha riscontro negli atti dei giudici, confezionati su misura al pari degli abiti sartoriali in relazione alle peculiari esigenze dei casi.

⁴³ Si dà un nesso inscindibile tra la salvaguardia dei diritti e l'adempimento del dovere di fedeltà, il secondo ponendosi in funzione servente dei primi, pur non risolvendosi esclusivamente in siffatta sua manifestazione (acuti rilievi al riguardo in A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013).

essere “non richiesta e non gradita”⁴⁴). Insomma, trovare il giusto passo, in conformità al canone della ragionevolezza, tra il “troppo” e il “troppo poco” non è affatto cosa facile, tanto più se si considera che il punto di equidistanza dai corni estremi di questa alternativa soffocante si fissa variamente a seconda degli ambiti materiali, degli oggetti che in essi insistono e persino, per uno stesso oggetto, nel tempo.

Poiché, però, i contesti in cui le discipline positive s’inscrivono mutano di continuo, anche per l’emersione di emergenze e crisi varie viepiù difficili da arginare (se non pure da rimuovere del tutto)⁴⁵, con essi parimenti mutando i casi della vita bisognosi di regolazione positiva, se ne ha che quest’ultima deve connotarsi per un’apprezzabile duttilità strutturale e, perciò, dotarsi di previsioni essenzialmente *per principia*, facendo quindi rimando per i suoi adeguati svolgimenti in ragione dei casi a “deleghe” per operazioni di bilanciamento in concreto che, in ultima istanza, competono ai giudici, europei e nazionali, costituzionali e non⁴⁶. E, poiché i problemi da risolvere si

⁴⁴ Così, in particolare, secondo la efficace, nota espressione del Presidente della Corte costituzionale, G. Zagrebelsky, in occasione della Conferenza stampa del 2004, con specifico riferimento alla mancata adozione di una legislazione attuativa del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione ma con considerazione – come si viene dicendo – dotata di generale valenza.

⁴⁵ Si pensi solo alla emergenza ambientale, a quella terroristica, a quella economica, a quella delle migrazioni di massa, e via dicendo.

⁴⁶ Di questo bisogno è avvertita una dottrina che si fa ogni giorno che passa sempre più numerosa, pur nelle sue articolazioni interne, la varietà dei toni e delle proposte teorico-ricostruttive [v., tra gli altri, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, p. 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni), in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2018, p. 77 ss.; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, spec. p. 38 ss., ma *passim*; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5 e, dello stesso, *amplius*, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; C. Casonato, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. Conti, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, p. 168; nella stessa *Rivista*, A. D’Aloia, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, p. 105 ss.; M. Piccinni, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano*

portano ormai, nella gran parte, ben oltre i confini dei singoli ordinamenti statali⁴⁷, richiedendo sforzi formidabili prodotti da plurimi operatori istituzionali dislocati a più livelli, ecco che si richiede una feconda collaborazione non soltanto tra legislatore (in lata accezione) e giudici in seno allo Stato o ad altro ordinamento non statale ma anche tra operatori di ordinamenti diversi. Per ciò che qui specificamente importa, sono proprio le Corti europee e quelle nazionali ad essere sollecitate a produrre uno sforzo collettivo che si rende particolarmente apprezzabile ogni qual volta vengano ad impiantarsi e svolgersi quelle che ho altrove chiamato delle “catene” di atti giurisdizionali, distinti sì per natura e regime complessivi ma convergenti e miranti verso la meta comune di dare concretezza, effettività a quel “metapprincipio” della massimizzazione della tutela che si è veduto essere l’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali e della mobile ricomposizione (non delle *fonti* ma) delle *norme* in “sistema”. Le “catene” in parola nascono perlopiù da un atto d’impulso in ambito sovranazionale (ad opera della Corte dell’Unione o della Corte di Strasburgo) e si snodano quindi in ambito interno a mezzo di pronunzie

Rodotà, 1/2018, spec. p. 12 ss.; R.G. Conti, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2018, 4 aprile 2018, spec. p. 235 ss. e, dello stesso, ora, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [www.giustiziainsieme.it](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. p. 170 s., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in S. Agosta - G. D’Amico - L. D’Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017, p. 257 ss., nonché in [www.federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, G. Laneve, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., p. 407 ss., spec. p. 431; L. Chieffi, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, p. 90 ss., e A. Licastro, *Trattamenti sanitari, diritto all’autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, relaz. al Convegno su *Valetudo et religio: intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, Roma, Università “La Sapienza” 4 aprile 2019, in *paper*, § 7].

⁴⁷ Non a caso, d’altronde, sono fiorite, a partire dal secondo dopoguerra, le organizzazioni internazionali o sovranazionali, tra le quali appunto le Comunità europee ed oggi l’Unione.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

del tribunale costituzionale, chiudendosi infine nelle aule in cui si amministra la giustizia comune. Ebbene, quando esse vengono alla luce a modo e nel rispetto da parte di ciascuna Corte del ruolo spettante all'altra o alle altre, prende corpo – come si è fatto altrove notare – un effetto unitario (della “catena”, appunto) che sovrasta e *quodammodo* assorbe gli effetti prodotti dai singoli atti, volgendosi ad offrire ai diritti un appagamento che gli effetti stessi *uti singuli*, per limiti strutturali loro propri, non sarebbero in grado di dare.

È così – se ci si pensa – che prende armonica forma quella integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui si è dietro discorso, quel mutuo sostegno cioè che esse sono chiamate a darsi e che possono effettivamente darsi unicamente alla condizione che nessuna Corte coltivi l'insano proposito di proporsi quale vertice solitario di una costruzione piramidale che veda le Corti restanti in posizione comunque ancillare e subalterna. Se di questo *trend*, che – come si è veduto – ha non sporadiche realizzazioni, si dovesse seguitare ad avere riscontro (specie nella prospettiva di un'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale), sarebbe la fine sia per la Costituzione e lo Stato costituzionale e sia pure, di conseguenza, per i diritti. Occorre, di contro, prendere finalmente consapevolezza del fatto che, specie nel presente contesto gravato da fitte nubi e non poche incognite circa la stessa sopravvivenza del modello di società organizzata che abbiamo fin qui conosciuto, nessuna Carta costituzionale è in grado di dire tutto su tutto e di dirlo sempre nel modo migliore, specificamente in relazione ai diritti ed alle forme viepiù varie ed impegnative di tutela dagli stessi reclamate; e, perciò, neppure le Corti che delle prime sono istituzionalmente garanti possono rivendicare ciascuna per sé una *primauté* contestata in radice dalla stessa pluralità delle Carte e dei contesti in cui esse si calano ed operano. Il primato, piuttosto, come si è veduto, va ricercato al *piano culturale*, non pure a quello *positivo* e, meno che mai, in un ordine di stampo formale-astratto; va costruito giorno dopo giorno, con non poca fatica e alle volte vera e propria sofferenza, chiamando comunque a raccolta tutti gli operatori affinché si spendano, nei modi richiesti dalle circostanze, al servizio dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità.

Antonio Ruggeri

*Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela
dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

ABSTRACT: The paper outlines how a value based constitutional theory is able to undermine a hierarchical approach to the sources of law theory. This crisis is clearly emerging from the case law of the Italian Constitutional Court, with particular regard to the protection of fundamental rights. The paper goes on by critically analyzing the always more univocal trend of the constitutional case law to centralize the evaluation related to the compatibility between domestic and external norms, outlining the possible negative implications for the protection of the rights at stake. Finally, the paper ends with a series of counter-objections to the objections related to the proposal which suggests to focus not on “the form” but on “the value” as far as the construction of a sources of law theory is concerned.

KEYWORDS: Relationship between interconnected legal orders, protection of fundamental rights, crisis of the hierarchical approach to the sources of law theory, Legal theory, Courts adjudication

Antonio Ruggeri – Professore ordinario di diritto costituzionale,
Università degli Studi di Messina

L'indipendenza delle Corti all'interno del sistema interamericano dei diritti umani*

Laura Cappuccio

SOMMARIO: 1. La nozione di indipendenza del potere giudiziario nella giurisprudenza interamericana. 2. Le sentenze sull'art. 8 CADU. In particolare, le garanzie collegate al processo di nomina, alla permanenza nella carica, all'assenza di pressioni esterne. 3. La giurisprudenza a tutela dei Tribunali Costituzionali. 4. Un caso recente: le misure cautelari a favore del *Tribunal Constitucional* del Perù. 5. Le garanzie di indipendenza della Corte interamericana: elezione, durata, incompatibilità. Una lettura critica.

1. *La nozione di indipendenza del potere giudiziario nella giurisprudenza interamericana*

Seguendo Owen Fiss, l'indipendenza del potere giudiziario può essere analizzata in tre diverse prospettive: la *desvinculación de las partes*, la *autonomía individual*, la *insularidad política*¹. All'interno del sistema interamericano di tutela dei diritti dell'uomo è certamente l'ultima, la *insularidad política*, quella che rappresenta un tema *inacabado*, non del tutto risolto. Se durante l'epoca delle dittature, i giudici latino-americani erano sottoposti al potere politico, e mancavano le condizioni basilari per la loro autonomia, la transizione alla democrazia non ha risolto del tutto la questione. Per quanto i Paesi del continente si siano dotati di Costituzioni che riconoscono

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

¹ O Fiss, *El grado adecuado de independencia*, in *Derechos y humanidades*, n. 5, Santiago, 1997, p. 53 s, che «requiere que la judicatura sea independiente de las instituciones políticas y del público en general», p.55.

formalmente questo principio, e nonostante le numerose riforme realizzate nel corso del tempo, la questione rimane tutt'ora aperta².

L'indipendenza del potere giudiziario verrà analizzata seguendo una duplice prospettiva: da un lato, si esaminerà la giurisprudenza di San José, giurisprudenza che ha accompagnato gli Stati nel difficile processo di cambiamento istituzionale, rivelando la stretta correlazione tra le garanzie del giusto processo e la tutela dei diritti; dall'altro lato, si mostreranno alcuni fattori in grado di indebolire l'*insularidad política* della stessa Corte interamericana (come il processo di nomina dei suoi componenti, ed alcune caratteristiche che accompagnano il loro *status*). Questa doppia traiettoria consentirà di mostrare le sfide che devono essere affrontate tanto a livello nazionale, quanto sovranazionale.

Seguendo la prima prospettiva, viene in rilievo innanzitutto la giurisprudenza interamericana sull'art. 8 della Convenzione americana dei diritti umani (d'ora in poi CADU), che si occupa delle garanzie del giusto processo: «Ogni persona ha diritto ad essere sentita, con le dovute garanzie e entro un termine ragionevole, da un tribunale competente, indipendente e imparziale, precostituito per legge, per la determinazione dei suoi diritti o obblighi in materia civile, di lavoro, fiscale o di ogni altra natura»³.

Dal 1988 al 2008, la Corte interamericana ha utilizzato congiuntamente le nozioni di indipendenza ed imparzialità⁴. Solo a

² Si vedano i lavori pubblicati in S. Germán Burgos (a cura di), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colección Textos de aquí y ahora. 1ª Edición: ILSA. Bogotá, Colombia, 2003, in particolare i lavori di S. Germán Burgos, *¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales*, p. 7 s, e M. Popkin, *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América latina: una perspectiva comparada*, p. 169 s, L. E. Nagle, *La cenicienta del gobierno: reforma de la justicia en América latina*, p. 217.

³ Per un commento a questa disposizione cfr. D. Fanciullo, A. Iermano, A. Martone, R. Palladino, *Art.8. diritto a un giusto processo*, in L. Cappuccio, P. Tanzarella (a cura di), *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, 2017, p. 256 s; J. M. Ibáñez Rivas *Artículo 8. Garantías Judiciales*, in C. Steiner P. Uribe (a cura di), *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*, Konrad Adenauer -Stiftung, Berlino Bogotá, 2014, p. 207 s.

⁴ Per questi dati cfr. A. J. Lucchetti, *La independencia judicial como una cuestión de Derechos Humanos: Enfoques desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*, in *Urbe et Jus. Construyendo la ciudadanía*, p. 2 s.

partire dal caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* del 2009 la Corte si sofferma su questa differenza⁵, chiarendo che l'indipendenza si concretizza in due aspetti, uno che riguarda il singolo giudice, e uno che riguarda lo Stato. Il primo ha il dovere di giudicare solo in base al diritto; il secondo deve rispettare e garantire il diritto ad un giudice indipendente⁶.

Gli obblighi degli Stati vengono ulteriormente elaborati attraverso il richiamo alle nozioni di "rispetto e garanzia", previste dai primi due articoli della Convenzione (artt.1 e 2)⁷. Il "rispetto", secondo la costante giurisprudenza della Corte, inaugurata dalla sua prima decisione (*caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, del 29 luglio 1988⁸), consiste nell'arginare l'uso arbitrario della forza, l'indebita ingerenza del potere, attraverso una limitazione dell'azione statale. La "garanzia", invece, si sviluppa in modi diversi, a seconda del diritto violato e delle condizioni specifiche del caso, e può essere definita come la necessità di «assicurare il libero e pieno esercizio dei diritti fondamentali»

⁵ Il caso riguardava la destituzione arbitraria della giudice María Cristina Reverón Trujillo da parte della *Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*. Dobbiamo ricordare che già nel caso *Caso Apitz Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs Venezuela*, sentenza del 5 agosto de 2008, par. 55, i giudici di San José hanno cominciato a distinguerle, affermando che ognuna di esse ha un «contenuto giuridico proprio». In particolare, si sancisce che l'imparzialità «richiede che il giudice si avvicini ai fatti della causa senza pregiudizi, ed allo stesso tempo offrendo garanzie sufficienti, di tipo oggettivo, che permettano di allontanare qualunque dubbio le parti o la comunità possano avere rispetto all'assenza di imparzialità», par. 56. La Corte ricorda anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha affermato che l'imparzialità si presume fino a prova contraria, cfr. *Pullar v. the United Kingdom*, sentenza del 10 giugno 1996, par. 30, e *Fey v. Austria*, sentenza del 24 Febbraio 1993, par. 28.

⁶ *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentenza de 30 giugno 2009, par. 146.

⁷ Sui doveri di rispetto e garanzia, cfr. E. Ferrer Mac-Gregor – C. María Pelayo Möller, *Art. 1 Dovere di rispettare i diritti*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana cit.*, p.3 ss; E. Ferrer Mac-Gregor – C. María Pelayo Möller, *La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana*, in *Estudios Constitucionales*, n. 2, 2012, p. 141 s; A. G. Serrano, J. E. Sanabria Moyano, *Obligaciones de los estados parte de la Convención Americana*, in *Saber, Ciencia y Libertad*, n. 8, 2013, p. 45 s.

⁸ *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentenza del 29 luglio del 1988, par.164-165.

(obbligazione positiva)⁹. Nella nozione di garanzia viene ricompreso il dovere di organizzare tutto l'apparato governativo, e, in generale, tutti i pubblici poteri, in modo da rendere possibile il godimento dei diritti. Più specificamente, forma parte di questa obbligazione «prevenire, in maniera ragionevole, le violazioni dei diritti umani, investigare seriamente quelle commesse, al fine di identificare i responsabili, imporre le sanzioni del caso, e assicurare alla vittima un'adeguata riparazione»¹⁰.

Trasferendo queste nozioni, sviluppate nei casi di sparizioni forzate, uso illegittimo della forza, esecuzioni stragiudiziali¹¹, alla garanzia dell'indipendenza contemplata dall'art. 8 CADU, emerge, in prima battuta, un limite per le autorità pubbliche, che devono astenersi da mettere in atto indebite interferenze nei confronti del sistema giudiziario e dei suoi membri.

Rientrano in questo filone, ad esempio, le decisioni *Myrma Mack Chang Vs. Guatemala* e *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, entrambe del 2003. La prima riguarda l'esecuzione stragiudiziale di una ricercatrice ed attivista dei diritti umani, all'epoca del conflitto armato interno in Guatemala. In questa decisione, la Corte sottolinea che: «lo Stato, al fine di garantire il giusto processo, deve fornire tutti i mezzi necessari per proteggere gli operatori giudiziari, gli investigatori, i testimoni e i parenti delle vittime da molestie e minacce il cui scopo è quello di ostacolare il processo, evitare la conoscenza dei fatti e coprire

⁹ *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, par. 166.

¹⁰ *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, par 174. Tra le tante successive, cfr. *Caso González ed altri ("Campo Algodonero") v. Messico*, sentenza del 16 novembre 2009, par. 236.

¹¹ Per questa giurisprudenza cfr. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentenza del 27 novembre del 2008; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, sentenza del 22 settembre del 2009; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentenza del 23 novembre del 2009; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentenza del 29 aprile del 2004; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentenza del 15 settembre del 2005; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentenza del 31 gennaio del 2006; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* sentenza del 1 luglio del 2006; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentenza del 11 maggio del 2007; *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, sentenza del 19 gennaio 1995; *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, sentenza del 11 novembre del 1998; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentenza del 25 novembre del 2006.

i responsabili»¹². La seconda sottolinea il nesso esistente tra le intimidazioni ai giudici e il clima di impunità che ad esso consegue. In questa sentenza, la Corte ricorda il contesto in cui agivano le forze armate in Honduras tra gli anni '80 '90: «le forze militari controllavano le forze di polizia, e i giudici si sentivano intimiditi. Tale situazione influiva sulla possibilità di indagare efficacemente i casi di violazioni dei diritti umani commesse dalle forze armate, contribuendo a creare un clima di impunità»¹³.

Gli obblighi positivi di garanzia, invece, consistono nell'evitare le interferenze arbitrarie nell'esercizio della funzione giudiziaria, e nel perseguire e punire chi le commette. Queste interferenze possono provenire sia da parte di organismi esterni alla magistratura, sia dai magistrati che esercitano funzioni superiori¹⁴.

Prima di analizzare il contenuto specifico di queste tutele è opportuno ricordare che i giudici interamericani utilizzano spesso, all'interno di queste decisioni, diversi elementi extra-sistemici, come i Principi delle Nazioni Unite, le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, le dichiarazioni del Comitato dei diritti umani, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Su questo punto è opportuno fare una precisazione. Come ben evidenzia la professoressa Piovesan, mentre la Convenzione europea nasce, negli anni cinquanta, ad opera di Stati che radicano le proprie costituzioni nella "triade" stato di diritto, democrazia, tutela delle libertà fondamentali, il sistema interamericano sorge in un contesto caratterizzato dalla violazione dei diritti umani e dalla dittatura¹⁵. La Corte, quindi, comincia a svolgere la

¹² *Myrma Mack Chang Vs. Guatemala*, sentenza del 25 maggio 2003, par.199.

¹³ Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, sentenza del 7 giugno 2003, par. 97

¹⁴ In questa giurisprudenza la Corte sottolinea anche che lo Stato ha anche il dovere di garantire «un'apparenza» di indipendenza della magistratura, in grado di ispirare legittimità e fiducia non solo al convenuto, ma ai cittadini in una società democratica

¹⁵ F. Piovesan, *Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*, in A. Von Bogdandy M. Morales Antoniazzi E. Ferrer Mac-Gregor, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law, Heidelberg, 2017, p. 554: «De manera diferente del sistema regional europeo, que tuvo como fuente inspiradora la triada indisoluble de Estado de derecho, democracia y

Laura Cappuccio

*L'indipendenza delle Corti all'interno
del sistema interamericano dei diritti umani*

propria attività in un continente segnato non solo da profonde disuguaglianze economiche e sociali, ma anche da un difficile processo di cambiamento istituzionale. I giudici di San José si sono trovati ad operare in circostanze meno “protette” rispetto a quello europeo, in cui le tradizioni costituzionali degli Stati membri, le istituzioni dell’Unione europea e della CEDU sono stati i pilastri su cui si è retta la stabilità democratica e lo sviluppo della tutela dei diritti. In questo contesto socio-politico, la Commissione e la Corte hanno svolto una importante funzione di “stabilizzazione” democratica.

La pratica di utilizzare sia la giurisprudenza di altre Corti, sia le norme contenute in altre Carte e Dichiarazioni dei diritti deve essere inserita in questo contesto. Recenti studi, che hanno analizzato la giurisprudenza della Corte interamericana a partire dal 1987, anno della sua prima decisione, fino al 2012, hanno riscontrato in ben 147 casi un richiamo alle sentenze della Corte di Strasburgo¹⁶. Il dato è significativo se rapportato al numero complessivo di pronunce emesse in quello stesso periodo (246), che consente di affermare che nel 59,8% delle questioni si ritrovano riferimenti extra-sistemici. Le ragioni di quest’attitudine comparativa sono molteplici, ma certamente vi rientra l’esigenza di cercare fuori dal continente latino-americano i modelli e gli *standard* di protezione dei diritti che non potevano essere trovati al suo interno. Questi dati mostrano una significativa differenza rispetto alla Corte di Strasburgo, che ha fatto un limitato uso della giurisprudenza della Corte interamericana, preferendo riferirsi alle

derechos Humanos, el sistema regional interamericano tiene en su origen la paradoja de haber nacido en un ambiente autoritario, que no permitía ninguna asociación directa e inmediata entre estos tres elementos. Además, en este contexto, los derechos humanos eran tradicionalmente concebidos como una agenda contra el Estado. A diferencia del sistema europeo, que surge como fruto del proceso de integración europea y ha servido como instrumento principal para fortalecer este proceso de integración, en el caso interamericano existía tan sólo un movimiento todavía embrionario de integración regional».

¹⁶ T. Groppi, A. M. Lecis Cocco-Ortu, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell’uomo. dall’influenza al dialogo*, in www.federalismi.it. Sul dialogo tra le due Corti, A. DI STASI, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell’uomo: da un trans-regional judicial dialogue ad una cross fertilization?*, in L. CASSETTI, A. DI STASI, C. LANDA ARROYO (a cura di), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014, p. 1 s.

consolidate tradizioni giuridiche dei Paesi europei per costruire un consenso attorno alle proprie decisioni. Anche la giurisprudenza sull'art.8 della CADU non sfugge a questa tendenza, attingendo, come vedremo, a materiali esterni alla Convenzione.

2. Le sentenze sull'art. 8 CADU. In particolare, le garanzie collegate al processo di nomina, alla permanenza nella carica, all'assenza di pressioni esterne

La Corte interamericana ha progressivamente individuato gli elementi che consentono di affermare che un sistema è dotato di giudici indipendenti: «Le seguenti garanzie derivano dall'indipendenza della magistratura: un adeguato processo di nomina, la permanenza nella carica e la tutela contro le pressioni esterne»¹⁷.

Per quel che concerne i procedimenti di nomina, i criteri elaborati dalla giurisprudenza interamericana possono essere così riassunti: uguaglianza di opportunità; pubblicità, chiarezza e trasparenza dei requisiti per assumere il ruolo di giudice; un procedimento di nomina basato in modo oggettivo sui meriti dei candidati. Questi criteri sono serviti alla Corte per sostenere che non tutte le procedure previste dai Paesi membri per selezionare i giudici soddisfano le condizioni richieste dalla Convenzione americana. In particolare, i giudici di San José hanno sancito che un sistema che consente un alto grado di discrezionalità

¹⁷ Questa affermazione la troviamo ripetuta più volte, cfr. caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentenza de 30 giugno 2009, par. 70 ed in *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, par. 188. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia del 31 gennaio 2001, par. 75: «Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas». Sul tema cfr. A.B. Burelli, *Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos)*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2007, p. 639 s; A. J. Lucchetti, *La independencia judicial como una cuestión de Derechos Humanos: Enfoques desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*, in *Urbe et Jus. Construyendo la ciudadanía*, p. 1 s; M. C. Feuillade, *El juez natural en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in *Revista del centro de investigación de filosofía jurídica y filosofía social*, 2009, p. 27 s.

nella selezione del personale giudiziario può favorire le persone che non sono le più idonee al ruolo¹⁸.

Sul versante della garanzia della inamovibilità, la Corte interamericana ha considerato rilevante valutare tre aspetti: la stabilità della carica, la possibilità di promozioni, e l'assenza di licenziamenti immotivati. Il tema della permanenza nell'esercizio della funzione è stato sviluppato, in particolare, in due sentenze: *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. *Venezuela* e *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*.

Entrambe le decisioni sono state pronunciate nei confronti del Venezuela, a causa della condizione in cui versava il potere giudiziario, a partire dalla fine degli anni novanta. In questo periodo iniziava un processo di ristrutturazione del potere giudiziario, processo che lasciava «senza effetto la stabilità attribuita dalla legge agli attuali giudici in funzione [...] che potranno competere nell'ambito dei concorsi pubblici che saranno aperti per coprire le loro posizioni»¹⁹. Tuttavia, i nuovi meccanismi di reclutamento stentavano ad entrare in vigore, ragion per cui moltissimi giudici perdevano la stabilità della loro posizione, divenendo provvisori. La Corte sottolinea che «le nomine provvisorie non possono essere prolungate indefinitamente, in modo da diventare nomine permanenti. [...] la provvisorietà è ammissibile come eccezione, e non come regola generale; deve avere una durata limitata nel tempo, per essere compatibile con il diritto di accesso alle funzioni pubbliche in condizioni di uguaglianza»²⁰.

Ulteriore conseguenza dell'inamovibilità è la reintegrazione del magistrato che è stato arbitrariamente destituito. In mancanza di questa garanzia «gli Stati potrebbero rimuovere i giudici e intervenire nel Potere giudiziario, senza controlli e conseguenze. Inoltre, ciò potrebbe generare una condizione di timore negli altri giudici, che vedono come i loro colleghi vengono licenziati e poi non reintegrati, anche quando il licenziamento era arbitrario. Tale timore potrebbe influire

¹⁸ *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, par. 74.

¹⁹ Cfr. art. 12 del *Decreto de Reorganización del Poder Judicial y el Sistema Penitenciario emitido por la Asamblea Constituyente el 19 de agosto de 1999, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.805 el 11 de octubre de 1999*.

²⁰ *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, par. 118. Analogamente, cfr. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, par. 43.

Laura Cappuccio
*L'indipendenza delle Corti all'interno
del sistema interamericano dei diritti umani*

sull'indipendenza della magistratura [...]. Pertanto, un ricorso che dichiari la nullità di un licenziamento arbitrario deve necessariamente portare al reintegro»²¹.

Per la Corte interamericana, quindi: «l'inamovibilità è una garanzia fondamentale, e si concretizza: nella continuità nella carica, in un adeguato processo di promozione e nell'assenza di licenziamenti ingiustificati o rimozioni arbitrarie. Ciò significa che se lo Stato non rispetta anche solo una di queste condizioni, incide sull'inamovibilità e, pertanto, non adempie l'obbligo di assicurare l'indipendenza del potere giudiziario»²².

3. *La giurisprudenza a tutela dei Tribunali Costituzionali*

Le garanzie ricordate sono state estese anche ai Tribunali Costituzionali²³, sulla base della considerazione che «in uno stato di diritto è necessario tutelare l'indipendenza di qualsiasi giudice e, in

²¹ *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, par. 81. Inoltre La Corte ricorda sia i Principi di base delle NU che affermano che «l'inamovibilità dei giudici [...] sarà garantita fin al raggiungimento dell'età pensionabile o alla scadenza del periodo per il quale sono stati nominati o eletti»; sia le dichiarazioni del Comitato per i diritti umani per cui «i giudici possono essere rimossi solo per gravi infrazioni disciplinari o per incompetenza, e sempre rispettando le procedure che assicurino l'obiettività e l'imparzialità secondo la Costituzione o la legge».

²² *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, par. 79. La tutela nei confronti di licenziamenti arbitrari, più specificamente, avviene sia attraverso l'imparzialità dell'organo dotato di poteri disciplinari, sia mediante l'esercizio del diritto di difesa, «perché la libera rimozione dei giudici favorisce il dubbio sulla possibilità che coloro che devono decidere sulle controversie lo facciano senza timore di rappresaglie», *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, par. 189

²³ Cfr. sul tema G. Armijo *La independencia del juez constitucional, su destitución y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2015, in http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_9/articulos/La_independencia_del_juez_constitucional_su_destitucion_y_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_Armijo_Gilbert.pdf.

particolare, di quello costituzionale, in ragione della natura delle questioni sottoposte alla sua conoscenza»²⁴.

Il rapporto tra Corti costituzionali e potere politico viene analizzato, in particolare, in due casi, che vedono intrecciarsi la destituzione dei giudici costituzionali e l'apertura di giudizi politici di *acusación constitucional* (ossia del processo costituzionale, il cui scopo è rendere effettivo il principio di responsabilità dei dipendenti o dei funzionari pubblici, in particolare delle più alte cariche statali).

Nella sentenza *Tribunal constitucional vs Perú*, ad esempio, la Corte esamina la destituzione di alcuni membri del TC peruviano, avvenuta a seguito dell'adozione di una decisione molto dibattuta e criticata da una parte delle forze parlamentari. La questione riguardava la compatibilità con l'art. 112 Cost.²⁵ di una legge di interpretazione autentica che consentiva, all'allora presidente Fujimori, di presentarsi per la terza volta alle elezioni presidenziali²⁶. Questa legge, attraverso una *acción de inconstitucionalidad*, presentata dal *Colegio de Abogados de Lima*, arriva all'esame del *Tribunal Constitucional*, che la dichiara inapplicabile.

Uno dei magistrati integranti il TC (Delia Revoredo Marsano) presenta una denuncia sulle pressioni ricevute durante il giudizio, e sulla sparizione di alcuni documenti dal suo ufficio, e da quello di altri magistrati. Per far fronte a questa denuncia, il Parlamento nomina, in base all'art. 97 Cost., una commissione di investigazione al fine di fare luce sui fatti segnalati. Tale commissione, dopo aver ascoltato i giudici, decide di cambiare radicalmente l'oggetto del suo intervento, e, come per una eterogenesi dei fini, comincia ad indagare la commissione di supposte irregolarità nell'adozione della sentenza, da parte degli stessi giudici costituzionali. Anche se la *Subcomisión Evaluadora*, incaricata

²⁴ *Caso del Tribunal Constitucional vs Perú*, sentenza del 31 gennaio 2001, p. 75, poi ripresa nel caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, par. 166.

²⁵ Art. 112 Ce: “*El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones*”.

²⁶ Ley No. 26.657 o *Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución*, del 23 agosto 1996.

successivamente di studiare il caso, invita i giudici costituzionali a presentarsi, la brevità dei tempi concessi (48 ore), e la considerazione che il giudizio sia in realtà «una rappresaglia per la decisione sulla legge sulla rielezione presidenziale», conduce i giudici a disertare l'invito²⁷. Comincia così il procedimento politico (di *acusación constitucional*) nei confronti di alcuni membri del TC, che si conclude con la loro rimozione.

La Corte interamericana ricorda che, per quanto l'art. 8 della CADU sia intitolato "Garanzie Giudiziarie", la sua applicazione non è limitata ai casi che si svolgono davanti ad un'autorità giudiziaria. Citando come precedente l'opinione consultiva *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*²⁸, afferma che tale articolo contiene «l'insieme di requisiti che devono essere osservati nei giudizi, in modo da garantire che le persone siano in grado di difendersi adeguatamente contro qualsiasi tipo di atto emanato dallo Stato, che potrebbe influire sui loro diritti»²⁹. Entrando nel merito della questione, dopo aver analizzato il procedimento di accusa contro i magistrati costituzionali, sancisce che la loro destituzione non è stata assistita dalle garanzie del giusto processo, e condanna lo Stato per violazione degli artt. 1, 8 e 25 CADU.

Nel secondo caso, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, la destituzione dei giudici costituzionali avviene in un contesto che vede mischiarsi stati di emergenza, rimozione di vari Presidenti, procedimenti di modifica della Costituzione, destituzione dei magistrati della Suprema Corte di Giustizia. In sostanza, sono proprio le regole dello stato di diritto, i limiti e le sue garanzie, ad essere messi in discussione. All'interno di questa crisi complessiva del sistema, si inserisce anche la destituzione di tutti i membri del TC, ad opera del Congresso dei deputati, in base ad una presunta illegittimità del

²⁷ *Tribunal constitucional vs Perú*, par. 56.20.

²⁸ OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, par. 27.

²⁹ *Tribunal constitucional vs Perú*, par. 69. Nel caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentenza del 28 agosto 2013, par 166, citando il caso *Tribunal constitucional vs Perú*, afferma che l'art. 8 CADU «si riferisce a qualsiasi autorità pubblica, sia amministrativa, legislativa o giudiziaria, che, attraverso le sue risoluzioni, incida sui diritti e sui doveri delle persone. Per la ragione menzionata, questa Corte ritiene che qualsiasi organo dello Stato che eserciti funzioni materialmente giurisdizionali abbia l'obbligo rispettare le garanzie del giusto processo».

Laura Cappuccio

*L'indipendenza delle Corti all'interno
del sistema interamericano dei diritti umani*

meccanismo scelto per la loro elezione. La rimozione si accompagna anche all'apertura di un giudizio politico per "*infracciones legales o constitucionales en el ejercicio de su cargo*", collegato all'adozione di due sentenze, relative, una, alla remunerazione dei lavoratori nel settore pubblico, l'altra, alla legge elettorale.

La Corte interamericana sottolinea l'irregolarità della destituzione dei membri del *Tribunal Constitucional*, a causa della mancanza di una norma che fondi questo potere: «il Congresso può giudicare i membri del TC attraverso processi politici, mentre non ci sono norme che gli attribuiscono il potere di rivedere il voto e di decidere, in caso di votazione illegale, la loro rimozione dall'incarico. Allo stesso modo, la denuncia della irregolarità nella nomina è stata effettuata più un anno e mezzo dopo la votazione. Non c'è una spiegazione ragionevole che consenta di capire perché il Congresso abbia permesso alla Corte costituzionale di esercitare le sue funzioni "illegalmente", per più di un anno e mezzo. Inoltre, la presunta intenzione di modificare l'errore nella designazione si è manifestata proprio in un momento di crisi politica tra i vari poteri dello Stato, contesto in cui si inserisce anche la destituzione di tutti i giudici della Corte Suprema di Giustizia»³⁰.

4. *Un caso recente: le misure cautelari a favore del Tribunal Constitucional del Perù*

Tutte le vicende fino ad ora ricordate mostrano chiaramente il senso di una Corte internazionale dei diritti umani, che interviene in maniera sussidiaria in situazioni in cui le libertà fondamentali e le regole essenziali dello stato di diritto vengono violate³¹. I giudici di San José, infatti, si sono occupati a lungo della inosservanza dei più basilari diritti umani come la vita, l'integrità personale in contesti caratterizzati dalla dittatura o dal conflitto armato interno. In queste situazioni hanno saputo mantenere acceso il faro dei diritti dell'uomo, attribuendo ai

³⁰ *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, par. 178.

³¹ Sempre con riferimento alla destituzione dei giudici in contesti di crisi si può ricordare la sentenza relativa alla destituzione di alcuni giudici durante il colpo di Stato in Honduras, *Caso López Lone y otros v. Honduras*, sentenza del 5 ottobre del 2015

singoli una tutela, impossibile da ottenere all'interno degli Stati di appartenenza.

La maggior parte dei casi ricordati si riferisce a vicende avvenute negli anni 80 e 90, anni in cui il continente latino-americano scontava una grave crisi democratica. Questo dato non deve trarre in inganno, poiché il sistema interamericano continua ancora oggi ad occuparsi della indipendenza dei giudici³². Nel 2017, ad esempio, il Presidente della Corte interamericana ha adottato una risoluzione contenente provvedimenti urgenti a favore del *Tribunal Constitucional* del Perù, in base all'articolo 63, paragrafo 2, della CADU che prevede, nei casi di estrema gravità e urgenza, l'adozione di misure provvisorie³³.

La questione è collegata all'adempimento della sentenza relativa al caso *Durand y Ugarte* del 2000. In questa pronuncia si affermava la responsabilità del Perù per la morte dei signori Durand e Ugarte, avvenuta mentre erano reclusi nel carcere *El Fontón*³⁴. La loro detenzione si iscriveva nell'ambito delle operazioni antiterrorismo, che, secondo la prassi degli anni ottanta, avveniva senza le garanzie del giusto processo (mancavano provvedimenti motivati dei giudici e vi erano restrizioni alla presenza di avvocati). Durante la loro detenzione scoppiava una rivolta nel carcere. Per far fronte ai gravi disordini in atto nel penitenziario, il Presidente della Repubblica dichiarava il carcere zona militare, ponendolo sotto il controllo delle forze armate³⁵.

³² Germán Burgos Silva, *¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales, en, Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, in S. Germán Burgos (a cura di), Colección Textos de aquí y ahora. 1ª Edición: ILSA. Bogotá, Colombia, 2003.p. 7, afferma: «En la historia institucional de América Latina, y al margen de casos muy específicos, los poderes judiciales de la región se han caracterizado por niveles muy bajos de independencia. En el marco de regímenes dictatoriales y, lo que es más preocupante aún, en el contexto de las democracias, el poder judicial ha estado sometido a diverso tipo de presiones y controles por los poderes ejecutivo y legislativo. El control de la aprobación y desembolso del presupuesto judicial, la variación del número de integrantes de las altas cortes, el uso impropio del juicio de responsabilidades respecto a los magistrados de las cortes supremas, la presión respecto a casos sensibles, han estado entre los mecanismos más usados para someter al judicial»

³³ Resolución del Presidente de la Corte interamericana, del 17 diciembre 2017, *Adopción de medidas urgentes caso Durand y Ugarte v. Perú*

³⁴ *Durand y Ugarte v. Perú*, sentenza del 16 agosto del 2000.

³⁵ Decreto Supremo No. 006-86-JUS, sentencia *Durand y Ugarte v. Perú*, par. 59, i).

Laura Cappuccio
*L'indipendenza delle Corti all'interno
del sistema interamericano dei diritti umani*

Quest'ultime, per reprimere la rivolta, decisero di demolire un padiglione, provocando la morte di un grande numero di reclusi. A causa della evidente sproporzione tra il pericolo messo in atto dalla protesta e i mezzi utilizzati per sedarla, si aprirono dei processi a carico dei militari, rimessi alla giurisdizione militare.

La Corte condanna il Perù per la violazione dell'art.8 CADU, innanzitutto perché la giurisdizione militare non può essere considerata indipendente ed imparziale. Ricordando i propri precedenti, si ribadisce che, in uno stato democratico, la giurisdizione penale militare deve avere un campo di applicazione limitato ed eccezionale, collegato alla tutela degli interessi vincolati alle funzioni assegnate dalla legge ai militari³⁶. Ne consegue che i civili devono essere esclusi dal campo di intervento dei tribunali militari, i quali possono giudicare solo gli

³⁶ *Durand y Ugarte v. Perú*, par. 117 e 118. La Corte ha in più occasioni affermato che la struttura organica e la composizione dei tribunali militari presume che, in generale, i suoi membri siano militari attivi, gerarchicamente subordinati ai superiori attraverso la catena di comando; la loro nomina non dipenda dalla loro competenza professionale e idoneità a esercitare funzioni giudiziarie; non continuo con sufficienti garanzie di irremovibilità e non abbiano una formazione legale richiesta per svolgere la funzione di giudice o procuratore. Tutti questi elementi fanno di questi tribunali organi privi di indipendenza e imparzialità, cfr. *Palamara vs. Chile*, sentenza del 22 novembre 2005, par. 155. Sul tema dei Tribunali militari cfr. Cfr. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, par 117; *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*, sentenza del 22 giugno, 2016, par. 194; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, sentenza del 30 maggio 1999, par. 128; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, sentenza del 23 novembre del 2009, par. 274; *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, sentenza del 18 agosto del 2000, par. 112; *Caso La Cantuta Vs. Perú* sentenza del 29 novembre del 2006, par.142. Di recente sul tema dei Tribunali militari cfr. *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*, sentenza del 22 agosto del 2017, par.148. Cfr. anche A. G. Serrano, M. I. Melendez Salamanca, *La jurisdicción militar desde los fallos de la Corte interamericana en relación con Colombia*, in *Saber, Cinecia y libertad*, n.1 p. 37 s; J. J. Góngora Maas, *La reforma al artículo 57 del código de Justicia militar a la luz de los estándares de la Corte interamericana de derechos humanos sobre jurisdicción militar*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 144, 2015, p. 1253 s; R. I. Díaz Tolosa, *Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Palamara Iribarne vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005, in *Revista Chilena de Derecho*, n. 1, p. 139s.

appartenenti alle forze armate per crimini o delitti che, per loro stessa natura, possono ledere gli interessi del corpo a cui appartengono³⁷.

La decisione sul caso *Durand y Ugarte* non ha ancora avuto pieno compimento, segno della difficoltà dello Stato peruviano di giungere ad una condanna per la morte dei detenuti. All'interno di questo lungo procedimento che dura da circa trent'anni³⁸, viene presentata anche una domanda di misure urgenti, per proteggere i membri del *Tribunal Constitucional* del Perù dall'*acusación constitucional*, diretta alla loro destituzione. La causa scatenante di questo giudizio è rappresentata proprio dalle decisioni dei giudici costituzionali, adottate all'interno dei processi, ancora pendenti, nei confronti degli autori delle morti nel carcere *El frontón*, decisioni che escludono la prescrizione³⁹. Il sistema interamericano si trova così a dover tutelare di nuovo il *Tribunal Constitucional* nei confronti di interferenze e pressioni, tese a influire sull'indipendenza dei suoi membri⁴⁰. In particolare, in questa *resolución* si sottolinea che la destituzione dei membri del *Tribunal Constitucional* può produrre effetti su tutto il sistema giudiziario. In particolare, i giudici ordinari chiamati a giudicare gli autori delle morti all'interno del *El frontón*, potrebbero non sentirsi più liberi di esaminare il caso, una volta osservato quello che accade ai membri del TC, per le decisioni da loro assunte. In questo contesto, è particolarmente importante proteggere i giudici da pressioni, intimidazioni, e minacce che possono influire sulla loro indipendenza e privare, di conseguenza, le parti di un giudizio assistito da tutte le garanzie. Sulla base di queste considerazioni, il Presidente concede come misura urgente la sospensione immediata del procedimento di *acusación constitucional*.

³⁷ Si sottolinea che «gli atti che hanno portato a questo risultato non possono essere considerati delitti militari, ma delitti comuni, e la loro *indagine* e sanzione deve essere attribuita alla giurisdizione ordinaria, indipendentemente dal fatto che i presunti responsabili fossero militari» *Durand y Ugarte v. Perú*, par. 117 e 118.

³⁸ La *denuncia* alla Commissione americana è del 27 aprile del 1987, la domanda arriva alla Corte nel 1996; la sentenza di condanna è del 2000; nel 2019, per quanto risulta aperto un processo penale, non vi è ancora una conclusione del giudizio.

³⁹ La questione è esaminata al punto 7 del *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Medidas Urgentes. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2017*

⁴⁰ Cfr. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Medidas Urgentes*, par. 18.

Come mostra bene questa vicenda, ancora oggi nel continente latino-americano si trovano casi in cui *l'insularidad política* dei giudici è messa a rischio, e con essa la tutela dei diritti. Su questo tema, peraltro, sta emergendo una sorta di parallelismo con quanto sta avvenendo oggi in Europa. Le misure cautelari disposte dal Presidente della Corte interamericana sono state successivamente ratificate dal plenum della Corte l'8 febbraio 2018⁴¹. Durante questo stesso anno, la vicepresidente della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Rosario Silva de Lapuerta, accoglie provvisoriamente tutte le domande presentate dalla Commissione, all'interno del procedimento di inadempimento iniziato contro la Polonia⁴². Tali misure sono state poi ribadite dai giudici di Lussemburgo, nell'ambito della decisione che chiude il giudizio sommario sulle misure cautelari⁴³.

Il ricorso contro la Polonia è collegato all'adozione della nuova legge sulla Corte suprema, che sancisce, in maniera retroattiva, il collocamento a riposo dei giudici, al compimento del 65° anno di età, salvo il caso in cui dichiarino la loro volontà di continuare ad esercitare le loro funzioni⁴⁴. A tale dichiarazione deve essere annesso un certificato, attestante che il loro stato di salute gli consente di far parte di un organo giudicante. La richiesta dei giudici è sottoposta al Presidente della Repubblica polacca, che decide in maniera discrezionale, senza la possibilità di un controllo giurisdizionale.

Secondo la Commissione, questa normativa, che lede i principi di inamovibilità e di indipendenza dei giudici, viola gli obblighi derivanti dal combinato disposto dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dell'articolo 47 della Carta. Il primo prevede che gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione; il secondo inserisce l'indipendenza dei giudici nel «contenuto essenziale

⁴¹ Risoluzione della Corte interamericana del 8 febbraio 2018, con i voti dissidenti dei giudici Eduardo Vio Grossi y U. Antonio Sierra Porto.

⁴² Il ricorso per inadempimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, è stato presentato dalla Commissione il 2 ottobre 2018, iscritto a ruolo con il numero C-619/18. L'ordinanza del Vicepresidente della Corte, 19 ottobre 2018, Commissione/Polonia C-619/18 R

⁴³ Ordinanza della Corte del 17 dicembre 2018, C-619/18.

⁴⁴ Legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017, e successive modifiche.

del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 UE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto»⁴⁵.

La Corte, concedendo le misure cautelari, ritiene che non possa escludersi, nell'ambito del giudizio sul *fumus bonis juris*, che la legislazione adottata dalla Polonia violi queste disposizioni.

Il tema non è nuovo per i giudici di Lussemburgo: con la sentenza del 25 luglio del 2018, il sistema giudiziario polacco era già venuto all'attenzione delle istituzioni europee. La questione verteva sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo. L'*High Court* irlandese aveva sollevato una questione pregiudiziale sull'interpretazione delle circostanze che consentono ad uno Stato membro di astenersi dall'eseguire un mandato d'arresto⁴⁶. Più specificamente, la consegna dell'interessato può essere rifiutata, conformemente al diritto irlandese e alla decisione quadro 2002/584, a causa del rischio di violazione, da parte dell'autorità giudiziaria emittente, del diritto fondamentale a un equo processo dinanzi a un giudice indipendente, previsto dall'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, e dall'articolo 47, secondo comma, della Carta.

L'autorità giudiziaria che deve eseguire il mandato, secondo la Corte di Giustizia, è chiamata a svolgere un duplice ordine di valutazioni, uno di carattere generale, ed uno più specifico. In primo luogo, deve accertare l'esistenza, nello Stato membro emittente, di un rischio reale di violazione del contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti il potere giudiziario dello Stato emittente il mandato, tali da compromettere l'indipendenza dei giudici. In un secondo momento, deve verificare, in modo concreto e preciso, se esistono motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla consegna allo Stato richiedente, il ricercato corra il rischio di un

⁴⁵ Ordinanza del Presidente della Corte di giustizia del 15 novembre 2018, par. 21

⁴⁶ Sentenza del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality* (Carenze del sistema giudiziario), C 216/18, par. 48.

giudizio non equo. Quest'ultimo tipo di analisi è necessaria quando, «da un lato, lo Stato membro emittente è stato oggetto di una proposta motivata della Commissione, adottata ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, diretta ad ottenere che il Consiglio constati l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte di detto Stato membro dei valori di cui all'articolo 2 TUE, quali quello dello Stato di diritto, a causa, in particolare, di attentati all'indipendenza dei giudici nazionali e, dall'altro, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ritiene, sulla base di una siffatta proposta, di disporre di elementi idonei a dimostrare l'esistenza di carenze sistemiche, in relazione a tali valori, sul piano del potere giudiziario di tale Stato membro».

Come confermano queste pronunce sulla Polonia, l'indipendenza giudici è costantemente messa alla prova, anche in epoca recente, anche in Europa. I Tribunali sovranazionali, al di qua e al di là dell'oceano atlantico, sono ancora impegnati nella difesa delle Corti dalle interferenze del potere politico.

5. Le garanzie di indipendenza della Corte interamericana: elezione, durata, incompatibilità. Una lettura critica

«La legittimità e la credibilità di ogni istituzione giudiziaria dipende della fiducia del pubblico nella sua indipendenza, quindi è fondamentale che le procedure di nomina per la posizione di giudice siano conformi agli standard di indipendenza giudiziaria internazionale. Sarebbe anormale e inaccettabile se [La Corte europea] non fosse in linea con gli standard internazionali sui diritti umani che è tenuta ad implementare, compreso il requisito che i casi siano ascoltati da una Corte indipendente e imparziale»⁴⁷. Queste considerazioni, elaborate in relazione a Strasburgo, possono essere facilmente utilizzate anche per le altre Corti regionali dei diritti umani, al fine di sottolineare l'importanza che l'indipendenza riveste per il futuro di queste istituzioni.

⁴⁷ International Centre For The Legal Protection Of Human Rights, *Judicial Independence, Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Right*, Londra, 2003, p. 5.

Tuttavia, l'esame di alcuni degli indicatori relativi all'indipendenza dei giudici, indicatori che fanno riferimento, ad esempio, al modo in cui questi vengono nominati ed alla durata del loro mandato, mostrano, a San José, alcuni punti deboli⁴⁸.

Com'è noto, a differenza della Corte di Strasburgo, i giudici della Corte interamericana sono solo 7, il che significa che non troviamo l'applicazione della regola per cui ogni Stato designa un giudice. Il procedimento di nomina è previsto dalla Convenzione americana all'art 53, che afferma che i giudici sono eletti a scrutinio segreto, e a maggioranza assoluta, dagli Stati Parti della Convenzione, all'interno dell'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati Americani (OEA), su un ventaglio di candidature indicate dagli stessi Stati (ciascuno Stato ne può proporre fino a tre). I candidati devono essere cittadini dello Stato proponente, o di qualunque altro Stato Membro dell'Organizzazione degli Stati Americani. Se viene indicata una terna, almeno uno dei candidati dovrà avere la cittadinanza di uno Stato diverso da quello proponente.

Queste regole sono state ampiamente criticate, perché consentono una eccessiva politicizzazione della selezione dei giudici. Nella prassi, infatti, i candidati presentati da ciascuno Stato si riducono ad uno⁴⁹, favorendo così la possibilità di accordi al momento della votazione. In particolare, l'elezione diviene il risultato di uno scambio di voti tra Governi⁵⁰, che sostegno il candidato di un altro Stato alla Corte interamericana, in cambio del sostegno al proprio candidato all'interno di altre organizzazioni internazionali⁵¹.

⁴⁸ Sul tema cfr. A. Torres Perez, *La independencia de la Corte interamericana de derechos humanos desde una perspectiva institucional*, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 121.

⁴⁹ L. Burgorgue-Larsen, *De lege ferenda: Reflexiones y propuestas para mejorar la designación y la elección de los miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Proceso de selección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana*, p. 32

⁵⁰ Cfr. per queste valutazioni A. Torres Perez, *La independencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, p. 12 che ricorda la posizione di H. Faúndez Ledesma, "La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: paradojas y desafíos", in Méndez, Juan E. y Cox, Francisco, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, 1998, p. 185.

⁵¹ Per queste considerazioni sempre A. Torres Perez, *La independencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, p. 12.

Laura Cappuccio

*L'indipendenza delle Corti all'interno
del sistema interamericano dei diritti umani*

In base all'art. 53, inoltre, è possibile che venga nominato come giudice un cittadino di uno Stato membro dell'OEA, che non ha ratificato la Convenzione (comè avvento nel caso del giudice Buergenthal, di nazionalità statunitense). In termini più generali, gli Stati che hanno scelto di rimanere fuori dal raggio di influenza della Corte interamericana, non sono del tutto esclusi dalla possibilità di incidere su di essa.

Dalla lettura della Convenzione, tale intromissione va ben al di là della possibilità di avere un giudice del proprio Paese. L'art. 60 della CADU, ad esempio, prevede che lo Statuto della Corte sia approvato dall'Assemblea Generale degli Stati americani; i funzionari che lavorano nella *Secretaría* della Corte sono nominati dal Segretario generale dell'OEA (art. 59 CADU); la Corte sottopone alla considerazione dell'Assemblea un rapporto sul lavoro svolto nell'anno precedente (art. 65 CADU)⁵². Inoltre, se è vero che i giudici sono votati solo dai Paesi che, all'interno dell'OEA, hanno ratificato la Convenzione, questi stessi sono presenti al momento della votazione con esiti a dir poco deprecabili, se consideriamo che nella sessione plenaria del 5 giugno del 2012, il Presidente dell'Assemblea dell'OEA ha dovuto ricordare agli Stati che non avevano ratificato la CADU di non votare, chiedendogli anche di ritirare le schede, qualora utilizzate⁵³.

Al di là di questa asimmetria, che vede i Paesi non parte della Convenzione incidere sul suo funzionamento, le principali critiche dirette al sistema di selezione dei membri della Corte interamericana possono essere così riassunte: la mancanza di trasparenza nei procedimenti nazionali di nomina di candidati; l'assenza di meccanismi di valutazione delle competenze delle persone proposte; l'esclusione della società civile dal processo di selezione; la carenza di criteri per rendere la Corte rappresentativa di tutta la società latino americana.

Gli studi sulle modalità di nomina dei giudici a livello nazionale mostrano, ad esempio, come, nei sistemi africano ed interamericano,

⁵² Cfr. per queste considerazioni, S. A. Rey, *Los desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el siglo XXI: una mirada crítica para (re)pensar su funcionamiento*, Ediciones de la UNLA, Remedios de Escalada, 2015, p. 241-242

⁵³ Questa vicenda è ricordata da S. A. Rey, *Los desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el siglo XXI*, p. 242.

«quasi nessuno Stato ha adottato dei bandi pubblici e nessuno ha un procedimento scritto per orientare le nomine. Questi dati confermano una critica generale e costante che afferma che le nomine sono state frequentemente il modo per ricompensare delle fedeltà politiche»⁵⁴. Nel caso interamericano, poi, si unisce, alla mancanza di pubblicità sull'apertura del procedimento di selezione a livello nazionale, anche l'assenza di un gruppo di esperti indipendenti in grado di valutare le candidature. La carenza di pubblicità, unita all'arbitrarietà della scelta, pone in pericolo la possibilità che alla fine del processo vengano effettivamente selezionati i migliori. Questo rischio si è concretamente verificato, ad esempio, per i membri della Commissione interamericana. Nel 2017, il candidato proposto dall'Argentina è stato oggetto di dure critiche da parte della società civile, che ne ha messo in discussione anche le competenze tecniche, riuscendo alla fine ad evitarne l'elezione⁵⁵.

Per rimediare alla mancanza di pubblicità, trasparenza, ed obiettività nella scelta dei giudici, nel 2005 e nel 2006 sono state adottate due risoluzioni dall'Assemblea generale dell'OEA, con cui si raccomandava agli Stati di prendere in considerazione le opinioni manifestate dalle organizzazioni della società civile, al fine presentare i candidati più adeguati. Inoltre, si chiedeva al Segretario Generale dell'OEA, di pubblicare sulla pagina Web, sempre dell'OEA, i loro *curricula vitae*, in modo che gli Stati e la società civile potessero essere adeguatamente informati⁵⁶.

Il tema è tornato di nuovo all'attenzione della Assemblea generale degli Stati americani con due raccomandazioni del 2016 del 2017. Nella

⁵⁴ *Open society justice initiative, Fortalecimiento desde dentro: marco legal y práctica en la selección de Jueces/zas y Comisionados/as de Derechos Humanos*, Open Society Foundations, 2017, p. 17

⁵⁵ *Open society justice initiative. Fortalecimiento desde dentro*, p. 24 dove si ricorda anche che un problema simile si è verificato in Europa con il candidato presentato dall'Ungheria per la Corte di Strasburgo nel 2016, sempre p. 24.

⁵⁶ AG/RES. 2120 (XXXV-O/05), *Presentación de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 7 June 2005; AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06), *Presentación pública de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 6 June 2006.

prima, si suggerisce di invitare i candidati «a una presentazione pubblica dinanzi al Consiglio permanente prima della loro elezione, al fine di conoscere in modo approfondito la loro visione, le proposte e le iniziative in caso di elezione. Queste presentazioni dovrebbero essere effettuate nella stessa sessione del Consiglio permanente e diffuse nel modo più ampio possibile»⁵⁷. Si richiamano anche gli Stati a nominare persone in grado di «assicurare un equilibrio di genere, una rappresentanza delle diverse regioni, gruppi di popolazione e sistemi giuridici dell'emisfero, garantendo, allo stesso tempo, i requisiti di indipendenza, imparzialità e riconosciuta competenza in materia di diritti umani».

