

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI

Rivista Quadrimestrale
3/2021

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno V – N. 3/2021

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma “Tor Vergata”
Alessandra Di Martino – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Raffaele Torino – Università Roma Tre

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. ChietiPescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), 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), 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), Miguel Poiars Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), 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, Corte di Giustizia UE), 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, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano), Nicola Cezzi (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Giovanni De Gregorio (University of Oxford), Giacomo Delledonne (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Silvia Filippi (Università di Perugia), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università di Milano Statale), Giampiero Gioia (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Umberto Lattanzi (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Francesco Saitto (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”)

SOMMARIO

Saggi

FORUM: Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico

SIMONE PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*

[pp. 1-29]

MATTEO MONTI, *Gli esperti nella sfera pubblica piattaformizzata: spunti dalla comparazione sul ruolo delle comunità epistemiche nel discorso pubblico digitale*

[pp. 30-59]

Altri

ANTONIO RUGGERI, *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

[pp. 60-89]

VIRGILIO D'ANTONIO, ANGELA IACOVINO, *Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia: quali diritti per quale natura?*

[pp. 90-152]

GIANPIERO GIOIA, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*

[pp. 153-185]

Note e commenti

FRANCESCA ANGELINI, *Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico*

[pp. 186-198]

ANDREA CONZUTTI, *Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht: un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*
[pp. 199-228]

GIOVANNI GUERRA, *“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*
[pp. 229-265]

STEFANO TRANCOSI, *The Hong Kong electoral law reforms: the end of democracy?*
[pp. 266-307]

Recensioni e letture critiche:

ANDREA GUAZZAROTTI, *Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino, 2021*
[pp. 308-316]

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, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

ISSN: 2532-6619

FORUM: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

**La consulenza scientifica parlamentare: analisi
comparata di uno strumento costituzionalmente necessario***

Simone Penasa

SOMMARIO: 1. Il fondamento teorico e costituzionale della consulenza scientifica parlamentare. - 2. La consulenza scientifica parlamentare quale espressione del metodo della ragionevolezza scientifica delle leggi. - 3. La consulenza scientifica e il Parlamento italiano: conservazione o innovazione?. - 4. La consulenza scientifica parlamentare in prospettiva comparata: quali tendenze?. - 4.1. La fonte istitutiva: le possibili concretizzazioni della volontà parlamentare. - 4.2. La composizione dell'organo di consulenza scientifica: la prevalenza di un approccio "misto" tra componente politica e scientifica. - 4.3. Le funzioni attribuite: dalla "mera" consulenza a forme di previsione e valutazione. - 5. La natura costituzionalmente necessaria della consulenza scientifica: il dovere di istituzionalizzarla, nelle libertà delle forme e dei contenuti.

1. Il fondamento teorico e costituzionale della consulenza scientifica parlamentare

Il tema dell'apertura del procedimento legislativo a elementi di natura tecnico-scientifica non è senz'altro inedito, avendo impegnato da tempo la dottrina costituzionalistica italiana e straniera. L'attualità della questione è stata indiscutibilmente rafforzata dall'emergenza sanitaria globale che le società – e i relativi ordinamenti giuridici – stanno vivendo ormai da tempo, la gestione della quale è stata – ed è – caratterizzata da un sistematico riferimento a dati scientifici e

coinvolgimento di organi tecnici, dotati cioè di specifiche competenze e conoscenze relative alle caratteristiche del fenomeno pandemico¹.

Rinviando al paragrafo successivo per considerazioni più analitiche relative alle caratteristiche – ed eventuali criticità – di tale processo di integrazione tra ordine politico-giuridico e ordine scientifico², in termini meramente descrittivi e limitatamente all’ordinamento italiano la centralità assunta dalla expertise tecnico-scientifica³ nella determinazione delle politiche di gestione

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ *Ex plurimis*, sull’intreccio tra pandemia e consulenza scientifica, A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, numero speciale, p. 125; A. Barone, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid, 29 aprile 2020; A. Lauro, *Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, special issue, p. 150. In termini più critici, L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, *ivi*, p. 74; M. Terzi, *Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell’emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, p. 45. In prospettiva comparata, J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 1718 ss.; C. Sartoretti, *La risposta francese all’emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 1646 ss.; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo; G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell’emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, special issue, p. 90 ss. Si richiama qui il concetto di co-produzione, sorto nell’ambito dei Science and Technologies Studies, su cui M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, p. 316 ss.; S. Jasanoff, *Science and democracy*, in U. Felt - R. Fouché - C. A. Miller - L. Smith-Doerr (eds.), *The Handbook of Science and Technology Studies*, Boston, 2017, p. 259 ss.; B. Latour, *We Have Never Been Modern*, Cambridge (MA), 1993.