Con queste raccomandazioni il sistema interamericano prova a seguire la prassi di altre organizzazioni internazionali, al fine di superare i limiti emersi nella procedura di nomina dei giudici. Le critiche al processo di selezione, tuttavia, non si esauriscono nell'indicare l'opacità dei meccanismi di nomina. Un altro elemento molto dibattuto è la mancanza di un equilibrio di genere sia nella composizione della Corte, sia nel processo di investitura dei giudici a livello nazionale. Le cifre sono eloquenti: gli studi fino al 2012 mostrano, ad esempio, come, dall'anno della sua istituzione (1979) sono state solo 4 le donne elette⁵⁸, e, ad oggi, vi è una sola donna membro della Corte⁵⁹. Questi numeri

⁵⁷ *Asamblea General de la OEA, Resolución sobre la integración equilibrada en género y con representatividad geográfica y de los diferentes sistemas jurídicos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, AG/RES.2887 (XL VI-O/16), 14 giugno del 2016, disponibile in http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf, punto xiv. Intitolato: *Integración equilibrada en género y con representatividad geográfica y de los diferentes sistemas jurídicos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

⁵⁸ I giudici donna sono state: Margarete May Macaulay, Radhys Abreu Blondet, Cecilia Medina Quiroga y Sonia Picado Sotela.

⁵⁹ Si tratta della giudice *Elizabeth Odio Benito*. Analoghe critiche sono state dirette alla Commissione americana; T Robinson, *¿Por qué la diversidad es importante?*, in *Proceso de selección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos, Reflexiones hacia una reforma*, CEJIL, 2014, p. 6. La sotto-rappresentazione delle donne nel sistema giudiziario del continente latino americano era stata segnalata già nel Rappporto del 2007, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia*, della Commissione che segnalava come “*las mujeres a*

possono essere incrociati anche con un altro dato, rappresentato dai giudici *ad hoc*. Dal 1987, anno della sua prima decisione, al 2007, ad esempio, sono state adottate 93 decisioni, e, all'interno di queste, in 81 casi vi è stata la nomina di un giudice *ad hoc*. Questi giudici *ad hoc* sono stati sempre uomini. Il dato non cambia nelle nomine avvenute negli anni successivi (gli studi sul tema analizzati si fermano al 2015)⁶⁰.

Pure la diversità sociale del continente latino-americano non è adeguatamente rappresentata: nella storia della Corte sono state elette solo 3 persone “*afrodescendientes*”, e nessun membro di un popolo indigeno⁶¹. Tutti questi fattori conducono una parte della dottrina ad affermare che una «*Corte internacional tiene que reflejar absolutamente [...] la diversidad humana de las sociedades nacionales*»⁶².

Le regole sul mandato dei giudici, inoltre, non appaiono capaci di garantirne l'indipendenza. In base all'art. 54 della CADU, l'incarico dura sei anni e i giudici possono essere rieletti, anche solo una volta. La breve durata della funzione, e la possibilità di rielezione, sono viste con sfavore, perché coloro che desiderano svolgere due mandati potrebbero

causa de la discriminación han visto seriamente restringida su oportunidad de participar en el gobierno y en la vida pública”, par. 257.

⁶⁰ Per questi dati cfr., S. A. Rey, *Los desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el siglo XXI: una mirada crítica para (re)pensar su funcionamiento*, 2015, p. 248. Il sistema europeo, invece, già con la raccomandazione n. 1429 del 1999 aveva invitato i Governi degli Stati membri a prendere in considerazione candidati di ambo i sessi (*Parliamentary Assembly, Recommendation n. 1429. National procedures for nominating candidates for election to the European Court on Human Rights, 24 de septiembre de 1999*; ed anche *Parliamentary Assembly, Order n.º 558. National procedures for nominating candidates for election to the European Court of Human Rights, 24 de septiembre de 1999*); il Protocollo alla Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottato nel 1998, ed entrato in vigore nel 2004, afferma all'art 12, secondo comma, che «nel processo di nomina sarà prestata dovuta attenzione a garantire un'adeguata rappresentanza di genere»; lo Statuto della Corte penale internazionale, all'art. 36.8, sancisce che, nella scelta dei giudici, gli Stati parti tengano conto della necessità di assicurare nella composizione della Corte un'equa rappresentanza di uomini e donne.

⁶¹ A. Vicente, *La deuda del sistema interamericano de derechos humanos para mejorar el proceso de selección de sus miembros*, in *Proceso de selección de integrantes de la comisión y la Corte interamericana cit.*, p. 17.

⁶² L. Burgorgue-Larsen, *De lege ferenda: Reflexiones y propuestas para mejorar la designación y la elección de los miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 35.

assumere una posizione più morbida al momento di condannare gli Stati.

In Europa, il Protocollo 14 ha modificato l'art. 23 della Convenzione europea dei diritti umani, al fine di estendere il mandato dei giudici da sei a nove anni e proibirne la rielezione. La relazione esplicativa del Protocollo sottolinea il nesso tra questa riforma e l'indipendenza dei giudici: «*These changes are intended to reinforce their independence and impartiality, as desired notably by the Parliamentary Assembly in its Recommendation 1649 (2004)*»⁶³. Un cambiamento che vada in questa direzione appare ancor più importante nel sistema interamericano, se si considera che i giudici di San José, a differenza di quelli di Strasburgo, non fanno parte di un tribunale permanente. Essi, quindi, non ricevono un salario fisso, ragion per cui possono svolgere anche altre attività⁶⁴. Questo dato, se incrociato con la brevità del mandato e la possibile rielezione, può effettivamente metterne in dubbio l'indipendenza. Il giudice Ventura Robles, non a caso, ha sottolineato l'importanza di trasformare la Corte interamericana in un *Tribunal permanente* in cui «i giudici dispongono di un salario, hanno l'obbligazione di risiedere nella sede, hanno incompatibilità, sancite dallo Statuto, per esercitare altre funzioni»⁶⁵.

Proprio la natura non permanente della Corte aiuta a comprendere quest'ultimo aspetto. L'art. 71 della CADU sancisce che il ruolo di giudice della Corte è inconciliabile con ogni altra mansione che possa comprometterne l'indipendenza e l'imparzialità, secondo le regole previste dall'art. 18 dello Statuto. Quest'ultima disposizione specifica che non si può essere: a) membri o alti funzionari del potere

⁶³ *Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, par. 50

⁶⁴ L'Art. 72 della CADU afferma che "I giudici della Corte e i membri della Commissione ricevono emolumenti e rimborsi delle spese di viaggio con le formalità e alle condizioni definite nei rispettivi statuti, con la dovuta considerazione dell'importanza della funzione e della necessità di mantenere la loro indipendenza".

⁶⁵ Ventura Robles, *La Corte interamericana e derechos humanos: camino hacia un tribunal permanente*, in *Revista IIDH*, 2000-2001, p. 310. Su questo tema cfr. la *Resolución de la Asamblea General de la OEA: Evaluación del funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento* (OEA/Ser.P AG/RES. 1828 (XXXI-O/01), 5 junio de 2001).

esecutivo, con esclusione di quelle posizioni che non implicano una ordinaria subordinazione gerarchica, e degli agenti diplomatici, che non sono Capi di missione davanti all'OEA, o davanti ad uno dei suoi Stati membri; b) funzionari di organizzazioni internazionali; c) svolgere eventuali altre attività che impediscano ai giudici di adempiere ai propri obblighi, o che ne pregiudichino l'indipendenza, imparzialità, dignità o prestigio.

Questa normativa non appare adeguata perché, da un lato, non chiarisce cosa debba intendersi per una posizione che non implichi una 'ordinaria subordinazione gerarchica'; dall'altro lato prevedendo la possibilità che i giudici siano agenti diplomatici, ad eccezione della posizione di capo missione davanti all'OEA, o a uno dei suoi Stati membri, consente ai giudici di essere diplomatici di altre organizzazioni internazionali, o di Paesi che non fanno parte OEA⁶⁶.

L'indipendenza dei giudici interamericani, infine, può essere osservata anche da un altro angolo visuale, che prende in considerazione i casi di ricusazione che si sono succeduti negli ultimi anni.

Il primo si inserisce nel procedimento che porta alla sentenza *Buena Ricardo c. Repubblica de Panamá* ed è diretto alla ricusazione dell'allora Presidente della Corte, Cancao Trinidad, per le affermazioni contenute in una conferenza stampa⁶⁷. I giudici di San José, nonostante l'assenza di una disciplina sul punto, scelgono di esaminare la richiesta, respingendola all'unanimità. Vengono a tal fine utilizzati gli art. 18 e 19 dello Statuto che riguardano, il primo, la disciplina delle incompatibilità, e, il secondo, l'istituto della *excusa*. Nel primo caso, si prevede che la Corte è competente a decidere sui casi di incompatibilità. Nel secondo, si attribuisce sempre alla Corte il potere di decidere che qualcuno dei suoi membri «*estarán impedidos de participar*» alle questioni in cui loro, o i loro familiari, abbiano un interesse diretto, o in cui siano intervenuti in precedenza come agenti, consulenti o avvocati, o come membri di un tribunale nazionale o internazionale, o di una commissione di inchiesta, o in qualsiasi altra veste. Inoltre, se

⁶⁶ Queste considerazioni si trovano sempre in A. Torres Perez, *La independencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, p. 16

⁶⁷ Per l'analisi di questi casi cfr. E. E. Venura Robles, *La legitimidad de los jueces de la Corte interamericana de derechos humanos*, in <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35341.pdf>, p. 4 ss.

Laura Cappuccio

*L'indipendenza delle Corti all'interno
del sistema interamericano dei diritti umani*

qualcuno dei giudici ritiene di avere un motivo per non prendere parte alla decisione di un caso, presenterà una “*scusa*” al Presidente, che se non viene accettata, sarà rimessa alla Corte.

Tra le altre ipotesi si può ricordare quella che ha riguardato il giudice Sayan all'interno del procedimento *Penal Castro Castro c. Perú* a causa della posizione ricoperta dallo stesso Sayan all'epoca di apertura del caso dinanzi la Commissione interamericana (Ministro dell'interno e delle relazioni internazionali dello Stato). In questa vicenda, la ricusazione viene dall'avvocato della vittima, il che mette sotto una luce diversa la questione sollevata. Il giudice Sayan, dopo aver sostenuto di non aver avuto nessun ruolo nelle decisioni assunte dallo Stato in *Penal Castro Castro*, ritiene comunque opportuno non continuare ad esaminare il caso, ed utilizza l'istituto dell'*excusa*, previsto dall'art. 19 dello Statuto. Altri casi di ricusazione hanno visto come protagonista lo Stato del Venezuela, e sono stati tutti respinti.

L'istituto dell'*excusa* ha giocato un ruolo determinante in una vicenda che ha visto come protagonista proprio il giudice Sayan, che si era candidato a Segretario Generale dell'OEA. Sayan chiede al Presidente della Corte interamericana l'applicazione dell'art. 19 dello Statuto che, come visto, comporta la non partecipazione di un giudice ad un caso determinato. Il Presidente accetta la *excusa* e Sayan, per un periodo indeterminato, viene abilitato a non partecipare ai suoi lavori. La scelta del Presidente Sierra Porto viene aspramente criticata dagli altri membri della Corte di San José. Il 21 agosto 2014 il giudice Vio Grossi porta a conoscenza del Presidente il dissenso di alcuni giudici che considerano la posizione di Sayan incompatibile con la carica di membro della Corte, visto che senza “smettere di essere giudice” realizzerà “attività politiche”, chiaramente incompatibili⁶⁸. Si sottolinea che l'art. 19 dello Statuto ha un altro fine: evitare la partecipazione ad un caso concreto, e non consentire, per un tempo indeterminato, ad un giudice di svolgere un'attività politica. La scelta di Sierra Porto è considerata particolarmente grave, in grado di influire negativamente sulla imparzialità, dignità e prestigio della Corte.

Anche il giudice Ventura Robles scrive una carta al Presidente della Corte chiedendogli di rimettere la questione al *plenum*, per

⁶⁸ M.E. Ventura Robles, *La legitimidad de los jueces de la Corte interamericana de derechos humanos*, in <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35341.pdf>, p. 10

Laura Cappuccio

*L'indipendenza delle Corti all'interno
del sistema interamericano dei diritti umani*

consentire a tutti i giudici di pronunciarsi sulla incompatibilità di Sayan, secondo quanto previsto dall'art. 18 dello Statuto.

La vicenda, che si conclude con il ritiro della candidatura di Sayan, mostra, allo stesso tempo, le tensioni che attraversano ancora il sistema interamericano dei diritti, e l'importanza del modo in cui la funzione viene concretamente esercitata. L'indipendenza di una Corte, infatti, è un tema complesso, che intreccia fattori strutturali e comportamenti individuali.

ABSTRACT: This paper analyses the inter-American system of human rights and, more specifically, the independence of judges from a double perspective: firstly, it examines the jurisprudence of San José Court, that accompanied the States in the problematic process of institutional change, showing the close correlation between the guarantees of a fair trial and the protection of rights; secondly, it discusses some factors that could undermine the so-called political insularity of the Inter-American Court regarding the appointment process of its members and some characteristics that are associated with their status.

KEYWORDS: inter-American Court of Human Rights, independence of judges, case law on the Court's protection, Relationship between interconnected legal orders, protection of fundamental rights

Laura Cappuccio – Professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli “Federico II”

La Administración Pública y el nuevo texto constitucional refrendado en Cuba: a propósito de una reflexión*

Grethel Arias Gayoso

SOMMARIO: **1.** Preliminares. – **2.** De los fines del Estado a los fines de la Administración Pública. Los fundamentos del Estado cubano – **3.** El Estado cubano garante de derechos. La Administración como brazo ejecutor de esas garantías. – **4.** La Administración Pública cubana, y su personificación en la estructura del Estado. – **5.** Administración Pública local. – **6.** Disposiciones transitorias: un “después” para la Administración Pública.

1. Preliminares

Cuando en 1976 veía la luz la Constitución de la República de Cuba, se formalizaba el proceso de institucionalización revolucionario poniendo fin a la vigencia de la Ley Fundamental de 1959, y a lo que en ella subsistía de la Constitución de 1940. Los profundos cambios acontecidos en la década del '90 necesariamente redefinieron los contenidos de la letra constitucional y fueron resorte para las modificaciones entonces acontecidas, y en el año 2002.

Durante esos años muchas fueron las investigaciones que se promovieron desde la academia cubana con recomendaciones precisas para atemperar la Carta Magna a la corriente situación jurídica, política, social y económica de Cuba y el mundo.

El momento llega en 2019, en que, tras jornadas de debate y reflexión de la propuesta de texto, se aprueba una letra que, finalmente,

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

Al momento de culminar y presentar este artículo, el texto constitucional había sido sometido a referéndum y aprobado, pero aún no ha sido publicado en la Gaceta Oficial de la República. Entiéndase en lo sucesivo que se trata del texto refrendado, aún no vigente.

se somete a referéndum popular el 24 de febrero de este año. El ánimo de estas líneas no se centra en argüir elementos sobre el proceso constituyente, o sobre la manera en que se debatieron, valoraron y determinaron precedentes o no los principales planteamientos realizados en el ejercicio del soberano en las consultas populares.

Tampoco se trata de estadísticas que, desde la ciencia política, puedan incidir en cómo se aprecia en retrospectiva, la participación y el apoyo popular en este nuevo proceso. El enfoque primario se centra en desbrozar cómo quedó concebida la Administración Pública cubana, qué elementos ponderar, cuáles han quedado estancados; y de esta manera contribuir a descifrar si continúa siendo la Administración Pública “la presente ausente” de la Ley de Leyes cubana.

2. De los fines del Estado a los fines de la Administración Pública. Los fundamentos del Estado cubano

Con marcada insistencia ha pretendido la doctrina distinguir la actividad del Estado como un “*genus*” de la actividad de la Administración Pública, insistiendo en la necesidad de que aquella se someta estrictamente al interés público sobreponiéndose a lo políticamente subyacente. Sin embargo, desde la propia actividad de Gobierno, en muchos casos colindante con la actividad administrativa, resultan imprecisos estos límites. Ya no centrados en la distinción de actos políticos o de Gobierno¹, y actos de Administración como presupuestos para el control de la actividad administrativa; sino como el móvil que gravita en torno a la actividad administrativa. De tal suerte afirmó Murillo:

¹ Afirma Francisco Murillo, que “el planteamiento de la cuestión obedeció, en efecto, a un hecho político y, como tal, a la vez histórico; a saber: con intención claramente política se trataba de sustraer al campo inestable y mudadizo de la política una zona, para neutralizarla, desinfectarla de todo virus político y dejarla vivir una vida aséptica y monótona fuera de toda agonía.” En “Política y Administración”, Revista de Administración Pública, No. 6, septiembre-diciembre 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, p. 90.

“El Estado neutro y agnóstico es sólo como un panel, todo lo estático posible, para que en sus celdillas aniden los seres que llevan consigo el poder de su intimismo personal: los ciudadanos. Y si se trata de neutralizar la vida entera del Estado, considérese cuán alto grado de neutralización será preciso conseguirle a ese aspecto delicado que ya se llama rigurosamente Administración”².

Tomando lo anterior como precedente, el análisis debe partir de una realidad en que ha quedado marcada y establecida la relación Estado, Política y Administración. De tal suerte, no aparecen, como tampoco lo hacía en el texto de 1976, los fines de la Administración Pública cubana, si bien tampoco queda establecido qué se entiende por tal (pero esta cuestión ya se verá más adelante). En consecuencia, si se identifican las funciones de los actuales Organismos de la Administración Central del Estado, en un proceso de revisión inversa, pueden deducirse de esos fines generales del Estado, cuáles lo son de la Administración. Así el artículo 13 establece aquellos fines genéricos del Estado y aquellos otros que pueden quedar sustantivados en la actividad direccionada de la Administración Pública³.

En los títulos correspondientes a los Fundamentos Políticos (I), Económicos (II) y de la Política Educativa, Científica y Cultural (III), se vislumbran elementos novedosos, y otros que mantienen la impronta del texto anterior. La perspectiva con que se observe debe partir de la comprensión de la innominación de fundamentos propios para la

² Idem, p. 94.

³ Artículo 13. El Estado tiene como fines esenciales los siguientes: a) encauzar los esfuerzos de la nación en la construcción del socialismo y fortalecer la unidad nacional; b) mantener y defender la independencia, la integridad y la soberanía de la patria; c) preservar la seguridad nacional; d) garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos, y en el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución y las leyes; e) promover un desarrollo sostenible que asegure la prosperidad individual y colectiva, y obtener mayores niveles de equidad y justicia social, así como preservar y multiplicar los logros alcanzados por la Revolución; f) garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral; g) afianzar la ideología y la ética inherentes a nuestra sociedad socialista; h) proteger el patrimonio natural, histórico y cultural de la nación, y i) asegurar el desarrollo educacional, científico, técnico y cultural del país.

Administración, y de asumir un proceso constante de derivación y consecuente adyacencia del Estado a la Administración.

En este orden el primer elemento novedoso es el reconocimiento, en el Artículo 1, de Cuba, como un “Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano (...)”⁴. Si bien se mantienen elementos de la redacción precedente, se destaca el reconocimiento del Estado socialista de derecho, y lo que ello implica para la Administración pública cubana. Una Administración que hasta hoy ha preservado espacios de inmunidad, ajenos a las variantes de control establecidas en el ordenamiento jurídico⁵, con un llamado al reconocimiento de espacios relacionados entre la amplia abertura a la discrecionalidad administrativa, la impunidad y las evidentes manifestaciones de corrupción⁶, que constituye el llamado más inminente a hacer prevalecer la legalidad y la ética en la actuación de la Administración.

El proceso de reforma constitucional no ha sido, ni será, exclusivamente, un proceso de reforma al texto de la Constitución, es – y deberá ser – conforme al imperio del principio de legalidad, un proceso de reforma del ordenamiento jurídico cubano. En consecuencia, la implementación de los fundamentos que desde la Teoría General del Derecho sustentan la concepción asumida obliga a la necesaria revisión de esos espacios de inmunidad administrativa. En ese orden, habrán de revisarse los presupuestos que en su momento propusiera Elías Díaz como “exigencias más básicas e indispensables (...)”⁷: Imperio de la Ley, División de Poderes, Legalidad de la Administración (actuación según ley y suficiente control judicial) y Derechos y Libertades Fundamentales (garantía jurídico-formal y efectiva realización material). Obviamente, conocer la concepción que

⁴ Artículo 1. Constitución de la República de Cuba, Tabloide, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, Cuba, 2019.

⁵ Véase al respecto, Grethel Arias Gayoso, *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*, Editorial Novum, México, 2015.

⁶ “El papel del jurista en el fortalecimiento de la institucionalidad y en la actualización del modelo económico cubano” y “El comportamiento ético del jurista”, Documentos preparatorios para su discusión en el VI Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNJC, La Habana, septiembre 2011.

⁷ Elías Díaz: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus Humanidades, Madrid, España, 1986, p. 31

sigue la estructura del Estado cubano nos hará reflexionar sobre una “autóctona” manera de concebir el Estado de Derecho al incorporar el término “socialista”, con lo cual queda desplazada la idea de la División de Poderes – como uno de los originarios imperativos de la doctrina – por la de Unidad de Poder, ponderada por el reforzamiento de los restantes elementos. De lo anterior se deduce que el proceso de transformación de la Administración Pública cubana ha llegado a un punto al cual se espera el reforzamiento de los controles y el imperio del principio de legalidad. Esto se fundamenta con el reconocimiento expreso del valor superior de la Constitución, así reconocido en el Artículo 7 y reforzado en los artículos 9 y 10; ya no sólo como correlatos del principio de legalidad, sino también como principio de control, reforzando las fórmulas del control popular, base de todo el sistema. Resaltan términos como “obligación” y “competencias” que, aunque no exclusivos para la Administración, les dejan reservado su espacio.

Sin ánimo de reiterar lo ya expuesto, el articulado recogido en los Fundamentos Económicos constituye una muestra de lo planteado en nuestras primeras líneas. Se trata de los Fundamentos Económicos del Estado cubano, no de la Administración Pública cubana, con lo cual no debe esperarse encontrar referencia a qué entender por patrimonio administrativo, o si es posible que éste se distinga del patrimonio estatal. Siendo así “El Estado dirige, regula y controla la actividad económica conciliando los intereses nacionales, territoriales, colectivos e individuales en beneficio de la sociedad”⁸, pero este conjunto de acciones encuentra fondo precisamente en la Administración, quien se encarga de determinar, ponderar, evaluar y armonizar esos intereses. Con lo cual, no ha de resultar redundante volver una y otra vez sobre el “Estado” para encontrar a la “Administración”.

El reconocimiento de las formas de propiedad y la incorporación de algunas de ellas anteriormente excluidas ha sido uno de los elementos novedosos en el ámbito de los fundamentos económicos del Estado cubano. Se ratifica la existencia de la propiedad estatal socialista de todo el pueblo (art. 22a), y en ese orden se reconoce en el artículo 24 que *incluye otros bienes como las infraestructuras de interés general, principales industrias e instalaciones económicas y sociales, así como otros de carácter estratégico para el desarrollo económico y social del país*. De

⁸ Artículo 19, Constitución de la República de Cuba, ob.cit.

lo cual es posible deducir, por analogía, la yuxtaposición entre estos bienes de propiedad estatal socialista y aquellos que integran el dominio público por excelencia. En consecuencia, bastaría significar el reconocimiento del carácter inembargable de esta propiedad (característica coincidente con la del dominio público) y el requisito de aprobación del Consejo de Ministro (máximo órgano con facultades administrativas) para cualquier mutación en el carácter de esta propiedad (art. 24).

Como colofón de los fundamentos económicos atinentes también, como ya se ha podido evidenciar, a la Administración Pública, resalta la creación y organización de entidades empresariales estatales (Art.26) por parte del Estado. Su gestión, es, por supuesto, eminentemente pública, y su destino se encamina al desarrollo de actividades económicas de producción y a la prestación de servicios. En este particular, aunque el texto constitucional no hace mención a ello, vale cuestionarse si se trata de la prestación de servicios públicos, tomando en consideración que se trata de “entidades empresariales estatales”. Durante años, la doctrina cubana recondujo la noción de servicio público a términos de “servicio estatal socialista”, con lo cual, es posible interpretar que de lo que se trata es de la prestación de servicios públicos. Más aún cuando, en el artículo 31, referido al “trabajo”, se aclara que “la remuneración con arreglo al trabajo aportado se complementa con la satisfacción equitativa y gratuita de servicios sociales universales y otras prestaciones y beneficios”. De lo anterior, cabría cuestionarse si esta nueva denominación es coincidente con el concepto de servicio público. El texto, y la referencia a la prestación equitativa y gratuita, dos de las características que definen a aquella institución bien podrían indicarnos en sentido afirmativo la respuesta. Pero, por supuesto, implica el reconocimiento de nuevos términos que precisarán estudios posteriores.

⁹ Al respecto puede consultarse la obra de Héctor Garcini Guerra, Derecho administrativo, 2^{da} edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 207. Una postura que se ha visto precisada de ampliación al reconocerse nuevas formas de gestión de los servicios “estatales socialistas”, por sujetos no coincidentes con la empresa estatal socialista.

3. El Estado cubano garante de derechos. La Administración como brazo ejecutor de esas garantías

Retomando el mismo hilo que hemos seguido, esta vez con el reconocimiento de los derechos, deberes y garantías, vuelve a significarse la ausencia de referencia a la Administración Pública. En principio, se determina como límite para “todos” el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el texto constitucional; un elemento novedoso de esta nueva redacción. El artículo 42 despunta como límite para el posible trato discriminatorio por las autoridades¹⁰, por lo que, en lo adelante, las disposiciones administrativas habrán de respetar el mandato constitucional y atemperarse a él, volviendo sobre el tema de los establecimientos de servicios, y sin que se aclare si se trata de servicios públicos, o simplemente de servicios; toda vez que sí se precisa la distinción de los espacios públicos.

Como derivación, el nuevo texto reconoce que “El ejercicio de los derechos de las personas solo está limitado por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes”. En la comprensión moderna de las funciones de la Administración Pública no sería preciso aclarar que tanto la seguridad colectiva, el bienestar general y el respeto al orden público, constituyen la teleología de su diario quehacer. Sin embargo, como la letra del nuevo texto constitucional reitera la omisión en cuanto a las funciones de la Administración, resulta inminente la precisión del rol que le corresponderá a sus órganos como garantes para el ejercicio de los derechos reconocidos.

La ampliación del catálogo de derechos, impone, al Estado, y a la Administración, la reformulación de los procedimientos garantistas

¹⁰ Artículo 42. Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana. Todas tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios. Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna. La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley.

hasta ahora establecidos, no sólo como elemento de garantía formal, sino también material. Siendo así, vale significar la obligación prevista como correlato del derecho a información previsto en el artículo 53, que servirá de sostén al principio de transparencia administrativa.

El artículo 25 del texto constitucional de 1976 reconoce la institución de la expropiación forzosa¹¹, remitiendo a una ley que hasta hoy no ha sido dictada, y encontrando en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, el procedimiento judicial para efectuarla. El artículo 58 de la Constitución sometida a referéndum retoma dicha institución y vuelve a establecer la reserva legislativa para su ulterior desarrollo, aclarando su contenido. Lo anterior demuestra que el proceso constitucional no será agotado con el nacimiento del nuevo texto magno, sino que está llamado a ser un proceso de reformulación del ordenamiento jurídico cubano. Provechosa resulta la distinción que el propio texto hace a continuación, al dividir la regulación de la expropiación y la confiscación (antes prevista escuetamente en el art.60), y en éste último caso destaca e incorpora la posibilidad de acceso a la vía judicial para los supuestos en que se aplique por vía administrativa.

En los artículos sucesivos resalta el reconocimiento de un conjunto de derechos que precisan de la incidencia directa del Estado como proveedor de garantías materiales para su adecuado ejercicio. Tal y como hemos significado la personificación se logra a través del sistema de órganos administrativos concebidos para la gestión de la educación (art. 73), la práctica del deporte (art. 74), el disfrute del medio ambiente (art. 75), el derecho al agua (art. 76), el consumo de bienes y servicios de calidad (art. 77 y 78), el derecho a la cultura (art. 79), la protección a las personas con discapacidad (art. 89).

El ámbito garantista no se reduce al conjunto de garantías materiales ya referidas, sino también al reconocimiento de un sistema de garantías, en que, resulta novedoso el reconocimiento del debido proceso no sólo en el ámbito judicial, sino también en el administrativo. Este último ha resultado huérfano de garantías formales legalmente establecidas, y en lo sucesivo se refuerza la directa aplicabilidad de la letra constitucional cuando de debido proceso administrativo se trate.

¹¹ En estudio se encuentran un número significativo de disposiciones normativas que cubrirán estos espacios vacíos.

La disposición que viabiliza la posibilidad de interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan (art. 94f), abre el diapasón del derecho a la defensa y apertura la revisión a los disímiles procedimientos administrativos que hasta hoy han visto cercenada la vía judicial bajo la obsoleta – pero recurrida – disposición administrativa: “contra lo resuelto no cabe recurso alguno en la vía administrativa, ni en la judicial”.

Lo cierto es que, pese a la innominación de la Administración Pública, lo “público”, lo “estatal”, sigue prevaleciendo, derivando a ella las obligaciones reconocidas en la nueva Carta Magna. El acceso a los registros, a la información de carácter público, a la rectificación de datos, constituye, a su vez, otro elemento novedoso, que precisará del perfeccionamiento de la actividad administrativa hasta ahora en ejecución.

No menos importante, y aunque los estudios en Cuba se han venido encaminando hacia la reformulación de la concepción de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como un llamado urgente a atemperarla a las más actuales ideas al respecto. Pese a ello, la redacción del precepto referido mantuvo iguales términos, sólo variando la denominación de los sujetos que se entiende pueden ocasionar daño o perjuicio al particular. Como aspecto innovador, se incorpora la vulneración de derechos con el correspondiente daño o perjuicio causado por órganos del Estado, no estatales o particulares; una derivación de las modificaciones incorporadas al modelo económico cubano y a la consecuente aparición de nuevos actores en el escenario económico cubano.

Por último, un precepto con trascendencia a todo el ordenamiento jurídico, del que también derivan consecuencias para la Administración Pública: el artículo 100, referido al principio de irretroactividad de las leyes; otrora artículo 61. Vale significar que, aunque el espíritu del constituyente se mantuvo, la letra y la gramática en su redacción muestran significativas modificaciones. Del reconocimiento de la retroactividad en materia penal según su carácter favorable y la negación del mismo al resto de las ramas del Derecho; a una redacción inversa que parte del reconocimiento de la irretroactividad, con sus excepciones en el Derecho Penal, y en las restantes leyes siempre que haya sido previamente establecido,

atendiendo a razones de interés social o utilidad pública. Estos dos conceptos, por antonomasia, nos remiten a los predios del Derecho Administrativo, siendo los únicos por los que se justifica la retroactividad de las normas jurídico administrativas, de las cuales es la Administración su principal artífice.

4. La Administración Pública cubana, y su personificación en la estructura del Estado

Como conjunto de órganos y organismos del Estado la Administración Pública cubana habrá de regirse por los principios de organización y funcionamiento reconocidos y reformulados en el actual artículo 101. Una fórmula que por su generalidad hace extrañar principios autóctonos para una estructura cada vez más solícita de acotarse en sus más elementales principios; algunos de ellos previstos, en exclusividad para los órganos representativos, dejando subsistentes en lo que nos compete: el control popular (inciso b), competencia y eficiencia (inciso c), legalidad y centralismo democrático (incisos e y f), funcionamiento de los órganos colegiados (inciso g) y transparencia (inciso h).

En el caso de las atribuciones del órgano soberano, la Asamblea Nacional del Poder Popular, cabe destacar su rol para determinar la estructura de la Administración en su nivel central, coincidente con la comprensión de la potestad de organización administrativa, reducida a los ámbitos que el legislativo le permite una cierta “libertad” de auto-organización. Siendo así, el órgano soberano será quien determine la división político-administrativa, los regímenes de subordinación administrativa, los sistemas de regulación especiales a municipios y otras demarcaciones; así como la creación o extinción de los Organismos de la Administración Central del Estado o cualquier otra medida organizativa que resulte procedente.

Uno de los cambios sustanciales incorporados con el actual texto constitucional, ha sido la reformulación de la concepción de los órganos del Estado y la aparición de nuevas figuras ya a nivel central, ya a nivel local. El reconocimiento del Presidente como órgano independiente en sus funciones de la figura del Primer Ministro, y las consecuencias que ello tiene para la estructura administrativa, merecen un espacio de

reflexión. El texto constitucional de 1976 reconocía al Consejo de Ministros como el máximo órgano con facultades ejecutivas, administrativas y además el Gobierno de la República. No existía, como no existe, en el texto actual, una definición de qué se entiende por Administración Pública, ni cómo está organizada. Por lo tanto, para formarse una idea de los órganos que la integran, es preciso encontrar en las funciones atribuidas, cuáles son los que pasan a formar parte de la estructura administrativa. En el texto del '76, a la dirección del Consejo de Ministros se encontraba el Presidente del Consejo de Estado y de Ministros, órgano que alternaba funciones políticas, ejecutivas, administrativas, de Gobierno y de dirección del órgano representante (Consejo de Estado) del órgano soberano (Asamblea Nacional del Poder Popular). Con el nuevo texto el Presidente de la República surge como órgano independiente, asumiendo las funciones de un Jefe de Estado.

En lo que nos trasciende al objeto de nuestras páginas, no será visible de la nomenclatura de los Capítulos, la referencia a la Administración Pública; sólo se llega a ella en la Sección Cuarta (Administración Central del Estado), perteneciente al Capítulo IV (Gobierno de la República), con un exiguo artículo. Por lo tanto, queda reducido el referente a la Administración en lo relativo al Gobierno de la República, cuando, los lindes entre una y otra función estatal se han venido perfilando desde la doctrina francesa de los actos de Gobierno. Todo lo anterior obedece a que el Consejo de Ministros se mantiene en el ejercicio de las funciones del máximo órgano ejecutivo, administrativo y constitutivo del Gobierno de la República. En todo este entretejido de funciones le corresponde por el inciso j) del artículo 137, dirigir la administración del Estado, así como unificar, coordinar y fiscalizar la actividad de la Administración Central del Estado, de las entidades nacionales y de las administraciones locales.

Retomemos una idea de la actual concepción: de aquella figura que aunaba la dirección del Consejo de Estado y de Ministros, hoy se deslinda a Presidente de la República, por un lado; y Primer Ministro, por otro, y en su caso se le reconoce la Jefatura del Gobierno de la República. Esto es, al Primer Ministro, a la cabeza del Consejo de Ministros, órgano que asume las mayores funciones ejecutivas, administrativas y de Gobierno, sólo le queda reservada la

dirección del Gobierno, una de las aristas que tiene reconocido el Consejo de Ministros, quedando en una especie de “limbo” competencial la dirección de las funciones ejecutivas y administrativas. Si la fórmula hubiese sido generalizadora, bastaría con haber reconocido al Primer Ministro como Jefe del Consejo de Ministros; pero identificarlo como el Jefe de Gobierno, habiendo reconocido previamente funciones coincidentes en el órgano colegiado, deja preterida la dirección del resto de las funciones reconocidas a este órgano.

Otra consecuencia de la actual redacción entra en relación con la potestad reglamentaria de la Administración Pública, y el sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico cubano. La sección segunda del capítulo VIII dedicado a las Disposiciones normativas (por su letra, todas las disposiciones normativas, con independencia de su rango) contribuye a rellenar un espacio en la determinación del sistema de fuentes al establecer la gradación de las disposiciones jurídicas a los efectos de su publicación. Siguiendo esta lógica deductiva determina: leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales (incorporados con la figura del Presidente de la República), decretos, resoluciones y demás disposiciones de carácter general. A los efectos de las normas que trascienden a la Administración Pública nos interesan los decretos y las resoluciones, a la espera de que, en “las demás disposiciones de carácter general” se mantengan los acuerdos que hasta hoy han sido también dictados por el Consejo de Ministros y que se amparan en su esfera competencial por la potestad reglamentaria reconocida en el artículo 137 o) y 145 f).

Debe colegirse, por el antecedente de organización administrativa actual que, la Administración Central del Estado seguirá estando integrada por Ministerios, sin tener certeza si se mantendrán los Institutos, por lo omiso del artículo 146, al hacer referencia a “demás organismos”. Lo cierto es que, por las atribuciones de los miembros del Consejo de Ministros, o sea, los Ministros, y su función de “dirigir los asuntos y tareas del ministerio u organismo a su cargo”, también queda entreabierto la posibilidad de surgimiento de “otros organismos” que no serán los Ministerios y cuyos representantes, sin embargo, serán miembros del Consejo de Ministros. Lo interesante de esta redacción, con el referente

histórico en la organización de la Administración Pública cubana es que, el Decreto Ley 67 de 1983 de Organización de la Administración Central del Estado, modificado por el Decreto Ley 147 de 1994¹² reconocía en su artículo 22 la existencia de Comités Estatales (desaparecidos con las modificaciones de 1994), Ministerios e Institutos (haciendo expresa mención de que el Jefe de éstos no integra el Consejo de Ministros). Con lo cual, cuando el texto constitucional describe a otros organismos, querrá significar alguna expresión organizacional hasta el momento desconocida en la estructura administrativa cubana más reciente.

5. Administración Pública local

Uno de los aspectos más controvertidos en la redacción del nuevo texto constitucional cubano ha estado relacionado con los cambios de nomenclatura y el surgimiento de nuevas figuras para asumir antiguas o actuales competencias. Precisamente es en el ámbito local donde estas transformaciones se han vuelto más evidentes. El surgimiento de la figura del Gobernador y los Intendentes han acaparado los debates al respecto. Siguiendo el orden de la organización central, y con ello el Consejo de Ministros como máximo órgano ejecutivo, administrativo y de Gobierno, llegamos a la estructura local donde, a escala provincial, queda en manos de un Gobernador y un Consejo Provincial. Este Gobernador (como no lo hace el Primer Ministro, que por mandato constitucional como ya hemos dicho sólo dirige el Gobierno) organiza y dirige la Administración Provincial (art. 178), y es el máximo responsable ejecutivo-administrativo en su demarcación territorial, una especie de coordinación intermedia entre el nivel central y los órganos locales.

Baste un acercamiento a la denominación de los Capítulos respectivos para percatarnos de las transformaciones al respecto: Capítulo I Gobierno Provincial del Poder Popular, Capítulo II

¹² Marta Prieto Valdés y Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ, *Selección legislativa de Derecho constitucional*, Ciencias jurídicas, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.

Órganos municipales del Poder Popular, quedando reservado al ámbito municipal el correlato en la localidad del órgano superior del Estado. Por su parte, se reserva la Administración municipal a un Consejo, designado por la Asamblea y presidido por el Intendente. Este Consejo asumirá las funciones ejecutivas y administrativas, asumiendo la Administración municipal. No constituye objeto de estas páginas descifrar el carácter de la Asamblea Municipal del Poder Popular, baste con reflexionar sobre su papel como órgano superior del Estado en la localidad (expresión similar a la que se emplea para describir a la Asamblea Nacional del Poder Popular¹³), el carácter elegible de sus miembros, la representación del Estado en su localidad, la similar estructuración por Comisiones; y en contraste, las evidentes funciones de Gobierno que desempeña (art. 191). Por demás, una lectura rápida a sus atribuciones nos indica su íntima relación con el órgano de Gobierno tanto a nivel central como provincial, *v.gr.: organizar y controlar, en lo que le concierne y conforme a lo establecido por el Consejo de Ministros o el Gobierno Provincial, el funcionamiento y las tareas de las entidades encargadas de realizar, entre otras, las actividades económicas, de producción y servicios, de salud, asistenciales, de prevención y atención social, científicas, educacionales, culturales, recreativas, deportivas y de protección del medio ambiente en el municipio; proponer al Consejo de Ministros o al Gobernador, según el caso, la revocación de decisiones adoptadas por órganos o autoridades subordinadas a estos; coadyuvar, de conformidad con lo previsto en la ley, a la ejecución de las políticas del Estado en su demarcación, así como al desarrollo de las actividades de producción y servicios de las entidades radicadas en su territorio que no les estén subordinadas*¹⁴.

6. Disposiciones transitorias: un “después” para la Administración Pública

Las disposiciones especiales, transitorias y finales de la nueva Carta Magna nos sirven de pretexto a estas últimas líneas. Intentar

¹³ Art. 102. La Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado. Representa a todo el pueblo y expresa su voluntad soberana.

¹⁴ Art. 191.

encontrar a la Administración Pública cubana en las letras de la Constitución, continúa siendo una misión de orfebres. Para los que hemos acogido al Derecho administrativo como fundamento para la investigación, nos hace extrañar su definición, sus fines precisos y determinados, sus límites, sus principios, su estructura sistémica. Esos “pequeños” detalles que contribuyen y perpetúan el rol funcional de una Administración urgida de atención.

Ciertamente no todo se ha echado en falta, hay un camino avanzado, hay respuestas que antes se escapaban; sobre todo, se reconocen nuevos principios generales extensivos a la Administración, garantías que otrora, quedaban desconocidas para el ciudadano: el reconocimiento del debido proceso también en sede administrativa, la transparencia en el actuar de los funcionarios públicos, la reformulación del principio de legalidad, la obligatoriedad de información veraz y el acceso a la que se genere en los órganos del Estado, el acceso a la información y rectificación en Registros, la reparación e indemnización cuando se vulneren derechos, son algunos de los aspectos incorporados que marcan un salto de la actual norma suprema respecto a la anterior.

El futuro de la Administración Pública cubana apenas se perfila con la entrada en vigor de la Constitución de 2019. Como ya se ha dicho en estas páginas, el proceso, más que una reforma total a la Constitución, lo es de todo el ordenamiento. Las Disposiciones transitorias así lo reafirman, y quedan pendientes los dos años para que el Consejo de Ministros presente su proyecto de nuevo reglamento para este órgano y los gobiernos provinciales, dos años para que la Asamblea Nacional apruebe el reglamento de las asambleas municipales y sus consejos de la administración, y un año para que la Asamblea Nacional apruebe el cronograma legislativo que dé cumplimiento a la elaboración de las leyes que desarrollan preceptos establecidos en la Constitución y, donde se espera, se incluya una norma para la organización de la Administración Central del Estado, una norma sobre expropiación forzosa, una norma donde se incluyan los mecanismos de control a la Administración Pública, una norma para perfeccionar el proceso contencioso administrativo y el procedimiento administrativo someténdolo a los principios del debido proceso y del Estado socialista de derecho. Y

Grethel Arias Gayoso

*La Administración Pública y el nuevo texto constitucional
refrendado en Cuba: a propósito de una reflexión*

así, a propósito del nuevo texto constitucional y de la Administración Pública cubana serán escritas muchas páginas en lo sucesivo.

ABSTRACT: For many years, and after 2002's constitutional reform, many researches were promoted in order to modify and temper the Cuban Constitution to the legal, political, social and economic situation of the island. The moment arrives in 2019, when is submitted to referendum a text proposal, finally approved and currently in force. The lines are dedicated to analyze how the Cuban public administration was conceived, which are its main advances, and what should be considered to perfect it.

KEYWORDS: Constitutional reform, Cuban Constitution, Public Administration, Human rights, Legal guarantees

Grethel Arias Gayoso – Profesora Titular de Derecho administrativo, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba.

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della “royal prerogative”*

Fabio Francesco Pagano

SOMMARIO: 1. La natura evolutiva e flessibile della Costituzione inglese tra regole convenzionali e recenti fenomeni di *juridification* – 2. L'esercizio dei *royal prerogative powers*: considerazioni generali – 2.1. *La royal prerogative* e il legame tra il Sovrano e il Primo Ministro – 2.2. L'estensione e i limiti della *royal prerogative* alla luce della giurisprudenza *Miller* – 2.3. Il problema della possibile riviviscenza della *royal prerogative* – 3. Il potere di scioglimento della *House of Commons* e il *Fixed-Term Parliament Act* del 2011 – 4. La *House of Lords* dalla *dignified* alla *efficient* Constitution – 5. Considerazioni conclusive: forma di governo parlamentare a preminenza del Primo Ministro all'interno dell'esecutivo ma con rafforzamento del Parlamento...almeno per il momento!

1. La natura evolutiva e flessibile della Costituzione inglese tra regole convenzionali e recenti fenomeni di juridification

«Su tutti i grandi argomenti – dice John Stuart Mill – resta molto da dire». Ciò vale, a maggior ragione, per la Costituzione inglese¹. Con questa frase, invero non priva di un certo sarcasmo nei confronti del suo contemporaneo, famoso filosofo ed economista, Walter Bagehot dava inizio a quello che sarebbe diventato uno dei più importanti classici del costituzionalismo d'oltremarica. E, invero, ad oltre centocinquanta anni dalla pubblicazione di “*The British Constitution*”, l'ordinamento costituzionale del Regno Unito non smette di destare l'interesse degli studiosi chiamati a confrontarsi con

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

¹ W. Bagehot, *The English Constitution*, Oxford, 2001, 5; ID, *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995, p. 45.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

un sistema che, sebbene formalmente privo di una Costituzione scritta, presenta un'articolata e complessa ossatura costituzionale. Quest'ultima originata da una molteplicità di fonti, non gerarchicamente ordinate e, quindi dotate del medesimo valore e della stessa efficacia².

Tra queste spiccano le *conventions of constitution*, definite "non-legal rules of the constitution", in quanto non giustiziabili dalle corti³. Quest'ultime, com'è noto, giocano un ruolo fondamentale nel regolare i rapporti tra gli organi costituzionali e, quindi, nel modellare la forma di governo del Regno Unito. Non a caso la migliore dottrina inglese ha evidenziato come "the legal structure of the constitution is everywhere penetrated, trasformed, and given efficacy by conventions"⁴ le quali, come già a suo tempo intuito da J. S. Mill, sono qualcosa di più che mere regole di condotta chiamate a ordinare i comportamenti delle istituzioni inglesi e l'esercizio delle loro attribuzioni, queste, infatti, riflettono la "morale politica positiva" della nazione e continuano a vivere nella misura in cui riescono a rappresentare "la reale distribuzione delle forze politiche così come riscontrabile in un certo momento"⁵. Circostanza, quest'ultima, che tradisce il carattere pragmatico della Costituzione inglese e la sua capacità di evolversi in modo spontaneo in ragione del mutamento degli equilibri tra le forze

² A. Torre, *La giustizia costituzionale nel regno unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in Luca Mezzetti (a cura di) *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2008, p. 325.

³ A.V., Dicey, *An Introduction to the Study of the law of the Constitution*, X ed., Basingstoke, 1959, 24; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, X ed., Padova, 2013, p. 311.

⁴ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, V ed., London, 1959, 81; P. Leyland, *Constitutional Conventions and the preservation of the spirit of the British constitution*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 411. Per un'analisi delle più recenti evoluzioni convenzionali D. Feldman, *Constitutional Conventions*, in V. Bogdanor, *The British Constitution. Continuity and change*, Oxford, 2015, p. 93 ss., specif. p. 105, il quale sottolinea la fondamentale partizione tra regole convenzionali che disciplinano l'esistenza, ruolo e rapporti interni di singole istituzioni e quelle che, invece, regolano le relazioni tra differenti istituzioni.

⁵ J. S. Mill *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, 1999, p. 72, per il quale tali "norme non scritte" che limitano l'esercizio legale del potere sarebbero "l'autentico sovrano dello Stato".

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

politiche e in considerazione di un'opinione pubblica capace di influire in modo significativo su tali dinamiche.

Recentemente, la stessa Corte Suprema del Regno Unito, con una pronuncia ormai celebre e che a ragione attenta dottrina ha definito un "trattatello di diritto costituzionale,[...], nel quale trovano sistemazione principi storici e interpretazione dello *statute* del 1972, natura composita del Regno Unito, [e] protezione dei diritti di libertà del cittadino britannico"⁶, ha avuto modo di sottolineare come la Costituzione britannica rappresenti una combinazione di leggi, eventi, convenzioni, dottrina e decisioni giudiziarie⁷. Coerentemente con le caratteristiche di un ordinamento di *common law* quest'ultima, quindi, si è formata attraverso una lenta elaborazione storica e politica, per il tramite di una molteplicità di fonti-atto e di fonti-fatto, ma entro la solida cornice rappresentata dai principi della *rule of law*, della *parliamentary sovereignty*⁸ e di una separazione dei poteri che, solo sul piano formale poteva dirsi non del tutto realizzata prima delle più recenti riforme che hanno riguardato il ruolo del *Lord Chancellor* e le funzioni giudiziarie della *House of Lords*.

Orbene, la dottrina ha già evidenziato come uno dei principali fattori della dinamicità ed elasticità del sistema costituzionale del Regno Unito, specie per quel che concerne la forma di governo, vada ricercato proprio nell'assetto convenzionale e consuetudinario che regola i rapporti dei principali attori costituzionali. Circostanza che ha consentito al quadro normativo di riferimento, altrimenti rigido, di

⁶ G.F. Ferrari, *La Corte Suprema, brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 29, n. 1, apr. 2017, p. 1.

⁷ [2017] UKSC 5: R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*), par. 40.

⁸ Ossia quei principi essenziali della Costituzione inglese ricavati da A.V. Dicey, in *An Introduction to the Study of the law of the Constitution*, cit., 3 ss., su cui, più recentemente, M. Cartabia, *The law of the Constitution di A.V. Dicey: geologia e geografia di un classico del costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 1068. Per un'analisi in chiave storica dell'evoluzione del principio della *Parliament's Sovereignty* nel Regno Unito J.W.F. Allison, *The Westminster Parliament's Formal Sovereignty in Britain and Europe from a Historical Perspective*, in *Gior. st. cost.*, 2017, p. 57 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

evolversi e conformarsi non solo ai bisogni dell'azione di governo⁹ ma, più in generale, alle esigenze che si sono progressivamente manifestate nel Paese¹⁰ e, soprattutto, alle istanze di maggiore democraticità dell'assetto istituzionale. È questa, ad esempio, la chiave di lettura attraverso la quale guardare alla sostanziale trasformazione della prerogativa di nomina del Primo Ministro da parte del Sovrano il cui potere discrezionale di scelta è stato convenzionalmente superato in ragione dell'evoluzione democratica del sistema¹¹.

La circostanza di essere un ordinamento basato principalmente, anche se non esclusivamente, su *leges non scriptae* ha permesso che nel Regno Unito si inverasse quanto già a suo tempo abilmente descritto da Bagehot in ordine ad una Costituzione che, in superficie, presenta da molti secoli "un'identità coerente [...], ma con un mutamento profondo al suo interno"¹² in modo da conciliare stabilità e mutamento, la tradizione con la necessità dell'innovazione imposta dall'esigenza di una sempre maggiore rappresentatività degli organi di direzione politica e, quindi, di democraticità della forma di governo. Evoluzione che non si è certo arrestata con la fine del periodo vittoriano in cui è vissuto Bagehot ma che continua tutt'oggi, sicché è agevole affermare che la Costituzione inglese delineata da quest'ultimo coincide solo in parte con quella del periodo edoardiano o dell'attuale era elisabettiana.

⁹ P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005, 9; Id, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, Oxford, 2016, p. 13.

¹⁰ T. Martines, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Milano, 1967, ora in Id, *Opere*, I, Milano, 2000, p. 325.

¹¹ A. Russo, *Selezione del leader e nomina del Premier in Gran Bretagna*, in *Dir. soc.*, 1984, 369, il quale mette in evidenza come l'abbandono della teoria che radicava in capo al Monarca un potere non solo formale ma anche sostanziale di designazione del Primo Ministro sia antecedente alla formale previsione di regole procedurali per la selezione del *leader* da parte del partito conservatore rappresentando, per l'appunto, un portato dell'evoluzione in senso maggiormente democratico dell'ordinamento costituzionale inglese.

¹² W. Bagehot, *op. cit.*, p. 45.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Questi descrive la forma di governo inglese nel momento di transizione dalla centralità del Parlamento a quella del gabinetto¹³ quando si è ormai interamente consumata la marginalizzazione del Sovrano rispetto alla guida dell'esecutivo in ragione dell'affermarsi di una molteplicità di convenzioni costituzionali, tutt'ora vigenti e non positivizzate dalla *statutory law*, che hanno segnato il passaggio dalla monarchia costituzionale, affermata dopo la gloriosa rivoluzione, a quella parlamentare e, quindi, l'evoluzione della forma di governo da un modello dualista ad uno di tipo monista.

Tra le più significative modifiche convenzionali che hanno interessato la Costituzione britannica successivamente all'instaurazione della monarchia costituzionale¹⁴ si rinviene l'emergere della figura del Primo Ministro all'interno del gabinetto, cui si è accompagnata l'affermazione della regola per cui "*habitually the King must do what his ministers wanted*", circostanza che ha contribuito in modo decisivo al progressivo allontanamento del Monarca dalla gestione degli affari correnti dell'esecutivo¹⁵. Anche l'instaurazione del rapporto fiduciario del Governo con la Camera dei comuni è stata il frutto dell'affermarsi di una regola convenzionale, che storicamente viene unanimemente fatta coincidere con le dimissioni dell'intero gabinetto presieduto da Lord North nel 1782¹⁶. Evento, quest'ultimo, che ha contribuito alla nascita, sempre in via convenzionale, della responsabilità collegiale del governo, sorta quale evoluzione di quella individuale dei Ministri e in

¹³ N. Lupo, *La classificazione delle funzioni del Parlamento, tra storicità e attualità del pensiero di Walter Bagebot*, in G. Di Gaspare (a cura di), *Walter Bagebot e la Costituzione inglese. Atti del seminario di studio – Roma, 14 dicembre 1998*, Milano, 2001, p. 105 ss.

¹⁴ Invero, poiché la ripartizione in senso dualista del potere tra il Re e il Parlamento era antecedente alla Gloriosa rivoluzione sarebbe più corretto discorrere di una "Monarchia costituzionale moderna" contrapposta alla precedente "Monarchia limitata" o "Monarchia costituzionale antica" come evidenziato da C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto pubblico comparato*, Napoli, 2006, p. 45 ss., che richiama sul punto il pensiero di C. Mortati e A.V. Dicey.

¹⁵ F. Durante, *Forma di governo parlamentare e responsabilità politica ministeriale nell'esperienza del Regno Unito: origini, evoluzione e dinamica costituzionale del modello*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 416.

¹⁶ Quanto all'origine del rapporto fiduciario nel Regno Unito M. Galizia, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, I, Milano, 1972, p. 140 ss., p. 336 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

forza della quale l'*advice* fornito al Sovrano da parte di quest'ultimi diviene unicamente collettivo, anche in ragione della necessità che il Primo Ministro si presenti davanti al Re con una posizione unitaria¹⁷.

La fonte convenzionale risulta parimenti centrale anche con riguardo alla disciplina dell'esercizio dei poteri di prerogativa regia, ossia di quel residuo di autorità discrezionale di origine medievale che è rimasta in capo al Sovrano¹⁸ ma che nella gran parte dei casi questi esercita per il tramite dei propri ministri o direttamente ma su consiglio di quest'ultimi o del Primo Ministro. Consiglio che, in forza di una regola convenzionale, la Regina è tenuta a seguire¹⁹. Anzi, il legame tra poteri di prerogativa e *conventional rules* è particolarmente significativo atteso che l'attuale assetto della forma di governo del Regno Unito discende, principalmente, "dall'aumento delle *conventional limitations* delle prerogative reali"²⁰.

La progressiva emancipazione del Gabinetto dal controllo del Re e l'istaurarsi di un sempre più solido rapporto fiduciario con la Camera elettiva si è consolidato ulteriormente con la riforma elettorale del 1832 proiettandosi sino ai nostri giorni²¹, ma non vi è dubbio che in tale percorso di trasformazione della forma di governo appaia centrale il ruolo assunto dalle regole convenzionali appena citate, alcune delle quali rimaste immutate nel tempo, altre evolutesi in ragione di una molteplicità di ragioni ed esigenze, altre ancora sorte nella fase più recente del costituzionalismo britannico. Basti pensare ad un'altra fondamentale convenzione, invero affermata relativamente più tardi rispetto a quelle poc'anzi rammentate, che non

¹⁷ P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 111; Id, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, cit., p. 161.

¹⁸ A. Dicey, *An Introduction to the Study of the law of the Constitution*, cit., p. 464.

¹⁹ Per una breve rassegna di tali poteri G. Bartlett – M. Everet, *The Royal Prerogative, Briefing Paper*, in www.parliament.uk/documents, 4.

²⁰ G. Caravale, *Il Governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano, 1997, 79; P. Madgwick – D. Woodhouse, *The Law and Politics of the Constitution*, Londra, 1995, p. 84 ss.

²¹ A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese. Un nuovo assetto della forma di governo britannica*, in www.rivistaaic.it, 31/01/2018, p. 9.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

solo ha contribuito in modo determinante all'evoluzione della forma di governo britannica ma ne rappresenta, per così dire, uno dei tratti caratterizzanti, ossia la regola in forza della quale il Sovrano nomina quale Primo Ministro il *leader* del partito che ha ottenuto la maggioranza dei seggi alla Camera dei Comuni²².

Parimenti, la fonte convenzionale ha avuto un ruolo fondamentale anche nella dinamica dell'assetto dei rapporti tra i due rami del Parlamento e, soprattutto, nella progressiva affermazione della superiorità della Camera dei Comuni su quella dei Pari. Allo stesso tempo, è proprio sul versante delle relazioni costituzionali tra le due assemblee del Parlamento di Westminster che si sono potute sperimentare le dirompenti conseguenze che possono derivare dalla violazione di una norma convenzionale da parte di uno dei soggetti politico-istituzionali impegnatosi ad osservarla. Ci si riferisce al notissimo *Parliament Act* del 1911, approvato in seguito ad una delle crisi istituzionali più gravi e traumatiche della transizione post-

²² Tale convenzione, progressivamente delineatasi verso la seconda metà del XIX secolo, è in parte una conseguenza delle riforme elettorali che si sono susseguite proprio nel corso del XIX secolo, ossia quelle del 1832, del 1867 e del 1884-85, che attraverso l'allargamento del suffragio e la riorganizzazione delle circoscrizioni dei collegi imposero ai partiti di strutturarsi diversamente in modo che i gruppi locali, rappresentativi di interessi particolari, fossero maggiormente proiettati verso il centro. Da qui l'attribuzione al leader del partito di un rapporto diretto con gli elettori, soprattutto mediante il riconoscimento in capo a quest'ultimo del compito di impersonare il programma elettorale e, di conseguenza, il sorgere e l'affermarsi della prassi di conferire la nomina di Primo Ministro al leader del partito che aveva vinto le elezioni. Il definitivo consolidamento di quella che è divenuta una vera e propria convenzione identificativa del modello Westminster, si ebbe il ragione della riforma elettorale del 1918 che introdusse il suffragio universale, con ciò determinando l'investitura democratica indiretta del Primo Ministro che verrà ad assumere contemporaneamente il ruolo di capo del Governo, capo del partito e capo della maggioranza parlamentare alla Camera elettiva in ragione della natura maggioritaria del sistema elettorale e dell'affermarsi di un modello tendenzialmente bipartitico, al momento, per il vero, visibilmente in crisi. Sul punto, tra i tanti, G. Caravale, *Il Governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, cit., 19, 75. Più di recente A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese*, cit., p. 17.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

vittoriana²³, che sancì sul piano legislativo la preminenza dei Comuni sui *Lords* e riaffermò, positivizzandola, la regola convenzionale che i Pari avevano tentato di disattendere e in forza della quale alla Camera dei *Lords* era precluso impedire l'approvazione delle leggi finanziarie e di spesa.

La violazione da parte di quest'ultimi della convenzione ha avuto quale immediata conseguenza la trasformazione del sistema bicamerale paritario, sino ad allora vigente, in un sistema bicamerale imperfetto o, secondo una parte della dottrina, addirittura in un modello "sostanzialmente monocamerale con un mero, anche se rilevante, potere di ritardo riconosciuto alla Camera dei *Lords*"²⁴. Circostanza che dimostra come, benché il rispetto di convenzioni e consuetudini, specie quelle che delineano norme di "governo" regolando i rapporti tra il Parlamento, l'esecutivo e il Monarca, non sia giustiziabile davanti alle Corti, la loro violazione possa comunque essere sanzionata politicamente²⁵. Anzi, nel caso appena richiamato la sanzione politica si è dimostrata più efficace e penetrante di qualsiasi pronuncia giurisdizionale che, in astratto, fosse stata chiamata ad accertare la violazione della fonte convenzionale e a ripristinarne la vigenza nel caso di specie, posto che ha determinato il definitivo ridimensionamento del ruolo della Camera dei Pari nell'ambito del procedimento legislativo e, di conseguenza, all'interno del sistema costituzionale.

Non mancano, poi, altre fondamentali convenzioni che hanno contribuito all'evoluzione della forma di governo inglese e a delineare l'attuale assetto dei rapporti tra il Sovrano, il *Cabinet* e Parlamento. Basti pensare all'esercizio del *Royal Assent* nei confronti delle leggi approvate dalla due Camere che non viene più rifiutato dal lontano 1707 e il cui diniego da parte del Monarca, nel contesto dell'attuale forma di governo britannica, minerebbe la capacità di un Parlamento

²³ A. Torre, *Il Regno Unito*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato* Bari, 2009, p. 87.

²⁴ G. Grotanelli de' Santi, *Osservazioni a proposito di alcune recenti evoluzioni del sistema costituzionale britannico*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2093.

²⁵ A. Torre, *La giustizia costituzionale nel regno unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, cit., p. 329.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

rappresentativo del corpo elettorale di approvare le leggi²⁶. Tant'è che una parte della dottrina d'oltremania, forse a torto, dubita che questi possa essere negato anche nel caso in cui vi sia l'*advice* del Primo Ministro²⁷.

²⁶ P. Leyland, *Constitutional Conventions and the preservation of the spirit of the British constitution*, cit., 413; R. Brazier, *Royal assent to legislation*, in *Law Quarterly Review*, 2013, p. 184 ss.

²⁷ N. Barber, *Can the Royal Assent be refused on the Advice of the Prime Minister?*, in <http://ukconstitutionalaw.org>, 25 settembre 2013, il quale ritiene che, una volta che il disegno di legge sia stato approvato dal Parlamento, il Monarca debba darvi il suo assenso indipendentemente dal parere dei suoi ministri, altrimenti questi agirebbe in violazione della Costituzione, posto che il cuore della convenzione che regola l'esercizio del *Royal Assent* deve rinvenirsi nell'esigenza di assicurare il primato dell'elemento democratico all'interno del processo decisionale che conduce all'approvazione di un atto legislativo. Invero, la tesi prospettata è alquanto semplicistica e non tiene conto della circostanza che, nel caso di specie, il Sovrano si troverebbe a dover scegliere tra il rispetto di due diverse convenzioni. La prima che vuole che il *Royal Assent* non sia mai rifiutato quando la legge sia stata debitamente approvata dal Parlamento e la seconda che impone al Monarca di agire sempre conformandosi al consiglio del Primo Ministro o dei singoli Ministri. Per il vero, vi sono una molteplicità di argomenti che militano a favore della tesi che consentirebbe al Monarca di rifiutare l'assenso reale su *advice* del Primo Ministro e che in questa sede si possono solo riassumere brevemente. 1. La seconda delle due convenzioni in parola garantisce l'irresponsabilità del Sovrano il quale, seguendo il consiglio del Governo, conserva la propria posizione di neutralità di fronte a quello che, in ogni caso, rappresenterebbe un momento di forte conflitto tra il Governo e il Parlamento. 2. Il rifiuto del *Royal Assent* su *advice* del Primo Ministro non comprometterebbe il principio democratico poiché il conflitto venutosi a creare tra Parlamento e Governo troverebbe la sua naturale composizione nell'ambito del rapporto fiduciario, sicché la salvaguardia del principio in parola e della primazia del Parlamento si realizzerebbe attraverso la sfiducia nei confronti del Governo politicamente responsabile davanti alla Camera dei Comuni di aver raccomandato al Sovrano di rifiutare l'Assenso Reale. 3. Di converso, il conflitto che dovesse sorgere tra il Sovrano e il Suo Governo qualora il primo decidesse di concedere il *Royal Assent* contro il consiglio del secondo non potrebbe essere risolto in alcun modo, se non ipotizzando le dimissioni dell'intero gabinetto in segno di "rimostranza" nei confronti del Monarca ma con evidenti ricadute sull'assetto della forma di governo inglese. 4. In ogni caso, l'unico precedente al riguardo dopo la Gloriosa Rivoluzione, per quanto risalente al lontano 1707, milita a favore della tesi qui prospettata, posto che in quell'occasione la Regina Anna rifiutò il *Royal Assent* proprio su *advice* del Primo Ministro.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Ciò detto, in questa sede non si vogliono esaminare tutte le regole convenzionali che incidono sull'equilibrio dei rapporti tra i diversi poteri del Regno Unito quanto, piuttosto, dar conto del fatto che il processo di riforme costituzionali avviato sin dal 1997 con i governi laburisti²⁸ e, successivamente proseguito anche sotto il gabinetto di coalizione guidato da Cameron, ha riguardato anche quello che può definirsi "il nocciolo duro" della Costituzione inglese, ossia la l'assetto dei rapporti tra Parlamento ed esecutivo, la cui disciplina, come si è poc'anzi accennato, per molti secoli è stata appannaggio, per lo più, delle fonti convenzionali che hanno contribuito in maniera determinate alle innovazioni maggiori della forma di governo²⁹.

Tra queste novità spiccano la riforma della composizione della Camera dei Pari nel 1999 che, come si argomenterà più avanti, sembra aver avuto delle interessanti, quanto impreviste, conseguenze in ordine al ruolo giocato dalla seconda camera nell'ambito degli equilibri tra il Parlamento e l'esecutivo, nonché il *Fixed-Term Parliament Act* del 2011 che nel disciplinare il potere di scioglimento della Camera dei Comuni ha sottratto la materia *de qua* dall'alveo della *royal prerogative* e ha significativamente inciso sull'assetto della forma di governo introducendo un forte elemento di razionalizzazione della stessa³⁰.

Si tratta di cambiamenti del sistema costituzionale della Gran Bretagna che si inseriscono in un più ampio contesto di riforme che hanno investito amplissimi settori dell'ordinamento inglese, ossia i

²⁸ Per una generale analisi del processo di riforma avviato nel 1997 M. Finn-A. Seldon, *Constitutional Reform Since 1997: The Historians' Perspective*, in *The British Constitution. Continuity and change*, cit., p. 17 ss.

²⁹ C. Pinelli, *op. cit.*, p. 46.

³⁰ O. Chessa, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del regno unito*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 809 ss.; A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese*, cit., p. 54, discorre di una razionalizzazione che, pur andando in senso opposto rispetto a quella che ha interessato gli ordinamenti costituzionali continentali, determinando un rafforzamento del ruolo del Parlamento nei riguardi dell'esecutivo, non incide sul ruolo del *Premier*.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

rapporti Stato-individuo, l'assetto territoriale del Regno, l'ordinamento giudiziario³¹ e la forma di governo in senso stretto cui appartengono le modifiche appena citate.

Pure la riforma del pubblico impiego, avvenuta attraverso il *Constitutional Reform and Governance Act* del 2010, ha avuto delle conseguenze di non poco momento sul potere esecutivo e la sua organizzazione, poiché per la prima volta si è disciplinato in uno *statute law* e, quindi, in un atto normativo di carattere primario il potere di nomina e di regolamentazione dei dipendenti pubblici che sino ad allora rientrava per intero tra i poteri di prerogativa della Corona, sicché la materia era disciplinata principalmente da regole convenzionali cui si affiancavano alcuni *Orders in Council* e dei codici di condotta emanati sulla base di quest'ultimi³². Sempre il medesimo *Constitutional Reform and Governance Act* del 2010 ha positivizzato una convenzione risalente al 1924 denominata *Ponsoby Rule* e concernente la ratifica dei trattati internazionali, con ciò codificando il potere della Camera dei Comuni di porre il veto sulla ratifica di determinati trattati internazionali da parte del Governo; circostanza, quest'ultima, capace di incidere sull'esercizio di uno dei più significativi poteri di prerogativa, ossia quello attinente alla stipula di accordi internazionali e, più in generale, alla gestione della politica estera. Settore rispetto al quale, come si vedrà, si sono avute delle significative evoluzioni che hanno messo in crisi il ruolo di esclusiva centralità dell'esecutivo in materia.

Insomma, tanto il *Constitutional Reform and Governance Act* del 2010, quanto il *Fixed-Parliament Act* del 2011, cui si è già fatto cenno, hanno sottratto dall'area dei *prerogative powers* una serie di aspetti di fondamentale importanza per quel che concerne l'organizzazione, le attribuzioni del potere esecutivo e l'equilibrio dei rapporti con il Parlamento, con ciò ridimensionando, se non addirittura eliminato come nel caso del potere di scioglimento, la discrezionalità del Governo in ordine all'esercizio delle attribuzioni in questione.

³¹ Su cui si sofferma diffusamente F. Nania, *Garanzie formali ed indipendenza sostanziale delle corti nell'esperienza britannica*, in questa rivista, 1/2019, p. 19 ss.

³² A. Marchetti, *Origini, sviluppi e caratteri del civil service inglese. il Whitehall model, tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2014, p. 184.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Orbene, la prima considerazione che si può trarre dalle riforme costituzionali appena citate riguarda il ruolo delle fonti convenzionali e la loro capacità di garantire l'evoluzione della costituzione del Regno Unito. Infatti, se per secoli i mutamenti dell'assetto costituzionale inglese sono stati affidati, per lo più, al sorgere di regole non scritte che hanno informato i comportamenti dei principali attori istituzionali, oggi, invece, il riformismo costituzionale britannico si basa sulle numerose leggi di riforma approvate dal Parlamento, diverse delle quali poc'anzi citate, cui si affiancano risoluzioni parlamentari, circolari ministeriali e "comportamenti consigliati"³³ e, più in generale, strumenti di *soft law*. Basti pensare al *Ministerial Code*, adottato per la prima volta nel 1945, ma rimasto segreto fino al 1992 e riformato nel 2010 dall'esecutivo di Cameron, il quale contiene un *corpus* di regole volte a disciplinare l'esercizio delle attribuzioni ministeriali e, più recentemente, il *Cabinet Manual* la cui prima versione ha visto la luce nel 2010 e che raccoglie tutte le leggi e le convenzioni esistenti con riferimento alla forma di governo, al sistema delle autonomie e al pubblico impiego³⁴.

La seconda considerazione non può non riguardare la circostanza che il processo di riforma in parola non è soltanto volto a rivedere e modificare alcuni aspetti del sistema costituzionale inglese, ma, come si è evidenziato in relazione ad alcuni significativi poteri di prerogativa, anche ad introdurre normative scritte là dove prima vi erano regole convenzionali, con ciò dando vita a quelli che una parte della dottrina d'oltremarica e italiana hanno definito processi di *juridification* cui si accompagna un crescente interventismo giudiziario in settori rispetto ai quali in precedenza la magistratura si ispirava ad un rigoroso *self-restraint*³⁵. Si tratta di fenomeni estranei ai caratteri tradizionali del sistema costituzionale britannico, come già rammentato in gran parte regolato da *leges non scriptae* e tradizionalmente funzionante in ragione di "comportamenti ispirati ad

³³ G. Grottanelli de' Santi, *op. cit.*, p. 2080.

³⁴ Per un articolato esame, anche in chiave storica, di queste forme di codificazione e del loro rapporto con le regole convenzionali, spesso in gran parte raccolte all'interno di questi atti di *soft law*, A. Blick, *The Codes of the Constitution*, Oxford, 2019, 2 ss. Su questi profili anche D. Feldman, *op. cit.*, p. 105 ss.

³⁵ G. Grottanelli de' Santi, *op. ult. cit.*, p. 2081.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

un massimo di fiducia, di *fair play*, di aspettative (soddisfatte) di reciprocità (*comity*), di equilibri e di bilanciamenti tra i diversi poteri o, come si direbbe in Italia, tra i vari organi costituzionali³⁶ che, in definitiva, non è altro che il portato di quella morale costituzionale che impedisce ad un potere di impiegare le proprie attribuzioni in modo aggressivo³⁷.

In altre parole, parrebbe che quella insopprimibile esigenza di certezza del diritto che si può rinvenire alla base della stessa codificazione costituzionale³⁸ che ha caratterizzato gli Stati continentali dalla fine dell'*ancien regime* in avanti abbia contagiato, in qualche modo, anche il Regno Unito.

La terza considerazione riguarda il processo di progressivo ridimensionamento dei poteri di prerogativa della Corona, fenomeno che si inserisce pienamente nelle dinamiche evolutive della costituzione britannica e che ha determinato delle significative ricadute sul piano dei rapporti tra Governo e Parlamento. Anzi, uno dei principali fattori di rafforzamento del Parlamento deve rinvenirsi proprio nel superamento dei poteri di prerogativa in relazione a materie fondamentali per il funzionamento della forma di governo. Emblematica, al riguardo, la nuova disciplina del potere di scioglimento della *House of Commons* introdotta dal *Fixed-Terms Parliament Act* del 2011 su cui ci si soffermerà più avanti. Di conseguenza, proprio lo studio della *royal prerogative* e della sua più recente trasformazione rappresenta un punto di vista privilegiato attraverso il quale riguardare alle modifiche dell'assetto costituzionale del Regno Unito.

2. L'esercizio dei royal prerogative powers: considerazioni generali

³⁶ G. Grotanelli de' Santi, *Ibidem*.

³⁷ J.S. Mill *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cit., p. 72.

³⁸ A. Ruggeri, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 7/7/2005, il quale evidenzia come le regole fondamentali di organizzazione dello Stato e di esercizio del pubblico potere, nell'ambito del diritto costituzionale non scritto tipico dello Stato assoluto rimanevano inesorabilmente nell'arbitrio del sovrano fondandone il suo incontrastato dominio.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

L'esercizio dei poteri di *royal prerogative* è stato un vero e proprio elemento di forza dell'esecutivo all'interno del sistema dei pubblici poteri del Regno Unito. Il Governo, infatti, per convenzione costituzionale è il depositario di quello che potremmo metaforicamente definire "il tesoro della Corona" che i Ministri e soprattutto il Primo Ministro sono chiamati ad amministrare direttamente, in quanto *Crown's servants* o, indirettamente, per il tramite dell'*advice* fornito al Sovrano.

Si tratta di poteri fondamentali per il governo del paese che affondano le proprie origini nella Monarchia medievale, nella *common law* e, quindi, nella tradizione³⁹ e la cui stessa definizione, così come la loro esauriente elencazione, è tutt'altro che agevole afferendo alle materie più disparate e coinvolgendo anche delle fattispecie assai risalenti. Tutti o quasi i settori del *government* sono tutt'ora interessati dall'esercizio della prerogativa regia. Solo per fare alcuni esempi gli affari esteri, il sistema giudiziario, le forze armate, le immunità e i privilegi accordati alla Corona e ai suoi servitori, la concessione di onori e di particolari *status*⁴⁰ e questo nonostante il fatto che, come già riferito all'inizio di questo lavoro, il processo di *juridification* che da diversi anni interessa l'ordinamento britannico abbia riguardato in modo significativo proprio i poteri di prerogativa determinando una sua progressiva compressione.

³⁹ A.V. Dicey, *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Tenth Edition, 1959, 464 la prerogativa "*the remaining portion of the Crown's original authority, and it is therefore...the name for the residue of discretionary power left at any moment in the hands of the Crown, whether such power be in fact exercised by the King himself or by his Ministers*". R. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* ((8th edn 1778), Book 1, ch 7, 239 afferma che i poteri di prerogative erano limitati "*that special pre-eminence, which the king hath, over and above all other persons*". Per una dettagliata rassegna e un commento delle posizioni tradizionali di Dicey, Locke e Blackstone sulla definizione e i caratteri della *royal prerogative* T. Poole, *The strange death of prerogative in England*, in *University of Western Australia Law Review*, 2018, p. 52 ss.

⁴⁰Una dettagliata ma, ovviamente, non esaustiva elencazione è contenuta in A.W. Bradley, K.D. Ewing, C.J.S. Knight, *Constitutional and Administrative Law*, XVI ed., 2015, p. 258 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Le problematiche giuridiche suscitate dalla *royal prerogative* sono molteplici e investono la loro stessa compatibilità con il costituzionalismo di matrice liberale e democratica, posto che si tratta di poteri, come si è detto assolutamente rilevanti per l'azione di governo, il cui fondamento però non risiede negli *statute law* e che, pertanto, sembrano mettere a dura prova i principi cardine del sistema costituzionale britannico, ossia la *rule of law* e la *sovereignty of Parliament*, al punto che una parte della dottrina li definisce il "buco nero" del sistema giuridico inglese⁴¹.

Per il vero, l'esistenza di poteri dell'esecutivo che non trovano la propria giuridica legittimazione in un atto superiore di matrice normativa non è certo sconosciuta agli ordinamenti continentali ai quali è nota la controversa categoria dell'atto politico⁴². Quest'ultima, forse, maggiormente indagata dalla dottrina francese e italiana sotto il profilo dell'insindacabilità che contraddistinguerebbe tali atti piuttosto che in relazione all'assenza di un suo fondamento normativo. Ciò non pertanto, anche alcuni poteri di prerogativa regia si caratterizzano nell'ordinamento inglese per l'immunità dalla giurisdizione, ad esempio quelli concernenti la politica estera e quelli emanati personalmente dal Sovrano su *advice* del Primo Ministro che incidano sui rapporti tra gli organi di vertice dell'ordinamento⁴³ i

⁴¹ O. Chessa, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del regno unito*, cit., 864, che riprende quanto affermato da T. Poole, *United Kingdom: The Royal Prerogative*, in *I-CON*, 2010, 147. Di contro, non manca nella dottrina inglese chi evidenzia l'importanza di attribuzioni discrezionali dell'esecutivo per il corretto funzionamento della forma di governo e, più, in generale dell'Amministrazione ritenendo, pertanto, che le materie non coperte da una disciplina statutaria e rientranti nell'alveo della *royal prerogative* vadano individuate come quelle nelle quali l'esecutivo gode di sfere di scelta discrezionale e il cui fondamento non risiederebbe nella tradizione o nella *common law*, posto che quest'ultima si limiterebbe a riconoscere i poteri in questione, bensì, sostanzialmente, nella specialità o unicità della posizione della Corona come sottolineato da S. Payne, *The royal prerogative*, in M. Sunkin, S. Payne (a cura di), *The nature of the Crown: A legal and Political Analysis*, Oxford, 1999, p. 77 ss.

⁴² Sulla relazione tra *royal prerogative powers* e atto politico e, più in generale, su tale categoria G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 358.

⁴³ T. Poole, *op. cit.*, 148 poiché "early seventeenth-century cases established that while the courts could determine the existence and extent of a prerogative power

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

quali, però, risultano non giustiziabili in forza della "non legal rule" che ne disciplina l'esercizio e non tanto, quindi, in ragione di un'immunità dal sindacato delle Corti discendente dalla politicità dell'atto.

In ogni caso, non vi è dubbio che i *Sovereign's constitutional prerogative powers* riguardino delicati e rilevanti attribuzioni che incidono sull'equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento e come questi, essendo convenzionalmente esercitati dal *Premier* sotto il profilo sostanziale, abbiano contribuito in modo decisivo a fondarne la centralità all'interno del sistema. Soprattutto il potere di scioglimento della Camera elettiva il cui esercizio sostanziale da parte del Primo Ministro è considerato il principale tratto caratterizzante del parlamentarismo maggioritario, essendo interpretato quale potere del *Premier* di fare ricorso al popolo mediante la consultazione elettorale⁴⁴. Ma occorre chiarire da subito che, così come il potere di prerogativa ha contribuito a fondare la centralità dell'esecutivo all'interno della forma di governo britannica, allo stesso modo il suo più recente ridimensionamento ad opera della legislazione parlamentare e della interpretazione datane dalle Corti, da ultimo con riguardo al potere estero nella vicenda *Miller*, sembra foriero di importanti sviluppi a tutto vantaggio del recupero della centralità del Parlamento. Infatti, se si guarda alle fattispecie tradizionalmente ritenute non sottoponibili al sindacato giudiziario e la cui più celebre elencazione giurisprudenziale viene individuata nella lista, dal contenuto non esaustivo elaborata da Lord Roskill⁴⁵, non si può non notare un ridimensionamento, proprio in via parlamentare o giurisprudenziale, persino di quelle che venivano considerate alcune delle più sicure ipotesi di *royal prerogative* sulle quali ci si soffermerà più diffusamente nel prosieguo di questo lavoro.

they could not question or review the manner in which a prerogative power had been exercised".

⁴⁴ T.E. Frosini, P.L. Petrillo, voce *art. 88 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, p. 1725.

⁴⁵ "the making of treaties, the defence of the realm, the prerogative of mercy, the grant of honours, the dissolution of Parliament and the appointment of ministers" su cui T. Poole, *The strange death of prerogative in England*, in *University of Western Australia Law Review*, cit., 56 ss.

Fabio Francesco Pagano

*Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"*2.1. *La royal prerogative e il legame tra il Sovrano e il Primo Ministro*

Strettamente riferito all'esercizio dei poteri di prerogativa è anche il peculiare rapporto che intercorre tra il Primo Ministro e il Sovrano, forse non sufficientemente preso in considerazione dalla dottrina con riferimento alla fase contemporanea del costituzionalismo inglese, posto che quest'ultima tende a svalutare, forse eccessivamente, il ruolo del Monarca all'interno dell'ordinamento costituzionale britannico. Non si deve dimenticare, infatti, che questi e il *Premier* condividono un "comune [...] nucleo di potere"⁴⁶ rappresentato proprio dai poteri di prerogativa, il cui esercizio sembra legare a doppio filo le due figure istituzionali.

Orbene, la più rilevante delle prerogative "personali" che residuano in capo al Sovrano, com'è noto, attiene al diritto di essere consultato, di incoraggiare e di mettere in guardia, secondo la celebre espressione di Bagehot⁴⁷. Si tratta di una prerogativa che si estrinseca principalmente, anche se non esclusivamente, per il tramite delle udienze settimanali che la Regina concede al Primo Ministro e i cui contenuti sono coperti da uno strettissimo riserbo. Tale modalità di esercizio della prerogativa regia permette al *Premier* di veicolare nei confronti degli altri componenti del Gabinetto e di trasferire nell'azione di governo, quando lo ritenga opportuno (non essendone in alcun modo vincolato), i pareri e i consigli della Regina e di tenere conto degli ammonimenti espressi da quest'ultima. A prescindere dal grado di influenza che questa riuscirà ad esercitare nei suoi riguardi, invero difficilmente apprezzabile da parte di qualsiasi osservatore esterno, è arduo negare che questa relazione diretta con il Sovrano non accresca quantomeno l'autorevolezza del *Premier* e delle proprie politiche nei riguardi del *Cabinet* e del Parlamento. In definitiva, vi è una cooperazione necessaria del Primo Ministro nell'esercizio della

⁴⁶ G. Rizzoni, *La regina, il primo ministro e la royal prerogative: i misteri della forma di governo britannica nell'ultimo film di Stephen Frears*, in *www.archivio.rivistaaic.it.*, 20/10/2006, p. 2.

⁴⁷ G. Rizzoni, *op. cit.*, p. 101.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

più rilevante prerogativa personale del Monarca, prerogativa della quale il primo beneficiario alla fine è proprio il *Premier*. Questo non significa che la prerogativa in parola non venga esercitata anche nei riguardi di altri componenti del Governo, specie coloro che ricoprono ministeri di particolare rilievo e che mantengono contatti diretti con la Sovrana, però solo con riguardo al Primo Ministro questa ha assunto una ben precisa procedimentalizzazione. Si pensi alle regole convenzionali che impongono la cadenza settimanale degli incontri e alla stretta riservatezza sugli argomenti trattati e le posizioni espresse cui entrambi sono reciprocamente vincolati.

In ogni caso, il rapporto di collaborazione che viene ad instaurarsi tra il Monarca e il Primo Ministro è tutt'altro che da sottovalutare così come, in generale, non deve essere sottovalutato il ruolo giocato dalla Monarchia quale espressione di valori e tradizioni unanimemente condivisi dal popolo inglese, nonché di memorie storiche nelle quali la maggior parte di esso tende ad identificarsi⁴⁸. L'influenza in tal modo esercitata dal Sovrano, però, è ben lungi dall'estrinsecarsi in una mera autorità morale priva di valenza giuridica, come pure sosterrebbe una parte della dottrina⁴⁹. Tale affermazione non solo è smentita dalle modalità di esercizio dell'anzidetta prerogativa, attratta anch'essa nell'ambito delle *conventions of constitution* ma pure dalla circostanza che la *moral suasion* il cui esercizio è ampiamente riconosciuto ai capi di Stato nelle forme di governo parlamentari, riveste un preciso rilievo giuridico-costituzionale⁵⁰, tanto che necessita di essere esercitata in forme tali da non compromettere la posizione di neutralità del Monarca e non si può escludere che questa, in determinati casi, possa risultare particolarmente efficace e penetrante. Infatti, il difetto assoluto di legittimazione democratica di un Monarca può essere colmato

⁴⁸ R. Blackburn, *Queen Elizabeth II and the Evolution of the Monarchy*, in V. Bogdanor, *The British Constitution. Continuity and change*, cit., p. 166.

⁴⁹ T. Martines, *op. cit.*, p. 334 ss.

⁵⁰ Si pensi a quanto affermato, con riferimento all'ordinamento italiano, in relazione alla *moral suasion* del Presidente della Repubblica, da Corte cost. sent. n. 1 del 2013.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

dall'esperienza accumulata in lunghi anni di regno⁵¹ e dalla percezione di totale neutralità che circonda un capo dello Stato che detenga una carica vitalizia. Del resto, anche Bagehot descrivendo le caratteristiche del Sovrano e il suo ruolo nel sistema di governo inglese riconosceva come "la superiorità che caratterizza un Re costituzionale si trova nella stabilità della sua carica. È questa che gli offre l'opportunità di acquisire una completa conoscenza di affari complessi [...]"⁵².

Inoltre, anche in relazione ad alcuni poteri di prerogativa, ossia quelli esercitati personalmente dalla Regina ma su *advice* del Primo Ministro o dei Ministri, non è agevole sapere quanto l'opinione espressa dalla prima incida sull'*advice* fornito dai secondi. Si pensi, ad esempio, all'esercizio del *consent* che più di recente ha destato l'interesse della dottrina d'oltremarina, di una parte dell'opinione pubblica e dello stesso Parlamento. La prerogativa in questione prevede che i *Public bills* e i *Private Member's bills* che investano i *royal prerogative powers* o gli interessi patrimoniali e personali della Corona, del Ducato di Lancaster e del Ducato di Cornovaglia ottengano tra la seconda o la terza lettura parlamentare il consenso del Monarca o, solo per quel che concerne il Ducato di Cornovaglia, del Principe di Galles. Il *consent* deve essere richiesto attraverso una peculiare procedura, ritenuta di diritto parlamentare, per il tramite di un Ministro che esprima il proprio *advice* al Sovrano sull'opportunità di concederlo o meno. I dati diffusi dal Cabinet Office nel 2012 e poi nel 2013 a seguito di una controversia giudiziaria in ordine all'applicabilità del FOIA all'esercizio del *consent* hanno dimostrato come la prerogativa abbia conosciuto nel tempo una certa interpretazione estensiva in ordine alla nozione di "interessi della Corona" che giustificano la richiesta del consenso preventivo e, parimenti come in alcuni, seppur sporadici casi, questi sia stato negato

⁵¹ Insiste su questo aspetto, sottolineando come non sia agevole misurare il grado di influenza esercitato dal Sovrano nell'esercizio della prerogativa di consigliare e mettere in guardia, S. Mangiameli, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania e Italia*, Torino, 1998, p. 133.

⁵² W. Bagehot, *op. cit.*, p. 108.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

su *advice* del Governo⁵³. Tale circostanza ha ingenerato il dubbio che mediante il *consent* la Corona possa alcune volte esercitare un'influenza occulta sull'attività legislativa del Parlamento⁵⁴ ma, soprattutto, che attraverso l'esercizio di tale *royal prerogative* l'esecutivo possa impedire che le Camere discutano ed eventualmente approvino i *Private Member's bills* presentati dai *backbenchers* e il cui contenuto non sia condiviso dal Governo⁵⁵. Tanto pare sia avvenuto nel 1999 con un *bill* presentato da un *backbenchers* che proponeva di modificare la prerogativa regia concernente il potere di dichiarare e andare in guerra trasferendone la titolarità dal Monarca e, quindi, dell'esecutivo, al Parlamento⁵⁶. Si tratterebbe, quindi, di un'ulteriore riprova di come l'esercizio sostanziale della *royal prerogative* consentirebbe all'esecutivo in generale e al Primo Ministro, in modo specifico, di condizionare l'operato del Parlamento di Westminster.

Da qui la necessità di approfondire almeno due delle principali problematiche riguardanti la prerogativa reale, ossia quella della loro estensione e dei correlati limiti che ne governano l'esercizio rispetto alle attribuzioni del Parlamento, nonché la complessa vicenda della loro possibile riviviscenza a fronte dell'abrogazione di uno *statute* che sia intervenuto a disciplinare una materia in precedenza interamente ricadente sotto i suddetti poteri regi.

2.2. L'estensione e i limiti della royal prerogative alla luce della giurisprudenza Miller

Orbene, il rapporto esistente tra poteri di prerogativa e attribuzioni del Parlamento è tutt'altro che agevole da dipanare, al pari, del resto, di tutta la materia concernente la *royal prerogative* che,

⁵³ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *The impact of Queen's and Prince's Consent on the legislative process. Eleventh Report of Session 2013–14*, in <https://publications.parliament.uk/pa/>, p. 12 ss.

⁵⁴ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *op. cit.*, p. 14 ss.

⁵⁵ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *op. ult. cit.*, p. 12 ss.

⁵⁶ R. Brazier, *Legislation about the Monarchy*, in *CLJ*, 2007, p. 95 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

come già accennato, assume tratti di inusitato mistero, specie quando l'attenzione si sposta dai "ministerial executive powers" alle prerogative "personali" del Monarca, distinzione, quest'ultima, di non poco momento come si dirà tra poco.

Nonostante ciò, la previsione di limiti rispetto all'esercizio dei poteri in parola rappresenta un'esigenza da tempo avvertita dai giuristi d'oltremarica che, per l'appunto, hanno individuato nel ruolo assolto dalle Corti, negli *statute* e nelle convenzioni⁵⁷ gli argini ad un esercizio altrimenti indiscriminato della prerogativa reale da parte dell'esecutivo. Ben inteso, si tratta di limiti che operano in maniera sensibilmente differente, posto che le convenzioni si occupano esclusivamente di disciplinare le modalità di esercizio delle prerogative, mentre ben più incisivo risulta il ruolo assunto dagli *statute* e dalle stesse Corti, come testimoniato recentemente dalla vicenda giudiziaria apertasi a seguito del referendum sulla *Brexit*.

Infatti, se è pur vero che, come già accennato, le convenzioni sorte nel corso della plurisecolare storia costituzionale britannica hanno rappresentato la principale limitazione rispetto ad un esercizio pienamente discrezionale dei poteri di prerogativa, ciò è avvenuto principalmente nei riguardi del Sovrano e a tutto vantaggio del *Cabinet* e del Primo Ministro. Un ruolo ben più significativo, invece, deve riconoscersi agli *statute*, che in ossequio al principio della *parliamentary sovereignty*, non solo sono in grado di limitare e condizionare l'esercizio dei poteri in parola, ma possono anche estinguerli andando a disciplinare in tutto o in parte una materia sino a quel momento sottoposta per intero e in modo esclusivo all'esercizio della *royal prerogative*. Anzi, l'assenza di una disciplina legislativa della materia rappresenta la fondamentale condizione di esistenza della prerogativa reale che proprio le Corti sono chiamate ad accertare⁵⁸. Anche su questo versante si apprezza la vicinanza tra la prerogativa regia e l'atto politico nell'ordinamento italiano, specie alla luce della giurisprudenza della Consulta che ha chiarito come la

⁵⁷ B.S. Markesinis, *The Royal Prerogative re-visited*, in *CLJ*, 1973, p. 293.

⁵⁸ G. Rizzoni, *op. cit.*, 2. Sui limiti del sindacato delle Corti in ordine alla *royal prerogative* con particolare riferimento alle modalità di esercizio della stessa B. Hadfield, *Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown*, in *The nature of the Crown: A legal and Political Analysis*, cit., p. 197 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

predeterminazione legislativa di atti del governo emanati nell'esercizio del potere politico radichi il loro assoggettamento al sindacato giurisdizionale⁵⁹. Però, diversamente da quanto avviene nell'ordinamento britannico per la *royal prerogative*, l'assenza di una cornice normativa non è presupposto di esistenza dell'atto politico bensì della sua sola giustiziabilità, il che conferma la diversa prospettiva cui i due ordinamenti guardano ai poteri in questione.

Chiarito, quindi, che il Parlamento attraverso la propria legislazione possa limitare o addirittura sostituire i poteri di prerogativa con una nuova disciplina della materia, come del resto avvenuto per il tramite del *Fixed-Term Parliament Act* in relazione al potere di scioglimento dei Comuni, l'aspetto più problematico dei poteri di cui si discute è rappresentato dai limiti al loro esercizio, specie quando la *royal prerogative* incroci attribuzioni parlamentari, come di recente si è verificato in relazione al potere di comunicare, ai sensi dell'art. 50 TUE, l'intenzione del Regno Unito di recedere dall'UE. In questi casi diviene fondamentale il ruolo assunto dalle Corti le quali, benché secondo un costante orientamento giurisprudenziale non possano sindacare le modalità di esercizio della prerogativa reale da parte della Corona, in ogni caso sono chiamate ad accertare l'esistenza del potere di prerogativa e, come avvenuto nel caso della predetta notificazione agli organi dell'UE, a delinearne l'estensione⁶⁰.

La vicenda concernente il potere di avviare la trattativa di cui all'art. 50 TUE è particolarmente significativa sotto molteplici punti di vista. Infatti, la *querelle* giudiziaria in parola non solo ha messo chiarezza in ordine ai limiti di esercizio dei poteri di prerogativa in relazione ad una fattispecie delicata e di grande rilievo quale quella del "*treaty making and unmaking power*", ma, allo stesso tempo, ha confermato il ruolo delle Corti di garanti degli equilibri costituzionali tra la Corona e il Parlamento.

⁵⁹ Su questi aspetti della complessa problematica dell'atto politico sia consentito rinviare a F.F. Pagano, *Gli atti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 863 ss.

⁶⁰ P. Stein, *The prerogative and parliamentary control*, in *CLJ*, 1971, p. 178 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

In particolare, tanto la *High Court* di Londra quanto la Corte Suprema sono giunte alle medesime conclusioni, seppur attraverso argomentazioni in parte differenti, riaffermando il ruolo centrale del Parlamento nell'avvio della procedura di fuoriuscita dall'UE e ribadendo i delicati equilibri costituzionali esistenti tra esercizio della *royal prerogative* e salvaguardia della *sovereignty of Parliament*. Più nel dettaglio, l'*iter* argomentativo della prima delle due pronunzie si concentra, nei suoi passaggi fondamentali, sulla circostanza della perdita per i cittadini britannici, una volta avviata la procedura di recesso dall'UE, dei diritti di matrice europea recepiti dal diritto interno in forza dell'*European Communities Act* del 1972. L'Alta Corte di Londra ha evidenziato che il Governo, pur avendo il potere di contrarre accordi sul versante internazionale e di recedervi, non può incidere in modo diretto sul diritto interno, specie in materia di diritti dei singoli cittadini che trovino il proprio fondamento negli *statute* parlamentari. Al riguardo è chiarissimo il passaggio della sentenza quando afferma "*by making and unmaking treaties the Crown creates legal effects on the plane of international law, but in doing so it does not and cannot change domestic law. It cannot without the intervention of Parliament confer rights on individuals or deprive individuals of rights*"⁶¹.

Il punto centrale della pronunzia è rappresentato dal riconoscimento del valore costituzionale dell'*European Community Act* del 1972 il quale, in forza del recesso dall'UE, smetterebbe di produrre effetti giuridici, con la conseguenza di non consentire al diritto dell'Unione di continuare a spiegare efficacia all'interno dell'Ordinamento Britannico. Pertanto, i cittadini del Regno Unito verrebbero privati del godimento di un articolato e variegato fascio di diritti fondamentali discendenti dalla normativa europea la quale spiegava effetti nel Regno Unito proprio in forza del suddetto *Act* del 1972⁶².

⁶¹ EWHC, R (*Miller*) v. *Secretary of State for Exiting the European Union*, § 32.

⁶² S. Gianello, *Il caso "Miller" davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 24/04/2017, p. 3, sottolinea come

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Allo scopo di meglio identificare tali diritti, l'*High Court* distingue tre categorie di situazioni giuridiche soggettive incise dall'abrogazione dell'ECA del 1972. Una prima serie di diritti sono quelli che, pur discendenti dalla normativa europea, potranno comunque essere riprodotti agevolmente dalla legislazione interna. Poi vi sono i diritti di libera circolazione e di stabilimento delle persone fisiche e giuridiche inglesi che risiedono o operano in paesi dell'Unione che potranno essere salvaguardati anche a seguito dell'uscita del Regno dall'UE poiché non trovano il proprio fondamento nell'*Act* del 1972 ma nella concomitante operatività del diritto nazionale dei singoli Stati e in quello sovranazionale dell'Unione. Da ultimo, vengono individuate una serie di situazioni giuridiche soggettive che sono state create dall'*Act* del 1972 e, quindi, saranno irrimediabilmente estinte a causa della fuoriuscita del Regno dall'UE. Tra queste, il diritto all'elettorato attivo e passivo per l'elezione del Parlamento Europeo o la vincolatività dei precedenti giudiziari della Corte di Giustizia. Proprio con riferimento a questa terza categoria di situazioni giuridiche, il venir meno della base costituzionale che consentiva la penetrazione di tali diritti all'interno del Regno rischia di produrre delle conseguenze capaci di incidere sullo stesso principio di certezza del diritto. Basti pensare, al riguardo, all'impossibilità per il complesso tessuto normativo originatosi in forza delle pronunzie della Corte di Giustizia di continuare a spiegare effetti nel sistema britannico⁶³. Da qui la necessità, ventilata dalla stessa Corte, di un "*Great Repeal Bill*" per dare un nuovo assetto al sistema delle fonti e fornire una nuova base legislativa ai diritti compromessi dalla fuoriuscita del Regno dall'UE⁶⁴.

nell'argomentazione della Corte sia prevalsa l'idea della diversità dei Trattati europei rispetto agli altri accordi internazionali in quanto attributivi di diritti ai singoli.

⁶³ F. Sgrò, *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in www.federalismi.it, 8 marzo 2017, p. 31.

⁶⁴ Sull'argomento H. Dindjer, *Sources of Law and Fundamental Constitutional Change*, in blog di *UK Const. L.*, 25/052017, in <https://ukconstitutionallaw.org.>, 27/01/2017.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Insomma, se si guarda alla profonda trasformazione dell'apparato normativo del Regno Unito ad opera dalla normativa europea e alle conseguenze su tale assetto normativo determinate dall'avvio della procedura di recesso del Regno dall'Unione Europea, non può certo sorprendere che l'High Court abbia ritenuto l'atto di fuoriuscita dall'UE di natura duumvirale con la necessità di una previa manifestazione di volontà da parte del Parlamento ai fini dell'attivazione della procedura di cui all'art. 50 TUE, benché la Corte non avesse chiarito espressamente, diversamente da quel che farà la Supreme Court, se tale autorizzazione dovesse estrinsecarsi in un atto legislativo o solo in un atto di indirizzo nei confronti del Governo da parte della Camera dei Comuni⁶⁵. Si badi bene, si trattava di un aspetto non secondario o meramente formale tanto in relazione all'equilibrio dei rapporti tra i due organi, quanto con riguardo al necessario coinvolgimento della Camera dei *Lords* nel caso in cui si fosse optato, come è poi avvenuto, per una legge. E infatti, proprio la Camera dei Pari ha rivestito un ruolo particolarmente attivo e critico con riguardo alla *Brexit*.

La pronuncia della Corte Suprema, invece, pur valorizzando anch'essa il profilo concernente il coinvolgimento nella controversia dei diritti che l'ordinamento UE riconosce ai cittadini inglesi, muove da una prospettiva alquanto differente, ossia quella dell'equilibrio dei poteri tra Governo e Parlamento e delle conseguenze costituzionali del recesso dall'Unione, tant'è che l'*iter* argomentativo della pronuncia è quello tipico di un giudice costituzionale chiamato a risolvere un conflitto tra poteri⁶⁶, piuttosto che quello di una Corte di ultima istanza il cui compito è quello di rivedere la decisione di un giudice sottordinato concernente la lesione di diritti lamentata dai ricorrenti. La Corte Suprema, infatti, si spinge ben oltre rispetto a quanto aveva fatto l'Alta Corte affrontando la questione prospettatale

⁶⁵ C. Martinelli, *L'isola e il continente: un matrimonio di interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze brexit*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, p. 33.

⁶⁶ F. Rosa, *Westminster first*, in *DPCE -online*, 1/2017,107; C. Martinelli, *op. ult. cit.*, 38, il quale evidenzia come nella pronuncia della Supreme Court il profilo della perdita dei diritti dei cittadini assume una posizione consequenziale rispetto al rapporto tra i poteri e ai limiti di esercizio della *royal prerogative*.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

dal ricorrente toccando uno dei più delicati aspetti del sistema delle fonti del Regno Unito, ossia quello della qualificazione della normativa europea nell'ambito del sistema di tipo dualistico che regola i rapporti tra diritto interno e sovranazionale nell'ordinamento britannico⁶⁷. Un aspetto, quest'ultimo, rispetto al quale la *common law* non era mai riuscita a raggiungere un approdo interpretativo soddisfacente⁶⁸.

Il ragionamento fatto proprio dalla *Supreme Court* muove dalla considerazione che attraverso l'Act del 1972 il Parlamento ha operato la cessione di una parte delle proprie competenze legislative nei confronti delle Istituzioni Europee dando vita "a new constitutional process for making law in the United Kingdom"⁶⁹ destinato a rimanere tale sino a quando il Parlamento stesso non deciderà altrimenti. Tale cessione di sovranità, avvenuta con legge del Parlamento, ha profondamente modificato l'assetto costituzionale del Regno Unito, di modo che una fuoriuscita dall'Unione Europea, lungi dal determinare solo una fisiologica innovazione del diritto interno, comporterà un nuovo e radicale mutamento degli equilibri costituzionali che necessita di un intervento legislativo delle Camere non potendo riconoscersi al Governo il potere di operare delle modifiche di rango costituzionale. Il pensiero della Corte al riguardo è chiarissimo quando afferma che «*There is a vital difference between changes in domestic law resulting from variations in the content of EU law arising from new EU legislation, and changes in domestic law resulting from withdrawal by the United Kingdom from the European Union. The former involves changes in EU law, which are then brought into domestic law through section 2 of the 1972 Act. The latter involves a unilateral action by the relevant constitutional bodies which effects a fundamental change in the constitutional arrangements of the United Kingdom*»⁷⁰

⁶⁷ S. Gianello, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁸ P. O'Brien, *All for Want of a Metaphor: Miller and the Nature of EU Law*, in U.K. Const. L. Blog, 30 January 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org> 30/01/2017; E. SMITH, *Treaty Rights in Miller and Dos Santos v. Secretary of State for Leaving the European Union*, in U.K. Const. L. Blog, 16/11/2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/>.

⁶⁹ [2017] UKSC 5, 24 gennaio 2017, § 65, 68.

⁷⁰ [2017] UKSC 5, 24 gennaio 2017, § 78.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

È entro questa cornice argomentativa, quindi, che la *Supreme Court* si è mossa per escludere che l'esecutivo potesse ricorrere ai propri *prerogative powers* per dare avvia al procedimento di cui all'art. 50 TUE poiché "*Ministers require the authority of primary legislation before they can take that course*"⁷¹. La Corte, infatti, dà atto dell'indubbia esistenza della *royal prerogative* in materia di politica estera⁷² e, quindi, anche in tema di conclusione o recesso di accordi internazionali ma, adottando un approccio prettamente dualista⁷³, tiene separato l'ambito delle relazioni sovranazionali, di esclusivo appannaggio del Governo, da quello del diritto interno ove si riespancono le attribuzioni del Parlamento. Gli accordi internazionali stipulati dal Governo attraverso l'esercizio della prerogativa reale,

⁷¹ *Ivi*, § 101. Fortemente critico nei confronti della pronuncia in questione M. Elliott, *The Supreme Court's judgment Miller: in search of constitutional principle*, in *CLJ*, 2017, p. 257 ss., che ritiene problematico l'orientamento adottato dalla Corte in relazione all'impossibilità della prerogativa di modificare l'assetto costituzionale quando ciò non contrasti con una espressa previsione contenuta nello *statute law*, posto che il principio della sovranità parlamentare non postulerebbe il monopolio della legge parlamentare in ordine alla produzione del diritto ma solo la primazia del diritto statutario. Anche J. Grant, *Prerogative, Parliament and Creative Constitutional Adjudication: Reflections on Miller*, in *King's Law Journal*, 2017, p. 50, dimostra di non condividere l'approccio argomentativo della pronuncia e richiama le ragioni di dissenso espresse da Lord Carnwath in ordine alla circostanza che la Corte non avrebbe dimostrato per quali ragioni la *royal prerogative* non possa essere invocata dal Governo per recedere dall'UE ai sensi dell'art. 50 TUE.

⁷² La Corte al riguardo è alquanto chiara "*the most significant area in which ministers exercise the Royal prerogative is the conduct of the United Kingdom's foreign affairs. This includes diplomatic relations, the deployment of armed forces abroad, and, particularly in point for present purposes, the making of treaties [...] subject to any restrictions imposed by primary legislation, the general rule is that the power to make or unmake treaties is exercisable without legislative authority and that the exercise of that power is not reviewable by the courts [...] This principle rests on the so-called dualist theory, which is based on the proposition that international law and domestic law operate in independent spheres. The prerogative power to make treaties depends on two related propositions. The first is that treaties between sovereign states have effect in international law and are not governed by the domestic law of any state*". [2017] UKSC 5 R (*on the application of Miller and another*) v. *Secretary of State for Exiting the European Union*, p. 54-55.

⁷³ F. Sgrò, *op. cit.*, 17; N. Aroney, R (*Miller*) v *Secretary of State for Exiting the European Union: Three competing Syllogism*, in *The Modern Law Review*, 2017, p. 732.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

infatti, producono effetti giuridici esclusivamente sul piano internazionale senza entrare a far parte del diritto inglese sino a quando non siano recepiti con legge da Westminster e, in mancanza di tale recepimento, non sono idonei a produrre conseguenze giuridiche all'interno del Regno. Da qui l'impossibilità di riconoscere all'esecutivo il potere di attivare la procedura di cui all'art. 50 TUE agendo mediante l'impiego dei poteri di prerogativa posto che il recesso del Regno da un'organizzazione internazionale quale l'UE, non avrebbe determinato delle conseguenze solo sul versante sovranazionale, ma, come si è detto, avrebbe avuto delle dirette implicazioni sul piano interno. *In primis* determinando la modifica dell'assetto costituzionale del Regno attraverso l'attivazione di una procedura che determinerà l'abrogazione dell'*Act of parliament* del 1972 il quale, a sua volta, consente al diritto dell'Unione, una volta recepito a livello interno, di entrare a far parte del "domestic law"⁷⁴ e i cui cambiamenti spettano al Parlamento di Westminster. Di conseguenza, senza l'intervento legislativo delle Camere si sarebbe avuta una modifica del diritto interno da parte del Governo in violazione di principi cardine dell'ordinamento costituzionale britannico quali la *rule of law* e la *Parliamentary sovereignty*.

Le due pronunce in parola, pur rappresentando un punto di approdo fondamentale, si muovono nel solco già tracciato dalla giurisprudenza pregressa tanto con riferimento ai rapporti tra ordinamento interno e europeo, quanto con specifico riguardo all'esercizio dei poteri di *royal prerogative* e ai limiti che incontra l'esecutivo con riguardo al loro esercizio. Non poteva essere diversamente, tutta la vicenda giudiziaria si è svolta nelle forme tipiche

⁷⁴ N. Aroney, *op. cit.*, p. 745, ritiene che, alla luce di quanto affermato dalle sentenze *Miller*, l'incorporazione del diritto europeo nel diritto del Regno Unito avrebbe dato vita ad una nuova fonte del diritto interna all'ordinamento britannico la cui modifica o abrogazione spetterebbe al Parlamento. Su questa linea interpretativa si muove anche S. Gianello, *op. cit.*, 16, il quale ritiene questo aspetto l'elemento di maggior novità della pronuncia e vi vede un'attenuazione dell'esasperato dualismo che caratterizza l'ordinamento britannico quanto ai rapporti tra livello interno e sovranazionale. Dello stesso avviso anche T. LOCK, *The Supreme Court in Miller – some early comments*, in *VerfBlog*, 24 January 2017, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-supreme-court-in-miller-some-early-comments>.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

di un ordinamento di *common law* dove la legittimazione delle Corti e delle loro decisioni è legata al rispetto dei precedenti e della tradizione giuridica che le due pronunzie hanno tenuto ben presenti, allo stesso tempo, però, "unificando concettualmente principi che precedentemente erano stati elaborati in forma meno organica"⁷⁵.

Con riferimento al profilo dell'integrazione tra diritto interno e diritto europeo, è innegabile l'influenza della vicenda *Thoburn*⁷⁶ del 2003 che, assieme alla ben più risalente pronunzia *Factortame*⁷⁷, ha posto le basi del riconoscimento del primato del diritto UE sul diritto interno in forza dell'*Act* del 1972, al quale tale pronunzia attribuisce espressamente natura costituzionale, con la conseguenza di ritenerlo soggetto solo a modifica o abrogazione espressa da parte di una nuova legge del Parlamento⁷⁸.

Quanto, invece, all'aspetto che qui più ci interessa, le due sentenze, specie quella della Corte Suprema, partendo da alcuni principi assolutamente consolidati in materia di esercizio della prerogativa regia, quali il necessario rispetto da parte di quest'ultima degli *statute law* e il divieto per la Corona di modificare il diritto interno attraverso l'impiego di un qualsivoglia potere di *royal prerogative*, hanno chiarito entro che termini il Governo possa esercitare uno dei più tradizionali poteri di prerogativa, ossia quello attinente alla conduzione dei rapporti internazionali. Soprattutto, hanno sancito che quando l'esercizio della prerogativa di cui trattasi incroci le attribuzioni del Parlamento, vuoi perché il suo impiego

⁷⁵ G.F. Ferrari, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *FORUM DPCE Online – Brexit*

⁷⁶ *Thoburn v. Sunderland City Council* 2002, EWHC, 195 Admin 2003.

⁷⁷ *Factortame, R v. Secretary of State Transport, ex p. Factortame Lmt.*, n. 1, 1990, 2 AC e n. 2, 1991, AC 603.

⁷⁸ Su questi profili V. Bogdanor, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 32, 2012, 179 ss. il quale ritiene che dal 1972 in avanti la teoria della sovranità parlamentare abbia subito un'alterazione. Per un'analisi della trasformazione del principio in parola a seguito della sentenza *Factortame* O. Chessa, *La sovranità parlamentare in trasformazione in I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 401 ss. In tema anche A. Biondi, *La supremazia dell'ordinamento comunitario e i "martiri del sistema metrico" nell'ordinamento inglese*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 847 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

implica la modifica di atti legislativi emanati da quest'ultimo, o perché incide su diritti dei cittadini garantiti da *statute* parlamentari o perché, più in generale, influisce sull'assetto costituzionale del regno, la garanzia della *sovereignty of Parliament* impedisce al Governo di farvi ricorso liberamente senza il consenso delle Camere.