² In tal senso, sia consentito il riferimento, oltre alla dottrina citata nel presente scritto, a S. Penasa, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, p. 203 ss.

³ Per un’approfondita analisi del concetto, e del rilievo normativo, del concetto di “expertise”, A. Farano – V. Marzocco, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell’argomento scientifico nella produzione del diritto*

dell'emergenza pandemica ha contribuito a rafforzare il dibattito relativo alla opportunità di istituzionalizzare forme e sedi ordinarie di partecipazione ai processi decisionali di istanze di natura tecnico-scientifica⁴. Se la fase pandemica ha conferito centralità a tale questione, la riflessione teorica, nonché – come vedremo – la giurisprudenza costituzionale italiana e il panorama comparato, può ritenersi già sviluppata e consolidata, dal momento che si è da tempo avvertita l'esigenza di garantire anche tale specifica coniugazione della tradizionale struttura e organizzazione parlamentare. A parere di chi scrive, anche alla luce della ormai consolidata giurisprudenza costituzionale e internazionale in materia, l'obiettivo di una integrazione di istanze tecnico-scientifiche all'interno dei processi decisionali tipici degli organi rappresentativi assuma una natura costituzionalmente necessaria, in quanto intesa non nel senso di surrogare il carattere democratico delle decisioni assunte in senso tecnocratico ma di rafforzarne la portata in termini di legittimazione, legittimità e adeguatezza⁵.

Sviluppando ulteriormente tale assunto, se interpretato dal punto di vista del legislatore, il concetto di «ragionevolezza scientifica»⁶ delle

emergenziale, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, p. 165 ss.

⁴ A. Iannuzzi, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE Online*, 3, 2020, p. 3286, descrive in modo molto efficace la dinamica generata in tal contesto dalla pandemia, rilevando come «In primo luogo, è emersa la difficoltà di far fronte a questioni complesse, in una situazione di emergenza senza precedenti, solo facendo affidamento sulle competenze ordinarie della politica e della pubblica amministrazione. In secondo luogo, l'assenza di sedi stabili di interlocuzione fra politica e tecnica ha condotto all'istituzione di decine di gruppi di esperti istituiti *ad hoc*».

⁵ In tal senso, la pandemia non avrebbe fatto altro che evidenziare un elemento già presente nella riflessione costituzionalistica, come pare sottolineare L. Del Corona, *op. cit.*, p. 73, secondo cui «l'emergenza sanitaria ha fatto emergere con chiarezza (...) quanto la legittimità di tali decisioni possa dipendere dall'adeguatezza del presupposto scientifico che sorregge la scelta».

⁶ Ho utilizzato questa espressione in S. Penasa, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, p. 817 ss. Recentemente, per una razionalizzazione del concetto, G. Ragone, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-*

leggi sembra poter diluire le criticità evidenziate in dottrina nel momento in cui esso venga a integrare il parametro costituzionale all'interno del giudizio di costituzionalità⁷, per assumere una declinazione più "neutra" in termini di metodo della legislazione, più precisamente dell'esercizio del potere discrezionale del Parlamento. L'obiettivo deve essere quello di assicurare il fondamento scientifico delle decisioni assunte dal Parlamento, ridefinendone il metodo e integrandone i linguaggi, intervenendo sul processo decisionale e rendendo fisiologico e non solo episodico il principio secondo cui le scelte politiche siano fondate anche sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali⁸. Limitandosi a un solo rapido cenno, dalla giurisprudenza costituzionale e internazionale emerge in modo consolidato⁹ il fatto che «l'inclusione nei procedimenti di formazione delle regole tecniche di pareri degli organismi tecnico-scientifici dotati di specifiche competenze è condizione necessaria», all'interno di ciò che è stato definito dal medesimo Autore «statuto costituzionale delle leggi a contenuto tecnico-scientifico»¹⁰.

Dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di ragionevolezza scientifica delle leggi sono ricavabili infatti una serie di indicazioni di metodo per il legislatore, quali l'esigenza di evitare in tali ambiti «valutazioni di pura discrezionalità politica»; di configurare il tessuto legislativo in termini di «indirizzi», più che di comandi, per quanto giuridicamente vincolanti¹¹; di fondare le scelte politiche sulla «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze

scientifica, Torino, 2020, p. 132 ss.; U. Adamo, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, 1, 2018, p. 300 ss.