Si tratta di profili di non poco momento in ordine al più generale equilibrio dei rapporti tra il Governo e le Camere, cui si aggiungono le conseguenze che il *Fixed-Term Parliament Act* del 2011 è potenzialmente in grado di spiegare in ordine ai medesimi rapporti, in particolare, sul precipuo versante della forma di governo. Infatti, benché le pronunzie in parola non abbiano influito sull'avvio del procedimento di fuoriuscita dall'UE, posto che era difficile immaginare che il Parlamento sconfessasse i risultati del referendum, non giuridicamente vincolante ma politicamente assolutamente significativo⁷⁹, queste però hanno impedito al governo May di essere l'unico protagonista delle procedure che hanno dato avvio alla *Brexit*⁸⁰ e certamente hanno rafforzato il ruolo del Parlamento anche in relazione ai successivi passaggi politico-costituzionali del processo di fuoriuscita dall'Unione benché, ancor prima delle sentenze *Miller*, la May avesse assicurato la sottoposizione al Parlamento degli accordi raggiunti con l'UE.

In altre parole, è comunque difficile negare le pronunzie in questione non abbiano rafforzato la posizione delle Camere rispetto al Governo consentendogli di erodere sfere di competenza tradizionalmente ricondotte in modo più saldo all'esecutivo per il tramite dell'istituto della prerogativa regia. E questo, come si è già accennato, pur al netto della sostanziale continuità rispetto alla giurisprudenza pregressa, sicché, anche in questo caso, continuo e

⁷⁹ Sulla natura non vincolante del referendum e la sua peculiare fisionomia nell'ordinamento britannico M. Goldoni – G. Martinico, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, in www.federalismi.it, 21/09/2016, 8 ss. Sottolinea come la *Supreme Court* nella pronunzia *Miller* non sembra ritenere il referendum un "evento costituzionalmente rilevante" G. G. Carboni, *Gli effetti del referendum sulla Brexit alla luce della sentenza della Corte suprema* in *FORUM DPCE Online – Brexit*.

⁸⁰ C. Martinelli, *I poteri costituzionali di fronte alla brexit: la UKSC fissa i confini*, in *FORUM DPCE Online – Brexit*.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

discontinuo sembrano caratterizzare la Costituzione inglese dove gli elementi di novità si situano pur sempre nel sentiero già precedentemente tracciato dalla *common law*⁸¹ e i cambiamenti non sono mai traumatici e repentini ma, per così dire, a "formazione progressiva". Peraltro, è interessante notare come nel caso della vicenda *Miller* le Corti abbiano fatto impiego di un principio, quale quello della *sovereignty of Parliament*, che per quanto formalmente mai messo in discussione, non pochi fattori avevano contribuito a mettere in crisi, tanto che non mancava chi ritenesse il principio in parola tutto sommato in fase di superamento⁸². Sul versante della gerarchia delle fonti, si pensi al riguardo proprio al riconoscimento della primazia del diritto UE o alla *declaration of incompatibility* rispetto alla CEDU che le Corti possono operare quando riscontrano una difformità tra il diritto interno e la Convenzione. Si tratta di un meccanismo di controllo che, pur non determinando alcuna forma di invalidazione della legislazione primaria, spesso assume una "*forza politically binding*"⁸³, tant'è che il Parlamento, cui viene rimessa la

⁸¹ F. Nania, *Le origini della "freedom of trade" in Inghilterra e la lotta contro i regi monopoli*, in *Dir. Pubbl. comp. Eur.*, 2018, p. 970, sottolinea come nell'ordinamento inglese non si richiede che il cambiamento e la modifica della Costituzione avvengano con un unico atto e in un singolo momento temporale.

⁸² Come evidenziato da G.G. Carboni, *La sentenza Miller: un banco di prova per la forma di governo del Regno Unito*, in *FORUM DPCE Online – Brexit*; Id, *Gli effetti del referendum sulla Brexit alla luce della sentenza della Corte suprema*, cit., che annovera anche il ricorso all'istituto referendario tra i molteplici fattori di crisi della sovranità parlamentare. Più in generale su questo aspetto R. Gordon QC, *Constitutional Change and Parliamentary Sovereignty – the Impossible Dialectic*, in *The British Constitution. Continuity and change*, cit., p. 153 ss.

⁸³ F. Nania, *Le origini della "freedom of trade" in Inghilterra e la lotta contro i regi monopoli*, cit., p. 973; Id, *Garanzie formali ed indipendenza sostanziale delle corti nell'esperienza britannica*, cit., 16, il quale non esita a rivedere, nell'istituto in parola, un rafforzamento delle Corti nella tutela dei diritti, nonché una rivitalizzazione delle teorie di Coke sul ruolo di controllo delle Corti nei confronti del rispetto della *common law* da parte del Parlamento che la Gloriosa rivoluzione aveva consegnato alla storia. M. Elliott, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, 2002, 22 *Legal Studies*, p. 349, afferma che "*de facto judicial power to procure the amendment of legislation which unlawfully qualifies fundamental right*".

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

decisione di sanare o meno il contrasto accertato dalle Corti, tende a recepire gli orientamenti di quest'ultime⁸⁴.

2.3. Il problema della possibile riviviscenza della royal prerogative

Individuati i limiti di esercizio della *royal prerogative* da parte del Governo, anche a seguito dei chiarimenti forniti dalla pronunzie *Miller*, è opportuno soffermarsi sulla seconda problematica cui si era fatto cenno alla fine del precedente paragrafo, ossia quella dell'eventuale riviviscenza della *royal prerogative* in caso di abrogazione dello *statute* che l'abbia estinta espressamente o, più realisticamente, che abbia disciplinato una materia in precedenza interamente ricadente sotto i poteri di prerogativa. Si tratta di un profilo di non secondario interesse proprio in relazione alla disciplina posta in essere con il *Fixed-Term Parliament Act* che non è per nulla escluso che in futuro possa essere abrogata, come paventato nel manifesto elettorale del partito conservatore alle elezioni del 2017⁸⁵.

Al riguardo, una parte significativa della dottrina d'oltremarica, in questo suffragata anche dalla dottrina italiana che si è occupata di tale problematica, ritiene che "una volta intervenuta l'abrogazione legislativa di un potere regio di prerogativa, questo potere non potrebbe resuscitare a seguito della successiva abrogazione della

⁸⁴ P. Craig, *Accountability and Judicial Review in the UK and EU*, in Nicholas Bamforth, Peter Leyland (a cura di) *Accountability in a contemporary constitution*, Oxford, 2013, 193 ss. evidenzia che l'assenza del controllo di costituzionalità nel Regno Unito non sia dovuto alla mancanza di una Costituzione scritta, ben potendosi avere il *judicial review of legislation* pur in presenza di una Costituzione non scritta come quella britannica, bensì al principio della *sovereignty of Parliament*. Di conseguenza, le pronunzie delle Corti potranno determinare solo l'invalidazione della normativa secondaria, mentre i principi elaborati dalla giurisprudenza serviranno quali guide interpretative della legislazione primaria, ma senza che questa possa essere soggetta ad un sindacato teso a farne valere l'illegittimità costituzionale.

⁸⁵ C. Fasone, *La prima applicazione della mozione di auto-scioglimento della Camera dei Comuni, secondo il Fixed-Term Parliaments Act*, in *Quad. Cost.*, 2017, p. 643.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

norma abrogante”⁸⁶. Tale orientamento, sulla scorta del pensiero di Dicey, muove dalla considerazione che quelle in parola sono attribuzioni regie che troverebbero il proprio fondamento nella sovranità monarchica di matrice medievale cui, dopo la Gloriosa Rivoluzione, si è sostituita la sovranità del *King in Parliament* con la conseguenza che ciò che è statuito dalla seconda può sostituire quanto a suo tempo era stato deciso dalla prima⁸⁷. Nulla di più vero, non vi è dubbio infatti che la *royal prerogative* affondi le proprie radici nell'antica sovranità medievale del Re e, quindi, nella tradizione, così come attestato dalla *common law*, ma questa matrice tradizionale non spiega per quale ragione non dovrebbe determinarsi un fenomeno di riviviscenza della prerogativa nel caso dell'abrogazione della disciplina legislativa che ne ha preso il posto. Se ci si pensa, la conseguenza di ordine pratico di siffatta tesi sarebbe quella di lasciare del tutto privo di regolamentazione un intero settore del *government*, magari di fondamentale importanza per il funzionamento della forma di governo, come nel caso del potere di scioglimento della Camera dei Comuni.

Pertanto, proprio con riferimento al potere di scioglimento, il legislatore che “*melius re perpensa*” volesse ritornare alla previgente disciplina, a voler seguire tale orientamento, non potrebbe semplicemente abrogare la nuova, ma dovrebbe emanare un nuovo *statute* che regolasse il potere di scioglimento alla stessa stregua della scomparsa *royal prerogative* solo che, in tal caso, il fondamento del relativo potere non sarebbe più quest'ultima ma pur sempre un atto parlamentare⁸⁸.

Orbene, la tesi in parola non persuade nella parte in cui non tiene in debita considerazione la distinzione tra i diversi poteri di prerogativa e, quantomeno, la *summa divisio* tra “*ministerial executive*

⁸⁶ O. Chessa, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del regno unito*, cit., 861, che richiama numerosi Autori inglesi a sostegno di questa posizione. Su tale profilo interessanti anche se non del tutto condivisibili le considerazioni di A. Horne and R. Kelly, *Prerogative Powers and the Fixed-term Parliaments Act*, UK Const. L. Blog, 19/11/2014, in <http://ukconstitutionallaw.org>.

⁸⁷ O. Chessa, *op. ult. cit.*, p. 864.

⁸⁸ Secondo quanto sembra sostenere sempre O. Chessa, *op. ult. cit.*, p. 865.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

powers" e prerogative "personali" del Monarca che non ha solo una funzione classificatoria ma è indice di una diversa caratterizzazione dei poteri di prerogativa in questione.

La prima e più evidente distinzione riguarda proprio il differente ruolo giocato dal Monarca nel loro esercizio che è un sintomo dell'appartenenza delle prerogative c.d. "personali" alla persona del Sovrano e non semplicemente alla Corona come nel caso dei poteri di prerogativa esercitati direttamente dai ministri. La distinzione tra la Corona, in nome della quale i ministri agiscono quali suoi servitori, e la persona del Monarca è ormai nota nel diritto pubblico inglese che ne ha fatto impiego per distinguere la responsabilità della prima dall'assoluta irresponsabilità personale del secondo⁸⁹ ed è fondamentale per comprendere il diverso atteggiarsi della prerogativa rispetto allo *statute law*⁹⁰.

Nel caso dei "*ministerial executive powers*" non vi è alcuna difficoltà ad accettare che l'intervento parlamentare che decida di disciplinarne l'esercizio estingua definitivamente il potere di prerogativa senza che, in caso di abrogazione della nuova disciplina, possa determinarsi riviviscenza della stessa. Si tratta, infatti, di poteri che per antica tradizione, per l'appunto di matrice medievale, appartenevano al Monarca e, successivamente, sono rimasti nelle mani della Corona nonostante l'evoluzione che l'ha riguardata e che una volta disciplinati dal Parlamento vedono definitivamente modificato il titolo che ne legittima l'esercizio. Tra l'altro, trattandosi di un residuo delle storiche attribuzioni del Sovrano, poi transitate alla Corona intesa, però, come potere esecutivo, è da ritenersi fisiologico che una volta attratti nell'alveo della disciplina legislativa questi debbano ritenersi estinti in capo alla prima che non potrà più esercitarli a titolo di prerogativa, ma semmai in forza della legislazione parlamentare,

⁸⁹ P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, cit., p. 96 ss.

⁹⁰ Si sofferma sul complesso significato della "Corona" e sulla sua evoluzione storica M. Loughlin, *The State, the Crown and the Law*, in *The nature of the Crown: A legal and Political Analysis*, cit., 33 ss.; R. Blackburn, *Queen Elizabeth II and the Evolution of the Monarchy*, cit., 167, evidenzia la distinzione legale che è possibile operare tra la Corona come potere esecutivo e la Corona intesa con riferimento al Monarca.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

con tutto ciò che ne consegue in termini di compressione della discrezionalità dell'esecutivo.

La situazione è in parte diversa quando si discorra, invece, delle prerogative "personali" del Monarca, ossia quei poteri che risiedono ancora in capo al Sovrano e non sono transitati alla Corona complessivamente intesa e che oltre a riguardare le immunità concernenti la sua persona (*the king can do no wrong*) ed il fondamentale diritto di essere informato, di consigliare e mettere in guardia, annoverano al proprio interno anche il potere di nomina del Primo Ministro, l'esercizio del *Royal Assent* e lo scioglimento della Camera dei Comuni⁹¹, oltre che la concessione di onori. Anche in relazione a tali poteri di prerogativa il fondamentale principio della *sovereignty of Parliament* consente al Parlamento di Westminster di intervenire per regolamentarne l'esercizio e, quindi, di sottrarre il loro impiego da qualsiasi forma di discrezionalità del Monarca e del Suo Governo, come avvenuto, da ultimo, in relazione al potere di scioglimento.

Ciò non pertanto, è da escludersi che l'intervento della disciplina di rango legislativo estingua il potere di prerogativa il quale potrebbe, quindi, riespandersi o rivivere qualora la nuova disciplina dovesse essere abrogata. Si tratta, infatti, di un potere regio che, a prescindere dalla circostanza che venga convenzionalmente esercitato su *advice* del *Premier*, trova il proprio fondamento nell'autorità personale del Monarca e non semplicemente della Corona, sicché è possibile argomentare che questo potere perduri fino a quando perdura l'istituto Monarchico. Il Parlamento, quindi, disciplinando in uno *statute law* un potere di "prerogativa personale" potrà regolamentarne per intero l'esercizio, potrà anche eliminare qualsiasi residua discrezionalità in capo al Monarca e, quindi, in capo al Primo Ministro, in ordine al suo esercizio ma non lo estinguerà, limitandosi a lasciarlo in sospeso, sicché questi potrà essere ripristinato.

In altre parole, la prerogativa reale di segno "personale" risulterà limitata o compressa dall'intervento legislativo delle Camere ma non verrà estinta in quanto legata all'autorità personale del

⁹¹ Sull'evoluzione e sulla disciplina di tali poteri di prerogativa R. Blackburn, *Monarchy and the Personal Prerogatives*, in *Public Law*, 2003, p. 546 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Sovrano, per cui in caso di abrogazione, per così dire secca, della nuova disciplina si potrà verificare la riviviscenza della *royal prerogative* in questione che, libera dai vincoli frapposti dalla legislazione parlamentare, tornerà a riespandersi.

È anche possibile che il Parlamento ripristini espressamente la precedente *royal prerogative*, come ben argomentato da una parte della dottrina d'oltremarica⁹² che fonda la propria tesi principalmente su due argomenti. Da un lato, la sez. 15 dell'*Intendation Act* del 1978 che afferma come "*Where an Act repeals a repealing enactment, the repeal does not revive any enactment previously repealed unless words are added reviving it*", dall'altro sopra un passaggio della pronunzia della Corte Suprema sul caso *Miller* che ha affermato "*If prerogative powers are curtailed by legislation, they may sometimes be reinstated by the repeal of that legislation, depending on the construction of the statutes in question*"⁹³. Tale opzione comporterebbe, comunque, non poche problematiche di ordine teorico e pratico, posto che bisognerebbe capire se, così espressamente ripristinato, il fondamento del potere di scioglimento debba rinvenirsi nella stessa *royal prerogative*, oppure nella legge che l'ha espressamente fatta rivivere.

In realtà, anche in questo caso muterebbe il titolo che legittima l'esercizio del potere di prerogativa che, alla fin fine, dovrebbe sempre rinvenirsi nello *statute* ripristinatorio della stessa. Da un punto di vista pratico, inoltre, la scelta di imboccare una strada siffatta rischia di consegnare in capo ai Tribunali la decisione ultima in ordine ad aspetti fondamentali del sistema costituzionale da sempre di esclusivo appannaggio della politica, anche per il tramite della loro disciplina mediante regole convenzionali. Ad esempio, in ordine alla possibilità di sciogliere il Parlamento, posto che, almeno in astratto, potrebbe spettare alle Corti stabilire se l'abrogazione del FTPA, secca o espressamente ripristinatoria della prerogativa, abbia riconsegnato il potere di scioglimento in capo al Sovrano e, quindi, al *Premier*, con le stesse caratteristiche di un tempo. Per il vero, è alquanto difficile che

⁹² R. Craig, *Zombie Prerogatives Should Remain Decently Buried: Replacing the Fixed-term Parliaments Act 2011 (Part 1)*, in U.K. Const. L. Blog, 24/05/ 2017, available at <https://ukconstitutionallaw.org/>.

⁹³ [2017] UKSC 5: R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*), par. 112.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

le Corti, chiamate a pronunciarsi sul punto, si addentrino in una materia che riguarda tanto da vicino la forma di governo⁹⁴.

In ogni caso, l'opzione della riviviscenza a seguito di abrogazione secca dello *statute law*, al netto del rischio del coinvolgimento delle Corti, appare forse la più semplice dal punto di vista pratico perché avrebbe quale immediata conseguenza il ripristino della precedente disciplina ma, come si è detto, anch'essa non appare altrettanto scontata dal punto di vista teorico senza una corretta valorizzazione della distinzione tra prerogative personali del Monarca e prerogative ministeriali. In ogni caso, immaginare l'estinzione pura e semplice delle poche ma significative prerogative che il Sovrano esercita a titolo personale, seppure su consiglio del Primo Ministro, significherebbe trasformare la figura del Monarca in un guscio vuoto, sarebbe, insomma, come sopprimere la Monarchia stessa, posto che come già detto quest'ultima e le suddette prerogative sono inscindibili tra loro, poichè le seconde traggono la loro legittimazione dall'autorità personale del Re e non semplicemente da quella della Corona complessivamente intesa.

3. Il potere di scioglimento della House of Commons e il Fixed-Term Parliament Act del 2011

A questo punto della trattazione, è possibile concentrare la nostra attenzione sulla più significativa prerogativa regia a disposizione del Primo Ministro che era rappresentata, prima della riforma del 2011, dalla piena disponibilità del potere di scioglimento della camera elettiva⁹⁵. Ciò in ragione dell'esercizio convenzionale di tale potere secondo modalità che, progressivamente, hanno

⁹⁴ In *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 Lord Roskill ha affermato che "The courts are not the place wherein to determine whether ... Parliament [should be] dissolved on one date rather than another".

⁹⁵ R. Blackburn, *The Prerogative Power of Dissolution of Parliament: Law, Practice, and Reform*, in *Public Law*, 2009, p. 768, afferma "it is the monarchy that controls the life of Parliament as a matter of the common law, not any parliamentary statute. This common law power is part of the royal prerogative. It is exercised directly by the monarchy upon the advice and the discretion of the Prime Minister".

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

contribuito in modo decisivo all'affermazione della centralità del *Premier* all'interno della forma di governo, al punto da indurre una parte della dottrina, come già rammentato, a discorrere di una presidenzializzazione di quest'ultima⁹⁶. Che il gabinetto che non riuscisse a legiferare potesse sciogliere l'assemblea costituiva già secondo Bagehot, come si è detto, l'elemento caratterizzante di una Costituzione in cui il legislativo e l'esecutivo sono fusi, ma lo stesso Autore riconosceva come vi fossero "dei margini di dubbio sul fatto che il sovrano sia comunque tenuto a sciogliere il parlamento quando il governo gli chiede di farlo"⁹⁷. La posizione del Re, che aveva già da tempo convenzionalmente perso il potere di decretare liberamente lo scioglimento dei Comuni, di fronte alla richiesta del governo di porre fine alla legislatura rimaneva alquanto incerta.

In tale situazione di dubbio in ordine alle residue attribuzioni del Sovrano si inseriscono i *Lascelles Principles* enunciati dal segretario particolare di Giorgio VI⁹⁸ in forza dei quali è legittimo il diniego opposto dal Monarca quando "*the existing Parliament was still vital, viable, and capable of doing its job; a General Election would be detrimental to the national economy; [and] he could rely on finding another Prime Minister who could carry on his Government, for a reasonable period, with a working majority in the House of Commons*". Ai fini della nostra disamina rileva principalmente il terzo motivo di diniego che subordinava lo scioglimento all'impossibilità di insediare

⁹⁶ Che le modalità di esercizio del potere di scioglimento della Camera dei Comuni possano essere un sintomo del passaggio dalla centralità del *Cabinet* a quella del Primo Ministro all'interno della forma di governo britannica è sottolineato da R. Blackburn, *op. ult. cit.*, p. 770 ss., il quale mette in evidenza il processo evolutivo che ha determinato il progressivo affermarsi del potere di scioglimento quale una scelta riservata del Primo Ministro dalla quale, nel corso del tempo, è stato escluso il *Cabinet*. La medesima dottrina, al fine di sottolineare la centralità assunta del *Premier* nell'esercizio di tale potere mette in evidenza, anche, come, nella prassi, siano cambiate le modalità di comunicazione della volontà di sciogliere la Camera bassa da parte di quest'ultimo, sino al punto di escludere totalmente una preventiva informazione ai membri del Parlamento.

⁹⁷ W. Bagehot, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁸ S. A. Lascelles, *Dissolution of Parliament: Factors in Crown's Choice*, in *The Times*, 2 May 1950, 5. Sulla vicenda R. Hazel, *Fixed Term Parliaments*, in UCL, 2010, 6; D. J. Heasman, *The Monarch, the Prime Minister, and the Dissolution of Parliament*, in *Parliamentary Affairs*, 1960, p. 95 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

un nuovo esecutivo dotato di una maggioranza parlamentare "operativa" e per un periodo ragionevole. Il che sembrava significare che, nel caso in cui il governo non avesse più goduto della fiducia dei Comuni, il Sovrano, prima di concedere lo scioglimento, avrebbe dovuto verificare l'esistenza di maggioranze alternative capaci di sostenere un nuovo governo per un periodo di tempo congruo. A ben vedere, si trattava di un'operazione non del tutto agevole per un Capo dello Stato Monarchico che ambisse a mantenere una posizione di visibile e incontestata neutralità, posto che la suddetta verifica avrebbe comunque dovuto comportare delle delicate valutazioni in ordine alla situazione politica al fine di verificare l'esistenza di una "working majority" che fosse in grado di operare "for a resonable period", valutazioni che si sarebbero potute rivelare erronee prestando il fianco a delle critiche circa l'imparzialità del Re⁹⁹. Se la scelta compiuta da quest'ultimo non fosse stata confermata dalla durata ragionevole del nuovo governo, in presenza delle dimissioni del Primo Ministro questi non avrebbe potuto far altro che sciogliere le Camere, così "concedendo al secondo Premier quello che era stato negato al precedente"¹⁰⁰. Ecco che allora le ragioni che hanno condotto ad un potere di scioglimento sostanzialmente discrezionale della camera elettiva da parte del Premier possono rintracciarsi, con tutta probabilità, nella decisione della Monarchia di accentuare il carattere assolutamente neutrale della funzione ricoperta dal Sovrano operando un vero e proprio *self-restraint* in ordine alle residue attribuzioni di quest'ultimo circa l'esercizio del potere di scioglimento, il che è andato a tutto vantaggio del Primo Ministro.

Non è facile dire se ciò abbia determinato l'affermarsi di una prassi incostituzionale, come ritenuto da una parte della dottrina¹⁰¹ o,

⁹⁹ P. Schleiter - S. Issar, *Constitutional Rules and Patterns of Government Termination: The Case of the UK Fixed-Term Parliaments Act*, in *Government and Opposition*, January 2014, p. 5, che evidenziano come "in practice denying a Prime Minister dissolution was politically difficult because it ran the risk of questioning the political neutrality of the Crown". Ma già in questo senso anche H. J. Laski, *Reflection on the Constitution. The House of Commons, the Cabinet, the Civil Service*, Manchester, Manchester Univ. Press, 1951, p. 72.

¹⁰⁰ O. Chessa, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del regno unito*, cit., p. 816.

¹⁰¹ O. Chessa, *op. ult. cit.*, p. 817 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

più semplicemente, di una nuova convenzione costituzionale instauratasi tra il Monarca e il *Premier* in ordine all'esercizio della prerogativa in questione. Certo è che una parte della dottrina inglese evidenzia che "*in practice no sovereign in the era of modern British politics denied a request for dissolution*", benchè "*there were occasions when some authorities contended that it would be in order for a request to be denied*"¹⁰². L'ordinamento costituzionale britannico, quindi, si è visto privo della funzione equilibratrice normalmente esercitata dal Capo dello Stato in una forma di governo parlamentare, sicché il *Premier* si è trovato sprovvisto di alcun limite o contrappeso nell'esercizio del potere di scioglimento, tanto da potervi ricorrere nel momento da questi ritenuto politicamente più propizio per andare alle elezioni. Sotto questo versante, poi, il superamento della dottrina *Lascelles* è ancora più evidente se si pensa che in base a questa lo scioglimento avrebbe dovuto essere negato in presenza di un Parlamento che fosse "*vital, viable, and capable of doing its job*". Di converso, questi ha finito per essere impiegato dal *Premier* addirittura quale mezzo di possibile reazione ad un voto di sfiducia da parte della Camera elettiva o, come spesso si è verificato, al fine di richiamare alla disciplina i *backbenchers* ribelli minacciandone l'utilizzo¹⁰³, in una prospettiva sanzionatoria che tradisce l'originaria funzione di tale potere nelle mani del Monarca.

In tal modo, specie nel caso di un Gabinetto maggioritario, la possibilità di un esercizio discrezionale da parte del *Premier* del potere di scioglimento contribuiva a ridimensionare il Parlamento quale luogo in cui metterne in discussione l'operato al fine di determinarne le dimissioni a tutto vantaggio, invece, del partito quale reale sede di confronto e di verifica della tenuta della *premiership*. Insomma, la convenzione dell'unione personale tra le cariche di *leader* del partito e di Primo Ministro, il sistema elettorale maggioritario che, in linea di massima, tende ad escludere il formarsi di governi di coalizione, uniti alla piena disponibilità del potere di scioglimento della camera elettiva avevano determinato una forte accentuazione della posizione del

¹⁰² P. Norton, *The Fixed-term Parliaments Act and Votes of Confidence*, in *Parliamentary Affairs*, 2015, p. 3.

¹⁰³ R. Blackburn, *The Prerogative Power of Dissolution of Parliament*, cit., p. 771.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Primo Ministro all'interno del sistema a tutto discapito del principio della *sovereignty of Parliament*, nonostante gli sforzi compiuti da una parte della dottrina per conciliare il principio in parola con l'accentuazione del principio monocratico all'interno dell'esecutivo¹⁰⁴.

In contesto siffatto si inserisce la riforma del 2011 che incidendo sul potere di scioglimento ma anche sul rapporto fiduciario, ossia su due aspetti sino ad allora disciplinati da "*non legal rules*" sembra aver apportato un significativo contributo di razionalizzazione alla forma di governo ma, soprattutto, ha ridimensionato la posizione di preminenza del *Premier* a vantaggio del Parlamento, anche se non è ancora facile valutare entro quali termini.

Com'è noto, il *Fixed-Term Parliament Act* ha sancito, per la prima volta dal *Septennial Act* del 1715, una durata fissa di cinque anni della legislatura e ha individuato solo due ipotesi in cui è possibile che si verifichi lo scioglimento dei Comuni, ossia l'approvazione a maggioranza dei 2/3 da parte di quest'ultimi di una *motion* del seguente tenore "*that there shall be an early parliamentary general election*", oppure l'approvazione a maggioranza semplice di una *motion of no confidence* nei confronti del Governo dalla seguente formulazione: "*that this House has no confidence in Her Majesty's Government*", purché nei quattordici giorni successivi non venga approvata dalla camera elettiva una nuova mozione di fiducia che rechi il seguente contenuto: "*that this House has confidence in Her Majesty's Government*".

Quanto alla prima ipotesi di scioglimento, questa ha trovato una prima applicazione nel 2017 allorché il *Premier* May ha chiesto alla Camera dei Comuni l'approvazione della *motion* al fine di indire nuove elezioni con la speranza, poi delusa, di ottenere un rafforzamento

¹⁰⁴ A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair*, cit., p. 215, il quale ritiene che l'incremento delle attribuzioni dell'esecutivo non vada a detrimento della supremazia del Parlamento, posto che, in presenza di condizioni date quali il rispetto delle convenzioni esistenti e la capacità di produrne di nuove in costanza di situazioni inedite, il *parliamentary government* si attegga quale un sistema in cui il legislatore "produce la funzione di governo ed a sua volta ne è controllato" mediante il legame esistente tra *premiership* e maggioranza parlamentare.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

della propria maggioranza¹⁰⁵. La differenza rispetto al passato quanto agli equilibri tra Governo e Parlamento è alquanto evidente, se prima del 2011 il *Premier* era libero di impiegare il potere di scioglimento al fine di individuare il momento politicamente più propizio per andare alle elezioni, ora una scelta siffatta è subordinata al consenso di una maggioranza qualificata della *House of Commons* e, quindi, della stessa opposizione oltre che dei parlamentari che sostengono il Ministero. Certo, è difficile immaginare un'opposizione che non voglia aderire alla richiesta di elezioni generali nella speranza di ribaltare i rapporti di forza in Parlamento ed è pur vero che l'auto-scioglimento del 2017 ha frustrato uno dei principali scopi della riforma, ossia garantire la durata della legislatura ed evitare gli scioglimenti anticipati¹⁰⁶. Però, la circostanza che la decisione sia rimessa alla Camera concretizzandosi, sostanzialmente, come un auto-scioglimento rappresenta una significativa limitazione dei poteri del *Premier* in ordine alla durata della legislatura. Limitazione il cui rilievo si apprezza maggiormente in presenza di un Governo di coalizione. Non a caso, infatti, la riforma fu voluta nel 2010 dai Liberali, alleati di Cameron, proprio al fine di evitare che questi potesse sciogliere la Camera dei Comuni e andare a nuove elezioni prima della fine della legislatura e, quindi, in modo da rinsaldare l'accordo di governo stretto dopo il risultato elettorale che aveva determinato un *hung parliament* e, di conseguenza, il governo di coalizione¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Sulle ragioni prettamente utilitaristiche che hanno indotto la May a proporre al Parlamento l'auto-scioglimento e il *leader* dell'opposizione ad aderirvi in modo da raggiungere la maggioranza dei 2/3 per approvare la mozione C. Martinelli, *Una dissolution ricca di paradossi*, in *FORUM DPCE Online – Westminster*. Fortemente critico nei confronti del ricorso alle elezioni anticipate anche A. Torre, *Alcune note sull'elezione parlamentare britannica dell'8 giugno 2017: una soluzione (inefficace) peggiore del problema*, in *FORUM DPCE Online – Westminster*.

¹⁰⁶ C. Martinelli, *op. ult. cit.*, il quale dallo scioglimento del 2017 e, quindi, dal fallimento della pretesa di scongiurare scioglimenti anticipati, sembra desumere la debolezza della norma introdotta con l'*Act* del 2011 rispetto alla pregressa regola convenzionale chiamata a disciplinare il potere di scioglimento dei Comuni che risulterebbe ancora fortemente presente nell'ordinamento costituzionale britannico a prescindere dalla positivizzazione della nuova disciplina che, anche in ragione della sua genesi, non sarebbe avvertita come cogente.

¹⁰⁷ A. Blick, *Constitutional implications of the Fixed-Term Parliaments Act 2011*, in *Parliamentary Affairs*, 2015, p. 2.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Con riguardo alla seconda ipotesi di scioglimento, questa presenta profili di maggiore problematicità in ordine alla sua corretta applicazione che solo la prassi politico-istituzionale potrà contribuire a chiarire del tutto, anche in ragione di una formulazione del *Cabinet Manual* alquanto ambigua che non si sofferma su quale debba essere la condotta del Ministero sfiduciato. In particolare, il punto 19 del Chapter 2 prevede che nei 14 giorni successivi all'approvazione della mozione di sfiducia "*an alternative government can be formed from the House of Commons as presently constituted, or the incumbent government can seek to regain the confidence of the House*" con ciò ingenerando dei dubbi sul fatto che il Governo sfiduciato sia giuridicamente obbligato a dimettersi potendo tentare di riguadagnare l'appoggio del Parlamento¹⁰⁸. Per il vero, sembra più plausibile una lettura della riforma alla luce della precedente convenzione consacrata nei *Lascelles Principles* che la nuova disciplina sembra in parte riproporre con la sensibile differenza di correggere il fattore che aveva determinato l'affermarsi della successiva convenzione instauratasi tra il Monarca e il Primo Ministro, ossia la discrezionalità del Sovrano in ordine alla scelta tra lo scioglimento richiesto dal *Premier* che non avesse più una stabile maggioranza alla Camera dei Comuni e la possibilità di procedere alla formazione di un nuovo Governo¹⁰⁹. Discrezionalità che, come già detto la Sovrana si era progressivamente rifiutata di esercitare al fine di accentuare il carattere di imparzialità della Monarchia¹¹⁰, con la conseguenza di lasciare la durata del Parlamento nelle sole mani del Primo Ministro.

¹⁰⁸ D. Feldman, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁹ In questo senso sembra orientarsi anche l'autorevole opinione di O. Chessa, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del regno unito*, cit., p. 829 ss., specif. 834, ove afferma che "la differenza col passato è il fatto che, ora, la verifica definitiva dell'esistenza di una maggioranza parlamentare che voglia proseguire nella legislatura è affidata a una formale votazione fiduciaria e non al discrezionale apprezzamento della Corona".

¹¹⁰ R. Blackburn, *The Prerogative Power of Dissolution of Parliament*, cit., p. 767 nota che "*the monarchy's position today as head of state could easily be destabilized through lack of clarity on what its role and duties are in exercising the royal prerogative, particularly if it is presented with conflicting advice from party leaders anxious to recruit the monarch to their way of thinking on whether a general election should be called or not*".

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Volendo proseguire il raffronto tra la convenzione precedente concretizzata nei *Lascelles Principles* e la nuova disciplina, si può osservare come quest'ultima differisca dalla prima non solo in ordine all'eliminazione della discrezionalità della Corona in tema di scioglimento. Infatti, il primo motivo posto alla base del diniego regio di scioglimento in base ai suddetti principi, ossia l'esistenza di un parlamento "*vital, viable, and capable of doing its job*", non viene confermato dalla riforma del 2011 tra i casi di esclusione di dissoluzione della camera elettiva. È ancora possibile che un parlamento "*vital, viable, and capable of doing its job*" sia sciolto, contrariamente a quanto previsto dalla vecchia convenzione e conformemente alla nuova affermata successivamente a tutto vantaggio del Primo Ministro, ma ciò non dipenderà più dall'esclusiva volontà del *Premier* chiamato a valutare autonomamente quale sia il momento politicamente favorevole per indire le elezioni, bensì da una scelta dei 2/3 dei Comuni. Insomma, rimane la possibilità che si possa addivenire ad uno scioglimento motivato dall'opportunità politica di chiamare elezioni anticipate, ma il Primo Ministro dovrà limitarsi a presentare la relativa *motion* alla *House of Common*. Inoltre, non è escluso, almeno in astratto, che quest'ultima approvi con la maggioranza di 2/3 una *motion* di auto scioglimento a prescindere da una richiesta in tal senso del *Premier*, per quanto sia assolutamente improbabile che il partito di maggioranza approvi un atto di tale importanza senza il consenso di questi, ossia del proprio *leader*.

In definitiva, se è pur vero che la riforma del 2011 ha rappresentato un momento di discontinuità rispetto alla convenzione da ultimo affermata a discapito del Parlamento e a vantaggio del *Premier*, non si può dire, però, che la positivizzazione, per la prima volta nella storia costituzionale inglese (eccezion fatta per il periodo della Repubblica di *Cromwell*) dello scioglimento della Camera elettiva e del rapporto fiduciario abbia determinato per intero la riproposizione della convenzione precedentemente vigente e da ultimo consacrata nei *Lascelles Principles*. In ogni caso, quel che pare evidente è l'intento di riaffermare la *sovereignty of Parliament*, nonché il tentativo di arginare o ridimensionare la tendenza ultramaggioritaria affermata negli ultimi decenni nell'ambito della forma di governo.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Con riferimento a questo secondo aspetto, però, molto dipenderà dall'interpretazione che nella prassi si darà alla seconda ipotesi di scioglimento contemplata dalla riforma. Certo, nei casi in cui, come avviene attualmente, manchi un partito che abbia la maggioranza assoluta all'interno della Camera dei Comuni, la possibilità che il *Fixed-Term Parliament Act* consenta che governi diversi si alternino nel corso della stessa legislatura diviene molto più concreta.

Quanto, poi, alla bontà della riforma in parola per il buon funzionamento della forma di governo del Regno, non si può non prendere in considerazione la posizione espressa a suo tempo da uno dei più autorevoli esponenti della scienza politica inglese che nella possibilità per il *Premier* di sciogliere liberamente il Parlamento, anche quando questi "fosse sicuro di conservare la carica per un certo tempo", rinveniva un fattore utile ad evitare la paralisi delle istituzioni e il protrarsi di un'inutile conflittualità tra le due istituzioni¹¹¹. Per il vero, come si è detto, la riforma in questione non esclude la possibilità di chiamare elezioni anticipate, anche in mancanza di un voto di sfiducia, ma con la considerevole novità di radicare tale scelta in capo ai 2/3 dei Comuni senza lasciarla all'esclusivo arbitrio del Primo Ministro. Insomma, si tratta di un interessante contemperamento tra l'esigenza di non irrigidire eccessivamente il funzionamento della forma di governo escludendo la fine anticipata della legislatura e quella di sottrarre tale valutazione alla discrezionalità del solo *Premier*, salvaguardando così la sovranità parlamentare¹¹².

Certo, affermare che tutt'oggi il Primo Ministro che abbia subito un voto contrario della Camera elettiva possa dimettersi o sciogliere l'Assemblea¹¹³ è alquanto arduo, anche a prescindere dalla concreta

¹¹¹ J. S. Mill *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cit., p. 195.

¹¹² Si sofferma sulla bontà della riforma e sulla maggior legittimazione democratica della scelta di ricorrere allo scioglimento anticipato impressa dalla previsione dell'auto-scioglimento a maggioranza dei 2/3 dei componenti della Camera dei Comuni C. Fasone, *op. cit.*, p. 645.

¹¹³ P. Norton, *The Fixed-term Parliaments Act and Votes of Confidence*, in *Parliamentary Affairs*, 2015, 3, sottolinea come "it was a convention that if the Government lost the confidence of the House of Commons, it either resigned or requested the dissolution of Parliament". Di questo stesso avviso già J. S. Mill *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cit., p. 195

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

applicazione che riceverà la riforma del 2011. Ma che il venir meno di tale opzione in capo al *Premier* possa determinare una paralisi del funzionamento della forma di governo è decisamente da escludersi. Infatti, la riforma è alquanto chiara, e proprio qui sta la sopravvenuta razionalizzazione del modello britannico, nel prevedere che decorsi quattordici giorni senza la formazione di un nuovo esecutivo che ottenga la fiducia della Camera dei Comuni, quest'ultima deve essere sciolta. Non ci sono margini, insomma, per il prolungarsi di una situazione di instabilità che, senza dubbio, non appartiene alla tradizione della forma di governo inglese.

Eppure, non mancano nella dottrina inglese voci critiche rispetto alla riforma e, che tutto sommato mal sopportano l'eccesso di razionalizzazione della forma di governo determinata da quest'ultima. Tanto si evince con riferimento a quanti continuano a ritenere che, nonostante l'espressa positivizzazione della mozione di sfiducia, siano tutt'ora vigenti le precedenti convenzioni che, ad esempio, imponevano al Governo di dimettersi qualora fosse stato battuto al voto sul *Queen's speech* immediatamente dopo le elezioni generali e ciò allo scopo di consentire l'alternanza al governo delle opposizioni senza il ricorso alle elezioni¹¹⁴.

Invero, il tenore dell'*Act* del 2011 è tale da escludere che il Governo possa essere obbligato a dimettersi al di fuori della procedura e delle modalità in esso previste. Una prima riprova di quanto appena detto potrebbe rinvenirsi nella votazione fiduciaria che a gennaio ha coinvolto l'esecutivo May, com'è noto a seguito di una clamorosa sconfitta ai Comuni sull'accordo per l'uscita dall'UE negoziato con Bruxelles. A seguito di una sconfitta parlamentare di tale entità, l'ipotesi delle dimissioni del Gabinetto, a prescindere dalla sua sottoposizione ad un voto parlamentare di fiducia, non sembra essere stata neppure paventata, il che rappresenterebbe una prima conferma della volontà degli attori istituzionali di interpretare in modo abbastanza rigoroso la disciplina introdotta nel 2011.

Ciò non pertanto, nessuno potrà impedire al medesimo esecutivo di trarre le dovute conseguenze dall'andamento del voto sul

¹¹⁴ D. Howarth, *How to Change the Government Without Causing a General Election*, in <http://ukconstitutionallaw.org>, 26/11/2018.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

discorso della Corona, o su una qualsiasi altra votazione ritenuta fondamentale per l'indirizzo politico perseguito dal Ministero, rassegnando le dimissioni. In caso contrario, la Camera potrà sempre approvare la mozione "*that this House has no confidence in Her Majesty's Government*", così costringendo l'esecutivo alle dimissioni e, ovviamente, dando l'avvio alla procedura che entro 14 giorni deve portare alla formazione del nuovo governo o alla riconquista della fiducia del Parlamento da parte del precedente e fermo restando il permanere in capo al Sovrano del potere di riserva di licenziare i propri ministri qualora questi non si dimettano a seguito della votazione della mozione di sfiducia. Insomma, quello sollevato da questa dottrina è tutto sommato un falso problema posto che la razionalizzazione del rapporto fiduciario non esclude che il governo possa dimettersi di sua iniziativa così permettendo un'alternanza alla sua guida senza il bisogno di ricorrere ad elezioni generali, né tanto meno influisce sul corretto funzionamento della forma di governo impedendo al Monarca di licenziare un Governo che si ostini a rimanere in carica nonostante il voto di sfiducia, magari allo scopo di far decorrere i 14 giorni previsti per l'insediamento del nuovo esecutivo in modo da chiamare le elezioni generali.

In definitiva, anche dopo la riforma è possibile che vi sia un'alternanza alla guida dell'esecutivo senza ricorrere ad elezioni generali, certo ciò deve avvenire nel rispetto dell'*Act* del 2011, ossia entro i suddetti 14 giorni. Vero è che prima, in caso di voto contrario sul discorso della Corona susseguente allo svolgimento delle elezioni era improbabile che si arrivasse a nuove elezioni generali perché non solo il *Premier* convenzionalmente obbligato a dimettersi ma, in caso di richiesta di scioglimento della Camera dei Comuni, il Sovrano avrebbe potuto e forse dovuto rigettare la richiesta ministeriale. Ma certo, rimane alquanto improbabile che in costanza della nuova disciplina l'opposizione non riesca a formare un nuovo governo entro 14 giorni dopo la sconfitta dell'esecutivo a inizio legislatura, ossia per impiegare termini noti al costituzionalismo italiano, in caso di mancata costituzione iniziale del rapporto di fiducia.

Anche le opinioni che auspicano il ritorno ad una disciplina per così dire più "fluida" ma solo in parte simile a quella precedentemente regolata mediante la *royal prerogative*, non colgono pienamente nel segno e tutto sommato rischiano di determinare il ripristino un

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

rapporto squilibrato tra Governo e Parlamento. Quello che viene suggerito da una parte della dottrina d'oltremarina¹¹⁵ è un sistema che, tramite l'attribuzione di un potere statutario, consenta al *Premier* di determinare lo scioglimento dei Comuni previa approvazione di una mozione in tal senso da parte della Camera adottata, però, a maggioranza semplice dei suoi componenti. Allo stesso tempo, questa proposta di riforma postula totale neutralizzazione del ruolo del Sovrano al quale, espressamente, in alcun caso dovrebbe essere consentito di opporsi alla richiesta di scioglimento del Primo Ministro suffragata dalla mozione dei Comuni, anche nel caso in cui questa sia formulata dopo che il *Premier* sia stato battuto al voto sul discorso della Corona tenuto subito dopo le elezioni generali. Sembrerebbe un sistema molto simile al precedente, ossia ispirato alla stessa flessibilità, in modo da consentire al *Premier* scioglimenti anticipati rispetto alla durata massima di cinque anni del Parlamento, seppur con il temperamento della risoluzione anticipata dei Comuni.

Per il vero, si tratta di un ritorno al passato che in termini di equilibri costituzionali e di garanzia dell'opposizione rappresenterebbe forse un peggioramento. Infatti, la durata della Camera dei Comuni tornerebbe se non nelle mani del solo Primo Ministro, attesa la previsione della risoluzione votata a maggioranza semplice, quantomeno in quella del *continuum* rappresentato dal Governo e dalla sua maggioranza parlamentare. Inoltre, l'espressa neutralizzazione del ruolo del Sovrano, se da un lato ricalcherebbe quanto avvenuto nel corso del regno di Elisabetta II, con una forte accentuazione del *self-restraint* del Monarca che non ha mai rifiutato alcun scioglimento, dall'altro lato lascerebbe il *Premier* e la propria maggioranza privi di qualunque ipotetico argine o controbilanciamento rispetto all'esercizio pienamente discrezionale del potere di scioglimento. Si potrebbe replicare che anche sotto la vigenza del FTPA il Sovrano non abbia più alcun margine di discrezionalità nel rifiutare lo scioglimento. Nulla di più vero, ma allo stesso tempo questo potere, come già detto, è stato razionalizzato in

¹¹⁵ R. Craig, *Zombie Prerogatives Should Remain Decently Buried: Replacing the Fixed-term Parliaments Act 2011 (Part 2)*, blog di UK Const. L., 25/05/2017, in <https://ukconstitutionallaw.org>.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

modo da eliminare qualunque scelta discrezionale del *Premier*. Pertanto, il ripristino di un sistema flessibile, improntato alla possibilità per il Primo Ministro di chiamare elezioni generali anticipate, magari in reazione alla sfiducia dei Comuni, non potrebbe dover prescindere da un ruolo di garanzia o di riserva del Capo dello Stato¹¹⁶ che, quantomeno in astratto, dovrebbe poter rifiutare lo scioglimento in dei casi limite. In difetto di ciò, la tendenza ultramaggioritaria della forma di governo inglese si riespanderebbe in modo alquanto deciso e anzi potrebbe assumerebbe dei tratti ancor più marcati rispetto al passato.

4. La House of Lords dalla dignified alla efficient Constitution

Se era prevedibile che la riforma del 2011 avrebbe in qualche modo inciso sul ruolo di preminenza del Primo Ministro all'interno della forma di governo lo stesso non può certo dirsi per un'altra fondamentale modifica della Costituzione inglese, ossia quella che con l'*House of Lord Act* del 1999 ha investito la Camera alta del Parlamento di Westminster. Quest'ultima, per il vero, scaturita da un lungo dibattito in ordine alle diverse ipotesi di modifica della composizione e del ruolo della seconda camera che ha attraversato tutto il Novecento proiettandosi agli anni dieci del nuovo millennio¹¹⁷.

¹¹⁶ Si dichiara contrario al riconoscimento di poteri di "riserva" in capo al Sovrano perchè ne verrebbe alterato il ruolo imparziale con il rischio di compromettere lo stesso istituto monarchico R. Blackburn, *Queen Elizabeth II and the Evolution of the Monarchy*, cit., p. 168; Id, *Monarchy and the personal prerogative*, cit., p. 546. Quanto alla dottrina inglese tradizionalmente incline a riconoscere al Re dei poteri discrezionali in momenti di crisi costituzionale o di difficoltà politiche I. Jennings, *Cabinet government*, Cambridge, 1936, ch. 13; R. Brazier, *Constitutional Practice*, Oxford, 1988, ch. 8.

¹¹⁷ Sulle diverse ipotesi e i tentativi di riforma, anche radicale, della seconda camera del Parlamento di Westminster, nonchè sull'evoluzione del suo ruolo all'interno del sistema costituzionale C. Ballinger, *The House of Lords 1911-2011, a century of Non-Reform*, Oxford and Portland, Oregon, 2012, 2 ss.; M. Russell, *Reforming the House of Lords: Lessons from Overseas*, OUP Oxford, 2000, p. 3 ss.; Id, *The Contemporary House of Lords. Westminster Bicameralism Revived*, Oxford, 2013, p. 2 ss.; P. Norton, *Reform of the House of Lords*, Manchester Univ Pr, 2017, 3 ss. Con specifico riferimento alla riforma del 1999 e alle proposte di modifica, poi

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

La riforma in parola, com'è noto, ha inciso profondamente sulla composizione della *House of Lords* riducendo il peso numerico della componente ereditaria della stessa, che conta ormai solo 92 Pari, a tutto vantaggio dei *life peers* istituiti già dal *Life Peerage Act* del 1958, ormai divenuti nettamente maggioritari. Tale modifica, lungi dall'aver avuto una portata meramente interna alla Camera dei *Lords* ha influito profondamente sul ruolo esercitato da quest'ultima nel sistema di governo britannico e ciò benché le sue attribuzioni di quest'ultima siano rimaste immutate. Infatti, il drastico ridimensionamento degli *hereditary peers* ha intaccato la tradizionale preminenza del partito conservatore all'interno della camera, senza però inverare quanto temuto da una parte della dottrina in ordine alla possibilità che si potesse configurare una seconda camera in gran parte nominata dal *Premier* e, quindi, anch'essa espressione della tendenza ultra-maggioritaria del sistema Westminster¹¹⁸. Al contrario, benché le nomine dei *life peers* rientrino nel potere di *patronage* del Primo Ministro, a questi si è affiancata una commissione indipendente istituita dal Governo nel 2000, la *House of Lords Appointments Commission*, con il compito di fornire le proprie valutazioni in ordine ai nomi sottoposti al Sovrano dal *Premier* che, tra l'altro, tiene conto anche delle indicazioni del *leader* dell'opposizione. Le designazioni, inoltre, ricadono su autorevoli personaggi del mondo della politica, dell'economia, delle professioni e della cultura¹¹⁹. In tal modo, le

non andate a buon fine, degli anni immediatamente successivi L. Trucco, *Le riforme costituzionali nel Regno Unito: quale destino per la Camera dei Lords?*, in *Rass. Parl.*, 2004, p. 959 ss.

¹¹⁸ A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair*, cit., p. 221 ss. Sottolineava, invece, il rischio di un incremento dell'asimmetria dell'equilibrio tra le due camere a vantaggio di quella elettiva M. Flinders, *Majoritarian Democracy in Britain: New Labour and the Constitution*, in *West European Politics*, vol. 28, n. 1, 2005, p. 79.

¹¹⁹ In tal modo inverando solo in parte il modello a suo tempo proposto da J. S. Mill *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cit., 184 ss., che nel descrivere la composizione di una seconda camera nella quale siedano principalmente dei *life peers* provenienti da quanti abbiano ricoperto per un certo periodo importanti incarichi nel governo, nella magistratura o nell'ambito dei vertici delle più rilevanti amministrazioni sembra essersi ispirato grandemente alla composizione del Senato del Regno d'Italia, tra l'altro con il dichiarato intento di ridurre la discrezionalità dell'esecutivo in siffatte nomine.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

maggioranze precostituite all'interno della seconda camera sono divenute sempre più rare in ragione della spiccata indipendenza che caratterizza i Pari, anche quelli ufficialmente aderenti ad un partito all'interno dell'Aula, nonché in considerazione dell'elevato numero di *cross-benchers*. Non è raro, quindi, che quest'ultimi unitamente ad una parte dei Pari schierati con l'opposizione, possano contrastare i progetti legislativi portati avanti dal Governo. Insomma, nessun partito risulta ormai godere all'interno della Camera non elettiva di quella posizione di superiorità rivestita per lungo tempo dai conservatori¹²⁰.

Orbene, la circostanza che la Camera dei *Lords* sfugga sempre più spesso al controllo rappresentato dal *continuum* Governo-maggioranza Parlamentare della Camera dei Comuni induce ad interrogarsi sulla perdurante operatività di alcune convenzioni che, anche in passato, tendevano ad arginare le conseguenze di un'eventuale maggioranza ostile al Governo all'interno della camera alta e, soprattutto, sulla rinnovata legittimazione che consente a quest'ultima di assumere posizioni anche di netta contrarietà nei riguardi dei *bills* e delle politiche dell'esecutivo, pur permanendo il sistema di bicameralismo imperfetto consacrato nel 1911 e poi accentuato nel 1949 e, quindi, una posizione di sostanziale minorità di quest'ultima rispetto alla Camera dei Comuni.

Quanto all'accresciuta legittimazione dei *Lords*, questa assume dei tratti di assoluta peculiarità presentandosi a struttura necessariamente composita in quanto, allo stesso tempo, tecnica, in ragione delle specifiche competenze tecnico-professionali e delle esperienze politiche di coloro che solitamente vengono investiti del titolo di *life peers*, democratica indiretta in considerazione della designazione regia su *advice* del *Premier* in antitesi rispetto al precedente carattere ereditario del seggio. Inoltre, una parte della legittimazione per la camera alta discende dalla posizione di spiccata indipendenza dei Pari i quali rivestono una carica vitalizia e, per di più, come già detto, sono nominati all'esito di un procedimento che vede il coinvolgimento di una commissione i cui componenti sono

¹²⁰ V. Casamassima, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino, 2013, p. 182.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

posti in posizione di terzietà rispetto ai partiti. Nell'ambito della letteratura e degli ambienti politici d'oltremania, per il vero, non mancano gli interrogativi e le divergenze in ordine alla legittimazione che apparterebbe ad una camera non eletta quale quella dei *Lords* che, un più recente orientamento, riterrebbe dotata di una "*moral authority*"¹²¹. In ogni caso, proprio l'accresciuta legittimazione dei *Lords* rispetto al passato ha consentito alla seconda camera di assumere un ruolo molto più attivo anche nell'arginare ed, eventualmente, contrastare politiche legislative sgradite portate avanti dal Governo e dai Comuni, anche attraverso il ridimensionamento di un'importante *non legal rule* quale la *Salisbury convention* che sembra aver subito un'ulteriore crisi con l'avvento dei gabinetti di coalizione, tanto da indurre la dottrina d'oltremania¹²² ad interrogarsi sulla sua perdurante operatività di fronte di un accordo di governo che, in quanto frutto di una mediazione successiva alle elezioni, potrebbe non essere immediatamente riconducibile al contenuto del manifesto elettorale votato dagli elettori.

Certo, il potere della seconda camera rimane, in forza delle riforme del 1911 e del 1949, solamente interdittivo o sospensivo, eccezion fatta per le poche ipotesi in cui sia ancora richiesta l'approvazione del provvedimento da parte di entrambi i rami del Parlamento di Westminster¹²³, tanto che il suo ruolo è stato definito di "*revising function*"¹²⁴. Ciò non pertanto, il Governo e la sua maggioranza ai Comuni in genere preferiscono evitare aperti contrasti con i Pari e tendono a non servirsi delle prerogative sancite dall'*Act*

¹²¹ M. Russel, *The Contemporary House of Lords. Westminster Bicameralism Revived*, cit., p. 234 ss.

¹²² H. Whitte, *Parliamentary scrutiny under a minority government*, in *Institute for Government*, June, 2017; A. Greer, *Salisbury convention is far from clear on Brexit*, in *Open Europe*, June, 2017; R. Bossini, *Short remarks on the Salisbury Convention enforced in case of a Minority Government*, in *Dir. pubbl., comp. eur.*, 2018, p. 847 ss.

¹²³ Si tratta dei casi di progetti di legge volti a prolungare la durata del Parlamento, dell'approvazione dei c.d. *Private bills*, della conferma parlamentare dei *provisional orders* e delle ipotesi di *affirmative procedure* degli *statutory instruments*.