⁷ Su tale aspetto, C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, p. 1 ss.

⁸ I riferimenti alla giurisprudenza costituzionale italiana sono molteplici, ci si limita qui a richiamare per la loro particolare rilevanza le sentenze n. 282/2002, n. 274/2014, n. 5/2018. Ne propone un'analisi sistematica G. Ragone, *op. cit.*, in particolare p. 150-155.

⁹ Di «giurisprudenza granitica» parla A. Iannuzzi, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., p. 3297.

¹⁰ Ivi, p. 3296.

¹¹ Sulle caratteristiche della legge *science related*, *ex plurimis*, C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. Barsotti (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Rimini, 2016, p. 29 ss.

sperimentali»; di coinvolgere, a tale ultimo fine, «istituzioni e organismi (...) a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici»¹²; di assicurare che il contenuto delle scelte operate rappresenti il «risultato» della verifica effettuata attraverso il coinvolgimento di tali organismi¹³. Su una linea tendenzialmente conforme si pone anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴. Anche da quest'ultima, infatti, pur caratterizzata dal riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento agli Stati in ambiti scientificamente complessi ed eticamente sensibili, è ricavabile il principio secondo cui un processo decisionale che abbia ad oggetto questioni complesse dal punto di vista scientifico «*must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake*»¹⁵. Di conseguenza, in più occasioni la Corte EDU ha rafforzato la dichiarazione di compatibilità

¹² Corte cost., sent. 282/2002. A. Iannuzzi, *Istruttoria e valutazioni tecniche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2017, p. 1 ss., analizza anche il tema della «istruttoria scientifica». L. Busatta, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, p. 132 ss., spec. p. 154, rileva opportunamente come «molti interrogativi rimangono aperti sulla qualificazione dei presupposti scientifici che guidano l'operato del legislatore. In altre parole, può parlarsi di un onere costituzionalmente veicolato, per il legislatore, a includere una forma di «istruttoria scientifica» nel procedimento legislativo? Come si è già rilevato, non sono espressamente previste, nel nostro ordinamento, forme di inclusione di tale tipo di istruttoria nell'iter di formazione delle leggi».

¹³ Recentemente, L. Busatta, *ivi*, p. 148, si esprime in termini di «necessità di una giustificazione “procedurale” della scelta normativa, anche in caso di incertezza della scienza»; cfr. anche G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, 2005, p. 37, il quale si riferisce al concetto di «giudizio di scientificità» delle leggi.

¹⁴ Su tale ambito della giurisprudenza della Corte EDU, T. Murphy, *Human Rights in Technological Times*, in R. Bronsword – E. Scotford – K. Yeung (eds.), *The Oxford Handbook on the Law and Regulation of Technology*, Oxford, 2017, in particolare p. 964 ss.

¹⁵ Corte EDU, *Hatton c. UK*, GC, 2003, § 128, nel caso di specie in materia ambientale e di inquinamento acustico. La Corte specifica, sembrando intendere tale principio in termini di onere modale più che di vero e proprio requisito sostanziale, che «*this does not mean that decisions can only be taken if comprehensive and measurable data are available in relation to each and every aspect of the matter to be decided*».

delle legislazioni statali con la Convenzione attraverso l'analisi delle caratteristiche dei relativi procedimenti legislativi, ad esempio riconoscendo che le scelte discrezionali rappresentano «*the culmination of an exceptionally detailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilization and embryology*»¹⁶. In tal modo, la Corte EDU tende a valorizzare in particolare il fatto che la discussione parlamentare in materia era stata preceduta – su formale mandato dello stesso Parlamento britannico – dalla istituzione di una commissione interdisciplinare *ad hoc* (la Warnock Commission), alla quale è attribuita una funzione di analisi multidisciplinare delle questioni connesse all'inizio vita e di *advise* al legislatore attraverso la predisposizione di raccomandazioni¹⁷. In tal senso, si è evidenziato che, in tali contesti, «*consultation processes may support the legitimacy of the choice of the legislator to give priority to the protection of certain rights and values*»¹⁸ e che, in termini di presunzione di legittimità delle scelte politiche concretamente svolte, «*it was seen as significant for the Court that these views had informed the finalization of the draft bills*»¹⁹.