¹²⁴ V. Casamassima, *op. cit.*, 176; P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 79; Id, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, cit., p. 127.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

del 1911, al fine di evitare che la bontà dei progetti legislativi proposti venga screditata davanti all'opinione pubblica dall'autorevole posizione assunta dalla camera alta, con la conseguente formulazione di valutazioni e giudizi di responsabilità politica da parte della prima¹²⁵.

Lo stesso dicasi per la funzione ispettiva dei *Lords*, quest'ultimi pur non potendo far valere alcuna forma di responsabilità giuridica e politica del governo nei propri riguardi, eccezion fatta per la responsabilità individuale dei Ministri che appartengano alla stessa seconda camera, svolgono penetranti inchieste e, più in generale, una funzione di controllo le cui conseguenze per l'esecutivo possono però farsi valere, anche in questo caso, sul versante del sindacato di opinione pubblica, com'è noto particolarmente rilevante nel Regno Unito¹²⁶.

Insomma come evidenziato in dottrina, la seconda camera, anche a prescindere dalla natura solo sospensiva delle proprie attribuzioni, rappresenta "un importante fattore di correzione dell'interpretazione in chiave esclusivamente maggioritaria del principio democratico" e, allo stesso tempo, mediante il collegamento che viene ad instaurarsi tra i *backbenchers* e l'opposizione della Camera dei *Lords* si delinea una ricollocazione dei rapporti interpartitici che torna a vantaggio dell'influenza della stessa camera bassa nei riguardi dell'esecutivo, così come dell'attività negoziale sulla legislazione portata avanti dai Pari¹²⁷. Tanto si evince in questo periodo, ad esempio, in relazione all'approvazione dei provvedimenti legislativi concernenti la *Brexit* e i negoziati del governo britannico per l'uscita dall'UE. L'opposizione della Camera alta ad una c.d. "hard *Brexit*" si è da ultimo concretizzata nell'approvazione di numerosi emendamenti rispetto al testo originario del *EU Withdrawal Bill* grazie ad una maggioranza trasversale formata tra le file dei *Lords* cui è corrisposto nella camera elettiva l'appoggio di un gruppo di *backbenchers* dissidenti nei confronti del gabinetto May, circostanza

¹²⁵ V. Casamassima, *ibidem*.

¹²⁶ Come già evidenziato, tra i tanti, da W. Bagehot, *op. cit.*, 60 ss., p. 172; I. Jennings, *The British Constitution*, Cambridge, 1966, p. 8; T. Martines, *op. cit.*, p. 327.

¹²⁷ V. Casamassima, *op. cit.*, p. 179.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

che ha costretto il Governo, già sostenuto da un riscatto numero di parlamentari, a dover negoziare con quest'ultimi per poter ottenere l'approvazione del *bill* alla camera bassa, peraltro con uno scarto di soli sei voti¹²⁸. Ma, ancor prima della vicenda *Brexit*, non si può non prendere in considerazione il ruolo giocato dalla Camera dei *Lords* rispetto agli affari e alla legislazione europea, sia con riferimento alla fase ascendente che discendente della partecipazione del Regno Unito alle politiche europee, con una forte *expertise* maturata dalla Camera al riguardo, a conferma dell'alto tasso di tecnicità che ne caratterizza l'operato in relazione all'esame della legislazione e alla valutazione delle politiche pubbliche¹²⁹.

A questo punto occorrerebbe chiedersi se sia ancora esatto, alla luce della recente evoluzione del ruolo rivestito dalla Camera dei *Lords*, annoverare quest'ultima nell'alveo della *dignified Constitution*¹³⁰. Il ruolo di istituzione che, al pari della monarchia, incarna la tradizione e suscita il rispetto dei cittadini, pur non essendo venuto meno, potrebbe forse sembrare recessivo rispetto all'importante funzione di controbilanciamento della tendenza ultramaggioritaria della forma di governo inglese che questa assolve in ragione della natura di camera di riflessione, di revisione e correzione dei provvedimenti legislativi e in considerazione della funzione di controllo particolarmente imparziale e indipendente nei riguardi dell'esecutivo assolta da quest'ultima. Ecco che, allora, forse dovrebbe discorrersi di una nuova Camera dei Pari che, pur mantenendo la propria funzione nobile, ha assunto anche un ruolo all'interno dell'*efficient part of the Constitution*.

¹²⁸ Sui passaggi salienti dell'approvazione parlamentare dell'*EU Withdrawal Bill* J. Frosini, *Cronache costituzionali dall'estero (aprile-giugno 2018)*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 788 ss.

¹²⁹ F. Sgrò, *op. cit.*, 21 ss., che sottolinea come la Camera Alta, pur muovendosi al di fuori del rapporto fiduciario, si sia ritagliata degli spazi per il controllo delle politiche governative attraverso l'attento esame delle scelte sovranazionali dell'esecutivo avendo riguardo alla salvaguardia della sovranità del Parlamento.

¹³⁰ Con riferimento alla nota distinzione operata W. Bagehot, *op. cit.*, p. 47, tra le istituzioni riconducibili alla *dignified Constitution* e le altre annoverabili nella *efficient Constitution*.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Così delineata, la seconda camera del Parlamento inglese appare tutt'altro che un anacronistico residuo di parlamentarismo medievale¹³¹, bensì un'istituzione che trova la propria legittimazione al di fuori del modello rappresentativo, sulla falsariga dei numerosi organismi pubblici di carattere neutrale che hanno avuto ampia diffusione nel corso della fine del secolo scorso e la cui caratteristica comune, pur nella molteplicità dei modelli, è quella di essere sottratti all'attività di indirizzo e controllo degli esecutivi.

Certo in nessuna delle suddette esperienze gli organi in parola esercitano funzioni di carattere legislativo, semmai solo di natura normativa secondaria, né tanto meno assumono veste e prerogative di carattere parlamentare, piuttosto venendo assimilati più che altro a degli organi para-giurisdizionali. L'esperienza della camera alta del Regno Unito rimane quindi un *unicum*, frutto del temperamento dell'esigenza di salvaguardia della tradizione costituzionale con quella delle necessità una nuova legittimazione della Camera dei Pari che non discendesse dall'anacronistico principio ereditario. Per il vero, una seconda camera legittimata democraticamente alla stessa stregua della Camera bassa sarebbe stata foriera di inediti sviluppi per la forma di governo inglese, ben potendosi profilare in tal caso il rischio di una crisi del principio di preminenza della Camera dei Comuni su quella dei *Lords*, circostanza, quest'ultima, che ha influito non poco sul fallimento delle principali proposte di radicale riforma della Camera Alta.

5. Forma di governo parlamentare a preminenza del Primo Ministro all'interno dell'esecutivo ma con rafforzamento del Parlamento... almeno per il momento!

All'inizio di queste riflessioni sulla forma di governo del Regno Unito si è rimarcato il carattere evolutivo e dinamico della costituzione inglese che, complice un sistema di *leges non scriptae*

¹³¹ Sulle cui varietà di modelli nell'esperienza inglese e, più in generale europea, si rinvia al recentissimo saggio monografico di A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, p. 57 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

quale fondamento del sistema di governo, nelle ricostruzioni tradizionali della dottrina, sembra oscillare tra il modello del governo di Gabinetto e quello del governo di Partito¹³² che diviene, inevitabilmente, governo del suo *leader* e, quindi, del *Premier*.

La tendenza della Costituzione inglese registratasi nel secolo scorso sembra aver privilegiato questa seconda formula con un'accentuazione del ruolo del Primo Ministro che, sebbene determinata anche dalla personalità e dal tipo di *leadership* esercitata dalla figura che rivesta tale ruolo, si pensi ai periodi di permanenza al vertice dell'esecutivo della Thatcher e di Blair, trova il proprio fondamento principalmente in tre caratteristiche che, in ragione dell'evoluzione convenzionale della forma di governo, hanno finito per contraddistinguere il *Premier* britannico contribuendo a fondarne la posizione all'apice del sistema istituzionale¹³³.

Si tratta, com'è noto, dell'unione personale tra il ruolo di *leader* del partito di maggioranza e la carica di Primo Ministro, in forza di una convenzione costituzionale sorta per neutralizzare la discrezionalità regia in materia¹³⁴, della posizione di preminenza

¹³² P. Webb, *Governare il Regno Unito: come funziona il premierato?*, in *Il Filangeri*, 2010, p. 243.

¹³³ Per una carrellata delle diverse posizioni all'interno della dottrina d'oltremania sui poteri del Primo Ministro e, di conseguenza, sulla qualificazione della forma di governo del Regno Unito R. H. S. Crossman, *Prime Ministerial Government*, in A. King (a cura di) *The British Prime Minister*, London, 1975, p. 151 ss.; G. W. Jones, *The Prime Minister's Power*, in *The British Prime Minister*, cit., p. 168 ss.; J. P. Mackintosh, *The British Cabinet*, 3° ed., London, 1981, p. 4 ss. A. King, *Great British Icons*, in *The British Constitution*, Oxford, 2009, p. 319 ss.

¹³⁴ In capo al quale, in mancanza della previa designazione da parte del partito conservatore per motivi di *deference* nei riguardi della prerogativa regia di investitura, residuava un qualche margine di discrezionalità nella scelta come sottolineato da A. La Pergola, *Gran Bretagna: il sistema del Premier*, in *Democrazie Atlantiche. Atti del seminario promosso dal Comitato Atlantico italiano sul tema "La democrazia nel mondo atlantico. Strutture costituzionali e meccanismi di decisione per la politica estera e la difesa"*, Roma, 1978, 29; A. Russo, *op. cit.*, p. 363, spec. nt. 14, evidenzia il forte imbarazzo in cui veniva a trovarsi il Sovrano, quantomeno dalla metà del secolo scorso, timoroso di esporsi a delle critiche e desideroso di optare per la figura che assicurasse la migliore governabilità possibile, il che avveniva attraverso consultazioni assolutamente informali da parte del Monarca e senza che vi fosse una precisa regola in ordine alle personalità del partito conservatore da consultare. Si badi che, oggigiorno, quando si verificano casi di *hung parliament*, proprio al fine di

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

assunta da quest'ultimo all'interno dell'organizzazione dell'esecutivo, con una conseguente marginalizzazione del *Cabinet*, nonché dell'esercizio sostanziale dei *royal prerogative powers* da parte dell'esecutivo che, come si è già detto, ha contribuito ad accrescere l'influenza del Governo nella sua interezza e del *Premier* in particolare.

Di questi tre fattori, i primi due continuano saldamente a caratterizzare la Costituzione britannica, il terzo invece, come si è visto, ha subito delle considerevoli trasformazioni che sono andate a tutto vantaggio di un rinnovato ruolo di centralità del Parlamento all'interno della forma di governo del Regno.

Per il vero, la capacità della convenzione che impone l'unione personale tra il ruolo di *leader* e la carica di Primo Ministro di assicurare la posizione di preminenza del *Premier* subisce delle alterazioni in presenza di un quadro parlamentare privo di una maggioranza netta cui conseguono, necessariamente, dei periodi caratterizzati da governi di coalizione. Si tratta di fenomeni di recente divenuti più frequenti, negli ultimi sette anni, infatti, si sono registrati ben due Ministeri di questo tipo. Il primo nel 2010, con l'alleanza di governo tra liberali e conservatori e il secondo nel 2017 con l'appoggio esterno al governo May da parte del partito unionista nord irlandese, a fronte di un unico precedente nel secondo dopoguerra rappresentato dal governo laburista di minoranza guidato da Harold

preservare la posizione di neutralità della Regina, il *Cabinet Manual* prescrive che le consultazioni avvengano esclusivamente tra le forze politiche e solo all'esito di queste vi è l'intervento della Sovrana mediante l'investitura formale del Primo Ministro. Sempre con riferimento al periodo in cui i *Tory* non avevano formalizzato una procedura di designazione del loro capo, discorre di profili di discrezionalità nella scelta della Regina anche in relazione alla designazione del *leader* dei conservatori, in ragione della necessità di garantire il rispetto della regola dell'unione personale tra le due figure del capo del partito e del *Premier*, C. Pinelli, *op. cit.*, p. 173, che riporta quale esempio le nomine di Macmillan nel 1957 e di Douglas-Home nel 1963. Esclude, invece, che permanessero margini di discrezionalità nella scelta del Primo Ministro in capo al Re anche quando l'alternanza alla guida dell'esecutivo si verificava mentre il partito conservatore era al governo. G. Caravale, *Leader e sistema di partito in Gran Bretagna*, in *Il Pol.*, 1993, p. 553; Id, *Il governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 126, che mette in luce come già dalla fine dell'ottocento la Corona si attenesse "per lo più" alle indicazioni provenienti dal partito.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Wilson nel 1974. Mentre bisogna risalire al periodo ricompreso tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del novecento per una maggior frequenza delle ipotesi di gabinetti non monopartitici.

I motivi di un accresciuto ricorso ai governi di coalizione possono rinvenirsi, probabilmente, in un quadro politico sempre meno omogeneo e "unidimensionale" in ragione dell'affermarsi di partiti regionali, quale immediata conseguenza dei processi di *devolution* che, pur non compromettendo il *two-party system*, contribuiscono a determinare una certa disomogeneità del sistema politico¹³⁵ sempre più caratterizzato da un "multipartitismo temperato" che trova un limitato riflesso all'interno del Parlamento¹³⁶ solo grazie al sistema elettorale maggioritario. In questi frangenti, la capacità della convenzione che predica l'unione personale tra le due cariche di assicurare la preminenza del Primo Ministro sul Parlamento si indebolisce poiché viene meno quella perfetta sovrapposizione tra il *continuum* Governo-maggioranza parlamentare e il partito in cui il primo è per intero una proiezione del secondo e il *trait d'union* tra gli stessi è rappresentato proprio dal *Premier*¹³⁷ che in presenza di esecutivi di coalizione vede ridimensionata la propria capacità di determinare l'indirizzo politico del paese.

Quanto al versante dell'organizzazione del potere esecutivo, la posizione di *leadership* del Primo Ministro non è assolutamente messa in discussione e si esprime pressoché nei confronti di tutti i livelli in cui si articola il governo, ossia con riguardo alla formazione del *Cabinet*, ma anche in relazione all'articolazione e composizione dei suoi comitati interni, nonché in riferimento alla sfera dei rapporti politica-amministrazione, all'area del *civil service* e alle strutture

¹³⁵ A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese*, cit., p. 15.

¹³⁶ F. Rosa, *Gli assestamenti del parlamentarismo maggioritario nel Regno Unito*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 678.

¹³⁷ Sembra escludere che nella forma di governo inglese l'egemonia dell'esecutivo sul legislativo in ragione del modello monopartitico possa realizzarsi in presenza di governi di coalizione anche A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese*, cit., p. 7.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

amministrative collaterali rispetto al governo¹³⁸, il che attribuisce al *Premier* una posizione di netta supremazia all'interno dell'esecutivo in ragione di una tendenza, invero tutt'altro che rara anche in altri ordinamenti, a valorizzare all'interno del potere esecutivo il principio monocratico a scapito di quello collegiale.

Il ridimensionamento del *Cabinet* quale principale centro decisionale dell'esecutivo ha giocato a favore dell'esaltazione del ruolo del *Premier*¹³⁹. Infatti, la maggior parte delle decisioni, specie quelle che presentano un maggior tasso di tecnicità, è assunta all'interno dei comitati e dei sub-comitati di cui è composto il *Cabinet* secondo un modello di strutturazione del potere esecutivo che rappresenta un tratto caratterizzante dell'ordinamento britannico, basti pensare che lo stesso *Cabinet* era in origine, e formalmente lo è tutt'ora, un comitato interno del *Privy Council*¹⁴⁰.

Lo spettro delle competenze dei comitati interministeriali risulta alquanto vasto e sembrerebbe ricomprendere tanto il coordinamento preventivo tra ministri, quanto la risoluzione di conflitti di competenza tra quest'ultimi, così come l'esame di questioni particolarmente complesse, nonché l'attività istruttoria rispetto ai provvedimenti legislativi presentati dal governo in Parlamento¹⁴¹.

¹³⁸ Per un'approfondita disamina degli aspetti organizzativi dell'esecutivo britannico si rinvia a A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 216.

¹³⁹ Addirittura R. H. S. Crossman, *Prime Ministerial Government*, in *The British Prime Minister*, cit., p. 164, in considerazione dell'evoluzione del ruolo del *Cabinet* quale semplice sede della ratifica di decisioni assunte altrove ritiene che questi sia ormai entrato a far parte della *dignified part* della Costituzione che, invece, nella sua *efficient part* annovererebbe ormai, per quel che riguarda l'esecutivo, solo il Primo Ministro. G. Caravale, *Struttura del governo e articolazione della burocrazia nel Regno Unito*, in F. Lanchester (a cura di), *Il timone e la barra. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Milano, 2009, p. 267, riferisce come nel periodo dei governi guidati da Blair le riunioni del *Cabinet* si siano ridotte a "*forty minutes of approving decisions already taken elsewhere*", mentre le decisioni erano prese in altre sedi e sostanzialmente da un piccolo gruppo di consiglieri del *Premier*.

¹⁴⁰ G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 678.

¹⁴¹ A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese*, cit., p. 33.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Residua, invece, in capo al Gabinetto solo la trattazione delle problematiche di maggiore importanza¹⁴², posto che il più delle volte, in mancanza di un Ministro dissenziente che chieda di rimettere la questione all'esame della massima sede collegiale dell'esecutivo, le decisioni possono essere prese in via definitiva anche all'interno dei singoli comitati¹⁴³ inverando, così, il fenomeno del *government by committee*¹⁴⁴.

In ogni caso, ai fini della nostra disamina, è fondamentale evidenziare soprattutto il ruolo di centralità assunto dal Primo Ministro in relazione al coordinamento dei lavori dei diversi comitati interministeriali, alcuni presieduti dallo stesso *Premier* e dei quali questi è chiamato a decidere la composizione, la fissazione dei loro "*terms of reference*" e la natura segreta o riservata dello svolgimento delle loro attività¹⁴⁵. Di conseguenza, la moltiplicazione delle sedi decisionali all'interno dell'esecutivo se da un lato influisce sull'importanza del *Cabinet* e sullo stesso principio della collegialità del governo, ridimensionandolo significativamente, dall'altro lato esalta il ruolo del *Premier* quale organo di direzione e coordinamento, quando non anche di decisore finale chiamato ad operare la sintesi delle posizioni emerse all'interno delle diverse sedi deliberative del governo e a garantire l'unità dell'indirizzo politico davanti alle Camere.

La centralità del *Premier* all'interno dell'esecutivo si evince anche in relazione ad altri livelli della complessa ma, al contempo,

¹⁴² Tra le quali il *Cabinet Manual*, al paragrafo 4. 18 indica, a titolo esemplificativo, le azioni militari, le più rilevanti questioni di politica interna e internazionale, i problemi di emergenza nazionale e le questioni di rilevanza costituzionale.

¹⁴³ A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese*, cit., p. 35.

¹⁴⁴ A. La Pergola, *op. cit.*, p. 22, che sottolinea come tale fenomeno, lungi dall'essere espressione di una "tendenza assembleare" della forma di governo parlamentare rappresenti, invece, un indice del superamento del governo di gabinetto a favore dell'esaltazione dell'elemento monocratico dell'esecutivo.

¹⁴⁵ A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair*, cit., p. 224. Sul punto si veda anche il *Cabinet Manual*, al paragrafo 4. 11.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

flessibile organizzazione del governo inglese. Basti pensare al *Prime Minister's Office*, ossia una struttura che, pur non assumendo i tratti di un autonomo dipartimento, in quanto dipendente dal punto di vista organizzativo dal *Cabinet Office*, ha ugualmente contribuito anch'essa al rafforzamento del ruolo del *Premier* all'interno dell'esecutivo britannico in quanto volta, coerentemente con l'accentuazione del principio monocratico all'interno di quest'ultimo, a supportare il Primo Ministro nell'attività di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del potere esecutivo¹⁴⁶. Si tratta, del resto, di una tendenza riscontrabile in numerosi ordinamenti di matrice parlamentare ove al progressivo consolidamento del vertice del governo è conseguita la creazione di un apparato amministrativo servente posto alle dirette dipendenze di quest'ultimo al fine di favorire l'esercizio delle attribuzioni afferenti alla guida del Governo¹⁴⁷. Per di più, il *Premier* nomina personalmente i *Permanent Secretaries* dei diversi dipartimenti e i più rilevanti dirigenti del *civil service* inglese¹⁴⁸ ed esercita un ampio potere di regolamentazione in ordine all'organizzazione e al funzionamento del sistema amministrativo attraverso l'adozione di codici di condotta in qualità di *Minister for the Civil Service*¹⁴⁹.

¹⁴⁶ A. Marchetti, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese*, cit., p. 39.

¹⁴⁷ Sul punto per una trattazione comparativa degli ordinamenti ove, a differenza del Regno Unito, si è andata affermando una struttura dipartimentale a supporto delle funzioni del capo dell'esecutivo M. P. Viviani, *La presidenza del Consiglio dei Ministri in alcuni Stati dell'Europa occidentale ed in Italia*, Milano, 1970, p. 4 ss. Più di recente, con specifico riferimento all'Italia M. Luciani, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 260 ss.

¹⁴⁸ Sui cui caratteri e profili evolutivi si rinvia all'ampio e documentatissimo saggio di A. Marchetti, *Origini, sviluppi e caratteri del civil service inglese. Il Whitehall model, tra politica e amministrazione*, cit., 2014, p. 183 ss., che evidenzia l'influenza sulla forma di governo del modello di pubblica amministrazione e dei rapporti tra quest'ultima e il sistema politico.

¹⁴⁹ A. Marchetti, *op. ult. cit.*, p. 185, specif. nt. 9 che sottolinea come lo scarno contenuto del *Constitutional Reform Act* del 2010 in materia di *civil service* non risolve i problemi di organicità della disciplina vigente e rappresenti un sintomo di come la materia sia tutt'ora intesa, anche dal Parlamento, come un affare di

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

Insomma, l'attività di direzione e controllo del governo da parte del *Premier* si caratterizza per un ampio potere che, coerentemente con i caratteri assunti dal ruolo del Primo Ministro sin dal suo sorgere nella prima metà del XVIII secolo, "si scompone in alcune e ben distinte sfere potestative" che, come si è cercato di evidenziare muovono dal controllo sulla composizione e articolazione interna del *Cabinet*, sino alla "supervisione su ogni branca dell'amministrazione" e ai rapporti diretti, o mediati attraverso altri Ministri o il *leader of the house*, che questi intrattiene con le Camere a nome del *Cabinet* e nei cui riguardi esercita la propria attività di "lobbying"¹⁵⁰.

Con riferimento, invece, al versante dell'esercizio della *royal prerogative*, soprattutto, il potere di scioglimento, come si è visto, si è dimostrato nel tempo lo strumento principale per fondare il carattere ultra-maggioritario¹⁵¹ del sistema britannico e per radicare la posizione di vertice del *Premier* nell'architettura delle istituzioni inglesi. L'evoluzione impressa dalla riforma del potere di scioglimento della camera elettiva del 2011 da questo punto di vista sembra evidente. Non solo sembra aver determinato un forte elemento di razionalizzazione della forma di governo ma ha inciso, non è ancora dato sapere in che misura, sull'assetto dei rapporti tra esecutivo e Parlamento. Solo il concreto atteggiarsi delle relazioni tra quelli che, con terminologia continentale, possiamo definire gli organi costituzionali e, di conseguenza, la pratica applicazione che riceverà la disciplina contenuta nel *Fixed-Term Parliament Act* potranno dirci entro che termini quest'ultimo abbia influito sul ruolo di primazia del *Premier* e sugli equilibri tra esecutivo e legislativo. Del resto, non è neppure detto che non si torni al regime precedente così come prospettato dal partito conservatore nel proprio manifesto elettorale del 2017, sempre che questo sia giuridicamente possibile alla luce delle problematiche che circondano l'ipotesi di riviviscenza di una

"squisita" competenza governativa in linea con l'esclusività della prerogativa regia in materia e con la natura di *servants of the Crown* dei funzionari pubblici.

¹⁵⁰ A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair*, cit., p. 225.

¹⁵¹ Secondo la nota definizione proposta da A. Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, New Haven and London, 1999.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

royal prerogative cui si è precedentemente fatto cenno¹⁵² o, più realisticamente, ad un sistema molto simile ma consacrato in uno *statute law*.

Più in generale, la riforma del potere di scioglimento dei Comuni si inserisce in un più ampio percorso di ridimensionamento della *royal prerogative* cui ha contribuito non solo la legislazione parlamentare ma anche un rinnovato atteggiamento delle Corti ispirato ad una sempre minor *deference* nei confronti della prerogativa, anche in una materia tradizionalmente ascritta ai poteri in parola quale quella della politica estera. Quest'ultima, benché anche nelle pronunzie *Miller* continui ad essere indicata tra le fattispecie di esclusiva spettanza dell'esecutivo per il tramite della *royal prerogative*, si è vista soggetta ad una progressiva erosione, proprio ad opera della giurisprudenza, quantomeno sotto due diversi punti di vista. Da un lato, attraverso il recupero di margini di competenza in capo al Parlamento, come avvenuto con *Miller*, dall'altro acconsentendo ad un restringimento delle ipotesi di riconoscimento dell'esistenza della prerogativa e, così facendo, ampliando le maglie del controllo giudiziario sulla stessa¹⁵³.

Un ulteriore ridimensionamento della *royal prerogative* si è da tempo registrato anche in relazione all'impiego delle forze armate, ossia un altro dei settori tradizionalmente ritenuti di esclusivo appannaggio del Governo di Sua Maestà. Infatti, già da alcuni anni la decisione di impiegare l'esercito per operazioni militari all'estero è soggetta ad un voto del Parlamento in forza di una convenzione costituzionale in tal senso instaurata tra l'esecutivo e le Camere¹⁵⁴. Si tratta, tra l'altro, di un interessante impiego della fonte convenzionale, atteso che il suo ruolo di limitazione rispetto all'esercizio della prerogativa tradizionalmente si è svolto nei confronti del Sovrano e a

¹⁵² Cfr. § 2.3.

¹⁵³ Si sofferma ampiamente su questi aspetti di ridimensionamento della prerogativa in materia di politica estera T. Poole, *The strange death of prerogative in England*, in *University of Western Australia Law Review*, cit., p. 58 ss.

¹⁵⁴ T. Hakkinen, *Challenging the Royal Prerogative: The Decision on War against Iraq in Parliamentary Debates in 2002–3*, in *Parliamentary History*, 35, 1, 2016, 54 ss.; P. A. Mello, *Curbing the royal prerogative to use military force: the British House of Commons and the conflicts in Libya and Syria*, in *West European politics*, Vol. 40, no. 1, 2017, 80 ss. T. Poole, *The strange death of prerogative in England*, in *University of Western Australia Law Review*, cit., p. 58 ss.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

vantaggio del Governo, mentre nelle dinamiche tra l'esecutivo e il Parlamento, come già detto, è sempre stata la fonte statutaria a determinare la soppressione o la modifica di un potere di prerogativa. Non è escluso, pertanto, che la convenzione in parola nel futuro possa essere positivizzata ad opera della legislazione parlamentare. Qualora dovesse avvenire, si tratterà di un ulteriore avanzamento del processo di ridimensionamento della prerogativa a tutto vantaggio della centralità del Parlamento.

Insomma, i poteri di prerogativa appaiono in forte crisi, tant'è che una parte della dottrina non ha mancato di proporre la stessa soppressione del termine *royal prerogative* in favore di "*general executive powers of government*"¹⁵⁵. Un cambiamento non semplicemente nominalistico ma che rifletterebbe il nuovo statuto giuridico di siffatti poteri all'interno dell'ordinamento britannico. Si tratta di una proposta tutto sommato condivisibile se applicata con riferimento ai soli "*ministerial executive powers*", escludendovi quindi i residui "*personal prerogative powers*" del Monarca, rispetto ai quali, anche per le ragioni già illustrate con riferimento al problema della riviviscenza, permangono intatte le più tradizionali caratteristiche di "prerogativa" legate a tali attribuzioni.

In definitiva, è difficile negare nella fase attuale della Costituzione britannica una modifica dei rapporti tra legislativo ed esecutivo non tanto a favore del *Cabinet*, rispetto al quale, come si è appena la posizione di centralità del *Premier* non sembra essere in discussione, ma del Parlamento. L'impossibilità di ricorrere liberamente allo scioglimento della camera elettiva si atteggia quale un significativo temperamento del carattere maggioritario della forma di governo¹⁵⁶ a garanzia di una *parliamentary sovereignty* che, oltre ad operare sul sistema delle fonti e nell'ambito dei rapporti tra esercizio della funzione esecutiva e legislativa come confermato dai più recenti interventi giurisprudenziali in materia di condizioni e limiti di

¹⁵⁵ T. Poole, *op. ult. cit.*, p. 66.

¹⁵⁶ Secondo P. Shleiter -V. Belu, *The decline of Majoritarianism in the UK and the Fixed-term Parliaments Act*, in *Parliamentary Affairs*, 2015, il FTPA rappresenterebbe l'ultimo stadio di un fenomeno di progressivo ridimensionamento del principio maggioritario all'interno del sistema costituzionale britannico che avrebbe visto la propria origine a partire dagli anni Settanta del secolo scorso.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

esercizio della *royal prerogative*, si esplica necessariamente anche sul piano della forma di governo, come sembra voler ribadire la riforma del 2011.

Da questo punto di vista, pertanto, il mantenimento della disciplina introdotta nel 2011 sarebbe più che auspicabile, anche perché i benefici effetti della riforma per il recupero del ruolo di centralità del Parlamento nella determinazione dell'indirizzo politico sono alquanto evidenti con riferimento alla vicenda della *Brexit*. Infatti, pur al netto dello stato di confusione in cui versa al momento il Regno Unito con riguardo al procedimento di fuoriuscita dall'UE, non si può non evidenziare come una scelta di fondamentale importanza per il futuro della Gran Bretagna, quale l'accordo tra UK e UE chiamato a regolare i termini dell'abbandono dell'Unione Europea da parte del Regno stia vedendo il Parlamento assolutamente protagonista, anche in contrapposizione rispetto alle posizioni assunte dal Governo e dal *Premier*. Insomma, con riferimento ad una vicenda di assoluto rilievo come quella in parola, la direzione politica del paese si è concentrata in capo a Westminster, mentre Downing Street sembra essersi posta al seguito del Parlamento. Sul punto è difficile non scorgervi una delle conseguenze del *Fixed-term Parliaments Act* e dell'impossibilità per il Primo Ministro di ricorrere liberamente alla minaccia dello scioglimento della Camera dei Comuni. Sempre su tale versante di riequilibrio dei rapporti tra esecutivo e Parlamento, come si è visto, appare particolarmente significativo anche il nuovo ruolo assunto dalla seconda camera che, specie se sostenuta dai *backbenchers* dei Comuni, può assolvere una rilevante funzione di contenimento rispetto alle proposte legislative del Primo Ministro e della sua maggioranza, anche in deroga a convenzioni costituzionali affermatesi in ragione della necessità di garantire il rispetto del principio democratico di cui la maggioranza della Camera dei Comuni e il *Premier* sono espressione.

Sembra attenuarsi, quindi, quella mancanza di restrizioni all'esercizio unitario del potere da parte del Primo Ministro e della propria maggioranza parlamentare¹⁵⁷ che trova un riscontro non solo nella rinnovata funzione di una seconda camera, caratterizzata da una

¹⁵⁷ Di cui discorre P. Webb, *op. cit.*, p. 243.

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

rilevante indipendenza nei riguardi dell'esecutivo ma, anche, nell'emergere di entità sub-statali che hanno incrinato il carattere accentrato del Regno Unito cui è conseguita l'affermazione di partiti regionali.

In definitiva, la Costituzione inglese si conferma a geometria variabile, capace di oscillare, in base alla combinazione di molteplici fattori ordinamentali e politici non tanto tra la preminenza del *Premier* e quella del *Cabinet*, come avveniva in passato, posto che le strutture di governo, almeno al momento, sembrano assicurare la netta centralità del Primo Ministro all'interno dell'esecutivo, quanto piuttosto tra il Governo e, quindi, il *Premier* che ne rappresenta il vertice e il Parlamento, complice anche il più generale ridimensionamento dei poteri di *royal prerogative*, con un rinnovato riequilibrio dei rapporti nell'attuale fase istituzionale e un temperamento della tendenza ultra-maggioritaria della forma di governo il cui carattere duraturo, però, sarà tutto da verificare.

ABSTRACT: The author examines the evolution of the constitutional order of the United Kingdom by examining the evolution of royal prerogative powers starting from the study of the most relevant constitutional conventions that regulate the relations between the Monarch, the Government and the Parliament. He highlights how, more recently, the transformations of the English Constitution have been realized through legislative reforms of the Parliament that have regulated some aspects of the Constitution first regulated by the conventions. In particular, more recently, two reforms have influenced the balance of relations between the executive power and the Parliament. This is the change of the House of Lords and the power of dissolution of the House of Commons. At the same time there has been a strong limitation of the powers of prerogative by case law, as happened in the *Miller* case. The reform of the power of dissolution of the House of Commons, no longer exercisable by the Monarch on the discretionary advice of the Prime Minister, the greater recourse to coalition governments and the new

Fabio Francesco Pagano

Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"

legitimacy of the House of Peers. It also seems to be inferred from the recent institutional events concerning *Brexit*. In any case, it will be necessary to look at the practical application that will receive the Fixed-Term Parliament Act of 2011 and it is not certain that these reforms are destined to last seem to limit the Prime Minister's role in the Parliament.

KEYWORDS: royal prerogative, Miller case, Fixed-Term Parliament Act of 2011, Prime Minister, British Constitution

Fabio Francesco Pagano – Assegnista di ricerca in Diritto pubblico, Università "Luiss Guido Carli" di Roma

La sconfitta della interpretazione costituzionalmente conforme (alla *due process clause*) in *Nielsen v. Preap*.^{*}

Costanza Masciotta

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La Corte Suprema e i canoni interpretativi privilegiati. - 3. L'interpretazione teleologica *contra Constitutionem*. - 4. La *dissenting opinion* e le censure di incostituzionalità dell'orientamento di maggioranza: la *due process clause* come «*basic American legal value*».

1. Premessa

La Corte Suprema statunitense è recentemente intervenuta su un tema centrale nell'attuale dibattito internazionale, ovvero il trattamento dello straniero in attesa della decisione sulla concessione di un valido titolo di soggiorno negli USA e sulla corretta interpretazione della legislazione federale in materia.

Il ragionamento della Corte in *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019) si concentra, in particolare, sulla scelta del canone esegetico più idoneo a individuare la portata delle garanzie della libertà personale previste per i soggetti stranieri che versino in tali circostanze.

L'*Immigration and Nationality Act*¹ stabilisce come regola generale (*subsection a*) che il Segretario per la sicurezza nazionale ha il potere discrezionale di arrestare lo straniero che si trovi sul suolo statunitense in attesa della decisione sulla concessione di un valido titolo di soggiorno, ovvero di rilasciarlo «*on bond*» o «*conditional parole*», ossia su cauzione o in libertà provvisoria. In caso di arresto lo straniero ha diritto a una udienza («*bond hearings*») nella quale chiedere di essere rimesso in libertà a un ufficiale del Dipartimento di sicurezza interna e, in ultima istanza, al giudice dell'immigrazione, purché sia in

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

¹ Immigration and Nationality Act of 1952 (INA), 8 U.S.C., §1226.

grado di dimostrare di non costituire un pericolo per la sicurezza pubblica e l'assenza di un rischio di fuga.

A tale regola generale, però, il Congresso ha aggiunto nel 1996 una previsione speciale per quegli stranieri che abbiano commesso alcune tipologie di reato o abbiano legami con il terrorismo (*subsection c*): tali soggetti, cd. «*criminal aliens*», una volta rilasciati dalla custodia cautelare in carcere per i crimini di cui sono stati accusati («*when they are released*») devono essere immediatamente arrestati fin tanto che non intervenga la decisione sulla loro permanenza negli USA².

La *subsection c* (2) stabilisce, inoltre, che gli stranieri «*described in paragraph (1)*» non devono essere rilasciati e perdono il diritto alla udienza preliminare («*bond hearing*»), salvo il caso in cui la scarcerazione sia necessaria per esigenze di protezione di un testimone, di un collaboratore di giustizia, o di suoi familiari e non sussista un pericolo per la sicurezza pubblica e il rischio di fuga.

Tale eccezione, tuttavia, non è conferente nel caso sottoposto alla Corte Suprema, non rientrando i ricorrenti in alcuna delle suddette categorie di soggetti.

Dinanzi alla Corte Suprema giungono, infatti, dei casi strettamente connessi, decisi dalla Corte d'Appello del *Ninth Circuit*³: alcuni soggetti stranieri, condannati per reati previsti nella *subsection c* (1), una volta espia la custodia in carcere erano stati nuovamente arrestati in attesa della decisione sulla loro permanenza negli USA e, in quanto «*criminal aliens*», erano state loro negate l'udienza preliminare e la conseguente possibilità di uscire su cauzione o in libertà provvisoria in forza del §1226 (c) (2).

La peculiarità dei casi *sub iudice*, però, consta nel fatto che i ricorrenti erano stati arrestati per presunta clandestinità molto tempo dopo il rilascio dalla custodia carceraria per i crimini in precedenza commessi. Alcuni dei ricorrenti erano rimasti in libertà per diversi anni: in particolare, uno era stato scarcerato nel 2006 e soltanto nel 2013 nuovamente arrestato senza «*bond hearing*» per clandestinità e due erano stati arrestati rispettivamente dopo cinque e undici anni dalla scarcerazione.

² Cfr. *ivi*, *subsection c* (1).

³ *Preap v. Johnson*, 831 F. 3d 1193 (CA9 2016); *Khoury v. Asher*, 667 Fed. Appx. 966 (CA9 2016).

Tali soggetti avevano esperito una *class-action* per far valere il loro diritto a un'udienza preliminare in forza della *subsection a*: sostenevano, infatti, di essere stati arrestati per supposta clandestinità molti anni dopo il rilascio e non immediatamente dopo come, invece, richiesto dalla *subsection c*.

L'*opinion of the Court* e la *dissenting opinion* si fondano su diverse interpretazioni dello stesso dato testuale, ovvero il § 1226 (c), 8 U.S.C.⁴ e la clausola temporale «*when the alien is released*» ivi prevista. In particolare, la questione fondamentale consta nel capire se coloro che hanno compiuto determinati reati, una volta rimessi in libertà perdano il diritto ad un'udienza e al rilascio su cauzione o in libertà provvisoria, a prescindere dal momento in cui le autorità hanno proceduto all'arresto per clandestinità, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità sociale.

Le *District Courts* avevano dato ragione ai ricorrenti, riconoscendo il loro diritto ad una «*bond hearing*» e anche la Corte di Appello per il *Ninth Circuit* aveva confermato tale orientamento: gli stranieri che non sono arrestati dalle autorità competenti immediatamente dopo la scarcerazione per crimini in precedenza

⁴ Cfr. 8 U.S.C., § 1226, c (1): «*The Attorney General shall take into custody any alien who - (A) is inadmissible by reason of having committed any offense covered in section 1182(a)(2) of this title, (B) is deportable by reason of having committed any offense covered in section 1227(a)(2)(A)(ii), (A)(iii), (B), (C), or (D) of this title, (C) is deportable under section 1227(a)(2)(A)(i) of this title on the basis of an offense for which the alien has been sentence[d] to a term of imprisonment of at least 1 year, or (D) is inadmissible under section 1182(a)(3)(B) of this title or deportable under section 1227(a)(4)(B) of this title, when the alien is released, without regard to whether the alien is released on parole, supervised release, or probation, and without regard to whether the alien may be arrested or imprisoned again for the same offense*». Cfr. anche 8 U.S.C., § 1226, c (2): «*The Attorney General may release an alien described in paragraph (1) only if the Attorney General decides pursuant to section 3521 of title 18 that release of the alien from custody is necessary to provide protection to a witness, a potential witness, a person cooperating with an investigation into major criminal activity, or an immediate family member or close associate of a witness, potential witness, or person cooperating with such an investigation, and the alien satisfies the Attorney General that the alien will not pose a danger to the safety of other persons or of property and is likely to appear for any scheduled proceeding. A decision relating to such release shall take place in accordance with a procedure that considers the severity of the offense committed by the alien*».

commessi devono avere l'opportunità di chiedere un'udienza per ottenere il rilascio, in attesa della decisione definitiva sul loro *status*.

L'orientamento della Corte di Appello confliggeva, però, con gli indirizzi espressi in precedenza da altre quattro Corti di secondo grado, pertanto, la Corte Suprema statunitense ha deciso di intervenire nel merito della sentenza della *Ninth Circuit Court of Appeal* per stabilire, così, una volta per tutte la regola da applicare nei casi che coinvolgono i cd. «*criminal aliens*».

In particolare, alla Corte Suprema si chiede se i ricorrenti possano essere esclusi dall'ambito applicativo della *subsection c* e, quindi, avere diritto ad un'udienza, poiché non sono stati arrestati immediatamente dopo la scarcerazione per precedenti crimini.

2. La Corte Suprema e i canoni interpretativi privilegiati

Con la decisione in commento la *U.S. Supreme Court* ha ribaltato l'indirizzo espresso dalle Corti distrettuali e dalla *Ninth Circuit Court of Appeal*, facendo propria un'interpretazione restrittiva della disposizione oggetto di contestazione, con una maggioranza di cinque giudici contro quattro.

Dopo aver esaminato sinteticamente le eccezioni in punto di giurisdizione ed escluso la loro fondatezza⁵, la Corte si sofferma sul merito della questione e, in particolare, sul canone ermeneutico da adottare nel caso di specie⁶.

Gran parte della motivazione ruota intorno al significato da attribuire alla clausola «*alien "described" in § 1226 (c)(1)*»: i ricorrenti escludono di rientrare nell'ambito applicativo di tale disposizione proprio perché non sono stati arrestati immediatamente dopo il rilascio e, quindi, sarebbe loro applicabile la disciplina generale, meno restrittiva prevista nella *subsection a*, con il relativo diritto alla *bond hearing*.

⁵ Su cui cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), parte II della *opinion of the Court*.

⁶ Cfr. *ivi*, parte III.

Al contrario, la Corte Suprema afferma che l'interpretazione letterale e sistematica della disposizione conduce a un risultato opposto: i ricorrenti rientrano nella descrizione della *subsection c*, paragrafo 1, poiché ognuno fa parte di una delle categorie previste dai sotto-paragrafi *A-D*⁷, senza che abbia alcun rilievo il fatto che non siano stati arrestati immediatamente dopo il rilascio.

Più che un'esegesi letterale e sistematica, quella adottata dalla maggioranza sembra, però, un'interpretazione strettamente legata alla struttura grammaticale della disposizione: la clausola avverbiale «*when the alien is released*» - dice la Corte - non può “descrivere” i soggetti che rientrano nell'ambito applicativo del §1226 (c)(2), perché un avverbio non può modificare un nome. Citando testualmente: «*since an adverb cannot modify a noun, §1226(c)(1)'s adverbial clause “when . . . released” does not modify the noun “alien”, which is modified instead by the adjectival clauses appearing in subparagraphs (A)-(D)*»⁸.

Secondo la Corte i soggetti “descritti nel §1226 (c)(1)”, cui si applica la disciplina restrittiva del § 1226 (c)(2), sono quelli incriminati per uno dei reati indicati nei sotto-paragrafi *A-D*, (c)(1), a prescindere dal dato temporale relativo al rilascio.

“Descrivere” nel caso di specie significa comunicare gli elementi che identificano gli stranieri da arrestare immediatamente e la «*when released clause*» non individua tali soggetti, non li “descrive”, poiché appunto un “avverbio” non può modificare un “nome” («*alien*»).

Sarebbe ridicolo, secondo la maggioranza, leggere il paragrafo 1 come se dicesse: “il Segretario deve arrestare, subito dopo il rilascio, una particolare categoria di stranieri. Quali? Soltanto coloro che sono stati arrestati subito dopo il rilascio”⁹. Per la Corte tale discorso sarebbe

⁷ Cfr. 8 U.S.C., § 1226, c (1): «*The Attorney General shall take into custody any alien who -“(A) is inadmissible by reason of having committed any offense covered in section 1182(a)(2) of this title,“(B) is deportable by reason of having committed any offense covered in section 1227(a)(2)(A)(ii), (A)(iii), (B), (C), or (D) of this title,“(C) is deportable under section 1227(a)(2)(A)(i) of this title on the basis of an offense for which the alien has been sentence[d] to a term of imprisonment of at least 1 year, or“(D) is inadmissible under section 1182(a)(3)(B) of this title or deportable under section 1227(a)(4)(B) of this title,when the alien is released, without regard to whether the alien is released on parole, supervised release, or probation, and without regard to whether the alien may be arrested or imprisoned again for the same offense.*».

⁸ Cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), p. 12.

⁹ Cfr. *ivi*, p. 9.

tautologico: dal momento che è il Segretario a determinare chi deve essere arrestato immediatamente, l'“essere arrestati subito dopo il rilascio” non può essere uno dei suoi criteri di scelta e, quindi, non può descrivere la categoria di soggetti da sottoporre a detenzione senza *bond hearing*.

Tale argomentazione sembra, però, costruita ad arte per veicolare l'indirizzo della maggioranza e non regge alla prova dei fatti: la Corte non spiega, infatti, perché una clausola temporale non dovrebbe essere idonea a delimitare la categoria di soggetti cui applicare la disciplina speciale della *subsection c*.

Soprattutto, ad essere dirimente, per chi scrive, non è tanto l'attitudine della clausola temporale a “descrivere” tale categoria di soggetti, quanto - come si vedrà meglio - la sua idoneità a delimitare l'esercizio del potere dell'autorità pubblica.

Il secondo argomento addotto dalla Corte pecca a sua volta di incoerenza: pur premettendo che «*this Court's interpretation is not dependent on a rule of grammar*», proprio una regola grammaticale viene poi utilizzata per giustificare la motivazione. L'uso dell'articolo determinativo “*the*” nella clausola «*when the alien is released*» sta a indicare - secondo la maggioranza - che il Congresso ha voluto fare riferimento proprio a quei soggetti descritti nel paragrafo 1 della *subsection c*, ovvero a quelli accusati di uno dei reati previsti nei sottoparagrafi A-D: «*because [w]ords are to be given the meaning that proper grammar and usage would assign them*» e, nel caso di specie, «*grammar and usage establish that “the” is “a function word . . . indicat[ing] that a following noun or noun equivalent is definite or has been previously specified by context*».

Pertanto, lo scopo dell'articolo determinativo nella clausola «*when “the” alien is released*» è quello di rinviare ai soggetti che hanno commesso uno degli illeciti descritti *sub A-D*, ai quali si applica la disciplina della *subsection c*, anche laddove non siano stati arrestati per clandestinità subito dopo il rilascio per i suddetti crimini.

In ogni caso, secondo la maggioranza, la circostanza che il Segretario per la sicurezza nazionale non abbia rispettato il limite temporale dell'arresto immediato non lo priva in alcun modo del potere autoritativo

ivi previsto¹⁰. La Corte applica il principio già espresso in *United States v. Montalvo Murrillo*¹¹ - e successivamente anche in *Barnhart*¹² - secondo cui «*if a statute does not specify a consequence for noncompliance with statutory timing provisions, the federal courts will not in the ordinary course impose their own coercive sanction*»¹³.

Tale principio interpretativo, secondo la maggioranza, è il portato del quadro giuridico esistente nel momento in cui il Congresso ha introdotto questa disciplina speciale. Tuttavia, la Corte non considera che proprio il contesto fattuale e giuridico in cui erano stati decisi quei precedenti era diverso: il caso *Montalvo Murrillo* era stato deciso molti anni prima della introduzione della *subsection c*, mentre al centro della successiva decisione *Barnhart* vi erano stati interessi esclusivamente economici e non la libertà personale degli individui.

Nonostante i precedenti citati non fossero propriamente conferenti, la maggioranza decide, comunque, di applicare il canone esegetico in forza del quale il potere autoritativo, previsto dalla *subsection c*, non viene meno soltanto perché non è stata rispettata la previsione temporale dell'arresto immediato¹⁴.

¹⁰ Cfr. *ivi*, p. 11: «*But even if the Court of Appeals were right to reject this reading, the result below would be wrong. To see why, assume with the Court of Appeals that only someone arrested under authority created by §1226(c)(1)—rather than the more general §1226(a)—may be detained without a bond hearing. And assume that subsection (c)(1) requires immediate arrest. Even then, the Secretary's failure to abide by this time limit would not cut off her power to arrest under subsection (c)(1). That is so because, as we have held time and again, an official's crucial duties are better carried out late than never. See Sylvain v. Attorney General of U. S., 714 F. 3d 150, 158 (CA3 2013) [...] Or more precisely, a statutory rule that officials "shall" act within a specified time" does not by itself "preclud[e] action later."* *Barnhart v. Peabody Coal Co.*, 537 U.S. 149, 158 (2003)».

¹¹ Cfr. *United States v. Montalvo-Murillo*, 495 U.S. 711 (1990), nella quale la Corte ha affermato che la disposizione secondo la quale l'udienza per il rilascio deve aver luogo immediatamente dopo il primo incontro del detenuto con il pubblico ufficiale non impedisce la detenzione a seguito di un'udienza tardiva.

¹² Cfr. *Barnhart v. Peabody Coal Co.*, 537 U.S. 149, 159 (2003).

¹³ Cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), p. 11.

¹⁴ *Ibidem*: «*Here this principle entails that even if subsection (c)(1) were the sole source of authority to arrest aliens without granting them hearings, that authority would not evaporate just because officials had transgressed subsection (c)(1)'s command to arrest aliens immediately "when...released"*».

3. *L'interpretazione teleologica contra Constitutionem*

La *U.S. Supreme Court* adduce anche un'interpretazione teleologica, fondata sull'intento a suo dire perseguito dal Congresso: la *subsection c* è stata introdotta per ragioni di sicurezza, per il pericolo che soggetti stranieri, già in precedenza accusati di delinquere, potessero perpetrare attività illecite in attesa della decisione sul loro *status* di clandestinità. Pertanto, alla luce di tale finalità di sicurezza pubblica, la clausola temporale deve essere interpretata come priva di portata precettiva e non suscettibile di essere sanzionata con la perdita del potere autoritativo del *Secretary*.

Tanto più che, secondo la maggioranza, in termini pratici è inevitabile non rispettare quel limite temporale per ragioni che prescindono dalla volontà e dal controllo del Governo federale: la Corte Suprema censura, infatti, le prassi tenute dai pubblici ufficiali statali e locali che spesso omettono di comunicare alle autorità federali il rilascio di un «*criminal alien*»¹⁵ e - dice la Corte - di tale «resistenza» locale era ben consapevole il Congresso al tempo in cui ha introdotto la disciplina restrittiva della *subsection c*.

La Corte rigetta, inoltre, l'argomentazione dei ricorrenti fondata sull'«*interpretative canon of surplusage*», secondo il quale ogni termine e ogni disposizione deve essere interpretato in modo da garantirne la piena efficacia giuridica.

Per i ricorrenti applicare la *subsection c* anche a coloro che non sono stati arrestati immediatamente dopo il rilascio significa privare di qualsiasi significato la clausola temporale «*when the alien is released*».

A parere della Corte, invece, tale clausola non è affatto superflua, poiché indica il momento a partire dal quale scatta l'obbligo di arresto e, al contempo, assolve alla funzione di esortare il Segretario per la sicurezza nazionale ad agire prontamente. Tale clausola, precisa la Corte, non delimita la categoria di soggetti cui è applicabile la *subsection c*, ma semplicemente specifica il momento in cui procedere ad arrestare

¹⁵ La Corte afferma che dal gennaio 2014 al settembre 2016 il Governo federale ha registrato un totale di 21.205 risposte di rigetto in 567 Contee e 48 Stati, compreso il *District of Columbia*, cfr. *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. (2019), p. 12.

quegli stranieri che sono stati detenuti per precedenti crimini. Secondo la maggioranza è vero che tra i soggetti descritti nella *subsection c* (1) A-D vi sono anche persone mai detenute né accusate di reati (i.e. mogli o figli di stranieri coinvolti in attività terroristica), ma si tratta di pochi casi isolati rispetto ai quali la clausola temporale è semplicemente irrilevante: «*In short, we read the “when released” directive to apply when there is a release. In other situations, it is simply not relevant. It follows that both of subsection (c)’s mandates -for arrest and for release - apply to any alien linked with a predicate offense identified in subparagraphs (A)-(D), regardless of exactly when or even whether the alien was released from criminal custody*».

L'*opinion of the Court* si chiude con un succinto vaglio della censura più importante addotta dai ricorrenti: la violazione del «*canon of constitutional avoidance*»¹⁶.

Qualsiasi interpretazione della *subsection c* che consentisse l'arresto e la detenzione di «*criminal aliens*» anni dopo la scarcerazione sarebbe di dubbia legittimità costituzionale secondo i ricorrenti, poiché questi soggetti potrebbero aver nel frattempo sviluppato «*strong ties to the country and a good chance of being allowed to stay if given a hearing*». In tali casi la detenzione dello straniero potrebbe non essere giustificata da esigenze di pubblica sicurezza e, quindi, sollevare dubbi di legittimità costituzionale, con particolare riguardo alla *due process clause* posta a garanzia della libertà personale dell'individuo. Pertanto, secondo i ricorrenti, la Corte Suprema dovrebbe adottare una interpretazione costituzionalmente orientata della *subsection c*, tale per cui soltanto coloro che siano stati arrestati immediatamente dopo il rilascio per precedenti crimini rientrerebbero nell'ambito applicativo di

¹⁶ Con particolare riguardo all'impiego di tale canone interpretativo da parte delle Corti statunitensi cfr. almeno M. R. SLACK, *Avoiding avoidance: why use of the constitutional avoidance canon undermines judicial independence - A response to Lisa Kloppenberg*, in *56 Case Western Reserve Law Review*, 4, 2006 e le critiche dell'Autrice all'eccessivo attivismo delle Corti, con gravi ripercussioni sulla loro indipendenza. *Contra* cfr., invece, E.A YOUNG, *Constitutional avoidance, resistance norms and the preservation of judicial review*, in *78 Texas Law Review*, 7, 2000, p. 1552 e ss. Sull'elevata politicità delle decisioni della Corte Suprema americana cfr. G. ROMEO, *Le tentazioni scettiche della costituzionale adjudication: la Corte suprema e i diritti politici dopo Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama*, in *diritticomparati*, 20.04.2015.

tale disciplina speciale restrittiva che nega il diritto ad una «*bond hearing*».

La maggioranza è, però, di avviso contrario e ritiene che il «*canon of constitutional avoidance*» non sia applicabile nel caso di specie, poiché non sussiste alcuna ambiguità di significato o incertezza esegetica nella disposizione censurata.

Questa è indubbiamente l'argomentazione meno convincente tra tutte quelle addotte dalla Corte Suprema.

In effetti, l'incertezza normativa era un presupposto fattuale incontestabile: la stessa Corte aveva dichiarato di dover intervenire per dirimere il contrasto tra i due orientamenti interpretativi esistenti, ossia quello sostenuto dai giudici di prime cure e quello, invece, portato avanti da altre quattro Corti di Appello.

Nonostante le differenze di sistema tra *civil*¹⁷ e *common law*, il criterio della *constitutional avoidance* caratterizza la giurisprudenza statunitense e assume due diverse accezioni: come canone interpretativo e come strumento per rimediare all'incostituzionalità di una legge.

Nel primo caso, dinanzi a due possibili interpretazioni di una certa previsione legislativa viene utilizzato tale canone ermeneutico per evitare l'interpretazione non conforme alla Carta in base al presupposto che il legislatore non voglia violare la Costituzione¹⁸. Nella seconda prospettiva, invece, dinanzi ad un'incostituzionalità accertata si impiega

¹⁷ Sul canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nel nostro ordinamento giuridico cfr. per tutti, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016, p. 429 e ss. Per una comparazione tra *civil* e *common law* cfr., invece, G. Parodi, *L'interpretazione conforme a costituzione. Profili di comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Speciale maggio 2019, p. 565 e ss.

¹⁸ Tale tecnica interpretativa è stata utilizzata per far fronte al carattere indeterminato di una fattispecie penale incriminatrice in *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358 (2010). In dottrina cfr. la prospettiva di A.M. BICKEL, *The Supreme Court 1960 term, foreward: the passive virtues*, in *75 Harvard Law Review*, 1, 1961, p. 40 e ss.

la *constitutional avoidance* per giustificare un'interpretazione creativa¹⁹ che vada a supplire al vizio di costituzionalità²⁰.

Secondo la Corte Suprema, invece, «*despite this constitutional problem, if Congress has made its intent in the statute clear, we must give effect to that intent*»: quasi a dire che se le finalità perseguite dal legislatore sono chiare, a nulla rileva la loro incompatibilità con le garanzie costituzionali.

Ecco, quindi, che l'interpretazione conforme a Costituzione risulta del tutto recessiva: anziché ricostruire l'intento perseguito dal legislatore in modo da rispettare le garanzie fondamentali previste dalla Carta costituzionale, la maggioranza predilige una interpretazione fondata sulla struttura grammaticale e sintattica, ribaltando tutte le regole che disciplinano il fenomeno esegetico²¹.

Ciò che si critica in particolare è il mancato ricorso al canone della *constitutional avoidance* nella sua versione "classica" in forza della quale se una disposizione è suscettibile di duplice interpretazione occorre

¹⁹ Il *canon of constitutional avoidance* è stato, invece, impiegato come rimedio all'incostituzionalità quale interpretazione innovativa in *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

²⁰ Sull'impiego del *canon of constitutional avoidance* in questa duplice accezione cfr. E.S. Fish, *Constitutional avoidance as interpretation and as a remedy*, in 114 *Michigan Law Review*, 7, 2016, p. 1312 e ss. Esprime critiche rispetto alla tendenza dei giudici ad impiegare tale canone per superare semplici dubbi di costituzionalità in senso creativo R.A. Posner, *Statutory interpretation. In the classroom and in the courtroom*, in 50 *Chicago Law Review*, 2 1983, p. 800 e ss. L'Autore sostiene che l'interpretazione creativa della legge da parte dei giudici eviti problemi costituzionali che potrebbero in realtà non esistere, creando una «*judge-made constitutional penumbra*». Cfr. anche W.K. Kelley, *Avoiding constitutional questions a three-branch problem*, in 86 *Cornell Law Review*, 4, 2001, p. 862 e ss.; L.A. KLOPPENBERG, *Avoiding serious constitutional doubts: the Supreme Court's construction of statutes raising free speech concerns*, in 30 *UC Davis Law Review*, 1, 1996, p. 9 e ss. Critiche sono espresse anche nella *dissenting opinion* di J. Thomas, in *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005) 395, là dove si afferma che «*traditionally the avoidance canon was not a doctrine under which courts read statutes to avoid mere constitutional doubts. Instead, it commanded courts, when faced with two plausible constructions of a statute - one constitutional and the other unconstitutional - to choose the constitutional reading*».

²¹ Sulle tecniche di interpretazione della legge ordinaria nel sistema statunitense cfr. almeno G. Calabresi, *A common law for the age of statutes*, Harvard University press, 1982.

adottare quella che consente di evitare la violazione del dettato costituzionale²², consistente nel caso di specie nell'arresto dello straniero e nella perdita del diritto ad una *hearing* solo e soltanto se arrestato immediatamente dopo il rilascio per precedenti crimini.

4. *La dissenting opinion e le censure di incostituzionalità dell'orientamento di maggioranza: la due process clause come «basic American legal value»*

La *concurring opinion* dei giudici Thomas e Gorsuch²³ si discosta dall'*opinion of the Court* soltanto per alcuni profili attinenti alla giurisdizione, mentre molto più significativa è la *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor e Kagan per le argomentazioni relative al merito.

Tutto ruota intorno al significato da attribuire alla locuzione «*an alien described in paragraph 1*» che identifica gli stranieri cui applicare la disciplina restrittiva prevista nella *subsection c (2)*: si tratta di tutti coloro che abbiano commesso reati o abbiano legami con il terrorismo, secondo i sottoparagrafi *A-D* a prescindere dal momento dell'arresto o, viceversa, soltanto di coloro che siano stati arrestati immediatamente dopo il rilascio per i suddetti crimini?

²² Cfr. in tal senso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012) 44: «*The text of a statute can sometimes have more than one possible meaning [...] And it is well established that if a statute has two possible meanings, one of which violates the Constitution, courts should adopt the meaning that does not do so*».

²³ Cfr. *concurring opinion* dei giudici Thomas e Gorsuch, p. 16 -18. La carenza di giurisdizione si fonda su tre motivazioni fondamentali: il § 1252 (b)(9) impedisce la revisione giudiziale di tutte le questioni di fatto e di diritto discendenti da qualsiasi azione o procedimento di espulsione dello straniero dagli Stati Uniti, salvo che si tratti della decisione finale di espulsione; il § 1226 (e) stabilisce che nessuna Corte può annullare una decisione adottata dal Segretario nell'ambito di tale sezione e concernente la detenzione o il rilascio dello straniero; infine, il § 1252 (f)(1) nega la giurisdizione delle Corti distrettuali rispetto all'applicazione delle disposizioni § 1221-1232, salvo che sia già iniziato uno dei procedimenti ivi previsti nei confronti dello straniero.

Vi sono casi in cui lo straniero è rimasto in libertà per anni e può aver nel frattempo creato una famiglia, posto le proprie radici nella comunità americana, altri in cui il soggetto è accusato di reati minori (i.e. *download* illegale di file musicali²⁴), o non ha commesso alcun tipo di reato (i.e. mogli o figli di persone sospettate di terrorismo²⁵): in tutti questi casi un'interpretazione così ampia del potere di arrestare e detenere la persona senza «*bail hearing*» confligge con le fondamentali tradizioni del sistema giuridico americano e della stessa *common law*.

Secondo la minoranza l'interpretazione letterale del testo suggerisce di attribuire al termine «*describe*» un significato ampio, per cui si può descrivere qualcosa non soltanto attraverso l'uso di aggettivi, ma anche mediante verbi e clausole temporali: la *subsection c* (2) rinvia, così, all'intero paragrafo 1 della *subsection c* e si riferisce, pertanto, allo straniero che rientra nell'ambito di una delle fattispecie *sub A-D* e che, al contempo, sia stato arrestato immediatamente dopo il rilascio.

La minoranza invoca anche un'interpretazione sistematica, legata alla struttura utilizzata in altre disposizioni dello statuto: sussiste una simmetria tra la *subsection a* e la *subsection c*, ognuna delle quali è caratterizzata da una prima disposizione concernente l'arresto e una seconda previsione che disciplina l'eventuale rimessione in libertà. Così, in ognuna di queste sezioni, la disposizione sul rilascio si applica soltanto a coloro che siano stati arrestati in forza della prima disposizione sull'arresto. Anche ritenendo, come fa la maggioranza, che la *subsection c* ponga un limite al pubblico potere riconosciuto al *Secretary* nella *subsection a*, resta comunque valido il parallelismo strutturale per il quale la regola sul rilascio della *subsection c* (2) si applica soltanto ai casi interamente corrispondenti alla fattispecie della *subsection c* (1).

Anche la disciplina speciale transitoria²⁶ sembra corroborare questa lettura: il Governo aveva autorizzato l'attuazione differita della *subsection c* decorso un anno dalla entrata in vigore, a causa di contingenti problemi di spazio nelle carceri e carenza di personale. Ebbene, non sarebbe stata necessaria la previsione di una disposizione

²⁴ Cfr. §1226 (c)(1)(C), là dove fa riferimento al §1227 (a)(2)(A)(i).

²⁵ Cfr. §1226(c)(1)(D), là dove fa riferimento al §1182(a)(3)(B)(i)(IX) «*spouse or child of an alien who recently engaged in terrorist activity*».

²⁶ Cfr. IRIRA, § 303 (b)(2).

transitoria se - come sosteneva la maggioranza - la clausola temporale «*when released*» non avesse costituito un limite prescrittivo all'esercizio del potere di arresto del Segretario per la sicurezza nazionale.

L'ultima argomentazione addotta dalla minoranza si fonda sulla necessità di adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in contestazione ed è, per chi scrive, anche il profilo di maggior pregio della *dissenting opinion*.

«*If fairly possible, a statute must be construed "so as to avoid not only the conclusion that it is unconstitutional but also grave doubts upon that score"*»²⁷ e, nel caso di specie, l'interpretazione prospettata dalla maggioranza solleva numerosi e consistenti dubbi di costituzionalità.

Attribuire al Segretario per la sicurezza nazionale il potere di arrestare uno straniero anche molti anni dopo la commissione di un crimine, magari di lieve offensività e tenerlo in prigione per mesi, se non addirittura anni, o, ancora, consentire all'autorità pubblica di arrestare per un tempo indefinito un soggetto che non è mai stato in prigione (perché magari ha ricevuto una mera multa o la messa in prova), negandogli la «*bail hearing*», significa violare la «*due process clause*» del quinto Emendamento.

È in gioco un principio fondante della *rule of law* che non ammette presunzioni assolute di pericolosità sociale quando si discuta della libertà personale dell'individuo.

Secondo la minoranza, quindi, l'unica via costituzionalmente percorribile è leggere la «*when released clause*» come un limite all'esercizio del potere autoritativo del *Secretary*, da interpretare come «un periodo di tempo ragionevole successivo al rilascio», presumibilmente non superiore a sei mesi, come affermato nel precedente *Zadvydas v. Davis*²⁸.

²⁷ Cfr. *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan, p. 25.

²⁸ Cfr. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001): un precedente fondamentale nel quale la *U.S. Supreme Court* ha affermato che la detenzione a tempo indefinito del soggetto immigrato rispetto al quale è intervenuto un ordine di espulsione è incompatibile con la Costituzione e per giustificare la detenzione per un periodo superiore a sei mesi, il Governo è tenuto a dimostrare la sussistenza di circostanze particolari (i.e. pericolo per la società o rischio di fuga), previa garanzia di un'udienza a favore dello straniero. Sei mesi è, appunto, il termine generalmente previsto per la detenzione del soggetto immigrato in attesa di espulsione dagli Stati Uniti *ex* §1231 (a)(69).

Tale limite - dice la minoranza - è assistito anche da una sanzione: se l'arresto non è effettuato nel rispetto del suddetto termine, si deve applicare la regola generale, meno restrittiva della *subsection a* e, quindi, il Segretario non potrà negare allo straniero una «*bail hearing*».

«*We cannot decide that question without bearing in mind basic American legal values*»²⁹: la questione interpretativa deve, pertanto, essere risolta in modo da rispettare la Costituzione e i suoi valori fondamentali, tra i quali il dovere giuridico posto a carico del Governo di non privare alcuna persona della propria libertà senza un giusto processo regolato dalla legge (i.e. U. S. Const., Amdt. 5), l'impegno assunto dalla Nazione, fin dalle origini del Patto Costituente, di proteggere il diritto inviolabile della libertà personale e il diritto di tutti gli individui a una «*bail hearing*». Il punto critico della decisione è proprio questo: dinanzi a un dubbio interpretativo la maggioranza ricostruisce la volontà del Congresso in base alla struttura grammaticale utilizzata nella disposizione, anziché privilegiare il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione. A prevalere per la U.S. Supreme Court è stata la regola sintattica secondo la quale un avverbio non può “modificare”, “descrivere” un nome («*the alien*»), ma soltanto un aggettivo può farlo.

Tuttavia, ogniquale volta sussista un dubbio interpretativo su una disciplina speciale che va a limitare la libertà personale di un individuo, è regola esegetica fondamentale quella di ricostruire la *voluntas* del legislatore secondo i valori fondamentali intangibili del costituzionalismo compresa, quindi, la *due process clause*. Colpisce, al contrario, la strumentalità dell'interpretazione utilizzata dalla maggioranza e la prevalenza del canone esegetico più idoneo a veicolare un indirizzo di chiusura sul trattamento dello straniero sul suolo americano, anche quando ciò vada a detrimento dei più basilari valori costituzionali come il diritto al giusto processo e il principio del contraddittorio. Non sembra superfluo osservare la composizione “politica” dei giudici di maggioranza: Alito, nominato dal Presidente George W. Bush, ha reso l'*opinion of the Court*, con l'accordo dei giudici Kavanaugh, Gorsuch, Thomas e Roberts, nominati i primi due da Trump (nel 2018 e nel 2017) e i secondi rispettivamente da George Bush “padre” e George Bush “figlio”.

²⁹ Cfr. dissenting *opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan, p. 27.

Costanza Masciotta

*La sconfitta della interpretazione costituzionalmente conforme
(alla due process clause) in Nielsen v. Preap.*

L'attuale prevalenza della compagine conservatrice nella U.S. Supreme Court non fa ben sperare per il futuro.

Invero, anche in un altro caso molto recente, *Jennings v. Rodriguez*³⁰, riguardante il trattamento del soggetto immigrato, l'interpretazione restrittiva della legislazione in materia ha prevalso sul canone della *constitutional avoidance*. L'amara preoccupazione con la quale si chiude la *dissenting opinion* appare, quindi, più che fondata: «*I fear that the Court's contrary interpretation will work serious harm to the principles for which American law has long stood*»³¹.

ABSTRACT: This paper focuses on a recent decision of the U.S. Supreme Court concerning a central issue in the current international debate: treatment of migrants awaiting a decision to grant a valid residence permit in the U.S. and the choice of the most appropriate method to identify the range of personal freedom guarantees offered to those foreign persons in these circumstances.

KEYWORDS: US Supreme Court; constitutional theory; treatment of migrants; personal freedom; protection of fundamental rights

Costanza Masciotta – Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Firenze

³⁰ Cfr. *Jennings v. Rodriguez*, 583 U.S. (2018).

³¹ Cfr. *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan, p. 28.

L'avvio della XVIII legislatura e la decretazione d'urgenza: nuovo governo, vecchie abitudini*

Daniele Matarazzi

SOMMARIO: 1. La centralità della decretazione d'urgenza nel sistema politico-istituzionale italiano: profili di criticità. – 2. Il Governo Conte e la decretazione d'urgenza. – 3. La conversione del “d.l. sicurezza”: il ritorno del maxi-emendamento fiduciato. – 4. La conversione del “D.l. semplificazioni”: un tipico esempio di decreto *omnibus*. – 5. Conclusioni: alla ricerca di una reale discontinuità.

1. La centralità della decretazione d'urgenza nel sistema politico-istituzionale italiano: profili di criticità

Il decreto-legge da più di vent'anni rappresenta uno degli strumenti preferenziali per la produzione di norme primarie¹. Negli anni si è progressivamente affermata una tendenza generale volta a configurare tale strumento normativo più come un'iniziativa legislativa rafforzata dell'Esecutivo² che come atto con forza di legge utilizzabile dal Governo per far fronte a straordinarie esigenze di necessità ed

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

¹ E. Longo, *La legge precaria*, Torino, 2017, pag. 175; A. Simoncini e E. Longo, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, pag. 2; A. Sperti, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la seconda svolta*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, pag. 743 ss.

² Cfr. G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, pag. 175; A. Di Giovine, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi Parl. Pol. Cost.*, 1996, pag. 11.

urgenza, secondo il modello delineato dai Padri Costituenti nell'art. 77 Cost. ed avvalorato dalla dottrina maggioritaria per lungo tempo³.

Già dalla seconda metà degli anni '70 la dottrina aveva evidenziato la metamorfosi di questo strumento normativo rispetto all'originario disegno costituzionale⁴, per giungere a parlare vent'anni dopo di una vera e propria "*mutazione genetica*"⁵ del decreto-legge, che ha portato l'istituto in esame a scindersi in due figure distinte.

Accanto infatti ai decreti-legge aventi ad oggetto situazioni emergenziali, conformi alle prescrizioni dell'art. 77 Cost, sono emersi, superando negli anni i primi numericamente, i decreti-legge c.d. "deviati" finalizzati principalmente ad avviare un procedimento legislativo alternativo⁶. La centralità della decretazione d'urgenza non solo ha certificato un ruolo di egemonia del Governo a discapito del Parlamento nell'attuazione dell'indirizzo politico⁷, ma ha altresì fatto

³ G. Filippetta, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, 4, 2012, pag. 23 ss.; F. Modugno, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pag. 458 ss.; F. Cerrone, *Fantasmii della dogmatica. Sul decreto legge e sulla legge di conversione*, in *Diritto Pubblico*, 2015, 2, pag. 348 ss.

⁴ A. Predieri, *Il governo colegislatore*, in F. Cazzola, A. Predieri, G. Priulla, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, pag. XX, vedeva il decreto-legge come un "*disegno di legge governativo rafforzato dalla posizione costituzionale dell'atto che ne consente l'immediata operatività*"; L. Paladin, *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, pag. 1525, rilevava come "*il decreto-legge si riduce in sostanza ad un'anomala proposta che il Governo sottopone alle Camere, sia pure per darle immediata esecuzione*".

⁵ In tal senso si esprime A. Ruggeri, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti-legge*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, pag. 251 ss.

⁶ V. sul punto A. Celotto, *L'"abuso" del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, pag. 307 ss.; A. Di Giovine, *La decretazione d'urgenza in Italia*, cit., pag. 5, secondo il quale tale configurazione del decreto legge rappresenta "*il punto di emersione più difettoso di una democrazia mediatrice e assembleare*".

⁷ La dottrina da tempo denuncia come il frequente ricorso al decreto-legge ed al decreto legislativo abbia sostanzialmente spostato il potere normativo primario dal Parlamento al Governo. Cfr. A. Celotto, *L'"abuso" del decreto-legge.*, cit., pag. 278; U. De Siervo, *Ma chi fa i decreti legislativi?*, in F. Coccozza e S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2001, pag. 497; M. Cartabia, *Introduzione. Il*

emergere prassi e degenerazioni nell'utilizzo di questo strumento solo parzialmente arginate dagli interventi della Corte costituzionale⁸ sul tema a partire dalla seconda metà degli anni '90⁹.

Se infatti la Corte con la sentenza n. 29 del 1995 aveva per la prima volta affermato la possibilità di sottoporre a sindacato la sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza¹⁰, posto fine alla prassi della reiterazione dei decreti-legge con la sentenza n. 360 del 1996¹¹, e più di recente con la sentenza n. 220/2013 stabilito l'inidoneità del decreto-legge a porre in essere riforme ordinamentali¹², meno incisivo è invece

governo "signore delle fonti"?", in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit.; Del rapporto tra decretazione d'urgenza ed indirizzo politico parla diffusamente G. Bernabei, *Carattere provvedimento della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Padova, 2017, pag. 70 ss.; sul punto V. anche G. Pitruzzella, *Decreto-legge e forma di governo*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, pag. 63 ss.

⁸ Cfr. R. Romboli, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita.*, cit., pag. 107 ss.

⁹ Fino ad allora la Corte Costituzionale si era astenuta dall'esaminare nel merito le censure di violazione dei presupposti costituzionali per l'adozione del decreto-legge, considerandole assorbite o superate dalla mera conversione del provvedimento governativo da parte delle Camere; sul punto V. M. Ruotolo, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, pag. 3 ss.

¹⁰ Il primo annullamento da parte della Corte Costituzionale di un decreto legge si è avuto con la sentenza n. 171 del 2007; V. sul punto R. Filippo, *Il decreto legge tra requisiti di costituzionalità e prassi: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale negli ultimi dieci anni*, in www.amministrazioneincammino.it, 2011; P. Carnevale, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge: il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 12, 2007, pag. 2677 ss.

¹¹ Fino a quella storica sentenza infatti si era affermata una prassi che può essere definita come un vero e proprio *monstrum*, consistente nella sequenza decreto legge – approvazione con modificazioni del relativo disegno di legge da parte di una sola Camera – reiterazione del decreto-legge nel nuovo testo; Cfr. A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. Simoncini (a cura di) *L'emergenza infinita.*, cit., pag. 19 ss.

¹² L'inadeguatezza del decreto-legge a realizzare una riforma organica è per la Consulta dovuta al fatto che tale strumento trae la sua legittimazione generale da casi straordinari, ed è per sua natura destinato a dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere prontamente regolate, V. sul punto F. Sanchini, *L'uso della decretazione d'urgenza per la riforma delle autonomie locali: il caso della provincia*.

stato l'intervento dei giudici costituzionali di fronte al fenomeno dei maxi-emendamenti in sede di conversione dei decreti-legge accompagnati dalla posizione della questione di fiducia.

L'atteggiamento della Consulta verso gli abusi di tale espediente procedimentale da parte dei Governi nelle legislature del maggioritario, nonostante un orientamento decisamente critico riguardo la legittimità costituzionale di tale pratica da parte della dottrina prevalente¹³, è parso eccessivamente prudente¹⁴.

La Corte infatti già con la sentenza n. 391 del 1995 ha circoscritto l'operatività dell'articolo 72 della Costituzione (che impone la votazione delle leggi articolo per articolo) al solo procedimento legislativo ordinario; tanto l'approvazione delle leggi di conversione dei decreti-legge, quanto l'approvazione mediante la posizione della questione di fiducia, venivano infatti inquadrati come procedimenti "speciali" le cui regole procedurali rientrano nella sfera di autonomia delle Camere e vengono determinate dai rispettivi regolamenti¹⁵ che possono

Considerazioni a margine della sentenza n. 220 del 2013 della corte costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2013; N. Maccabiani, *Limiti logici (ancor prima che giuridici) alla decretazione d'urgenza nella sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013*, in *Giur. cost.*, 2013, pag. 3242 ss.

¹³ A. Ghiribelli, *Decretazione d'urgenza e qualità della produzione normativa*, Milano, 2011, pag. 282 ss.; N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco – N. Lupo, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, pag. 24 ss.; non mancano tuttavia orientamenti di segno opposto, su tutti V. Lippolis, *Maggioranza, opposizione e Governo nei regolamenti e nelle prassi parlamentari dell'età repubblicana*, in L. Violante (a cura di), *Il Parlamento. Storia d'Italia. Annali 17*, Torino, 2001, pag. 613 ss., il quale, operando una comparazione con il c.d. *vote bloqué* previsto dalla Costituzione della V Repubblica francese e sottolineando al contempo gli aspetti problematici in relazione alla Carta Costituzionale italiana, giustifica l'affermarsi della prassi dei maxi-emendamenti fiduciati, vista come conseguenza degli equilibri prodotti dalla forma di governo italiana e dal sistema politico-istituzionale nel suo insieme, che impediscono al Governo di dirigere e controllare l'attività del Parlamento.

¹⁴ G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, pag. 281, parla di relativizzazione della precettività dell'art.72 Cost. nella giurisprudenza costituzionale sui maxi-emendamenti.

¹⁵ Nello specifico gli artt. 96-bis R.C e 78 R.S per l'approvazione delle leggi di conversione dei decreti-legge e gli artt. 116 R.C e 161 co. 4 R.S per la posizione della questione di fiducia

pertanto derogare al principio sancito dall'art. 72 della Carta costituzionale¹⁶.

Altri soggetti istituzionali hanno quindi cercato di porre un freno alle degenerazioni collegate alla prassi dei maxi-emendamenti fiduciati in sede di conversione dei decreti-legge. Anzitutto i Presidenti della Repubblica, che a partire dalla fine degli anni '90 hanno più volte rivolto i propri poteri di controllo verso gli atti normativi del Governo¹⁷, con il fine di realizzare quegli obiettivi visti come necessari ed essenziali alla tenuta dell'assetto ordinamentale¹⁸. Inoltre, almeno fino alla XV Legislatura, i Presidenti della Camera dei Deputati hanno esercitato i propri poteri¹⁹ in ordine all'ammissibilità degli emendamenti in modo

¹⁶ Va segnalata, tuttavia, la recente ordinanza n. 17/2019 dalla quale emerge un implicito, ma chiaro *revirement* rispetto alla sentenza n. 391 del 1995, nell'ordinanza in questione infatti viene sottolineato come "gli snodi procedurali tracciati dall'art. 72 Cost. scandiscono alcuni momenti essenziali dell'iter legis che la Costituzione stessa esige che siano sempre rispettati a tutela del Parlamento inteso come luogo di confronto e di discussione tra le diverse forze politiche, oltre che di votazione dei singoli atti legislativi, e a garanzia dell'ordinamento nel suo insieme, che si regge sul presupposto che vi sia un'ampia possibilità di contribuire, per tutti i rappresentanti, alla formazione della volontà legislativa" V. sul punto N. Lupo, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 4, 2019; *I maxi-emendamenti e la Corte Costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019.

¹⁷ Particolarmente significativo in merito alla problematica dei maxi-emendamenti il messaggio inviato alle Camere dal Presidente Carlo Azeglio Ciampi (Senato Della Repubblica, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, trasmesso alla Presidenza il 16 dicembre 2004, Doc. I, n.6, pag. 5) con il quale il legislatore veniva richiamato al rispetto di una corretta tecnica normativa, in cui si legge: "Ritengo che questa possa essere la sede propria per richiamare l'attenzione del Parlamento su un modo di legiferare, invalso da tempo, che non appare coerente con la ratio delle norme costituzionali che disciplinano il procedimento legislativo e, segnatamente, con l'articolo 72 della Costituzione, secondo cui ogni legge deve essere approvata articolo per articolo e con votazione finale." V. sul punto R. Dickmann, *Interventi del Presidente della Repubblica tra promulgazione ed emanazione di atti legislativi*, in *Rass. parl.*, 4, 2009, pag. 1101 ss.

¹⁸ V. sul punto D. Chinni, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014; I.G. Veltri, *Decretazione d'urgenza, maxi-emendamenti e questione di fiducia: profili di costituzionalità di una consolidata ma problematica prassi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, pag. 13

¹⁹ A. Picone, *Il controllo di qualità sui testi normativi nel Regolamento e nella prassi della Camera dei deputati*, in *il Parlamento della Repubblica: organi, procedure,*

tale da garantire un minimo di articolazione dei testi normativi e di conseguenza una minima pluralità di fasi di discussione e di voto. L'inversione di rotta più significativa tuttavia è avvenuta sul finire della XVI Legislatura; alla Camera infatti si è affermata una prassi che ha sancito la fine dei maxi-emendamenti governativi, consentendo un maggior coinvolgimento del Parlamento nell'attività di indirizzo politico. In tale ramo del Parlamento, nelle ultime due Legislature, l'Esecutivo ha rinunciato alla presentazione di maxi-emendamenti in sede di conversione dei decreti-legge ponendo la fiducia sui testi licenziati dalle Commissioni di merito²⁰.

Al Senato invece non formando le Commissioni un proprio testo sui decreti-legge, il Governo propone sì un maxi-emendamento, ma il contenuto dello stesso riproduce i singoli emendamenti approvati in seno alle Commissioni stesse²¹, scongiurando quindi il pericolo che l'Assemblea agisca come mero organo di ratifica. Le problematiche relative alla prassi dei maxi-emendamenti si inseriscono nella più ampia tematica relativa all'emendabilità o meno dei decreti-legge in sede di conversione²².

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana la dottrina prevalente era unanime nel ritenere l'insussistenza di qualsivoglia limite all'emendabilità del decreto legge in sede di conversione parlamentare²³, riconoscendo alla legge parlamentare

apparati, Roma, 2013., pag. 969, in cui si evidenzia tra l'altro una decisione del Presidente della Camera Pier Ferdinando Casini del 2003, che esclude la possibilità di presentare un unico emendamento sostitutivo dell'intero articolato imponendo quindi la divisione del testo (in concreto furono previsti tre "maxi-articoli").

²⁰ V. Di Porto, *La problematica prassi dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in V. Lippolis e N. Lupo (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, Napoli, 2016, pag. 113; L. Di Stefano, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII Legislatura*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, pag. 18

²¹ *Ibidem*. L'autore nota come nel caso in cui il maxi-emendamento contenga "qualcosa in più o qualcosa in meno rispetto agli emendamenti approvati in Commissione il Governo ne informa l'Assemblea"

²² L. Di Stefano, *La decretazione d'urgenza*, cit., pag. 16

²³ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1971, pag. 81 ss.; C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pag. 27; L. Paladin, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pag. 533 ss.; F.

un ruolo centrale e superiore rispetto ai poteri normativi dell'Esecutivo, ruolo che non veniva meno nel caso della legge di conversione del decreto-legge.

Le prime manifestazioni della crisi del sistema politico-parlamentare italiano convinsero tuttavia una parte della dottrina²⁴ che fosse necessario ridimensionare il potere del Parlamento, in modo da ridimensionare contestualmente il ruolo (ormai sempre più egemone) dei partiti politici.

Si andava quindi imponendo l'idea che nel settore della decretazione d'urgenza fosse necessaria una ridefinizione dei rapporti tra Governo e Camere per il tramite di un apparato dogmatico fondato sulle teorie della connessione tra decreto-legge e legge di conversione, vista come una legge il cui oggetto era limitato da quello del decreto-legge²⁵.

Il ruolo dominante assunto dal Governo rispetto al Parlamento, a partire dagli anni '90, ha confermato le tendenze già emerse in merito all'abuso della decretazione d'urgenza, facendo

Cerrone, *Fantasmia della dogmatica.*, cit., pag. 349 ss., evidenzia come lo statuto teorico del decreto-legge corrispondeva sia ad un'analisi dei rapporti tra poteri dello Stato (in particolare tra Governo e Parlamento) in quegli anni, sia ad un'analisi dei rapporti tra partiti politici, tenendo inoltre in considerazione quelle che erano le condizioni complessive della società italiana.

²⁴ G. F. Ciaurro, *Il Governo legislatore*, in *Nuovi studi politici*, 1, 1977, pag. 117 ss.; *Legiferare per decreti*, in *Nuovi studi politici*, 2, 1974, pag. 95 ss.; *La conversione in legge dei decreti d'urgenza*, in *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, pag. 49 ss., secondo il quale l'inemendabilità del decreto-legge si collocava nella prospettiva di assicurare all'Esecutivo uno spazio autonomo di normazione, visto come rimedio al crescente egoismo degli organismi corporativi; V. Crisafulli, *Intervento in La Costituzione e la crisi*, *Gli Stati*, 10, 1973, vedeva nell'inemendabilità il rimedio per affrontare la crisi assoluta del sistema parlamentare; l'evoluzione delle teorie sull'inemendabilità del c.d. "costituzionalismo della crisi" è magistralmente ricostruita da G. Filippetta, *L'emendabilità*, cit., pag. 12 ss.

²⁵ F. Cerrone, *Fantasmia della dogmatica.*, cit., pag. 357

emergere nuove e diverse problematiche²⁶, cui non solo la dottrina²⁷ ma anche il Presidente della Repubblica²⁸ cercavano di dare soluzione attraverso l'auspicio di una limitazione, più o meno netta, al potere di emendamento delle Camere.

La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, inizialmente negava la possibilità di limitare il potere emendativo del Parlamento nell'ambito del procedimento di conversione dei decreti-legge, escludendo che la legge di conversione fosse una legge tipizzata nella competenza ed ammettendo pacificamente che questa potesse introdurre disposizioni

²⁶ In particolar modo si fa riferimento al fenomeno della reiterazione dei decreti-legge, cui la Corte costituzionale pose fine con la sentenza n.360/1996, ed al ruolo sempre più egemone del *continuum* Governo – maggioranza parlamentare che utilizzava gli emendamenti in sede di conversione del decreto-legge come strumento per inserire normative nuove, eludendo in tal modo il controllo esercitato dal Capo dello Stato in sede di emanazione del provvedimento d'urgenza e di autorizzazione alla presentazione alle Camere del relativo disegno di legge di conversione.

²⁷ V. Angiolini, *Attività legislativa del governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. costituzionale*, 1996, pag. 206 ss.; G. Silvestri, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti legge*, in *Pol. dir.*, 1996, pag. 421 ss.; F. Modugno, A. Celotto, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 3232 ss.

²⁷ V. Angiolini, *Attività legislativa del governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. costituzionale*, 1996, pag. 206 ss.; G. Silvestri, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti legge*, in *Pol. dir.*, 1996, pag. 421 ss.; F. Modugno, A. Celotto, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 3232 ss.

²⁸ Dapprima il Presidente Carlo Azeglio Ciampi che con il messaggio del 29 marzo del 2002, nel rinviare alle Camere il disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 4 del 25 gennaio 2002, richiamò l'attenzione del Parlamento sulla necessità di riferire anche al disegno di legge di conversione tanto la caratteristica della necessità e urgenza del contenuto, quanto, l'omogeneità di quest'ultimo; in seguito ed in misura decisamente più intensa il Presidente Giorgio Napolitano, il quale con i comunicati del 18 maggio 2007 e del 26 febbraio 2011 diede avvio ad un'intensa attività di *moral suasion*. V. sul punto A. Simoncini, *Una nuova stagione per i controlli sulla decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, 3, 2002, pag. 613 ss.; R. Dickmann, *Interventi del Presidente della Repubblica*, cit., pag. 1101 ss.; G. Piccirilli, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo ancora non sciolto dalla Corte costituzionale: l'"omogeneità" della legge di conversione*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., pag. 437 ss.; P. Carnevale e D. Chinni, *C'è posta per tre: prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivista AIC*, 2, 2011

eterogenee rispetto al decreto²⁹. L'orientamento della Corte mutò successivamente con la nota sentenza n. 22/2012³⁰, tramite la quale venne posto il requisito dell'omogeneità quale limite per l'emendabilità del decreto-legge tramite la legge di conversione. I giudici costituzionali, con questa decisione, arrivarono a stabilire l'illegittimità del decreto-legge qualora il suo contenuto non rispettasse il vincolo della omogeneità, ritenuto implicitamente previsto dall'art. 77 Cost. ed esplicitato dall'art. 15, comma 3, della L. 23 agosto 1988, n. 400.

Quest'ultima disposizione, pur non avendo rango costituzionale, e non potendo di conseguenza assurgere a parametro di legittimità nei giudizi dinnanzi alla Corte, nel prescrivere che il contenuto del decreto-legge deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo va a costituire *"esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento"*³¹.

La Corte costituzionale, quindi, ha accolto parzialmente le tesi prospettate dalla dogmatica dell'inemendabilità, non è giunta infatti a ritenere completamente inemendabile il decreto governativo da parte delle Camere, come auspicato dal Presidente della Repubblica³², ma ha esteso il criterio dell'omogeneità alla legge di conversione.

²⁹ Con le sentenze nn. 171/2007 e 128/2008 infatti la Corte Costituzionale aveva annullato una legge di conversione di un decreto-legge a causa della carenza dei presupposti di necessità ed urgenza previsti dall'art. 77 co.2 Cost., ammettendo la sindacabilità del decreto convertito; in tali pronunce tuttavia i giudici costituzionali non assoggettavano l'emendabilità del decreto-legge ad alcun limite, considerando la non omogeneità del contenuto del decreto-legge un indice della possibile insussistenza del requisito della straordinaria necessità ed urgenza e, sulla base di tale premessa, analizzavano poi le singole disposizioni – o gruppi di disposizioni - tra loro disomogenee per accertare la mancanza o la presenza di quel requisito. V. sul punto S. M. Cicconetti, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Giur.It.*, n.12, 2012, pag. 2492-2493; F. Cerrone, *Fantasma della dogmatica.*, cit., pag. 343 ss.; A. Simoncini, E.Longo, *Dal decreto-legge alla legge di conversione*, cit., pag. 9 ss.

³⁰ Gli stessi principii vennero poi ribaditi nella sentenza n.32/2014

³¹ Sent. n. 22/2012, punto 3.3 della motivazione.

³² Con i comunicati del 18 maggio 2007 e del 26 febbraio 2011 nei quali il Presidente Napolitano invitava Governo e Parlamento a stipulare, dinanzi

Nella sentenza n. 22/2012 la Consulta configura la carenza di omogeneità non solo come indice di insussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza del decreto-legge, come stabilito nelle sentenze nn. 171/2007 e 128/2008, ma anche come vero e proprio vizio formale attinente al procedimento di formazione in senso stretto, che investe la legge di conversione³³.

Le ragioni di un così repentino mutamento da parte della Consulta fanno perno soprattutto su di un diverso modo di intendere la legge di conversione³⁴, nelle sentenze n. 22/2012 e 32/2014 infatti questa non viene più concepita come una normale legge ordinaria, bensì come una legge funzionalizzata a competenza tipica³⁵, e per tale motivo vincolata al rispetto del criterio di omogeneità (materiale o finalistica) che già vincola il decreto-legge cui è strettamente legata³⁶.

all'opinione pubblica, una convenzione sulla sostanziale inemendabilità del decreto-legge. Sugli interventi del Presidente Napolitano in tema di conversione dei decreti-legge V. in particolare D. Piccione, *Il primo messaggio di rinvio di legge alle Camere da parte del Presidente Napolitano. L'art. 74, comma 1, Cost. tra la tutela del favor praestatoris e le garanzie del diritto parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2010, pag. 975 ss.; N. Maccabiani, *La "difesa" della posizione costituzionale degli organi parlamentari nelle procedure normative affidata alle esternazioni del presidente Napolitano*, in www.rivistaaic.it, n.2, 2011.; D. Chinni, *Le "convergenze parallele" di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge*, in *Giur. it.*, 12, 2012, pag. 2499 ss.

³³ G. Filippetta, *L'emendabilità*, cit., pag. 30

³⁴ G. Serges, *La "tipizzazione" delle leggi di conversione dei decreti-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giur. it.*, 12, 2012, pag. 2494 ss.

³⁵ La Corte al punto 4.2 del *considerato in diritto* della sent. n. 22/2012 precisa infatti che *"Si deve ritenere che l'esclusione della possibilità di inserire nella legge di conversione di un decreto-legge emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario non risponda soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma sia imposta dallo stesso art. 77, secondo comma, Cost., che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario"*.

³⁶ V. sul punto F. Cerrone, *Fantasmii della dogmatica.*, cit., pag. 368 ss., l'autore critica l'accoglimento (seppur parziale) da parte della Corte costituzionale delle tesi favorevoli all'inemendabilità del decreto-legge, viste come mero rimedio volto ad arginare le problematiche connesse agli abusi della decretazione d'urgenza, in un contesto di crisi del parlamentarismo italiano che vede le Camere non più *"padrone del procedimento di formazione delle leggi e tantomeno di quello, regolato da specifiche norme dei regolamenti parlamentari, di conversione dei decreti"*, rimedio che non pare

La sintetica, e certamente non esaustiva, panoramica sulle principali problematiche in tema di decretazione d'urgenza esposta in queste pagine fa da preambolo necessario a quello che sarà il *focus* principale di questo lavoro. Se è vero infatti che l'abuso della decretazione d'urgenza rappresenta da oltre un quarantennio uno dei principali fenomeni distorsivi del parlamentarismo italiano, si tratta ora di analizzare e verificare se il diverso assetto assunto dal sistema politico italiano a seguito delle elezioni del 4 marzo 2018³⁷ abbia portato ad un'inversione di rotta sul tema oppure se le prassi e le storture che hanno contraddistinto le precedenti esperienze permangano anche nella corrente Legislatura.

Sarà posta in particolare l'attenzione su alcuni provvedimenti simbolici, in grado di evidenziare le tendenze generali che stanno caratterizzando l'utilizzo del decreto-legge in questo momento storico.

2. Il Governo Conte e la decretazione d'urgenza

Nonostante l'ottimo risultato dei partiti e dei movimenti critici nei confronti dell'azione dei precedenti esecutivi, il quadro politico che emergeva all'esito delle elezioni del 2018 si presentava particolarmente

abbia sortito effetti benefici, essendo ancora il decreto-legge l'ordinario strumento di legislazione e continuando ad essere scritto prima ancora di qualsivoglia intervento del Parlamento in modo da ricomprendere gli ambiti materiali più disparati.

³⁷ Che hanno visto l'affermazione delle c.d. "forze antisistema" a scapito dei tradizionali partiti di centro-destra e centro-sinistra. Il ridimensionamento di quelle formazioni politiche, che a partire dal 1994 si erano alternate alla guida del paese, va inserito in un contesto storico di grande sfiducia verso il tradizionale circuito della rappresentanza politica e delle istituzioni che da essa promanano, che travalica i confini nazionali, presentandosi, secondo diverse forme e declinazioni, in tutta Europa. V. sul punto E. Longo, *La legge precaria*, cit., pag. 169-171; S. Staiano, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi.it*, 19, 2015; A. Ruggeri, *Crisi della rappresentanza politica e poteri di normazione del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017, pag. 3 ss.

complesso, non essendovi alcuna forza capace di poter definire una maggioranza politica in grado di sostenere un governo³⁸.

Dopo uno stallo durato alcuni mesi, nei quali si era ipotizzata anche la nascita di un governo “neutrale” che avrebbe affrontato le imminenti scadenze finanziarie e traghettato il paese ad una nuova consultazione elettorale³⁹, la ripresa del dialogo tra le forze politiche ha posto le basi nel giugno del 2018 per la formazione del Governo Conte, un Esecutivo sostenuto da soggetti (il M5S e la Lega) che si erano presentati come antagonisti nelle ultime elezioni⁴⁰.

Il nuovo Governo sin dall'inizio manifestava la volontà di porsi in discontinuità con gli Esecutivi precedenti, non solo dal punto di vista politico ma anche procedimentale, trascorso ormai più di un anno dall'inizio della XVIII Legislatura è possibile tracciare un primo bilancio di quello che è stato l'utilizzo dello strumento del decreto-legge da parte del Governo Conte.

³⁸ La prima applicazione del nuovo sistema elettorale, in parte maggioritario ed in parte proporzionale, ha infatti generato un equivoco politico difficilmente risolvibile, con alcuni che rivendicavano la vittoria della coalizione più votata (quella di centro-destra con il 36% dei suffragi) mentre altri sostenevano che ad uscire vittorioso dalle elezioni fosse il partito più votato (il Movimento 5 Stelle capace di raccogliere il 32% dei consensi). V sul punto. F. Paterniti, *L'affannoso avvio della XVIII Legislatura e il ruolo dell'Esecutivo alla luce delle evoluzioni della forma di governo italiana*, in *Federalismi.it*, 2019, pag. 3 ss., A. Pertici, *Dalle elezioni del 4 marzo 2018 alla formazione del Governo Conte*, in *Rivista AIC*, 2/2018, pag. 6

³⁹ In tale prospettiva va letta l'iniziativa assunta, all'esito del terzo giro di consultazioni, dal Presidente Mattarella di affidare l'incarico di formazione dell'Esecutivo a Carlo Cottarelli, che tuttavia rinunciò dopo pochi giorni, visto il successivo riavvio del dialogo tra le forze politiche.

⁴⁰ L'individuazione di una base programmatica comune è avvenuta attraverso il c.d. “*contratto di governo*”, un documento politico mutuato dal modello tedesco del *Koalitionsvertrag*, che da un lato definiva i diversi punti del programma che avrebbero caratterizzato l'azione del nuovo Esecutivo e dall'altro assumeva, come evidenziato da F. Paterniti, *L'affannoso avvio della XVIII Legislatura*, Cit., pag. 8, “*le sembianze di argine rispetto alle possibili tendenze centrifughe che avrebbero potuto manifestarsi a seguito dell'incontro tra forze politiche originariamente contrapposte*”. Questo documento è stato tramutato in programma ufficiale del governo solo dopo essere stato espressamente avallato dai sostenitori delle due formazioni politiche che avrebbero formato il nuovo esecutivo, su tale insolito *iter* v. F. PINTO, *Politica e contratti: un'anomalia italiana*, in *Federalismi.it*, 11/2018.

Nella seconda parte della XVII Legislatura, pur permanendo diversi profili di criticità, erano emerse diverse tendenze incoraggianti nell'ottica di un superamento dell'esercizio patologico e dell'abuso dello strumento del decreto-legge⁴¹.

Si era in primo luogo registrata una netta riduzione del peso della decretazione d'urgenza rispetto al totale degli atti normativi approvati dalle Camere; a fine 2017, infatti, le leggi di conversione dei decreti-legge rappresentavano il 24,19 % del totale delle leggi approvate, un dato quasi dimezzato rispetto a tre anni prima⁴², così come dimezzato era il numero dei decreti-legge emanati in assoluto⁴³.

Inoltre aveva trovato conferma la prassi affermatasi nella legislatura precedente, consistente nella rinuncia, in ossequio al Parlamento, da parte del Governo alla presentazione di maxi-emendamenti con la posizione della questione di fiducia sui testi preparati in seno alle Commissioni, nonostante un utilizzo ampio di tale strumento cui si è fatto ricorso in almeno una delle due Camere per il 52,4 % delle leggi di conversione.

Restavano di certo aperte diverse questioni, legate in particolare alla scarsa omogeneità dei provvedimenti del Governo, ed alla conferma della prassi del "bicameralismo alternato"⁴⁴, che vedeva

⁴¹ P. Rametta, *I decreti-legge nella XVII Legislatura: il superamento della legislazione della crisi?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, pag. 5

⁴² I dati relativi alla decretazione d'urgenza nella XVII Legislatura sono presi da: Appunti del Comitato per la legislazione, *La produzione normativa nella XVII legislatura*, n.13, aggiornato al 20 ottobre 2017.

⁴³ Nel biennio 2013-2014 furono emanati ben 52 decreti-legge, mentre nel biennio 2016-2017 il numero dei decreti-legge scese a 27, per individuare un dato simile nella storia repubblicana bisogna tornare indietro sino alla seconda metà degli anni '60.

⁴⁴ Sulla prassi del "bicameralismo alternato" sono intervenuti diversi autori tra cui: C. Deodato, *Il Parlamento al tempo della crisi. Alcune considerazioni sulle prospettive di un nuovo bicameralismo*, in *Federalismi.it*, 9, 2013, pag. 2 ss.; E. Griglio, *La transizione dai Maxi-emendamenti: un problema politico che richiede (anche) una soluzione pattizia*, in N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo - Atti del Seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009*, Padova, 2010, pag. 93; D. De Lungo, *Tendenze e prospettive evolutive del maxi-emendamento nell'esperienza della XV e XVI legislatura*, in *Rivista AIC*, 3, 2013; I. Lolli, *Decreti-legge e disegni di legge: il governo e la "sua" maggioranza*,

impegnata una sola Camera nell'esame del testo, con l'altra che si limitava ad approvare senza modifiche il decreto-legge, con buona pace del principio del bicameralismo paritario e perfetto⁴⁵.

Tutto sommato però il crepuscolo della XVII Legislatura aveva evidenziato delle tendenze incoraggianti, con un utilizzo meno disinvolto da parte dell'Esecutivo dello strumento del decreto-legge, rispetto alla XVI Legislatura (nella quale l'utilizzo del decreto-legge aveva raggiunto proporzioni enormi⁴⁶) ed all'inizio della XVII Legislatura. Tali segnali positivi non hanno trovato del tutto conferma in questo primo anno della XVIII Legislatura, dove anzi sembrano riemergere vecchie abitudini, in tema di decretazione d'urgenza, cui non si può guardare senza una certa preoccupazione⁴⁷.

Il Governo Conte infatti ha fatto ampio ricorso ai decreti-legge, che hanno quasi monopolizzato l'attività dell'Esecutivo in Parlamento, con le Camere raramente chiamate ad approvare disegni di legge ordinari⁴⁸. L'incidenza delle leggi di conversione sul totale degli atti

in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016; L. Di Stefano, *La decretazione d'urgenza*, Cit., pag. 14 ss.

⁴⁵ Fortemente critica relativamente a tale prassi è I. Lolli, *Decreti-legge e disegni di legge*, Cit., pag. 39 ss., che vede nel "bicameralismo alternato" una sorta di "monocameralismo indotto", configurando una palese violazione del principio della doppia ponderazione, che a Costituzione invariata costituisce la fisiologia del sistema; di segno opposto le considerazioni di P. Rametta, *I decreti-legge nella XVII Legislatura*, Cit., pag. 9, che evidenzia come tale modalità di approvazione se da un lato preclude ad uno dei due rami del Parlamento la benché minima verifica ed analisi su di un disegno di legge, dall'altro vede nell'altro ramo un tempo di esame quasi raddoppiato, tale da consentire un esame molto più approfondito sulle normative introdotte.

⁴⁶ Cfr. G. Di Cosimo, *Il Governo pigliatutto: la decretazione d'urgenza nella XVI legislatura*, in *Rass. parl.*, 2, 2013, pag. 409 ss.; G. Rivosecchi, *Decretazione d'urgenza e governo dell'economia*, in R. Calvano (a cura di), *Legislazione governativa d'urgenza e crisi. Atti del 1 Seminario di studi di diritto costituzionale, Unitelma Sapienza, Roma 18 settembre 2014*, Napoli, 2015. Pag. 124 ss.

⁴⁷ I dati relativi alla decretazione d'urgenza nella XVIII Legislatura sono presi da: *La produzione normativa: cifre e caratteristiche*, dossier realizzato dal Servizio Studi della Camera dei Deputati, aggiornato al 5 maggio 2019, consultabile su internet all'indirizzo https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_la_produzione_normativa_nella_xviii_legislatura.html

⁴⁸ I disegni di leggi "ordinari" per avanzare proposte di governo nella XVIII Legislatura hanno infatti inciso solo per il 16% sul totale dei provvedimenti presentati

normativi approvati nel primo anno della corrente legislatura dal Parlamento è infatti pari al 42,8 % del totale, un dato superato, nel recente passato, solo dal Governo Letta con il 52,3.

Anche il numero dei decreti emanati in assoluto (24) è più vicino ai dati rilevati all'inizio della legislatura precedente (25), rispetto a quelli più contenuti che, come si è visto, hanno caratterizzato il biennio conclusivo della XVII Legislatura. Il frequente ricorso al decreto-legge da parte dei Governi Monti e Letta⁴⁹ trovava la sua ragione di fondo nella crisi economica che ha interessato l'Europa negli anni a cavallo tra la XVI e la XVII Legislatura, che imponeva l'utilizzo di strumenti normativi in grado di intervenire in tempi celeri sui mercati e sulle istituzioni finanziarie internazionali⁵⁰.

In dottrina si è infatti sottolineato⁵¹ come il decreto-legge sia anzitutto uno strumento molto facile da utilizzare per l'Esecutivo, dal momento che basta una deliberazione del Consiglio dei Ministri e la firma del Capo dello Stato, mai negata fatti salvi rarissimi casi; in secondo luogo, di grande efficacia ed impatto mediatico, poiché entra in vigore immediatamente costringendo il Parlamento ad occuparsene

dal Governo al Parlamento, rappresentando il dato più basso delle ultime tre legislature.

⁴⁹ I decreti-legge emanati mensilmente sono stati in media 2,4 da parte del Governo Monti e 2,7 da parte del Governo Letta, la media del Governo Conte è attualmente di 2,1.

⁵⁰ V. sul punto V. Di Porto, *I decreti legge tra crisi economica ed affievolimento delle patologie*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016; E. Longo, *La legge precaria*, cit., pag. 173; A. Iannuzzi, *Crisi economico finanziaria e decreti-legge "manifesto". Sulla dubbia legittimità costituzionale delle numerose previsioni dichiarate salvifiche ed urgenti che differiscono i loro effetti al momento dell'adozione delle norme di attuazione*, in *Dir. soc.*, 1, 2015, pag. 105 ss.

⁵¹ V. sul punto A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza*, Cit., pag. 50 ss., l'autore sottolinea come la precisa data di conclusione del procedimento di conversione consenta all'Esecutivo di utilizzare subito il credito elettorale derivante dal solo fatto di aver condiviso in Consiglio dei Ministri le misure adottate; L. Duilio, *Politica legislativa nella transizione: fuga dalla legge e problemi relativi*; in L. Duilio (a cura di), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, 2013, pag. 18, evidenzia inoltre come "il decreto-legge ha finito per diventare lo strumento principale di intervento dell'Esecutivo, perché ritenuto il mezzo più importante di decisione e di attuazione del programma di governo, e l'espedito istituzionale più opportuno per non finire nelle sabbie mobili di un iter parlamentare considerato difficile da gestire".

in tempi brevi rendendo al contempo tangibile l'attuazione del programma governativo in quei punti ritenuti politicamente più urgenti.

Si è visto infatti come l'attuale Esecutivo abbia seguito un *iter* di formazione del tutto particolare, che ha visto come momento di propulsione la redazione del c.d. *contratto di governo*, questo documento ha costituito nella sostanza il programma su cui il Governo ha richiesto alle Camere la fiducia, ma prima di tale momento è stato sottoposto ad una sorta di *referendum* tra i sostenitori delle formazioni politiche che ne erano parte⁵². La legittimazione popolare del *contratto di governo* ha quindi inciso non solo sull'orizzonte programmatico dell'attuale Esecutivo, ma anche sugli strumenti utilizzabili per realizzarlo; l'esigenza di dare immediato riscontro alla fiducia espressa dai sostenitori della nuova maggioranza ha infatti condotto ad un evidente protagonismo del nuovo Governo, deciso a voler realizzare rapidamente i punti maggiormente rappresentativi dei programmi elettorali dei due partiti che lo compongono⁵³.

Ciò tuttavia ha portato inevitabilmente l'attuale Governo a seguire le orme dei propri predecessori nel forzare la lettera dell'art. 77 della Costituzione, con un conseguente uso improprio di questo strumento, astrattamente previsto per far fronte ad emergenze od urgenze, ma nella realtà mezzo principale tramite cui implementare il programma di governo. Circa il 60% dei decreti-legge emanati dal Governo Conte hanno infatti avuto il chiaro scopo di dare attuazione all'agenda politica dell'Esecutivo, e solo in due occasioni questo strumento normativo è stato utilizzato per far fronte a vere e proprie emergenze, ossia in

⁵² La Lega ha predisposto degli appositi gazebo per verificare il consenso dei cittadini sul documento, mentre il Movimento 5 Stelle ha aperto una consultazione on-line sulla piattaforma Rousseau.

⁵³ F. Paterniti, *L'affannoso avvio della XVIII Legislatura*, Cit., pag. 9; M. Carducci, *Le dimensioni di interferenza del "contratto" di governo e l'art. 67 Cost.*, in *Federalismi.it*, 13, 2018

occasione del crollo del ponte di Genova⁵⁴ e del salvataggio della banca Carige⁵⁵.

Dal punto di vista del ricorso allo strumento, dunque, l'attuale legislatura si pone in continuità con le precedenti, una continuità che si riscontra anche dal punto di vista procedurale.

Ha trovato conferma anzitutto la prassi del "bicameralismo alternato", che come accennato vede una sola Camera, o per meglio dire le Commissioni di una sola Camera il cui ruolo viene ad espandersi a scapito del *plenum*, impegnata a scrivere il testo di una legge, con l'altra che in sostanza assume funzioni di mera ratifica⁵⁶. Dei 15 decreti-legge convertiti sino ad ora, infatti, solo per due è stata necessaria più di una lettura in uno dei due rami del Parlamento.

Anche il ricorso al voto di fiducia, in un primo tempo minore rispetto alle legislature precedenti, si è poi intensificato nel momento in cui sono arrivati all'attenzione dell'Assemblea quei provvedimenti sui quali si evidenziavano i maggiori contrasti tra le forze di governo e che quindi mettevano a rischio la tenuta della maggioranza. In cinque casi si è fatto ricorso allo strumento in almeno uno dei due rami del Parlamento, e nel caso del "decreto sicurezza" la fiducia è stata posta in entrambi.

Il ricorso alla questione di fiducia nella conversione dei decreti-legge e la scarsa omogeneità di contenuti dei provvedimenti sono come si è visto due degli aspetti patologici che da più tempo investono la tematica della decretazione d'urgenza. Il permanere di queste pratiche distorsive costituisce la cartina al tornasole di una discontinuità nei metodi che non c'è stata, e conferma ancora una volta la prevalenza del Governo rispetto al Parlamento, ormai sempre più marginale nell'attuazione dell'indirizzo politico.