La continuità di approcci tra le due corti – Corte costituzionale italiana e Corte EDU – è ulteriormente rafforzata dal riferimento a parametri ulteriori, che in una prospettiva di sistema risultano agilmente qualificabili come criteri relativi al metodo legislativo. Questi possono essere identificati nell'esigenza di effettuare – *ex ante* – una approfondita valutazione delle regole che caratterizzano l'ambito scientifico oggetto di disciplina, tenendo conto dei continui sviluppi

¹⁶ *Evans c. Regno Unito*, GC, 10 aprile 2007, § 86.

¹⁷ *Ivi*, § 87.

¹⁸ P. Popelier, *The courts as regulatory watchdog. The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights*, in P. Popelier – A. Mazmanyan – W. Vandenbruwaene (eds.), *The role of Constitutional Courts in multilevel governance*, Cambridge, 2013, p. 258, la quale sottolinea che «*the Court furthers the idea of input legitimacy inherent in the concept of deliberative democracy*».

¹⁹ M. Saul, *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, 15, 2015, p. 763. Cfr. anche il caso *Parrillo c. Italia*, 2015, in cui la Corte EDU afferma che «*the Government submitted at the hearing that the drafting of the Law had given rise to discussions that had taken account of the different scientific and ethical opinions and questions on the subject*» (§ 184).

che ne caratterizzano la dimensione scientifica e quella sociale²⁰; e di predisporre meccanismi adeguati di monitoraggio e verifica in grado di identificare – *ex post* – gli eventuali mutamenti avvenuti a livello fenomenologico, di carattere tanto scientifico quanto sociale²¹. In analogia prospettiva, anche la Corte costituzionale ha ulteriormente sviluppato il principio di ragionevolezza scientifica delle leggi fino ad applicarlo alle tecniche normative utilizzate dal legislatore, valorizzando – oltre al fatto che la discrezionalità legislativa sia esercitata «alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...] e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia» – la previsione di sistemi di monitoraggio periodico dei dati e delle evidenze rilevanti, al fine di eventualmente rimodulare i contenuti legislativi «alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate»²².

Alla luce dei seppur sintetici richiami alla giurisprudenza comparata, appare chiaro come i contenuti della ragionevolezza scientifica, una volta “depurati” dal loro momento generativo in fase di

²⁰ Corte EDU, *S.H. e Altri c. Austria*, GC, 2011, la quale richiama l'esigenza di svolgere in sede deliberativa «a thorough assessment of the rules governing the medical issue at stake, taking into account the dynamic developments in science and society» (§ 117).

²¹ M. L. Flear – A. M. Farrell – T. K. Hervey – T. Murphy, *A European Law of New Health Technologies?*, in M. L. Flear – A.M. Farrell – T. K. Hervey – T. Murphy (eds.), *European Law and Health Technologies*, Oxford, 2013, p. 402, richiamano il concetto di «*minimum core of procedural and institutional European law of new health technologies*», rispetto al quale «*for the ECtHR, 'good European law of new health technologies is regularly reviewed and revised, taking into account not only development in science, but also those in society*». Nel già richiamato caso *S.H. c. Austria*, la Camera Grande della Corte EDU ha chiarito che, individuando in tal senso un preciso onere per le autorità nazionali, gli ambiti scientificamente connotati, «*in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States*» (§ 118).

²² Corte cost., sent. 5/2018. C. Di Costanzo – A. Simoncini, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, p. 214-215, definiscono il dato scientifico come «*formante normativo*», anche nel senso che «*l'esercizio della discrezionalità legislativa è peculiarmente condizionata dallo stato delle risultanze scientifiche ed è suscettibile di una graduale, e per certi versi necessaria in alcuni frangenti, modifica sulla base della progressiva emersione dei relativi dati scientifici*».

scrutinio di costituzionalità, sembrano in grado di esprimere – almeno in termini potenziali, in quanto cioè riconosciuti a livello politico-parlamentare – una funzione fisiologica rispetto alla discrezionalità legislativa, in quanto la loro metabolizzazione nei metodi dei processi decisionali ne garantisce una più forte presunzione di legittimità²³.