⁵⁴ Il d.l. n. 109/2018 in realtà conteneva anche disposizioni difficilmente inquadrabili come emergenziali, come la creazione di una banca dati sulle opere pubbliche e l'istituzione di un'Agenzia di vigilanza per la sicurezza di strade ed autostrade.

⁵⁵ Dati presi dallo studio mensile sulla produzione legislativa realizzato da Openpolis.it in collaborazione con AGI, consultabile on-line all'indirizzo: <https://www.openpolis.it/decreti-incompleti-per-implementare-il-programma-di-governo/>.

⁵⁶ V. Di Porto, *I decreti legge*, cit., pag. 5, guarda con favore a tale sistema, definito come "una razionalizzazione del sistema bicamerale perfetto".

L'analisi, nelle pagine che seguono, dell'*iter* di conversione di due provvedimenti "bandiera" dell'attuale Esecutivo, ossia il c.d. "d.l. sicurezza" ed il c.d. "d.l. semplificazioni", evidenzierà la permanenza (se non addirittura il peggioramento) di quegli abusi della decretazione d'urgenza che, come più volte sottolineato in questo scritto, sembrano ormai connaturati alla nostra forma di governo a prescindere dalle forze politiche che di volta in volta si trovano a dover guidare l'esecutivo. Nel caso del "d.l. sicurezza" infatti si è assistito ad un ritorno del maxi-emendamento fiduciato da parte del Governo, mentre il "d.l. semplificazioni" costituisce l'ennesimo esempio di decreto *omnibus*, nonostante l'ormai cristallizzata regola dell'omogeneità come limite al potere emendativo dei decreti-legge in sede di conversione.

3. La conversione del "d.l. sicurezza": il ritorno del maxi-emendamento fiduciato

Tra gli abusi della decretazione d'urgenza si è più volte sottolineato come il fenomeno dei c.d. maxi-emendamenti collegati alla posizione della questione di fiducia in sede di conversione dei decreti-legge abbia rappresentato, soprattutto negli anni coincidenti con la fase "maggioritaria" del nostro parlamentarismo, uno degli aspetti più preoccupanti, in grado di condizionare con pesanti conseguenze non solo la procedura di approvazione della legge, ma addirittura l'intero circuito democratico-rappresentativo⁵⁷.

Tale espediente procedimentale, definito come "*un azzeramento del potere di emendamento attraverso la sua estremizzazione*"⁵⁸, si è concentrato principalmente su due tipologie di legge, le leggi di

⁵⁷ Sul punto la letteratura è vasta, tra i tanti si segnalano: E. Griglio, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 4, 2005, pag. 807 ss.; P. Caretti, *Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distorsiva di difficile contrasto*, in N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo - Atti del Seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009*, Padova, 2010, pag. 13 ss.; N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco e N. Lupo, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, pag. 41e ss.

⁵⁸ Tale espressione è da attribuirsi a G. Piccirilli, *L'emendamento*, cit., pag. 259.

bilancio e quelle di conversione dei decreti-legge, ossia su quei procedimenti la cui approvazione avviene in tempi certi, ed attraverso i quali, come si è visto, l'Esecutivo concretizza il proprio indirizzo politico⁵⁹.

Nel periodo compreso tra la XI e la XV Legislatura oltre il 55% delle questioni di fiducia poste nel procedimento legislativo hanno avuto ad oggetto l'articolo unico del disegno di legge di conversione ovvero emendamenti ad esso riferiti. L'ampio utilizzo dello strumento negli anni del c.d. "bipolarismo" è avvenuto non solo in funzione antiostruzionistica, ma anche e soprattutto come mezzo tramite cui ridurre i tempi di conversione e ricompattare la maggioranza, specialmente quando oggetto della conversione erano decreti dotati di un alto tasso di politicità, volti a porre in essere riforme strutturali ovvero ad intervenire su una molteplicità di settori⁶⁰.

Come già ricordato, l'incidenza dei maxi-emendamenti fiduciati sul procedimento legislativo ha trovato una sorta di legittimazione nella giurisprudenza costituzionale. Alla Camera, tuttavia, il Comitato per la legislazione ha più volte manifestato dubbi sulla legittimità costituzionale della prassi qui in esame⁶¹.

La tendenza che, a partire dal Governo Monti, ha visto l'Esecutivo rinunciare alla proposizione di maxi-emendamenti alla Camera, ponendo la fiducia sui testi licenziati dalle Commissioni, ed utilizzare lo strumento al Senato⁶² come "vettore fotografico" di tutti gli

⁵⁹ V. Lippolis, *Un onesto compromesso regolamentare: il divieto di maxi-emendamenti in cambio di tempi certi di esame dei disegni di legge governativi*, in N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti*, Cit., pag. 43 ss., definisce il maxi-emendamento collegato alla questione di fiducia come "il surrogato del voto bloccato francese. Con una fondamentale differenza però: la procedura del voto bloccato segue regole chiare che hanno un esplicito fondamento costituzionale ed è scollegata dalla messa in gioco della fiducia. La prassi italiana si è formata in uno spazio lasciato vuoto dalle norme costituzionali e in assenza di una disciplina che ne fissasse i limiti, ha assunto aspetti degenerativi".

⁶⁰ Sul punto V. I. Loli, *Decreti-legge e disegni di legge*, cit., pag. 18

⁶¹ Del dialogo a distanza tra Corte Costituzionale e Comitato per la legislazione parla in maniera approfondita V. Di Porto, *La problematica prassi dei maxi-emendamenti*, cit., pag. 107

⁶² Al Senato il procedimento di conversione dei decreti-legge è disciplinato dall'art. 78 del relativo regolamento che non prevede che le Commissioni formino un proprio testo sul disegno di legge, limitandosi a norma del comma 7 del sopracitato

emendamenti approvati dalle Commissioni che confluiscono al suo interno⁶³, ha avuto se non altro il merito di consentire un maggior coinvolgimento delle Camere nell'*iter* di conversione. Tuttavia tale prassi presenta non poche problematiche, in particolare circa il ruolo assunto dalle Commissioni: queste infatti svolgono funzioni formalmente referenti ma sostanzialmente redigenti, a scapito del *plenum* che si limita a ratificare il testo formato in Commissione⁶⁴.

Questa inedita configurazione del ruolo delle Commissioni, infatti, finisce anzitutto per ledere il principio di piena conoscibilità dei lavori parlamentari⁶⁵; in secondo luogo aggira la riserva di assemblea prevista per la conversione dei decreti-legge dall'art. 96 *bis* R.C e dagli artt. 35 e 36 R.S. Questo maggior coinvolgimento delle Assemblee nella determinazione del contenuto del maxi-emendamento, seppur attraverso un sistema che come si è visto non esime da interrogativi, non ha tuttavia trovato conferma in occasione della conversione del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. "decreto sicurezza")

Questo provvedimento, l'unico come si è visto che in questa legislatura ha visto il Governo porre la fiducia in entrambi i rami del Parlamento, è stato uno di quelli sui quali maggiori sono state le divergenze tra i due partiti che formano l'attuale maggioranza, come testimonia il difficoltoso *iter* che ha portato alla sua conversione. Per quello che in questa sede maggiormente interessa, si deve registrare appunto il ritorno (al Senato⁶⁶) del fenomeno del maxi-emendamento fiduciato, presentato autonomamente dal Governo senza che al suo

articolo a presentare all'Assemblea gli emendamenti proposti ed approvati in quella sede.

⁶³ V. sul punto G. Savini, *L'attività legislativa tra Parlamento e Governo: continuità ed innovazioni nell'esperienza del Governo Monti*, Padova, 2014.

⁶⁴ Cfr. I.G. Veltri, *Decretazione d'urgenza*, Cit., pag. 24.

⁶⁵ Le funzioni formalmente referenti ma sostanzialmente redigenti svolte dalle Commissioni parlamentari non sono infatti né da un adeguato regime di pubblicità, né da modalità di votazione che assicurino la conoscibilità del voto dei singoli o dei gruppi. Cfr. V. I. Lollo, *Decreti-legge e disegni di legge.*, cit.; D. De Lungo, *Tendenze e prospettive evolutive.*, cit., pag. 11.

⁶⁶ La conversione definitiva è avvenuta alla Camera nella seduta del 28 novembre 2018, anche in questo ramo del Parlamento è stata *posta* dal Governo la questione di fiducia, ma sul testo approvato in prima lettura al Senato e senza modifiche dalle Commissioni della Camera.

interno venissero “assemblati” tutti gli emendamenti approvati in Commissione referente⁶⁷.

Anche nella XVII Legislatura vi erano stati casi in cui l'Esecutivo non aveva riprodotto integralmente gli emendamenti approvati in Commissione, come nel caso del d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, provocando qualche dibattito⁶⁸, ma nel caso in esame c'è stato di più, poiché numerose disposizioni del maxi-emendamento non avevano avuto alcuna discussione in Commissione ma solo un veloce passaggio come emendamenti del relatore immediatamente ritirati e in nessun modo discussi⁶⁹, generando contestazioni sul metodo non solo da parte delle forze parlamentari ostili al provvedimento⁷⁰, ma anche da parte di quelle che pur non facendo parte della maggioranza lo avevano sostenuto⁷¹.

⁶⁷ Sul punto V. M. Ruotolo, *Sui vizi formali del decreto-legge*, cit., pag. 22-23.

⁶⁸ V. sul punto V. Di Porto, *La problematica prassi dei maxi-emendamenti*, cit., pag. 113.

⁶⁹ Tra le integrazioni *recepte* nel maxiemendamento in particolare vi è la riproduzione, con alcune modificazioni, del testo di cinque emendamenti presentati dal relatore, senatore Borghesi, in Commissione, successivamente ritirati e poi trasformati in ordini del giorno: 31.0.600, 35.0.601, 35.0.602, 35.0.603 e 38.0.600.

⁷⁰ Si veda ad esempio l'intervento del Senatore Marcucci (PD): “Signor Presidente, non capisco cosa sta succedendo e le chiedo aiuto. Siamo ormai al terzo o quarto rinvio; come abbiamo già ricordato in mattinata, questo provvedimento è uscito dalla Commissione ben sei giorni fa; noi eravamo convocati per lavorare ieri mattina alle ore 9,30; oggi il Sottosegretario è stato molto bravo intervenendo in replica dopo la discussione generale, ma evidentemente non sapeva di cosa stesse parlando visto che l'emendamento che ha appena annunciato non era ancora stato scritto e non si sapeva ancora cosa contenesse. Intanto non ho capito se è stata posta la questione di fiducia. Il Sottosegretario ha fatto riferimento a un emendamento, lei fa riferimento ai lavori della Commissione, quindi ci sta dicendo che quell'emendamento conterrà esclusivamente le proposte emendative approvate in Commissione: questo ci sta dicendo?” (resoconto stenografico della seduta n. 054 del 06/11/2018).

⁷¹ Si veda ad esempio l'intervento del Senatore Caliendo (FI): “Vede, Presidente, il decreto-legge che è stato licenziato e sul quale viene posta la fiducia aveva necessità di alcune integrazioni e correzioni, che avevamo formulato con appositi emendamenti. Vi era la volontà di votare a favore, perché avevamo la necessità di riaffermare l'esigenza di sicurezza contro i tentativi di contrastarla nel nostro Paese, ma c'è stato detto di no. Inoltre oggi, Presidente, ho scoperto una cosa che non so nemmeno come definire: il relatore del disegno di legge di conversione ha presentato in Commissione cinque emendamenti e ha poi deciso di trasformarli in ordini del giorno, che, con parere

Quanto avvenuto in occasione della conversione del “decreto sicurezza”, pur rimanendo ad oggi un caso isolato, rappresenta un ritorno al passato che ponendo al di fuori delle aule l'attività di “contrattazione” tra le forze politiche, torna a marginalizzare il ruolo delle Assemblee. Occorre quindi monitorare nei mesi futuri l'attività dell'Esecutivo in Parlamento, al fine di verificare se il ritorno del maxi-emendamento, nella sua configurazione che possiamo definire “classica”, sia relegato al caso qui esaminato oppure costituisca un'inversione di tendenza generale rispetto alla prassi che si era affermata nelle due precedenti legislature.

4. La conversione del “d.l. semplificazioni”: un tipico esempio di decreto omnibus

Accanto al frequente ricorso da parte del Governo alla posizione della questione di fiducia in sede di conversione, l'altra grande modalità di abuso della decretazione d'urgenza, che si è sviluppata a partire dai primi anni '90 per arrivare, oggi, a caratterizzare in maniera strutturale l'utilizzo del decreto-legge, è la prassi dei c.d. decreti *omnibus*. Per decreti *omnibus* s'intendono quei decreti legge che vedono inserite al loro interno “*misure relative agli oggetti ed ai settori più disparati*”⁷², provvedimenti quindi che si caratterizzano per l'eterogeneità dei contenuti, sia essa originaria, cioè propria del decreto-legge così come adottato dall'Esecutivo, ovvero derivata dall'attività emendativa delle Camere in sede di conversione⁷³.

Tale problematica, si è visto, si ricollega al tema della necessaria omogeneità del contenuto del decreto-legge, già oggetto della giurisprudenza costituzionale del biennio 2007-2008, e di conseguenza a quello dell'inemendabilità del decreto-legge nell'ambito del procedimento di conversione, questione risolta dalla Corte

favorevole del Governo, sono stati sottratti all'esame e alla discussione” (resoconto stenografico della seduta n. 054 del 06/11/2018).

⁷² Così S. Veneziano, *La decretazione d'urgenza nella prospettiva della Corte costituzionale*, in N.Lipari (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, pag. 42.

⁷³ V. sul punto R. Filippo, *Il decreto legge tra requisiti di costituzionalità e prassi.*, cit., pag. 15 ss.; E. Longo, *La legge precaria*, cit., pag. 191

costituzionale con la nota sentenza n. 22/2012 che ha individuato proprio nel requisito dell'omogeneità il limite per l'emendabilità del decreto-legge, ponendo così un'importante argine alla proliferazione di leggi dal contenuto eterogeneo che aveva caratterizzato il recente passato. Va precisato che la Corte, con questa storica pronuncia, nell'individuare il suddetto limite all'emendabilità dei decreti-legge, ha comunque fatto salva la prassi dei c.d. decreti "milleproroghe", aventi per loro stessa natura contenuto eterogeneo, ritenendo che essi rispettino il requisito necessario della matrice razionalmente unitaria delle norme in essi contenute⁷⁴, in quanto anche in essi sarebbe ravvisabile una *ratio* unitaria, non tanto sotto il profilo contenutistico, quanto piuttosto sotto quello finalistico⁷⁵.

Nella XVIII Legislatura, finora, il caso più evidente di decreto *omnibus* è rappresentato dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (c.d. decreto "semplificazioni") approvato, con la fiducia, dalla Camera dei Deputati il 7 febbraio 2019 senza modifiche rispetto al testo approvato in prima lettura dal Senato⁷⁶. Ed è proprio l'*iter* seguito dal provvedimento a Palazzo Madama, che evidenzia come l'attività emendativa in sede di conversione possa far "lievitare" il decreto-legge rispetto alla sua originaria configurazione, con la confluenza al suo interno di disposizioni riguardanti materie e settori differenti ed ulteriori rispetto a quelli previsti nell'originario provvedimento d'urgenza.

Il rischio che in fase di conversione il decreto-legge si arricchisca di norme eterogenee rispetto al suo originario contenuto è, inoltre, amplificato dall'affermazione della prassi, emersa già nella scorsa legislatura, dei c.d. "decreti a perdere", ossia quei decreti lasciati decadere per mancata conversione, o per i quali i termini di conversione sono prossimi alla scadenza, che vengono "recuperati" sotto forma di

⁷⁴ Per i Giudici costituzionali infatti "*i cosiddetti decreti "milleproroghe" [...] sebbene attengano ad ambiti materiali diversi ed eterogenei, devono obbedire alla ratio unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento, o di incidere su situazioni esistenti – pur attinenti ad oggetti e materie diversi – che richiedono interventi regolatori di natura temporale*". Cfr. *considerato in diritto* n. 3.4, sent. Corte cost. 22/2012

⁷⁵ F. Cerrone, *Fantasmata della dogmatica.*, cit., pag. 358 ss.

⁷⁶ Confermando ancora una volta la prassi del c.d. "bicameralismo alternato".

emendamenti alla legge di conversione di un altro decreto⁷⁷. Questo è accaduto proprio in occasione della conversione del decreto “semplificazioni” al Senato, dove l’attività emendativa delle Commissioni ha fatto sì che confluissero nel provvedimento i contenuti di altri due decreti-legge, uno già decaduto, quello sui c.d. Ncc, ed un altro, quello per il rinnovo dei consigli degli ordini forensi, che sarebbe decaduto il successivo 12 marzo.

Il decreto “semplificazioni”, originariamente composto da dodici articoli, è quindi lievitato durante l’esame in Commissione cumulando 61 pagine di emendamenti, già approvati e contenuti nel testo presentato in aula. Come conseguenza, nella seduta del 28 gennaio 2019, la Presidente del Senato Maria Elisabetta Alberti Casellati ha dichiarato inammissibili 62 emendamenti sugli 85 approvati dalle Commissioni⁷⁸, azionando l’art. 97 co.1 R.S. secondo il quale “*sono improponibili [...] emendamenti [...] che siano estranei all’oggetto della discussione*”, come fece nella XVII Legislatura il predecessore Pietro Grasso in occasione dell’esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge 30 dicembre 2013, n. 1515⁷⁹.

Nonostante l’intervento della Presidenza del Senato, i commi del decreto “semplificazioni” da 39 sono diventati 152, con un incremento del 289% tra il testo presentato dal Governo e quello approvato dal Parlamento⁸⁰. I decreti *omnibus* sono quindi duri a morire e ciò è confermato dal fatto che il decreto “semplificazioni” non rappresenta un caso isolato, poiché anche il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 (c.d. “decretone”) approvato, pur se con un *iter* meno “drammatico”, in via

⁷⁷ Sulla prassi dei c.d. “decreti a perdere” Cfr. M. Rubechi, *Il procedimento legislativo nel primo anno della XVI legislatura*, in *Quad. cost.*, 3, 2009, pag. 681 ss.; V. Di Porto, *La decretazione d’urgenza nella XIV legislatura: spunti da una ricognizione*, in *Rass. parl.*, 3, 2006, pag. 873; P. Rametta, *I decreti-legge nella XVII Legislatura.*, cit., pag. 9; E. Longo, *La legge precaria*, cit., pag. 232 ss.

⁷⁸ Si veda il resoconto stenografico della seduta n. 084 del 28/01/2019.

⁷⁹ Nella seduta del 20 febbraio 2014 la Presidenza del Senato ha infatti respinto numerosi emendamenti ritenuti eterogenei rispetto alle singole disposizioni decretizie.

⁸⁰ Dati presi dallo studio mensile sulla produzione legislativa realizzato da Openpolis.it in collaborazione con AGI, consultabile on-line all’indirizzo: <https://www.openpolis.it/decreti-incompleti-per-implementare-il-programma-di-governo/>.

definitiva dal Senato nella seduta del 27 marzo 2019, rappresenta un esempio di *omnibus*.

Il problematico sradicamento di tale prassi sottolinea come nelle ultime legislature l'attuazione dell'indirizzo politico da parte del Governo spesso si risolve nell'approvazione di provvedimenti dal contenuto disomogeneo, legati alle contingenze politiche del momento, e che spesso rendono necessario, come nel caso qui esaminato, l'intervento di figure di garanzia quali i Presidenti di Assemblea, teso ad evitare che gli emendamenti approvati in Commissione portino la legge di conversione ad eccedere l'ambito materiale riferibile al decreto originario.

L'abuso della decretazione d'urgenza, inoltre, comporta una situazione di sovraccarico nell'agenda delle due Camere, con il conseguente rischio che alcuni provvedimenti stentino a restare nei tempi di conversione, inducendo il Governo ad accorpare decreti riguardanti ambiti oggettivi profondamente diversi, la cui unica *ratio* comune pare essere quella di far parte del programma dell'Esecutivo.

5. Conclusioni: alla ricerca di una reale discontinuità

Dall'analisi degli eventi di questo primo segmento della XVIII Legislatura non si può rilevare alcuna inversione di tendenza rispetto alle criticità che negli anni hanno interessato l'utilizzo dello strumento del decreto legge; anzi, quanto successo in occasione della conversione del decreto "sicurezza" sembra aver riportato in auge espedienti procedurali che si credevano superati definitivamente. Sicuramente è ancora troppo presto per poter dare un giudizio definitivo sulla legislatura, quel che è certo è che la transizione dalla "seconda" alla "terza" Repubblica, sinora, non ha portato alcuna discontinuità significativa sul piano dei rapporti tra Governo e Parlamento e sull'utilizzo della decretazione d'urgenza come strumento privilegiato di normazione.

Questo dovrebbe indurre ad una profonda riflessione sulla forma di governo italiana, alla luce della ormai evidente preponderanza dell'Esecutivo rispetto alle Assemblee legislative. Il ruolo di *dominus*

dell'attività normativa⁸¹ assunto oggi dall'Esecutivo è figlio del depotenziamento e della perdita di centralità del Parlamento, conseguenza della crisi della rappresentanza che ha caratterizzato l'ultimo quarto di secolo della nostra storia repubblicana e nella quale va individuata «la radice da cui si sono alimentate (e incessantemente alimentano) alcune delle più gravi torsioni sia della forma di governo che (e soprattutto) della forma di Stato»⁸².

L'abbandono delle velleità maggioritarie, che avevano modificato radicalmente le dinamiche politico-istituzionali del nostro ordinamento rafforzando considerevolmente il peso del Governo, specie sul terreno della produzione normativa, non è coinciso con un ritorno alla centralità del Parlamento. Ciò è in larga misura dovuto al contesto politico contemporaneo, con la trasformazione del partito politico, che ormai si identifica sempre di più con la figura del *leader*⁸³, e con la crisi della formazione delle classi dirigente.

Un argine agli abusi della decretazione d'urgenza può quindi porsi esclusivamente attraverso una riforma della disciplina della forma di governo nel nostro sistema costituzionale, che riconosca gli equilibri instauratisi concretamente tra le istituzioni politiche e predisponga di conseguenza gli strumenti idonei a razionalizzare un sistema che, allo stato attuale, vede un completo scollamento tra le prescrizioni costituzionali ed il reale atteggiarsi dell'attività di indirizzo politico.

Il recente fallimento della riforma costituzionale, bocciata dal voto referendario del dicembre 2016, rende difficilmente praticabile una modifica strutturale delle “regole del gioco”; tuttavia, come suggerito da più parti in dottrina⁸⁴, alcuni interventi a livello legislativo

⁸¹ Sul ruolo normativo del governo V. in particolare G. Berti, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico.*, Padova, 2001; N. Lupo, *La potestà normativa del Governo: alcuni spunti dal pensiero di Giorgio Berti*, in G.C. De Martin (a cura di), *L'amministrazione capovolta. Studi sull'opera di Giorgio Berti*, Padova, 2007, pag. 95 ss.; A. Simoncini, *Il potere legislativo del Governo tra forma di governo e forma di stato*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., pag. 509 ss.

⁸² Così A. Ruggeri, *Crisi della rappresentanza politica*, cit., pag. 5.

⁸³ S. Staiano, *Trasformazioni dei partiti*, cit., pag. 3.

⁸⁴ Tra i tanti: L. Gori, E. Rossi, *Il Parlamento dopo il referendum: contributo ad un percorso incrementale di riforma dei regolamenti parlamentari*, in V. Lippolis - N. Lupo (a cura di), *Il Filangieri, quaderno 2015-2016*, Napoli, 2017, pag. 34; V. Lippolis,

e di regolamenti parlamentari potrebbero rivelarsi fondamentali per un ritorno della decretazione d'urgenza alla concreta funzione assegnatagli dalla Carta costituzionale⁸⁵. Anzitutto sembra quanto mai necessaria una legge elettorale in grado di assicurare una maggioranza parlamentare omogenea in entrambi i rami del Parlamento, in grado di far coincidere l'indirizzo politico del Governo con quello della maggioranza che lo sostiene.

Appare, difatti, di tutta evidenza che l'instabilità che caratterizza da anni il nostro sistema politico-istituzionale renda molto difficoltosa la realizzazione del programma di governo senza un frequente ricorso alla decretazione d'urgenza da parte dell'Esecutivo. Inoltre andrebbe rivisto l'intero procedimento legislativo, stabilendo ad esempio maggioranze differenziate per alcune specie di legge e coinvolgendo in alcuni casi soggetti che, pur estranei alle Assemblee, sono rappresentativi della società.

Fondamentale poi dovrà essere l'introduzione, ovviamente nel rispetto dei diritti delle opposizioni, di "corsie preferenziali" per i disegni di legge del Governo: non può infatti negarsi come una delle cause tanto dell'eccessivo ricorso alla decretazione d'urgenza, quanto delle prassi distorsive che spesso a questa si accompagnano, sia da individuarsi proprio nella mancanza di un canale di ascolto privilegiato per l'Esecutivo in Parlamento⁸⁶. Come detto tali interventi possono prescindere dalla revisione della Costituzione, potendo essere realizzati anche attraverso una modifica dei Regolamenti di Camera e Senato.

Infine è auspicabile una maggiore rigidità della Corte costituzionale nel sindacato sulla sussistenza dei presupposti fattuali che giustificano il ricorso alla decretazione d'urgenza, che dovrebbe intervenire non solo nei casi in cui vi sia un "evidente carenza" di tali

Un onesto compromesso regolamentare: il divieto di maxi-emendamenti in cambio di tempi certi di esame dei disegni di legge governativi, in N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, atti del 5° seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009, Padova, 2010, pag. 41 ss.; A. Ruggeri, *Crisi della rappresentanza politica*, cit., pag. 10

⁸⁵ L. Di Stefano, *La decretazione d'urgenza*, cit., pag. 30.

⁸⁶ A. Ruggeri, *In tema di norme intrusive e questioni di fiducia, ovvero della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, in N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, cit., pag. 27.

Daniele Materazzi

*L'avvio della XVIII legislatura e la decretazione d'urgenza:
nuovo governo, vecchie abitudini*

presupposti, come emerge dagli orientamenti più recenti della Corte⁸⁷, ma ogni volta in cui questi siano assenti⁸⁸. Una reale discontinuità potrà aversi solo qualora ci si muova in questa direzione, non solo per assicurare una maggiore celerità al sistema di produzione normativa, ormai necessaria nell'ambito dello scenario sovranazionale entro il quale è inserito il nostro ordinamento, ma soprattutto per far sì che il ricorso alla decretazione d'urgenza avvenga in una prospettiva di cooperazione e non di inopportuna supplenza rispetto alla legge parlamentare⁸⁹.

ABSTRACT: The article explores the most recent trends concerning the exercise of normative power by the Italian Government in the field of the so called *Decreto legge*. In particular, it focuses on the continuity in parliamentary practices between the current legislative period and the previous ones.

KEYWORDS: Governmental powers; Parliament; Law decree; Amendments; Parliamentary trust.

Daniele Materazzi è Dottore in Giurisprudenza
(daniele.matarazzi@gmil.com)

⁸⁷ Nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale (sent. n. 133/2016; n. 287/2016; n. 170/2017) il sindacato sui presupposti di necessità ed urgenza continua, infatti, ad essere circoscritto ai soli casi di "evidente mancanza" degli stessi.

⁸⁸ V. sul punto F. Cerrone, *Fantasmata della dogmatica*, cit.; G. Bernabei, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Padova, 2017; P. Carnevale, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti*, cit., pag. 2677 ss.

⁸⁹ F. Paterniti, *L'affannoso avvio della XVIII Legislatura*, cit., pag. 29.

Recensione a *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto* di Irene Spigno, Giuffrè, 2018*

Palmira Tanzarella

Gli ordinamenti costituzionali contemporanei devono tollerare i discorsi d'odio e consentire che la fondamentale libertà d'espressione protegga anche la loro diffusione? Questa è la domanda che apre e guida l'intero volume di Irene Spigno, *I discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, edito da Giuffrè.

L'interrogativo non è affatto nuovo¹ ma, nei tempi che viviamo, sembra porsi con più urgenza. Nell'epoca del costituzionalismo 4.0 – come lo definisce Tania Groppi² – è sotto gli occhi di tutti che le parole vengono sovente utilizzate come armi d'offesa al fine di escludere talune categorie di persone dal godimento di fondamentali diritti. Extracomunitari, comunità Rom e Sinti e membri del gruppo LGBT vengono continuamente vessati verbalmente, come se fosse stata pianificata una precisa strategia alla cui riuscita partecipano indifferentemente liberi cittadini e cariche politiche.

Non sembra azzardato sostenere che si stia vivendo una sorta di psicodramma collettivo, che vede una profonda spaccatura tra chi è “dentro” alla società e chi cerca di farvi ingresso a pieno titolo. E, come sempre accade in questo genere di lotta, c'è il rischio che le parti siano troppo squilibrate: chi ha maggiore forza (anche e soprattutto dialettica) ha più capacità persuasive per indirizzare chi ascolta ad

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

¹ Nella dottrina filosofica classica è sufficiente qui ricordare le tesi a favore della tolleranza di qualunque discorso di J.S. MILL, *Sulla libertà*, (1854), trad. it. G. MOLLI, Milano 2003, di L. Bollinger, *La società tollerante*, (1986), trad. it. I. MATTEI, Milano, 1992; M. WALZER, *Sulla tolleranza*, (1997), trad. it. R. RINI, Roma-Bari, 1998. Difende giuridicamente il principio della tolleranza ideologica C. FIORE, *I reati d'opinione*, Padova, 1972, 161. *Contra* K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, *Platone totalitario*, vol. 1, (1943), D. ANTISERI (a cura di), trad. it. R. PAVETTO, seconda ed., Roma, 2003.

² Cfr. la premessa al volume oggetto della presente recensione, XVII ss.

assumere comportamenti escludenti rispetto a chi, per svariate ragioni di ordine sociale, economico e culturale, ha pochi strumenti a disposizione per essere riconosciuti nella comunità. Come afferma Richard Delgado, esponente della *Critical Race Theory*³, le vittime dei discorsi d'odio hanno scarsa autostima e non si sentono all'altezza di difendere il proprio *status* nell'arena pubblica delle idee, popolata com'è da contendenti feroci. Inoltre, anche i più coraggiosi ne uscirebbero sconfitti per la sedimentazione profonda di stereotipi di cui si nutre la società intera⁴.

Come si pone il diritto di fronte a questo genere di conflitto ce lo dice questo volume, il quale offre una ricca e puntuale panoramica su quei paesi che, pur riconoscendo alla libertà della manifestazione del pensiero un ruolo estremamente rilevante per realizzare sia il principio democratico, sia il pieno sviluppo della personalità di qualunque individuo, acconsentono alla sua limitazione – anche forte, visto che in genere si prevede la sanzione penale – qualora vengono espressi sentimenti d'odio.

Dalla lettura delle prime pagine della monografia si ha subito l'impressione di avventurarsi in un lungo viaggio nel mondo occidentale che si rivela utile al giurista per capire quanto in comune abbiano gli ordinamenti di democrazia pluralista in tema di *hate speech*. Pur molto differenti tra loro per storia e tradizioni, tutti – per alcuni aspetti anche gli USA – fanno scelte repressive per difendere la matrice pluralistica che li contraddistingue.

La ricerca puntuale e ricca di materiale legislativo e giurisprudenziale svolta dall'autrice dimostra come la classica dicotomia tra l'approccio "tollerante", proprio degli Stati Uniti, e l'approccio "repressivo", proprio del continente europeo, è stata superata, generando modelli più variegati e complessi i quali, però, giungono tutti a una medesima soluzione: le motivazioni possono essere diverse, ma la tendenza è quella di escludere i discorsi d'odio dalla protezione costituzionale.

³ Su una puntuale esplicazione della teoria v. R. DELGADO e J. STEFANCIC, *Critical Race Theory, An introduction*, New York, 2012. Tra gli studiosi italiani cfr. G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. Dir.*, 2008, 307 ss.

⁴ R. Delgado, *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling*, in *17 Harv. Civil Rights L. Rev.*, 1982, 133 ss.

Se questa sia la scelta migliore, o quanto meno obbligata, è difficile stabilirlo. Nella maggior parte delle Costituzioni non sono previsti limiti espliciti attraverso i quali affermare con certezza che i pensieri d'odio non rappresentano una forma espressiva possibile⁵. Fino a pochi lustri addietro eravamo abituati a una narrazione sul diritto alla manifestazione del pensiero incentrata sull'esaltazione dei suoi effetti benefici per la democrazia: è nota la teoria americana del *marketplace of ideas*, secondo cui si dovrebbe porre una cieca fiducia nella libertà d'espressione in quanto capace di stimolare l'opinione pubblica sui temi più disparati, aiutando questa a distinguere le situazioni da cui è bene prendere le distanze⁶. Così come è nota la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ritiene vitale per la vita democratica manifestare anche le opinioni più scioccanti⁷.

Oggi, tuttavia, si fa sempre più largo un'interpretazione *dignity oriented* delle Costituzioni, da cui non sfugge neanche l'esercizio della libertà d'espressione. Ci si trova di fronte a un bivio: il diritto di parola va strenuamente difeso, convinti che la democrazia sia un processo che matura anche attraverso un dibattito scomodo? Oppure si deve ammettere una sua limitazione perché il compito primario di un regime democratico è quello di proteggere la dignità di tutti, nonché sé stesso, dal possibile rischio di sovvertimento dell'ordine costituito?

Legislatori e giudici si trovano impegnati a stabilire loro stessi i confini entro cui la libertà d'espressione può essere esercitata attraverso un linguaggio estremo. Come dimostra l'intero lavoro, sono soprattutto i giudici costituzionali⁸ a comporre il contrasto grazie a un'operazione che l'autrice stessa definisce di *constitutional accommodation* (pag. 43). Si tratta di una sfida da cui essi non

⁵ Si pensi *soltanto* all'art. 21 della Costituzione italiana che prevede come unico limite esplicito il buon costume (comma 6), mentre molti altri limiti – impliciti – sono stati riconosciuti solo in via interpretativa.

⁶ La *dottrina* sul tema è sterminata. Tra i più recenti interventi cfr. i contributi raccolti nel recente volume L.C. Bollinger, G.R. STONE (a cura di), *The Free Speech Century*, New York, 2019.

⁷ *Leading case Handyside c. Regno Unito* del 7 dicembre 1976, spec. par. 49.

⁸ Un'eccezione è rappresentata dall'Italia, dove la Corte costituzionale non è mai stata investita della questione di costituzionalità relativa alle leggi che disciplinano l'*hate speech*, in particolare la legge n. 364 del 1975.

rifuggono, addossandosi il rischio di prendere decisioni a volte arbitrarie, o quanto meno contraddittorie. Infatti, definire a priori qual è l'odio censurabile è pressoché impossibile e ci si ritrova costretti a barcamenarsi tra una serie di soluzioni. È questa un'avvertenza che si fa al lettore già nel primo capitolo del volume, dove, nel tentativo di tracciare le coordinate definitorie, si parte dal presupposto che non tutti i discorsi estremi sono discorsi d'odio punibili⁹.

Combinando le due prospettive *content-based* e *contextual-based*, i discorsi d'odio non ammessi a livello costituzionale sarebbero quelli che, “in virtù del loro contenuto offensivo, ingiurioso e diffamatorio, sono idonei a generare ostilità, rancore, disprezzo, discriminazione, intolleranza, pregiudizio, senso di rifiuto, fanatismo, razzismo, misoginia, omofobia e xenofobia, a distruggere l'identità altrui e a incitare alla commissione di atti di violenza nei confronti di persone individuate per la loro appartenenza a un gruppo identificato per le specifiche caratteristiche differenziali”. I discorsi non idonei a produrre pregiudizio e discriminazione sarebbero invece tollerati, nonostante esprimano una mancanza di rispetto o disapprovazione rispetto a singoli o gruppi determinati (pag. 21).

Anche se questa è una definizione troppo ampia e che non rincuora il giurista alla ricerca di elementi oggettivi per interpretare i casi che via via vengono all'attenzione, da essa si deve necessariamente partire. In caso contrario, non rimarrebbe che sposare la tesi più radicale di ammettere qualunque discorso d'odio senza curarsi di nessuna delle sue conseguenze¹⁰. Ma non è questo lo scopo dell'autrice, la quale si pone piuttosto l'obiettivo di capire come, rispetto alla definizione data, si orientano gli Stati.

⁹ Per una distinzione tra discorsi d'odio punibili e non punibili cfr. J.T. NOCKLEBY, *Hate Speech*, in L.W. LEVY, K.L. KARST (a cura di), *Encyclopedia of the American Constitution*, vol. 3, Detroit, 200, 1277 ss. Cfr. altresì I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009.

¹⁰ Invero, neppure la Corte Suprema statunitense è giunta a questo tipo di conclusione, giustificando la punibilità dei discorsi d'odio qualora rappresentino un “*clear and present danger*”, oppure si manifestano attraverso le cosiddette *fighting words* (parole bellicose). Per una puntuale rassegna di questa giurisprudenza si rimanda allo stesso volume qui recensito, pp. 74-93.

Adottando il metodo comparatistico e scelti i paesi sulla base di motivazioni storiche¹¹, sociali¹² e politiche¹³, l'indagine si dipana attraverso l'analisi delle normative di ciascuno di essi – considerando sia l'impianto costituzionale, sia le leggi ordinarie – e le relative decisioni di giudici costituzionali e di legittimità.

Questa impostazione si rivela decisamente proficua perché permette di sistematizzare il tema individuando dei modelli costruiti in base ai principi costituzionali che legislatori e giudici ritengono prevalenti nell'ordinamento in cui operano. I principi di riferimento sono due: da un lato, la protezione del sistema democratico, dall'altro lato, la protezione dei diritti umani. Nei sistemi in cui è centrale il principio democratico si collocano i modelli della libertà e della difesa; invece, in quelli in cui si predilige la tutela della persona si collocano i modelli della non discriminazione e del multiculturalismo. Pertanto, la scelta delle espressioni che si possono o devono tollerare dipende dal loro grado d'incidenza su queste due grandi categorie.

Più precisamente, riguardo alla macro categoria "sistema democratico", si evidenzia la netta contrapposizione tra gli ordinamenti che ritengono fondamentale il libero confluire delle idee perché esse rafforzano la democrazia e non la distruggono (modello della libertà), rispetto a quelli che invece ritengono che sia pericoloso accettare la diffusione di pensieri che rinnegano i valori della democrazia (modello della difesa). Capostipiti dei due modelli sono naturalmente gli Stati Uniti per il primo¹⁴ e la Germania¹⁵ per il

¹¹ In particolare, l'Olocausto ha portato a selezionare Germania, Francia, Italia, Austria, Belgio e il sistema europeo sovranazionale.

¹² In particolare il razzismo istituzionalizzato ha portato a considerare Stati Uniti, Sudafrica, Namibia e Canada.

¹³ In particolare il fenomeno della transizione democratica ha portato ad analizzare l'Ungheria e paesi dell'America latina come Argentina, Colombia, Messico, Cile e Brasile.

¹⁴ Non a caso in dottrina si è parlato di "*american exceptionalism*", K. BOYLE, *Hate Speech – The United States versus the rest of the World*, in *Me. L. Rev.*, vol. 53, n. 2 del 2001, 487 ss. *Contra* S.H. CLEVELAND, *Hate Speech at Home and Abroad*, in C. BOLLINGER, G.R. STONE (a cura di), *The Free Speech Century*, cit., 210 ss., dove l'autrice sostiene come la dottrina americana in tema di *hate speech* abbia plasmato il diritto internazionale dei diritti umani e la giurisprudenza europea.

¹⁵ Notoriamente la Germania s'identifica con un modello di democrazia militante, in cui lo stesso testo costituzionale prevede norme di chiusura atte a

secondo, a cui si affianca il sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu). Eppure, come la stessa autrice afferma sommessamente, anche il modello della libertà statunitense pare scricchiolare. A fronte di una giurisprudenza della Corte Suprema che ha sempre giustificato la punibilità dei discorsi alla sola presenza di un pericolo concreto e attuale, si moltiplicano legislazioni statali e ordinanze locali volte a contenere il fenomeno dell'*hate speech* anche in assenza del nesso causale messaggio d'odio/atto violento, così come si registra la presenza di veri e propri codici di comportamento adottati dai maggiori campus universitari¹⁶. La ragione risiede nel fatto che la stessa Corte Suprema non ha mai inequivocabilmente dichiarato che i discorsi d'odio non fanno parte del gruppo delle "idee non protette", come ad esempio l'osceno, il profano e il calunnioso¹⁷. Per usare le parole dell'autrice, "la Corte non si sbilancia e si rifugia dietro alla difficoltà di definire un concetto troppo malleabile, che inciderebbe sulla neutralità dei giudici, implicando così una soggettività implicita sulla base della quale condannare o assolvere a seconda delle proprie opinioni o gusti personali" (pag. 90).

Date queste premesse, non sorprende che negli Stati dove il modello si presenta nella sua variante evolutiva rispetto a quello statunitense, come in Argentina, il pericolo attuale e concreto si rinviene non tanto quando l'ordine pubblico è minacciato, ma quando

proteggere in modo preventivo la democrazia. Si pensi ad esempio all'art. 9 della legge Fondamentale che proibisce le associazioni che perseguono scopi contrari alla democrazia, all'art. 21 che prevede lo scioglimento di partiti antisistema, o ancora all'applicazione della clausola dell'abuso di diritto che permette di sospendere dal godimento di determinate libertà fondamentali, quale quella d'espressione, chiunque ne abusi per raggiungere lo scopo ultimo di sovvertire l'ordinamento costituzionale. Sul tema della democrazia protetta cfr., tra i molti, K. LOWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights I*, in *The American Political Science Review*, vol. 31, n. 3 del 1937, 417-432; Cfr. inoltre M. THIEL (a cura di) *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, Londra e New York, 2009; A. SAJÓ (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004.

¹⁶ Cfr. la nota n. 9 con i riferimenti bibliografici ivi citati, pag. 469, del volume qui recensito.

¹⁷ A tal proposito cfr. M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, 511 ss.

le parole espresse sono idonee a propagandare l'ideologia razzista, o a istigare all'odio perché lesive della dignità delle persone offese. Anche in Ungheria, altro paese che adotta il modello della libertà, la dignità è il valore che fa da argine alla libertà del pensiero. Qui è stata varata nel 2013 una riforma costituzionale che smentisce la posizione espressa fino a quel momento dalla Corte costituzionale, la quale riteneva punibili solo quelle espressioni lesive della pace pubblica in concreto. Neppure la variante del modello in Israele va nella direzione dell'incondizionata tutela della libertà d'espressione, avendo congegnato il cosiddetto "*near certainty test*", sulla base del quale il pensiero d'odio è punibile quando "quasi certamente" sussiste una minaccia seria.

Se perfino gli Stati che adottano il modello della libertà acconsentono alla previsione di discipline anti *hate speech*, è scontato aspettarsi che negli ordinamenti che adottano il modello della difesa¹⁸ queste sono accolte con favore. La ragione principale risiede nel fatto che lo Stato non è considerato un nemico contro cui difendersi, secondo l'accezione liberale americana, ma è quello che promuove e garantisce la tutela dei diritti fondamentali e, di conseguenza, la democrazia. Una cieca fiducia è allora riposta nelle istituzioni, perché più attrezzati per combattere gli intolleranti i quali, come sosteneva Popper, se si desse loro spazio azzittirebbero i tolleranti¹⁹.

La conclusione che se ne può trarre dall'analisi dei due modelli – per il cui approfondimento si rimanda ovviamente alla lettura del volume – è che al centro delle preoccupazioni degli operatori giuridici c'è la tutela della dignità dell'uomo, la cui violazione equivale al tradimento dei valori democratici i quali, negli ordinamenti costituzionali del dopoguerra e in quelli di nuova generazione, s'identificano nel rispetto della persona.

A maggior ragione, la protezione della dignità è il faro che illumina gli ordinamenti che s'ispirano ai modelli della non discriminazione e del multiculturalismo. In entrambi è consentito punire i discorsi d'odio che, anche solo sulla base del mero contenuto, creano un contesto ostile e, pertanto, discriminante. Con la differenza

¹⁸ Nella variante evolutiva di questo modello sono inseriti paesi come l'Italia, la Francia, il Belgio, il Regno Unito.

¹⁹ K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, cit., 346.

che in base al primo, il destinatario della protezione è il singolo o un determinato gruppo; mentre per il secondo il bene protetto è nientemeno che il patrimonio culturale dei diversi gruppi presenti²⁰.

Secondo l'autrice il modello del multiculturalismo pare quello più appropriato visto il suo più generale obiettivo di ridurre alla radice le tensioni razziali, etniche e religiose in modo da prevenire le sofferenze del gruppo colpito²¹. In sostanza, è il modello che, partendo dal presupposto di rinnegare i valori proposti dalla propaganda dell'odio, pone lo Stato, in particolare i giudici, come forza equilibratrice che incoraggia la realizzazione dei principi democratici, ponendosi in prima linea per difendere qualunque attacco al patrimonio multiculturale. Inoltre, si tratta un modello che opera non solo attraverso la legislazione repressiva, ma anche e soprattutto attraverso politiche educative di promozione dell'eguaglianza, richiamando al senso di responsabilità la società tutta (pag. 498).

Al di là della preferenza per un modello rispetto a un altro, la stessa autrice testimonia in modo documentato le riserve espresse sia dagli studiosi, sia dai giudici dissenzienti dei più importanti *leading cases*. La principale e consueta obiezione consiste nel ritenere che la limitazione della libertà d'espressione, specialmente attraverso la previsione della sanzione penale, non è la soluzione al problema del razzismo. Al contrario, essa produrrebbe l'effetto distorsivo di bandire anche quelle espressioni che, seppure estreme, non hanno la forza di minacciare la tenuta democratica²². Ciononostante, come l'intero lavoro dimostra, gli ordinamenti sono sempre più convinti dell'adeguatezza dello strumento del reato di *hate speech*.

Siamo certi che questa sia la risposta più appropriata e costituzionalmente orientata? Non si rischia di accentuare la vocazione paternalistica degli Stati? Non bisognerebbe prima

²⁰ Fanno parte del modello della non discriminazione l'ordinamento internazionale dei diritti umani e i tanti paesi dell'America latina che cercano di combattere le disparità sociali che da sempre li caratterizzano (Colombia, Messico, Brasile, Cile). Nel modello multiculturale si possono invece inserire il Canada, dove il modello nasce e, nella sua variante evolutiva, Sudafrica, Namibia, Australia e Spagna.

²¹ Cfr. Corte Suprema, *Regina v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

²² *Ibidem*, Dissenting *Opinion* del Giudice McLachlin, 859.

comprendere da cosa ha origine il disagio mostrato nel normale anche se abietto dispiegarsi dei rapporti sociali?

Su che cosa le vittime dei discorsi d'odio fondano la loro pretesa giuridica di protezione è abbastanza evidente, visto che il tema è stato riccamente esplorato dalle scienze sociali. Detto molto sinteticamente, alla base c'è la sfiducia nella razionalità dell'essere umano che ha bisogno di essere guidato dal diritto²³. La paura diventa la ragione per pretendere l'esclusione del linguaggio d'odio. Si profila così un "diritto a non avere paura" da garantire alle vittime di violenza verbale.

Come non essere d'accordo? La potenza del linguaggio non è certamente da sottovalutare. Quello violento provoca nei destinatari malcontento, complesso di inferiorità, risentimento, desiderio di vendetta. Toni Morrison, nella sua prolusione per il conseguimento del premio Nobel per la letteratura nel 2006, avvertiva in modo efficace che «Il linguaggio oppressivo fa qualcosa di più che rappresentare la violenza; è la violenza; fa qualcosa di più che rappresentare i limiti della conoscenza; limita la conoscenza [...]. Linguaggio sessista, linguaggio razzista, linguaggio teistico – tutti sono linguaggi tipici della politica del dominio, e non possono, non permettono nuove conoscenze né incoraggiano il mutuo scambio di idee»²⁴.

The pen is mightier than the sword faceva dire il drammaturgo inglese Edward Bulwer-Lytton al protagonista della sua pièce teatrale del 1839, "Richelieu". Chissà quante volte abbiamo condiviso quest'affermazione, conducendo i più miti a pretendere l'intervento del potere pubblico per porre un freno al fenomeno, punendo chi diffonde idee discriminatorie.

Ciò che però si trascura è che su questo stesso sentimento della paura si fondano anche le pretese dei predicatori dell'odio. Adolfo Ceretti e Roberto Cornelli, nelle suggestive pagine del loro libro "Oltre la paura"²⁵, illustrano come la società odierna sia dominata dalla

²³ L.E. Weinrib, *Hate Promotion in a Free and Democratic Society: Regina v. Keegstra*, in *Mc Gill L. J.*, vol. 36, 1991, 1417, ss.

²⁴ Riflette sulla potenza de linguaggio, come forma di potere, G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, Milano, 2010.

²⁵ A. Ceretti, R. CORNELLI, *Oltre la paura, Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013. Si veda anche A. TOURAINE, *Quando lo straniero*

percezione di vivere in contesti poco sicuri. I recenti attacchi terroristici non fanno che acuire questo senso d'insicurezza il quale, tuttavia, si manifesta anche in contesti ordinari. Si ritiene vi sia un rischio molto alto di subire furti, rapine, scippi, violenza sessuale soprattutto da parte di stranieri. Dunque, è ricorrente la pretesa di una giustizia esemplare; in reazione alla notizia di un ennesimo omicidio si è soliti pronunciare frasi del tipo “tolleranza zero”, “buttare via la chiave”, “ci vuole la pena di morte”. Per non parlare poi di chi invoca e attua forme di giustizia sommaria, come il linciaggio o l'uso delle armi, trascurando la necessaria interposizione della forza pubblica.

Alla base di tale risentimento vi è, come spiegano i due criminologi, la paura di “cosa” non si conosce e soprattutto di “chi” non si conosce. C'è poca curiosità di scoprire ciò che è differente, di apprendere da culture diverse, trincerandosi dietro l'idea che il progresso conquistato ci ha resi migliori di altre civiltà e che non possiamo imparare nulla da queste.

Tornano sempre alla mente le provocazioni di Oriana Fallaci inferocita col mondo musulmano che, in reazione all'attentato alle Torri Gemelle di New York, scrisse per il Corriere della Sera un editoriale che fece molto discutere. In un passaggio chiave, con una prosa potente, puntualizzava come fosse addirittura impensabile parlare di due culture, la nostra e quella musulmana²⁶.

diventa una minaccia, in Z. BAUMAN, *Il demone della paura*, Roma Bari, 2014, 65 ss.; F. BILANCIA, F. DI SCIULLO e F. RIMOLI, (a cura di), *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, 2008.

²⁶ Editoriale del Corriere della Sera del 15 settembre 2006. Ecco alcuni passaggi significativi dell'articolo: “A me dà fastidio perfino parlare di due culture: metterle sullo stesso piano come se fossero due realtà parallele, di uguale peso e di uguale misura. Perché dietro la nostra civiltà c'è Omero, c'è Socrate, c'è Platone, c'è Aristotele [...]. C'è l'antica Grecia col suo Partenone e la sua scoperta della Democrazia. C'è l'antica Roma con la sua grandezza, le sue leggi, il suo concetto della Legge [...]. C'è un rivoluzionario, quel Cristo morto in croce, che ci ha insegnato (e pazienza se non lo abbiamo imparato) il concetto dell'amore e della giustizia[...]. C'è Leonardo da Vinci, c'è Michelangelo, c'è Raffaello, c'è la musica di Bach e di Mozart e di Beethoven[...]. E infine c'è la Scienza, perdio. Una scienza che ha capito parecchie malattie e le cura. Io sono ancora viva, per ora, grazie alla nostra scienza: non quella di Maometto[...].”

Ferme restando le innumerevoli voci che reagirono con sdegno all'articolo, prendendone le distanze e accusando la giornalista di essere una predicatrice d'odio, furono in molti che la elogiarono per la sua onestà intellettuale, per non essersi nascosta dietro il solito "politicamente corretto", per aver infranto il tabù dell'immigrazione come problema. Tradotte in termini concreti, le parole della Fallaci incarnavano, e incarnano tutt'oggi, un sentire comune diffuso.

La presunzione di appartenere ad una comunità "superiore" per storia e per cultura si traduce dunque nella paura di essere vinti da chi non si ritiene all'altezza. E questa paura è, come si accennava, esternata attraverso un registro verbale sempre più cruento, soprattutto da parte dei mass media intenti a spettacolarizzare e a suscitare emozioni estreme.

Delle persone di cui si ha più paura ci sono i cittadini extracomunitari, "che ci rubano il lavoro", "che portano solo delinquenza", "che sono portatori sani di malattie infettive", "che devono imparare a rispettare le regole di casa nostra". Inoltre, è una paura che aumenta in tempi di crisi economica. Si accetta malvolentieri la presenza di chi grava sulle casse dello Stato per la tutela di diritti sociali come salute, istruzione e lavoro. Ricorrendo a un linguaggio violento, si fa una precisa richiesta di protezione politica e giuridica per affrancarsi dalla paura di non poter essere curato, di non poter trovare lavoro, perché altri possono prendere il posto che si pensa spetti solo ai cittadini. Non stupisce allora che si sostengano programmi di partiti politici i cui motti sono "Prima gli italiani", oppure "*America First*". Questi partiti, a torto o a ragione, mostrano empatia proprio con chi ha queste paure, adottando essi stessi le medesime forme verbali violente.

Le risposte che finora il diritto ha dato accolgono tutte il punto di vista delle vittime. Ci si chiede se invece non sarebbe opportuno cominciare a riflettere sulle richieste, pur rozze e violente, di coloro che dimostrano insofferenza, magari cominciando a dimostrare di comprendere le loro ragioni di fondo e offrendo soluzioni giuridiche che non si limitano solo ad etichettarli come individui barbari e disumani. Sarebbe forse meglio porsi in ascolto di queste persone, assicurandole attraverso l'adozione di misure costruttive per rimuovere le cause di carattere sociale ed economico che scatenano le più bieche reazioni razziste.

Palmina Tanzarella

*Recensione a Discorsi d'odio.**Modelli costituzionali a confronto di Irene Spigno, Giuffrè, 2018*

Come dimostra la ricerca condotta dalla psicologa sociale Chiara Volpato, alla base di tanta aggressività vi è innanzitutto l'accentuazione delle disuguaglianze tra le fasce sociali e, paradossalmente, i più poveri non si scagliano contro i più ricchi, bensì contro chi sta peggio di loro²⁷. Gli ordinamenti costituzionali del dopoguerra sono nati con la promessa di rimuovere qualunque ostacolo per permettere a tutti di occupare un degno posto nella comunità. Siccome siamo ancora ben lontani dal raggiungimento di questo obiettivo, si è come costretti a fornire una qualche risposta, come appunto punire i discorsi d'odio affinché il diritto possa essere scagionato dall'accusa di essere complice di chi non rispetta il prossimo. Tuttavia, resta forte il timore che questo tipo di soluzione sia insoddisfacente, rappresentando i discorsi d'odio il sintomo della regressione democratica piuttosto che la sua causa.

Permangono ancora troppe perplessità, tanti dubbi. Il volume di Irene Spigno non fa che metterli in evidenza, facendo emergere gli aspetti più critici in tutte le singole parti trattate. Inoltre, ha il pregio di farci conoscere il punto di partenza, avendo documentato nel dettaglio le specifiche soluzioni offerte dagli ordinamenti democratici. Ora sappiamo che l'*hate speech* è pressoché bandito; non ci resta da giuristi che avviare da qui una più profonda riflessione sul ruolo del diritto di fronte ad atteggiamenti inaccettabili sul piano etico. Sarebbe utile per non perdere di vista il compito che gli è proprio, ovvero dare risposte le più oggettive e razionali possibili anche a fenomeni da cui è difficile non farsi coinvolgere emotivamente.

²⁷ C. Volpato, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Bologna, 2019, spec. pag. 171.