2. La consulenza scientifica parlamentare quale espressione del metodo della ragionevolezza scientifica delle leggi

Per attivare tale circolo potenzialmente virtuoso, il legislatore è chiamato ad adattare o riconfigurare i propri procedimenti decisionali, al fine di veicolare l'esercizio della propria – comunque ampia – discrezionalità attraverso meccanismi e procedure che siano in grado di custodire «*the rationality of the decision-making procedure, with specific consideration for participation and consultation procedures and evidence-based law makings*»²⁴. Se colta in tale prospettiva, pertanto, la ragionevolezza scientifica assume, quale principio relativo al metodo legislativo, una portata fisiologica, se posta in relazione all'esigenza di rispettare la discrezionalità legislativa, dal momento che, se soddisfatto attraverso anche una riconfigurazione dei processi decisionali tradizionali, può contribuire a rafforzare – e non a ridurre – la legittimità delle scelte operate a livello parlamentare. In tal senso, la presenza di meccanismi e forme di coinvolgimento di competenze e conoscenze di natura tecnico-scientifica viene a porsi quale elemento qualificante delle modalità di esercizio della discrezionalità legislativa in ambiti *science related*. Appare quindi opportuno porsi la questione relativa alla configurabilità di un «onere costituzionalmente veicolato, per il legislatore, a includere una forma di “istruttoria scientifica” nel procedimento legislativo»²⁵. Anche all'interno della dottrina straniera, l'emersione di un modello di scrutinio delle scelte politiche del

²³ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 151, ritiene che «L'effettivo svolgimento di una previa istruttoria scientifica diviene (...) condizione di validità della legge a contenuto tecnico-scientifico e le valutazioni conseguenti assurgono a vincolo contenutistico».

²⁴ P. Popelier – C. Van De Heyning, *Procedural rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis*, in *European Constitutional Law Review*, 9(2), 2013, p. 252.

²⁵ L. Busatta, *op. cit.*, p. 154.

legislatore basato su una «*procedural rationality review*»²⁶ conduce a proporre una dimensione fisiologica – quale principio che orienta il metodo legislativo a livello procedurale – in base alla quale la garanzia di processi decisionali «*expert-informed*»²⁷ rappresenterebbe un vero e proprio «*legal duty*» in capo al legislatore²⁸.

L'apertura del processo decisionale a forme di consulenza scientifica – aggettivo, questo, da intendersi in senso plurale e multidisciplinare, su cui subito *infra* – inciderebbe non direttamente sulla determinazione del merito delle scelte effettuate, ma sulla qualità delle procedure e delle tecniche utilizzate per selezionare e definire il contenuto sostanziale delle leggi²⁹. La dottrina citata utilizza in tal senso il concetto di «*rational law*», declinato in senso procedurale, inteso come «*product of complex intellectual process which makes use of tools to seek and analyse information with certain boundaries and to draw decision from this assessment which is justifiable on the basis of present information and context and adaptable to changes in insights or techniques*»³⁰. La rimodulazione del processo decisionale nel senso della sua apertura alla dimensione tecnico-scientifica andrebbe a

²⁶ Utilizza questa formula P. Popelier, da ultimo in P. Popelier – B. Kleizen – C. De Clerck – M. Glavina – W. Van Dooren, *The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise*, in *The Rule of Law in Europe – Visions and Challenges*, Corte EDU, 15 aprile 2021 (URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Popelier_Rule_of_Law_ENG.pdf).

²⁷ SAPEA (Science Advice for Policy by European Academies), *Making sense of science for policy under conditions of complexity and uncertainty*, Evidence Review Report n. 6, 2019, p. 23, nel quale si distingue tra decisione «*expert-based*» e «*expert-informed*», intendendo con la seconda il caso in cui «*all evidence are considered but not by default used as the single basis for decision-making*».

²⁸ P. Popelier – B. Kleizen – C. De Clerck – M. Glavina – W. Van Dooren, *op. cit.*, p. 5-6. Cfr. anche E. Mak, *Judicial Review of Regulatory Instruments: The Least Imperfect Alternative?*, in *Legisprudence*, 6(3), 2012, p. 317, secondo la quale «*The guarantee of regulatory quality can require the legislator to collect scientific evidence which supports a specific legislative choice. Judicial review is likely to consider the legal duty of the legislator to provide such evidence*».

²⁹ C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. Barsotti (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Rimini, 2016, p. 29 ss.

³⁰ P. Popelier, *The courts as regulatory watchdog. The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights*, in P. Popelier – A. Mazmanyan – W. Vandenbruwaene (eds.), *The role of Constitutional Courts in multilevel governance*, Cambridge, 2013, p. 267.

qualificare e rafforzare il contesto – la struttura istituzionale e metodologica – all’interno del quale avvengono le tradizionali operazioni di selezione degli interessi rilevanti e di successivo bilanciamento, le quali devono restare riservate, ma potenzialmente rafforzate in termini di legittimazione e legittimità, alla discrezionalità del legislatore.