Recensione a *L'autonomia e le sue esigenze* di Laura Ronchetti, Giuffrè, 2018*

Chiara Giorgi

1. *Autonomia e interdipendenza*. L'ultimo libro di Laura Ronchetti si propone di risignificare il concetto di autonomia, al fine di contribuire, come si premette da subito, al rilancio del principio autonomistico quale «volano per rinnovate forme giuridiche degli spazi politici» (p. 1). La costituzionalizzazione di questo principio e la riconduzione del concetto di autonomia a unità è ciò che consente all'autrice di saldare prospettiva civilistica e prospettiva pubblicistica – i rapporti tra diritto privato e diritto pubblico – in una visione unitaria del diritto medesimo. Di qui la mossa fondamentale: l'«incontro» tra l'articolo 5, nel quale compare il termine autonomia in chiave sostantiva (in riferimento alle «autonomie locali» e alle «esigenze dell'autonomia») e l'articolo 3, 2 comma (ovvero l'uguaglianza sostanziale); la lettura dell'articolo 5 alla luce di altri principi fondamentali della Costituzione (oltre il 3, l'1, il 2 e l'11) e la sua proiezione sull'intera lettura/interpretazione della carta costituzionale. A emergere in tutto il suo rilievo sarà, nel corso di una appassionata e approfondita trattazione, la prospettiva di un'autonomia quale «posizione di autodeterminazione consentita» dalla riconosciuta *interdipendenza* tra persone, tra soggetti collettivi e tra comunità politiche (p. 9). Di qui il forte legame tra principio autonomistico e principio di uguaglianza sostanziale, nonché il pari superamento di una concezione dell'autonomia come indipendenza relativa o assoluta (propria all'accezione liberale ed estremizzata nel contesto dell'attuale ordine giuridico neoliberale).

Si tratta dunque di un lavoro molto prezioso, perché capace di indagare lo spessore di un concetto difficile e pieno di risvolti (quello appunto dell'autonomia), e al contempo di offrire risposte

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

politicamente rilevanti a molte delle questioni che esso pone, oggi e nel percorso storico più ampio ripercorso nel volume.

Come dichiara dagli inizi Ronchetti, l'intento della ricerca che ne è alla base è quello di tornare ai fondamentali, riprendendo la felice espressione dell'ultimo libro di Gaetano Azzariti¹, indagando teoricamente e storicamente una categoria/concetto essenziale della modernità e prospettandone al contempo una riconcettualizzazione. Una categoria che incrocia numerose questioni: il rapporto tra i cittadini – o meglio le persone fisiche e giuridiche – e le istituzioni; i rapporti tra pubblico e privato; quelli tra libertà positiva e negativa; tra il territorio e la collettività; tra ambito sociale e ambito politico. Un concetto che ne incrocia numerosi altri: da concetti-principi come uguaglianza, libertà, solidarietà; a concetti come sovranità, comunità, autarchia, autosufficienza. Le direzioni seguite dalla ricerca sono tre: 1) critico-epistemica; 2) storica; 3) politica.

Sul primo versante l'autrice segue e ricostruisce quelle che possono definirsi le avventure di un *concetto* e di una *parola* polisemici, sottoposti di continuo nella storia della modernità a torsioni, aperture, chiusure, oggetto di conflitti costanti.

Le prospettive disciplinari adottate sono numerose, attrezzandosi Ronchetti di strumenti non solo giuridici, ma anche filosofici/teorici e storici (e sappiamo quanto abbiamo bisogno, oggi più che mai, di approcci interdisciplinari che benché “puniti” dai criteri della valutazione neoliberale, sono invece fondamentali per ricostruire un lessico intellettuale e politico comune in un mondo sempre più complesso e interrelato).

L'altra direzione è quella storica: Ronchetti ripercorre infatti alcuni momenti salienti per questo concetto, momenti di crisi e passaggio in cui sempre la questione della autonomia – espressiva dei rapporti di potere – riemerge, mostrandone l'uso di volta in volta fatto di esso, indagando sui soggetti che lo hanno impugnato e riattivato (si va dall'antica Grecia, passando per il Medioevo, al Settecento quando il termine conobbe grande fortuna, al Risorgimento, all'Ottocento e le Comuni, al Novecento e la nascita della Repubblica). L'ulteriore e rilevante direzione è quella politica, a partire da una prospettiva

¹ G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, 2016.

femminista che si situa al contempo nell'alveo del costituzionalismo democratico. In questo senso, nel volume ci sono moltissimi passaggi che risignificano in queste chiavi il concetto di autonomia con tutte le sue implicazioni.

Autonomia, scrive Ronchetti, come «punto di incontro tra un plesso di potere proprio della persona, e la consapevolezza dell'interdipendenza, anche interindividuale, insita nella dimensione sociale» (p. 12). Autonomia nella ripresa formula di Massimo Severo Giannini come «potere di dare a se stesso un indirizzo», «potere di autodeterminazione». Autonomia riferita alla singola persona, quale «autodeterminazione personale», ma anche riferita alla partecipazione di ciascuno/a alla determinazione delle norme generali valevoli per l'intero ordinamento (pp. 12-3). Autonomia come «strategia, procedura e principio del costituzionalismo» (p. 128). Autonomia come «diritto di darsi e farsi un proprio ordinamento (...) in un rapporto positivo, vale a dire di interdipendenza tra ordinamenti e tra soggetti» (p. 127).

Come è evidente si tratta di interpretazioni dell'autonomia che assumono alla loro base la stretta connessione tra dimensione individuale e dimensione collettiva, perché, come si afferma, l'autonomia personale è sempre calata in una *societas*, e di qui il forte accento su una dimensione relazionale (e di interdipendenza), la quale consente di ricomprendere la stessa «autonomia personale nella potestà di darsi un ordinamento», ossia di partecipare attivamente alla formazione dell'ordinamento condiviso.

2. Autonomia e principio di eguaglianza sostanziale. È evidente che la risignificazione del concetto di autonomia compiuta da Ronchetti fa proprie una serie di convinzioni e postulati: il menzionato e ineludibile aggancio alla dimensione sostanziale dell'uguaglianza, all'articolo 3, 2 comma della Costituzione. Il relativo richiamo al principio, carissimo a Stefano Rodotà, della solidarietà, il quale consente di rifiutare l'accezione liberale di indipendenza e di libertà (negativa) e di valorizzare il rapporto tra interdipendenza e autonomia. E ancora: una visione relazionale del soggetto di riferimento dell'ordinamento giuridico-costituzionale, la persona, intesa come la intesero i costituenti, centro di rapporti umani e sociali, soggetto situato, incarnato, reale, (e non più il classico cittadino/individuo astratto). Molto forte è il richiamo dell'autrice alla

costituzionalista Jennifer Nedelsky, in specie rispetto alla sua rivalutazione del concetto di autonomia a partire dalla socialità, intesa come limitazione reciproca ma anche come mutuo sostegno e solidarietà. Proprio l'accento sulla socialità permette alle due costituzionaliste di superare una delle tante ma centrali dicotomie classiche del pensiero maschile e liberale: quella tra autonomia e collettività, fondate sulla centralità dell'assunto proprietario, sulla confusione/sovrapposizione tra autonomia e isolamento, su costruzioni identitarie e naturalistiche. D'altra parte va sottolineato che rispetto a questo punto qualificante (la decostruzione del soggetto tradizionale) è soprattutto il pensiero femminista a proporre una visione dell'autonomia alternativa a quella liberale, richiamandosi a questa connotazione relazionale che sola «permette di sviluppare la personalità e di trasformare il sé individuale e collettivo», investendo il campo produttivo e riproduttivo della trasformazione, coniugandosi peraltro con il significante della differenza sessuale. Il pensiero femminista ha decostruito la neutralità e l'universalismo del soggetto della modernità occidentale, rifiutando al contempo una omologazione alla figura dell'individuo-cittadino delle rivoluzioni del Settecento, superando anche una prospettiva dell'uguaglianza nella quale i soggetti (e i rapporti) erano considerati senza distinzione di sesso, muovendo verso una ricerca e un conflitto volti non a contrapporre uguaglianza e differenza, bensì a significare la differenza stessa, attraverso la presa di distanza da paradigmi identitari e la costruzione di un ordine simbolico delle donne².

Questo lavoro di scomposizione del soggetto tradizionale, questa parallela concezione incarnata, situata e relazionale del soggetto, permette non a caso di riformulare e proporre nuovi modelli di autonomia, coinvolgendo le forme della riproduzione sociale, mettendo in cortocircuito gli stessi concetti, forme e pratiche della dipendenza e dell'indipendenza, “stressando” la dimensione dell'interdipendenza (ma anche della cooperazione e solidarietà), riformulando i principi della convivenza a partire dal paradigma della cura reciproca.

² Cfr. M.L. Boccia, *La differenza politica. Donne e cittadinanza*, Il saggiatore, Milano, 2002.

Qui si situa un altro punto qualificante del discorso di Ronchetti: se la relazionalità è costitutiva del soggetto, allora l'autonomia non è qualità innata ma risultato dello sviluppo della personalità. Ciò significa prendere sul serio l'articolo 3, 2 comma quale fondamento dei diritti sociali ma anche di un modello di «perseguimento dell'autorealizzazione» (p. 192) realizzabile nel pieno sviluppo della personalità e nell'effettiva partecipazione alla vita comune. Significa al contempo riformulare una visione alternativa del rapporto tra istituzioni ed esseri umani, riconfigurare i nessi tra autonomia personale, organizzazione istituzionale e giustizia sociale.

Detto in altri termini: riconosciuta la *persona* il soggetto fondamentale del nuovo ordinamento costituzionale, ossia l'essere umano, "incarnato", situato, centro di relazioni sociali; riconosciuto l'essere umano reale (nelle sue *differenze*) il referente principale del nuovo assetto istituzionale, occorre che esso si faccia carico positivamente, con un intervento attivo, di ciò che impedisce il pieno sviluppo della persona umana e la realizzazione di un'autentica democrazia. Nella Costituzione italiana viene infatti capovolta la cosiddetta logica dell'automatismo liberale, nella misura in cui i diritti sociali – il cui riconoscimento è insito nella stessa affermazione di un'uguaglianza effettiva, dalla quale essi derivano sia logicamente, sia storicamente – sono concepiti «come veri e propri diritti di credito verso la collettività», la quale ha al tempo stesso l'obbligo «di fare alcunché per assicurare il soddisfacimento di quel determinato diritto»³.

È allora l'intervento della Repubblica (Stato e società insieme), come postula lo stesso articolo 3, a dover creare le condizioni perché si possa *diventare* autonomi, a dover creare cioè le condizioni stesse per l'autonomia, che dunque così intesa presuppone la partecipazione attiva all'esercizio del potere, alla vita collettiva quale spazio della autodeterminazione e autorealizzazione. L'autonomia dunque non è presupposta, ma deve essere garantita dall'insieme delle istituzioni e strutture sociali che ne creano le condizioni e ne garantiscono il concreto esercizio. Ne derivano più conseguenze dirimenti: sul piano interpretativo una estensione del concetto di autonomia riferita al

³ Così L. Basso, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 48.

soggetto/persona fisica e giuridica, privata e pubblica, di tipo territoriale e non solo; sul piano giuridico e politico una visione promozionale del ruolo del diritto, nonché una visione attiva/generativa delle istituzioni. È in particolare questo ultimo aspetto ad essere fondamentale, soprattutto nel momento storico attuale, che richiede di ripensare alle istituzioni, riformulandole in una prospettiva materialista. L'orizzonte è allora quello di una nuova e creativa proliferazione istituzionale, che guardi anche agli esempi molteplici del passato e che nondimeno faccia propria la possibilità di una riappropriazione delle istituzioni esistenti ai fini di un uso comune, che comporti il ripensamento delle forme della rappresentanza tradizionale e degli strumenti della partecipazione. D'altronde, da una prospettiva alternativa a quella dell'attuale ordine neoliberale, è lo stesso significato del termine partecipazione ad ampliarsi, estendendosi dall'ambito politico a quello della distribuzione/redistribuzione della ricchezza sociale prodotta, ma soprattutto a quello della produzione/riproduzione e appropriazione. Coincidenza si determina, in tal senso, tra «chi decide come ci si appropria, come si produce e come si distribuisce» e chi «si è appropriato, produce e distribuisce»⁴. A essere coinvolto in questa riformulazione è lo stesso, è più volte chiamato in causa dal volume, concetto di libertà – intesa come coinvolgimento attivo nell'autogoverno della comunità, ma anche come contesto nel quale è data a tutti/e la possibilità di esplicitare le proprie infinite potenzialità – nel suo indissolubile nesso con l'uguaglianza. Uguaglianza (sostanziale) che a sua volta orienta la stessa autonomia in una determinata direzione: quella del riconoscimento dell'interdipendenza, della cooperazione, della condivisione solidaristica, della formulazione di nuove forme di convivenza collettiva e comune nei vari ambiti spaziali degli ordinamenti. Il cerchio si chiude allora (in senso assolutamente virtuoso) in una accezione dell'autonomia come partecipazione attiva alla creazione delle forme giuridiche della convivenza, come «capacità di produzione

⁴ G. Ferrara, *Dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale*, in F. Lentini, a cura di, *Individuo collettività e stato. Momenti critici e processi evolutivi nelle democrazie occidentali e socialiste*, Acquario, Palermo 1983, vol. II, p. 385. Secondo l'autore ciò è costitutivo di una «democrazia sostanziale».

sociale delle regole» (p. 128), in una prospettiva del vivere comune fondata su una visione non verticistica, né gerarchica, né asimmetrica ma relazionale, collaborativa e innervata da rapporti di cura, di rispetto e dalle stesse potenzialità del conflitto. L'Autonomia come «diritto di darsi e farsi un proprio ordinamento» presuppone allora la profonda condivisione delle regole stabilite, l'attiva partecipazione alla loro statuizione, la presa in carico di un'accezione di autogoverno e autodeterminazione in grado di tenere insieme dimensione pubblica e privata, individuale e collettivo, personale e sociale, uguaglianza formale e sostanziale, libertà ed uguaglianza. Come scrive Ronchetti le «esigenze dell'autonomia implicano la consapevolezza dell'interdipendenza intersoggettiva, sociale e politico-istituzionale» (p. 176).

Tenere insieme politico e sociale, superandone la scissione, è d'altronde la direzione di lavoro di quanti nell'attuale contesto storico sono impegnati a ripensare forme di democrazia radicale. Sulla base di questi presupposti, a diventare altrettanto dirimente è una interpretazione del principio autonomistico in chiave pluralista e alla luce della riformulazione dell'uguaglianza proposta in Assemblea costituente. È infatti la proclamazione costituzionale della *pari dignità sociale* ad aver affermato un modo nuovo di concepire l'uguaglianza, che rovesciandone il carattere puramente formale ne ha affermato un significato pieno di implicazioni sostanziali e materiali. È la formula qualificante della dignità *sociale* ad aver corretto e innovato l'enunciazione tradizionale del principio di uguaglianza.

3. *Autonomia e costituzionalismo democratico*. Seguendo tali premesse e riconducendo l'autonomia nell'alveo dei principi costituzionali, quest'ultima può allora rappresentare un antidoto a quelle tendenze sempre più forti oggi tese alla privatizzazione della produzione del diritto, presupponenti un'interpretazione dell'autonomia stessa come spazio di illimitatezza e privilegio di pochi a danno delle possibilità di una esistenza libera e dignitosa (e quindi autonoma) di tutti/e. Di qui la distinzione tra il diritto dei privati e l'autonomia di diritto privato; tra un'idea di autonomia privata libera nei fini, ovvero *autonomia privata come mero diritto dei privati* e una concezione di autonomia privata funzionalizzata all'utilità sociale. In tal senso alla deregolamentazione degli ultimi anni imperante nel contesto neoliberale e nella finanziarizzazione dell'economia attuale, si

contrappone una concezione dell'autonomia fondata sulla interdipendenza, sul riconoscimento dell'altro, sull'utilità sociale, sulla limitazione, sulle regole della convivenza comune, sulla pari dignità sociale, sulla mediazione tra le diverse volontà presenti nella comunità politica. Il già richiamato significato di autonomia quale potestà di darsi un ordinamento contribuendo al «giuridicamente rilevante» presuppone l'equivalenza tra il destinatario e il creatore dell'ordinamento e del diritto medesimi. Il contrario insomma dell'eteronomia, della subalternità, della subordinazione e dei populismi e sovranismi imperversanti. Rispetto a ciò è fondamentale l'accento posto da Ronchetti sulla dimensione politica dell'autonomia, la quale fa infatti capo a una visione arendtiana della politica, quale ambito relazionale di realizzazione della natura umana. Scrive a chiare lettere l'autrice: «ogni forma di autonomia corrisponde a una manifestazione di *vita activa*, intesa come partecipazione alla costruzione di spazi politici» (p. 247).

Come in un gioco di echi, il volume di Ronchetti mi ha richiamato alla mente sia un momento particolare della storia d'Italia, sia tre autori/trici contemporanei. Mi ha evocato gli anni Settanta nel loro essere stati gli anni delle maggiori trasformazioni del paese, del maggiore «addensamento di atti riformatori che non ha paragoni nella storia repubblicana»⁵. Anni nei quali le pratiche messe in azione, la qualità dei conflitti e dei soggetti coinvolti, la produzione di nuovi saperi maturati in seno alle esperienze allora in corso furono capaci di aprire il concetto e le «istituzioni» della partecipazione così come dell'autonomia e dell'autorganizzazione per far fronte alla crescita di bisogni e diritti in parte misconosciuti dall'organizzazione tradizionale del sistema (Stato e famiglia, sino allora pilastri fondamentale del *Welfare*). Anni generativi di processi istituenti in grado di creare, produrre, inventare, immaginare forme istituzionali alternative, trasformative dei rapporti di potere tra cittadini e organizzazione statale.

Al contempo il volume mi richiamato alla mente quanto teorizzato da tre grandi intellettuali: Étienne Balibar e le sue teorizzazioni sul transindividuale, concetto che meglio esprime i

⁵ S. Rodotà, *Le libertà e i diritti* in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello stato italiano dall'Unità ad oggi*, Roma 1995, p. 358.

complessi nessi tra il sociale e l'individuale, l'articolazione tra individuazione e socializzazione, quella che è stata definita un'ontologia della relazione⁶. Letizia Gianformaggio e la sua riflessione sul rapporto tra uguaglianza e differenza (tra *politica della differenza e principio di uguaglianza*), su una dimensione della cittadinanza capace di andare oltre il semplice conseguimento da parte delle donne della cittadinanza politica e sociale, oltre una loro assimilazione/omologazione al modello classico maschile, nella prospettiva di ciò che, con linguaggio giuridico, viene definito *de jure condendo* e che concerne non tanto la sfera dell'applicazione delle regole, quanto il momento della loro «*statuizione*»; quello cioè della determinazione dei principi fondamentali; quello della scelta e della espressione di concrete forme/pratiche di vita⁷.

Stefano Rodotà e il suo impegno volta a fornire una lettura unitaria, di svolgimento e integrazione, del principio di uguaglianza – dei due commi dell'articolo 3, di uguaglianza formale e sostanziale; volto a rintracciare i molteplici intrecci tra libertà, uguaglianza, dignità e solidarietà⁸. Un impegno alla base del costituzionalismo democratico e del costituzionalismo dei bisogni, fondato sull'*egalibertè*, sul richiamo al principio dell'uguaglianza sostanziale, alla pari dignità sociale, fondato sulla costituzionalizzazione della persona, largamente condiviso da Ronchetti. Un impegno capace di prospettare *l'alternativa* all'attuale assetto neoliberale, di rilanciare il terreno del conflitto e ancor più una prospettiva giuridica fondata sull'«autonomia personale delle donne intesa come sfera costituzionalmente garantita dell'autodeterminazione sessuale e riproduttiva» (p. 204).

Infine, un ulteriore merito del libro: le pagine iniziali dedicate ad Antigone, tragedia tra le più care alla riflessione femminista. La lettura che l'autrice ne fa mostra infatti elementi di grande attualità.

⁶ È. Balibar, Spinoza. *Il transindividuale*, Ghibli, Milano, 2002; È. Balibar, V. Morfino (a cura di), *Il transindividuale. Soggetti, relazioni, mutazioni*, Mimesis, Milano, 2014.

⁷ L. Gianformaggio, *Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente incompatibili?*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2/1992.

⁸ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, Id., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; e soprattutto Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

Antigone incarna infatti un modello di contro-condotta a un assetto di potere autoreferenziale e gerarchico e, in fondo, a quanto più connota la nostra epoca: eteronomia e disaffezione alla politica. Antigone rappresenta il carattere relazionale dell'autonomia, nella stretta connessione e corrispondenza che si dà tra la determinazione individuale e il contesto sociale e politico circostante, tra il gesto di disobbedienza da lei compiuto e il sentire della comunità politica, tra l'autonomia individuale e quella collettiva. Antigone propone quella dimensione del *nomos* che ha un profondo legame con la *polis* e con le norme fondamentali da essa riconosciute, «“autonomamente” poste» (p. 21). Antigone è colei che riesce a far valere una norma giuridica del corpus di leggi non scritte vigenti nel V secolo AC. La sua autonomia risiede in ciò ed è alle origini del processo di produzione di un diritto, di norme che non equivalgono alla *lex*/forza ma ai *mores* (allo *ius*), cioè alle aspettative di giustizia. Antigone incarna e propone una dimensione del *nomos* che in fondo è lo stesso presente nella Costituzione e nella dimensione del costituzionalismo democratico. Antigone è dunque il mito fondativo dell'autonomia personale e pubblica «perché coniuga il soggetto con l'azione e li collega secondo un principio politico che connette la potestà personale di governarsi da sé con la dimensione istituzionale che consente l'autonomia dell'ordinamento intero» (p. 22).

Parole queste capaci di confermare la “forza” di questo volume, la sua stringente attualità, anzi “inattualità” nel prefigurare un tempo a venire che solo riflessioni come queste e battaglie comuni possono inverare.

Recensione a *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la L. 219/2017*, di Roberto Giovanni Conti, Aracne, 2019*

Ernesto Lupo

1. Una delle tematiche di maggiore impegno degli odierni studi giuridici è quella del rapporto tra legge e giudice, una volta posta in dubbio, da un numero di studiosi progressivamente crescenti, la natura esclusivamente cognitiva della giurisprudenza ed affermata la distinzione tra disposizione (contenente l'enunciato normativo) e norma che ne trae l'interprete (la quale, quindi, è il risultato dell'attività interpretativa, e non preesiste alla stessa). È sufficiente, a tal fine, considerare l'ampia attenzione che le riviste giuridiche dedicano all'argomento: mi limito a citare il numero monografico di *Questione Giustizia* (n.4 del 2016) dedicato a *Il giudice e la legge*, con una discussione sulla creatività o meno della giurisprudenza e con un esame del detto rapporto “nelle varie branche dell'ordinamento”, ed il dibattito su *Giudici e legislatori*, svoltosi tra i componenti del comitato direttivo della rivista *Diritto pubblico* (n.2 del 2016). Chiara è l'implicazione che questa tematica ha sul ruolo del giudice, quale interprete del diritto la cui attività produce effetti diretti ed autoritativi sugli assetti della società e sulle vite degli esseri umani.

Uno studioso molto attento alle modifiche che il ruolo del giudice sta subendo per effetto dei mutamenti del rapporto tra legislazione e giurisprudenza è Roberto Giovanni Conti, consigliere della Corte di cassazione e autore di più monografie, le quali, pure trattando istituti diversi, sono legate dal filo rosso della ricerca sul ruolo del giudice nelle diverse funzioni a lui attribuite dall'ordinamento, nonché dei mutamenti che esso sta avendo per effetto delle Carte dei diritti fondamentali e delle pronunzie delle Corti

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto richiesto dalla redazione.

sovranzionali ed internazionali preposte alla loro interpretazione (in particolare, la Corte di Strasburgo).

Questo indirizzo di ricerca non poteva non portare Conti ad interessarsi degli argomenti del biodiritto, ove il progresso della scienza medica e della tecnologia pone di continuo nuove questioni giuridiche (con forti implicazioni etiche) sulle quali il legislatore nazionale spesso tarda ad intervenire, mentre il giudice (comune e costituzionale) è chiamato immediatamente a risolvere casi specifici in cui si invocano diritti fondamentali e si chiede la tutela di interessi concreti ed attuali.

L'Autore si era cimentato con i molteplici aspetti di questa materia nel denso volume *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, 2 ed., Aracne, Roma, 2015. Oggi riprende, con un'agile pubblicazione, un particolare tema di biodiritto: quello del fine vita. Dopo la precedente monografia sono intervenute, sugli aspetti giuridici del tema, due rilevanti novità: la legge 22 dicembre 2017, n.219 (“norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”), entrata in vigore il 31 gennaio 2018, e l'ordinanza C. Cost., 16 novembre 2018, n.207, sulla questione di costituzionalità dell'art.580 c.p., limitatamente al reato di aiuto al suicidio (caso Cappato), ordinanza che, pur essendo di rinvio della decisione alla udienza del 24 settembre 2019, prospetta l'esistenza di un limitato *vulnus* costituzionale nella vigente disciplina del reato.

La ricerca di Conti ha per oggetto principale i contenuti della legge n.219/2017, menzionata già nel sottotitolo del volume, ma tiene conto anche dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella citata ordinanza n.207/2018, oggetto del § 3.10 e considerata in molti punti del saggio; segno del massimo aggiornamento dell'opera, che si nota anche nella citazione della più recente giurisprudenza.

L'angolo visuale secondo cui l'Autore esamina la nuova legge è sempre quello delle funzioni che essa, in modo esplicito o implicito, attribuisce al giudice. In tal senso è chiaro già il titolo della pubblicazione; se ne trae poi conferma dall'indice, perché il primo e l'ultimo dei quattro capitoli in cui essa è strutturata sono espressamente dedicati al giudice ed al suo ruolo. Ma esaminiamo in dettaglio il contenuto del saggio.

2. Il cap. I può essere considerato una introduzione alla ricerca sulla legge n.219/2017 in quanto tratta il ruolo del giudice in linea generale, alla luce dei più recenti apporti della dottrina, ma anche con “un occhio alla giurisprudenza”. L’Autore si riferisce, specificamente, agli studi di Nicolò Lipari (raccolti, in particolare, nel volume *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017) e di Paolo Grossi (di recente, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017). Questi studi danno massimo rilievo ai principi del diritto ed alla loro applicazione nel giudizio. I principi non vengono “più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e variegato sistema” delle Carte dei diritti fondamentali (p.18). Il processo diventa, allora, “il luogo elettivo nel quale individuare il principio capace di realizzare ed appagare al meglio i bisogni delle persone che chiedono giustizia”. Il diritto viene così “traghetta(to) dallo *jus positum* allo *jus in fieri*” (*ibidem*). Questa concezione dottrinale è da Conti riferita al giudice di legittimità e viene perciò messa a confronto con la sua attuale esperienza di magistrato della Corte di cassazione. La funzione nomofilattica affidata a questa Corte dall’ordinamento ha subito, secondo Conti, “una mutazione genetica” (p.21), soprattutto perché si è allargata alle Carte europee dei diritti. Secondo questa prospettiva, “la sentenza ‘tipo’ che rispecchia il modo di fare giustizia dei nostri tempi è rappresentata da Cass. n.21748/2007” (p.23), sul notissimo caso Englaro, perché essa è espressione paradigmatica del “principalismo”, e cioè del “reperimento” nell’ordinamento e della applicazione di principi al caso concreto. Ma a questa scelta la Cassazione – rileva Conti – non si uniforma in modo costante. “Agli antipodi del principalismo” (p.26) si colloca la sentenza delle Sez. un. civili n.24823/2015, che ha negato l’esistenza del principio generale del contraddittorio nel procedimento di accertamento tributario, limitandolo alle ipotesi in cui esso è disposto espressamente dalla legge; un “ritorno al principalismo” (p.28) è, invece, segnato dalla sentenza delle stesse Sez. un. n.1946/2017, la quale ha individuato il procedimento giudiziario da seguire per esercitare, nei casi di parto anonimo, il diritto alla conoscenza delle proprie origini, diritto affermato da C. Cost. n.278/2013, che aveva espressamente affidato tale individuazione al legislatore, rimasto invece inerte. Quest’ultima sentenza e quella Englaro (redatte dallo stesso magistrato) dimostrano la necessità di “un ruolo dinamico del giudice” (p.31) e di un suo abito “coraggioso” (p.34) nell’esercitare una funzione che può qualificarsi come “normativa” in senso proprio, “pur se con effetti circoscritti al caso, siccome produttiva di regole legislativamente mancanti” (p.36). Esplicita sul punto è l’adesione di Conti all’insegnamento di Antonio Ruggeri.

Il metodo e le conclusioni delle due sentenze della Cassazione in ultimo citate meritano, a mio avviso, piena adesione, anche per l'elevato livello culturale ed argomentativo delle motivazioni che le sorreggono. Possibili e corrette appaiono, perciò, le implicazioni che Conti ne trae sul piano più ampio della interpretazione giudiziale e del ruolo che oggi il giudice comune può essere chiamato a svolgere. Dubito, però, che alle riflessioni dettate su tale ruolo da quelle due decisioni possa essere attribuito un ambito di applicazione generalizzata e temo che non sempre siano rispettati i presupposti che lo rendono correttamente esercitabile. Le due pronunzie della Cassazione, come osserva Conti, "affronta(no) casi difficili" e "colma(no) lacune del diritto" (p.32), che pertanto è stato "rinvenuto" dai giudici e "creato" dalle stesse sentenze. Ma queste evenienze sono rare e non possono essere riferite alla intera esperienza giuridica. Il diritto esiste e deve operare per la collettività prima ed a prescindere dalla applicazione giudiziaria. Le regole di soluzione dei conflitti e di qualificazione dei comportamenti umani, in linea di principio e nella normale prassi sociale, devono essere note alla collettività senza bisogno di ricorrere al giudice. Ovviamente queste regole derivano anche dalla applicazione (pure giudiziale) delle disposizioni normative perché ciò che rileva è la *law in action*, e non la sola *law in the books*. Ma non ogni caso concreto, e cioè ogni conflitto, implica la creazione di una regola nuova. Non può perciò accettarsi la concezione di un diritto che è costantemente *in fieri* perché ha sempre bisogno dell'intervento del giudice. Inoltre, l'individuazione e l'applicazione di principi generali sono necessari nel riempimento delle lacune del diritto positivo. Ma il giudice comune deve essere prudente quando il principio è contraddetto da un preciso disposto legislativo che fa escludere l'esistenza di una lacuna normativa. L'interpretazione conforme (alla Costituzione, alle Carte dei diritti fondamentali, alle convenzioni internazionali) è uno strumento che non può essere utilizzato per eludere le competenze della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali. Di ciò Conti si mostra ben consapevole quando, in altra parte del volume (p.87), indica le diverse ed opposte prospettive secondo le quali può essere considerata l'interpretazione conforme da parte del giudice comune.

Detto questo in linea generale, occorre subito aggiungere che, nella materia del fine vita, le perplessità del legislatore nel dettare una disciplina generale producono in abbondanza lacune normative, con la conseguente insorgenza in giurisprudenza di casi nuovi e difficili e la correlata necessità di elaborare regole mediante l'applicazione dei principi ed il bilanciamento di diritti fondamentali. Quindi il discorso che Conti conduce nel cap. I, di cui si sono prospettati qui i limiti di applicazione (se riferito al diritto *tout court*), è pienamente appropriato all'oggetto della ricerca che egli svolge nel suo

saggio. Le particolari difficoltà che il giudice incontra in questa materia rendono molto opportuno il contenuto del paragrafo conclusivo del cap. I (p.40), in cui l'Autore si sofferma sul “principio di cooperazione tra le fonti e fra gli interpreti”, e cioè sulla “leale collaborazione” a cui deve ispirarsi il “rapporto fra giudice di merito, giudice di legittimità e giudice costituzionale”, nonché “fra giudice nazionale e sovranazionale”. Al riguardo è significativo (perché concerne la materia del fine vita) che la C. Cost., nella citata ordinanza n.207/2018 sull'aiuto al suicidio, ha ricordato che la “interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione” (§ 2 del *Considerato in diritto*). La Corte ha così ritenuto inammissibile l'eccezione della Avvocatura dello Stato che prospettava la soluzione del caso concreto (Cappato) attraverso una interpretazione costituzionalmente conforme dell'art.580 c.p.. E l'inammissibilità di siffatta interpretazione conforme è condivisa anche da Conti, che dà rilievo, a tal fine, alla natura penale della norma oggetto di interpretazione (p.128).

I cap. II e III prendono in esame la legge n.219/2017, valutata dall'Autore “uno strumento normativo nel complesso assai commendevole” (p.84). Egli la considera “figlia della sentenza Englaro” (questo è il titolo del cap. II), i cui principi, pur essendo stati elaborati per un caso singolo, “si universalizzano” per effetto della recente legge (p.44). Anche la C. Cost., nella citata ordinanza n.207/2018 (§ 8), ha ritenuto che la disciplina di detta legge “recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta la giurisprudenza ordinaria” nei casi Welby ed Englaro. La vulnerabilità delle persone costituisce la ragione giustificatrice della nuova legge (p.47); l'esigenza di una loro protezione unifica i due istituti accomunati nel titolo della legge: il consenso informato al trattamento sanitario, in cui la debolezza del paziente è attuale, e le disposizioni anticipate di trattamento da parte della persona che preveda una eventuale sua futura incapacità di autodeterminarsi.

Nel cap. II Conti approfondisce i principi e diritti fondamentali richiamati nella parte iniziale del primo comma dell'art.1 della legge, che ha come rubrica “consenso informato”; il richiamo viene, però, correttamente riferito all'intero contenuto della legge, al di là della sua collocazione. Per chiarezza del discorso è utile riportare il breve disposto normativo a cui qui ci si riferisce: “La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona”. L'Autore considera, innanzitutto, la dignità, che non è soltanto uno dei diritti da tutelare, ma

“costituisce la base stessa dei diritti fondamentali”, come si afferma nella *Spiegazione* relativa all’art.1 della Carta dell’Unione. Si approfondisce la nozione, nei suoi due “volti, quello soggettivo e quello oggettivo” (p.55), e se ne sottolinea la massima importanza, rilevabile anche dal testo della ordinanza n.207/2018 (che la menziona cinque volte). La legge n.219/2017 usa il termine in quattro disposizioni: oltre al trascritto art.1, la rubrica dell’art.2 (dignità nella fase finale della vita), l’art.3, commi 2 e 3 (pieno rispetto della dignità del minore e della persona interdetta). Ma, ciò nonostante, Conti non può fare a meno di segnalare la difficoltà di dare concretizzazione al valore della dignità, avvertendo che in nome di essa potrebbero darsi “risultati interpretativi e soluzioni concrete anche tra loro antitetici” (p.57). Per il diritto alla vita ed alla autodeterminazione l’Autore riferisce la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sugli art. 2 e 8 della Cedu. Da essa risulta che il diritto alla vita, garantito dall’art.2, non può comportare il diritto a morire; in ordine al diritto all’autodeterminazione, tutelato dall’art.8, non si individua “una linea precisa nella giurisprudenza” (p.69) perché la Corte europea, come ha osservato anche l’ordinanza della Corte cost. (§ 7), riconosce agli Stati “un ampio margine di apprezzamento” nel limitare detto diritto attraverso l’incriminazione dell’aiuto al suicidio, giustificata, a norma del secondo comma dello stesso art.8, come ingerenza necessaria “per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”, e cioè delle persone deboli e vulnerabili. Infine il diritto alla salute: qui è richiamata la giurisprudenza della Corte costituzionale sulla necessità che il legislatore rispetti le acquisizioni della scienza medica (sentenza n.274/2014, sul caso Stamina) nonché sul bilanciamento della salute con altri valori (sentenza n.5/2018, sulle vaccinazioni obbligatorie).

La compresenza, nella tutela della salute, di valori fondamentali rende opportuna la scelta della legge n.219/2017 (art.1, comma 2, parte finale) di includere nella relazione di cura anche soggetti estranei al paziente (p.75). Con uno sguardo complessivo ai principi e diritti indicati nella parte sopra trascritta dell’art.1 (§ 2.10), Conti afferma che il bilanciamento tra di essi costituisce “la regola di base del legislatore e del giudice”, fermo “il supervalore della dignità umana”; il che, mentre fa “fugare l’idea che l’autodeterminazione sia assolutamente incomprimibile”, induce a ritenere preferibili regole legislative elastiche, idonee a realizzare una “giustizia *per principia*” attraverso decisioni adeguate alle “singole, multiformi situazioni che possono presentarsi”. Questa elasticità si ritrova nella legge n.219/2017, che “non amputa l’opera dell’interprete e del giudice”. Rimangono, peraltro, lacune legislative, per la cui soluzione l’Autore indica “possibili modi”, tra i quali include “il ricorso al metodo comparativo” (§ 2.11), ritenuto non solo legittimo, ma doveroso per le Corti supreme (secondo il modello della citata

sentenza della Cassazione sul caso Englaro). La comparazione – osserva correttamente Conti – è stata utilizzata anche dalla Corte costituzionale nella ordinanza n.207/2018 (nel § 11).

Il particolare rilievo che nella materia in discorso ha il bilanciamento dei diritti e dei valori rende ragione dell’approfondimento che l’Autore dedica ai principi enunciati all’inizio della legge n.219/2017. Al riguardo va, incidentalmente, sottolineata l’inclusione, tra di essi, dei primi tre articoli della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, di cui la legge impone il “rispetto” in tutti i casi. Questa previsione va chiaramente al di là dell’ambito di applicazione della stessa Carta, che, secondo l’art.51, è limitata ai settori in cui trova attuazione il diritto dell’Unione. Per quanto questa previsione possa essere ampliata, ad essa non appare conforme la norma interna. Le conseguenze di questa difformità non assumono rilevanza giuridica per quanto attiene alla dignità umana ed al diritto alla vita (art.1-2 della Carta), che trovano uguale tutela nella Costituzione italiana. Può, invece, configurarsi qualche problema in relazione al complesso disposto dell’art.3 della Carta, che tutela il diritto alla integrità della persona. Si pensi, per esempio, al “divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro” (comma 2, lett.c) in relazione ai casi di maternità surrogata. Ma il problema fuoriesce dal tema qui considerato.

Riprendendo l’argomento del bilanciamento, è indubbio che esso va effettuato anche dal giudice comune quando egli non trova nella legge una disciplina completa. Va, però, data preferenza, sul piano della politica del diritto, al bilanciamento compiuto dal legislatore rispetto a quello rimesso al giudice, anche costituzionale. Un chiaro insegnamento in tal senso viene proprio dalla Corte costituzionale che, con la citata ordinanza n.207/2018, di fronte a questioni in cui si ha “l’incrocio di valori di primario rilievo” (in tema di fine vita), ha rimesso al Parlamento di definire un “compiuto bilanciamento”, il quale “presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere” (§ 11, parte finale). L’ordinanza citata ha suscitato un’ampia discussione ed ha incontrato reazioni diverse (v., di recente, i numerosi interventi pubblicati dalla rivista *Politeia (notizie da)*, n.133, 2019: *Fase finale della vita, tra libertà ed esigenze di protezione. Quali punti fermi?*, p.71-182). Non può però contestarsi che, ferma la scelta del giudice costituzionale (di escludere dalla punibilità dell’aiuto al suicidio il caso del malato terminale che versa in condizioni di sofferenza tali da incidere sulla propria dignità), vi sia la necessità di una regolazione della materia almeno attraverso i punti indicati dalla stessa Corte (modalità della verifica medica dei presupposti dell’aiuto legittimo, eventuale riserva al servizio sanitario nazionale della effettuazione di tale aiuto, possibilità di obiezione di coscienza del sanitario). La disciplina

legislativa è ritenuta dalla Corte necessaria per “scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale”. L’intervento del legislatore – come osserva la stessa Corte – consente al giudice (costituzionale e, per la sua parte, comune) di assolvere al suo “compito naturale”, che è quello di verificare il rispetto, da parte delle scelte legislative, “dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone” (§ 10, parte finale). Può aggiungersi, conformemente al pensiero di Conti, che la disciplina legislativa è opportuno che lasci una sfera non ristretta di discrezionalità applicativa, che la renda idonea a risolvere i tanti casi singolari che possono presentarsi attraverso un bilanciamento in concreto di diritti fondamentali eventualmente confliggenti.

Nel cap. III si prendono in esame i principali contenuti della legge. Il consenso ai trattamenti sanitari, già previsto in alcune leggi sanitarie, è posto al centro della legge n.219/2017 come “massima proiezione del diritto fondamentale all’autodeterminazione” (p.95). Esso è richiesto non solo per l’inizio, ma anche per la prosecuzione della cura e si colloca, come atto libero ed informato, nell’ambito della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico ove si incontrano l’autonomia decisionale del paziente e la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico (art.1, comma 2, della legge). I due valori trovano un bilanciamento nella stessa legge, bene espresso dalla norma fondamentale contenuta nel comma 6 dell’art.1, che è opportuno trascrivere nella sua interezza: “il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali”. Il rifiuto del trattamento, disciplinato dal precedente comma 5, costituisce “l’altra faccia del consenso” (p.100). Il medico, dal canto suo, ha il dovere di interrompere le cure in caso di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, secondo il disposto dell’art.2, comma 2, che pone il divieto di ostinazione irragionevole delle cure (c.d. accanimento terapeutico, espressione in realtà contraddittoria perché il concetto di accanimento esclude che esso abbia un effetto di terapia). Su quest’ultima norma si sofferma l’Autore, indicando (nel § 3.3) alcuni casi verificatisi in Francia e nel Regno Unito (ha interessato, di recente, la stampa italiana il caso francese Lambert, in cui la decisione del medico di interruzione delle cure ha incontrato l’opposizione della madre del malato, non concorde, a sua volta, con la moglie). La Corte di Strasburgo (Grande Camera, 5 febbraio 2015, proprio sul detto caso) non ha ravvisato la violazione della Cedu perché la legge francese (dell’aprile

2005) ha proceduralizzato la decisione dei sanitari, consentendone anche la verifica in sede giudiziale (ed infatti la decisione dei sanitari è stata confermata dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione francese). La legge italiana, invece, non ha previsto alcun controllo sull'operato del medico previsto dall'art.2, comma 2, neanche qualora esso incontri l'opposizione dei familiari o dello stesso paziente (ipotesi, in verità, improbabile, in relazione alle sue condizioni di salute). Questa disciplina – rileva Conti – “si pone in antitesi con la protezione dei beni in gioco e con la giurisprudenza della Corte Edu” (p.102), onde può ammettersi (eventualmente attraverso una pronuncia della Corte costituzionale) un ricorso al giudice tutelare, analogamente a quello che la stessa legge, come si dirà tra poco, prevede nell'art.3, comma 5.

La più ampia parte del cap. III è dedicata all'esame dell'art.3 della legge (minori e disabili). L'Autore critica la disciplina relativa ai minori, per i quali si è realizzata “una quasi automatica estensione dei (e parificazione con i) meccanismi pensati per le persone affette da disabilità” (p.109). Il minore ha diritto di ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per potere esprimere la sua volontà (comma 1 dell'art.3, che si riferisce anche alla persona incapace). Di questa volontà gli esercenti la responsabilità genitoriale o il tutore devono “tenere conto” nell'esprimere o rifiutare il consenso per il minore al trattamento sanitario (comma 2, il quale prescrive che questi soggetti abbiano “come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità”). Conti ipotizza che insorga contrasto tra la volontà del minore e quella dei genitori sul dare o rifiutare il consenso, sul quale la legge tace, non prevedendo comunque la possibilità di controllare che, nel caso concreto, sia perseguito lo scopo imposto dall'ora trascritto comma 2. Invero, il comma 5 dello stesso art.3 prevede la possibilità del ricorso al giudice tutelare nella sola ipotesi di contrasto tra il medico che proponga cure da lui ritenute appropriate e necessarie ed il rappresentante del minore che le rifiuti. L'Autore ritiene che anche nelle ipotesi di conflitto tra minore e genitori debba ammettersi una tutela giudiziale invocabile dal minore o dagli stessi genitori che non sentano di assumersi l'intera “responsabilità di decidere in senso difforme dalla volontà manifestata dal minore” (p.117). Un giudizio diverso è dato in ordine alla disciplina relativa agli incapaci e disabili dettata sempre dall'art.3 della legge, perché essa va inserita “all'interno di procedimenti di interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno già aperti prima dell'atto terapeutico al quale si riferisce il consenso” (p.123), onde sono esercitabili i poteri di controllo *ex ante* del giudice. Questa considerazione vale anche per interpretare la posizione dell'amministratore di sostegno a cui sia stata conferita la rappresentanza esclusiva in ambito

sanitario. Il giudice tutelare del Tribunale di Pavia, con ordinanza del 24 marzo 2018, ha ravvisato un contrasto tra tale rappresentanza e la tutela dei diritti fondamentali dell'amministrato, sollevando una questione di costituzionalità della legge n.219/2017. Conti ritiene che tale tutela possa essere già ora realizzata attraverso l'esercizio dei poteri di controllo attribuiti al giudice tutelare sull'amministrazione di sostegno (p.126, che – avvertenza per il lettore - costituisce una prosecuzione del § 3.9, terminato in anticipo per errore di stampa).

Nell'ultimo paragrafo del cap. III si tratta della maggiore novità della legge costituita dalle disposizioni anticipate di trattamento (Dat). Conti la esamina sempre in rapporto al ruolo del giudice. L'istituto, disciplinato nell'art.4 della legge, “costituisce la proiezione futura del consenso informato”, che la persona esprime “a futura memoria”, per l'eventualità che ella non possa più farlo quando sarà attuale l'esigenza di un intervento medico (p.131). L'Autore critica l'esclusione dei minori, di qualunque età, dalla possibilità di redigere le Dat, incongrua rispetto alla titolarità dei diritti fondamentali ad essi riconosciuta da fonti interne ed internazionali, in relazione al discernimento da loro raggiunto. Regola centrale è contenuta nel comma 5, che obbliga il medico al rispetto delle Dat, salva la possibilità di disattendere, in tutto o in parte, in determinate ipotesi, d'accordo con la persona che il disponente ha nominato per le relazioni con il medico e le strutture sanitarie (fiduciario) o, nei casi previsti dal comma 4, con l'amministratore di sostegno. La possibilità di disattendere le Dat è prevista “qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”. Se sulla sussistenza di dette ipotesi insorge conflitto tra il medico ed il fiduciario, lo stesso comma 5 prevede la possibilità del ricorso al giudice tutelare, disponendo l'applicabilità del già citato art.3, comma 5. Conti prospetta la necessità che anche in caso di accordo tra medico e fiduciario sul disattendere le Dat debba essere consentito il controllo giudiziale, eventualmente sollecitato dai parenti del disponente o anche dal p.m. (p.138).

Oggetto principale della indagine di Conti nei cap. II e III è l'individuazione dello spazio che il giudice deve occupare nella materia disciplinata dalla legge in discorso, a tutela della dignità e dei diritti fondamentali delle persone che vi possano essere coinvolte. La legge, come abbiamo visto, prevede in modo espresso soltanto due interventi del giudice tutelare: nell'ipotesi in cui il rappresentante legale del minore o del disabile (o l'amministratore di sostegno) rifiuti per lui le cure proposte dal medico (art.3, comma 5) e nell'ipotesi di contrasto tra medico e fiduciario nominato

con le Dat (o, qualora il fiduciario non vi sia, l'amministratore di sostegno) (art.4, comma 5). L'analisi attenta ed esperta di Conti ha fatto emergere l'eventualità che diversi altri tipi di contrasti emergano nell'applicazione della nuova legge, anche ad opera di persone titolari di diritti fondamentali non sempre indicate dalle disposizioni legislative in relazione ai diversi istituti da esse previsti (si pensi, per esempio, ai familiari, considerati in modo ampio dall'art.1, comma 2, ma non menzionati per le Dat). A me sembra che la limitazione legislativa dell'intervento giudiziale a due sole ipotesi di conflitto non significhi esclusione dello stesso per tutte le altre ipotesi. Il silenzio del legislatore può essere attribuito, più che a volontà contraria alla possibilità di intervento del giudice, a insufficienza di fantasia nel prevedere tutte le eventualità che possono verificarsi. Ci troviamo, allora, in linea di principio, di fronte a lacune legislative, che possono essere colmate con la necessità di tutela dei diritti fondamentali, basati sulla dignità della persona umana, diritti insiti nelle scelte di vita e di morte, nonché con il principio scritto nel primo comma dell'art.24 Cost., opportunamente richiamato da Conti alla fine del cap. III (p.138). A proposito del diritto alla tutela giurisdizionale, è utile ricordare che C. Cost. n.238/2014 ha individuato in esso e nel principio fondamentale della dignità umana “controlimiti” idonei a rendere inapplicabile la disposizione di legge che obbliga lo Stato italiano ad osservare le decisioni della Corte internazionale di giustizia, sia pure limitatamente ad una sola pronunzia della stessa Corte. Qualora, invece, la limitazione della tutela giurisdizionale ai soli due contrasti indicati dalla legge fosse ritenuta una scelta voluta del legislatore, resterebbe la possibilità per il giudice adito di chiedere alla Corte costituzionale l'applicazione dell'art.32, secondo comma, parte finale, Cost., secondo cui, in tema di trattamenti sanitari (da effettuarsi o da non effettuarsi), “la legge non può in nessuna caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Nell'ultimo capitolo (IV) l'Autore torna al tema iniziale, il ruolo del giudice, non visto più in generale e nella materia del biodiritto, ma specificamente nella legge n.219/2017, esaminata nei precedenti due capitoli. Ed allora la ricerca si concentra sul ruolo del giudice tutelare, che, per effetto di questa legge, ha subito “un'autentica rivoluzione copernicana”, essendo egli divenuto una figura centrale “nell'ambito della protezione della persona, sia essa disabile o no, all'atto in cui la stessa si trova a dover affrontare scelte terapeutiche” (p.144). “un compito tanto affascinante quanto complicato, per svolgere il quale quello stesso giudice dovrà non soltanto formarsi adeguatamente, ma anche allacciare relazioni stabili con le figure di riferimento (medici, amministratori di sostegno, tutori, notai, comitati etici, servizi sociali)” (p.145). Si tratta di un “modello di giudice”

che Conti delinea dettagliatamente nelle ultime pagine del libro, da cui traspare la sua passata esperienza di giudice tutelare e la passione che ancora oggi lo anima verso un ruolo che richiede, oggi più di ieri, molto più dell'essere un esperto di diritto. Infatti non è sufficiente la pur faticosa conoscenza approfondita delle leggi e delle giurisprudenze nazionali e sovranazionali, ma è necessario che ad essa si accompagni la capacità di comprendere gli aspetti umani ed etici del caso da giudicare. Nelle pagine del libro (p.58, nt.47, p.109, nt.40, p.116, nt.63) è più volte richiamata la figura del giudice inglese Fiona Maye, raccontata da Ian McEwan, *La ballata di Adam Henry*, Einaudi, Torino, 2014, come esempio di giudice chiamato ad affrontare casi che richiedono il complesso di dette qualità. Per questo modello di giudice è necessaria una attività formativa che si svolga attraverso percorsi comuni del giudice con tutte le figure di riferimento sopra indicate (p.149). È il suggerimento – fondamentale – con cui si chiude l'esposizione di Conti.

La monografia è arricchita da una prefazione di Antonio Ruggeri, al cui insegnamento Conti spesso fa espresso riferimento, e da una postfazione di Gabriella Luccioli, che nella sua esperienza di giudice di legittimità ha dato un apporto fondamentale al diritto giurisprudenziale su temi del biodiritto (è stata la presidente del collegio che ha emanato la sentenza 21748/2007 sul caso Englaro, già qui menzionata e punto essenziale della ricerca di Conti). Del contributo di Ruggeri mi piace riportare l'opinione sulla dignità, che non è solo il “superprincipio” già indicato, ma anche una “cerniera tra diritti fondamentali e doveri inderogabili di solidarietà”, poiché “ogni persona ha il diritto alla salvaguardia della propria dignità ma anche il dovere di essere degno e di vivere degnamente” (p.12). L'ampia postfazione di Luccioli ripercorre in modo dettagliato lo sviluppo del saggio di Conti, esprimendo sui vari punti la propria opinione di magistrato specializzato ed autorevole.

3. L'interrogativo che concretizza il titolo della monografia riceve dalla ricerca di Conti risposta decisamente affermativa: il giudice è garante della tutela della dignità umana nelle scelte di vita e di morte. È la risposta che si ricava dal complesso contenuto della legge n.219/2017, scandagliato dall'Autore in modo approfondito ed esperto. È una risposta che non si desume da una prima e superficiale lettura della legge, che prevede in modo molto ridotto la possibilità dell'intervento giudiziario, ma che è resa obbligata dalla applicazione dei principi e dalla protezione dei diritti fondamentali elencati nelle prime righe della stessa legge. Questa funzione del giudice impone un

particolare modello di giudice, che Conti delinea in modo equilibrato, attento, sensibile e carico di umanità: un giudice umile nell'affrontare questioni di enorme difficoltà perché “si pongono al crocevia di etica, scienza e diritto” (Ruggeri, p.10), collaborativo con i tanti soggetti che possono essere coinvolti nella applicazione della legge, non burocratico ma capace di essere “empatico” (p.146) con persone malate e perciò solo vulnerabili. In tutto il saggio, al di là del cap.IV dedicato specificamente alle caratteristiche che il giudice deve avere per bene esercitare il ruolo affidatogli dalla nuova legge, Conti si impegna nel fornire ai colleghi indirizzi per scelte opportune e suggerimenti di condotta che qui, per brevità, non sono stati ripresi. La monografia, pertanto, è non soltanto un approfondimento giuridico del contenuto della nuova legge, ma anche – come osserva Gabriella Luccioli alla fine del suo contributo – “un prezioso strumento di lavoro per chi è chiamato ad affrontare tematiche così delicate e complesse”.

La materia del fine vita, come rilevato in più punti da Conti, è destinata ad essere rivista alla fine della vicenda Cappato, su cui la Corte costituzionale ha pronunciato la citata ordinanza interlocutoria n.207/2018, ma già, nella motivazione, innovativa rispetto alla legge n.219/2017. In attesa della udienza del 24 settembre 2019, a cui è stata rinviata la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale dell'art.580 c.p., può osservarsi che il giudice costituzionale è partito dalla constatazione che la detta legge rende lecita “la decisione di lasciarsi morire...presa dal malato..., con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua” (§ 8). Questo ambito di liceità (che è ben lontano dalla eutanasia) viene ora esteso dalla Corte che, nella motivazione della ordinanza, prospetta un diritto del malato, “capace di prendere decisioni libere e consapevoli”, ad evitare la lenta agonia conseguente alla rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, “fonte di sofferenze fisiche e psicologiche”. È un passo oltre la legge n.219, dettato dalle stesse scelte e dagli identici principi della detta legge (v. il periodo finale del § 9 della ordinanza), ma l'eutanasia resta distante perché la Corte ha previamente escluso il diritto di morire nei tempi e nei modi liberamente scelti dal malato. Il nuovo passo richiede, però, come ha ritenuto la Corte, una disciplina

Ernesto Lupo

Recensione a Roberto Giovanni Conti, Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la L. 219/2017, Aracne, 2019

legislativa. Se questa disciplina non interverrà prima del 24 settembre 2019, non sarà facile per il giudice costituzionale introdurre nell'ordinamento una estensione della libertà di autodeterminazione già prevista dalla legge n.219, che non si presti ad abusi ed a pericoli per il diritto alla vita (per possibilità in tal senso v. A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen e processo*, 2019, p.805, spec. p.817 e s.). In ogni caso, però, la pronuncia della Corte costituzionale imporrà un rinnovato approccio di studio alla delicatissima materia trattata nel volume qui recensito. Ma questo approccio dovrà partire dalla approfondita conoscenza della legge n.219, per il cui conseguimento la monografia di Conti costituisce un mezzo utilissimo, della cui disponibilità dobbiamo essere grati allo straordinario impegno dell'Autore, ben noto a chi lo conosce personalmente; impegno come giudice e come studioso, con un cumulo di esperienze che si integrano e si arricchiscono reciprocamente, come ha condivisibilmente rilevato Antonio Ruggeri nella sua prefazione.