Tale effetto virtuoso non può ritenersi limitato o associabile esclusivamente all’operazione di individuazione del contenuto tecnico-scientifico delle leggi, in particolare quando l’oggetto dell’intervento legislativo sia connotato da intrinseca evoluzione delle conoscenze, acquisizioni e applicazioni di natura tecnico-scientifica (genetica, intelligenza artificiale, ma anche ambiente, tecnologie informatiche). Al contrario, esso può manifestarsi anche quando la legge non insista su questioni scientificamente complesse o caratterizzate da un elevato livello di incertezza, ma affronti ambiti caratterizzati da una particolare sensibilità etico-sociale o complessità assiologica, rispetto ai quali assuma rilievo il riferimento alla determinazione della coscienza sociale da parte del legislatore e che la Corte costituzionale – così come la Corte EDU (*morals*) – identifica come base costituzionale che giustifica il riconoscimento di un’ampia, a volte pressoché assoluta, discrezionalità politica³¹. L’attivazione di meccanismi di consultazione e partecipazione aperti non solo alla expertise tecnica in senso stretto, ma a conoscenze ed esperienze di natura scientifica in senso ampio può rappresentare un fattore incrementale in termini di legittimazione e legittimità delle scelte operate. Occorre infatti tenere conto del fatto che «anche la *sostenibilità sociale* della scelta politica, legata a *matrici socio-culturali*, peraltro sempre più intensamente pluraliste, va, dunque, valutata, ad opera del legislatore, non meno che la *ragionevolezza scientifica*, allorquando occorre “filtrare”, alla luce dell’ordinamento costituzionale di riferimento, i risultati della scienza e

³¹ Cfr. Corte cost., sent. 84/2016 e 221/2019, rispetto alla quale L. Dal Corona, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, p. 242-243, sottolinea la scelta della Corte di non riferirsi alla propria giurisprudenza in materia di leggi *science based*.

della tecnica nei settori più delicati della vita umana (così come in tanti altri)»³².

Pertanto, la qualificazione di «scientifiche»³³ attribuita alle forme plurali di consulenza parlamentare può essere intesa in senso ampio, in modo da riguardare anche le scienze sociali e comprendere anche forme di consultazione della società. La consulenza scientifica andrebbe quindi intesa e attuata in termini di interdisciplinarietà tra diritto e politica, da un lato, e competenze e conoscenze extra-giuridiche, dall'altro, risultando in tal senso funzionale a un opportuno processo di ibridazione³⁴ dei saperi e, con particolare riferimento alla dimensione legislativa, all'adempimento dell'«onere politico di effettuare il bilanciamento fra diritti e scientificità delle valutazioni»³⁵. Una concezione plurale del concetto di scienza che viene tradizionalmente associato ai meccanismi di consulenza parlamentare, caratterizzati da expertise esterne al circuito politico e all'ordine giuridico, appare opportuno secondo due ordini di considerazioni, connessi rispettivamente alle funzioni svolte dalla consulenza scientifica e al tipo di scrutinio svolto ex post in sede di controllo di costituzionalità delle leggi.

Rispetto al primo ordine di argomenti, una concezione plurale e multidisciplinare del concetto di scienza, utilizzato al fine di identificare le competenze e le conoscenze che entrano nel processo decisionale, può contribuire a rafforzare la funzione primaria delle forme di

³² F.G. Pizzetti, *Decisione politica ed expertise tecnico*, in G. De Minico – M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, Collana di studi di Consulta OnLine, 2, 2020, p. 117.

³³ SAPEA (Science Advice for Policy by European Academies), *Making sense of science for policy under conditions of complexity and uncertainty*, cit., p. 21, si definisce “scienza” «*the pursuit and application of knowledge and understanding of the natural and social world following a systematic methodology based on evidence*».

³⁴ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, p. 87-88, si riferisce al concetto di «diritto costituzionale ibrido», riferendosi a un diritto costituzionale che «conosca e sappia esprimersi nel linguaggio della tecnologia», ma che non rinunci al monopolio della selezione dei fini a favore della tecnologia.

³⁵ A. Iannuzzi, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., p. 3305.

consulenza scientifica³⁶, la quale è identificabile nel «*provide knowledge that can help to provide evidence to the policymaking process and improve the quality for generating, selecting, assessing and evaluating policy options*»³⁷. Emerge in tal senso una funzione, in termini generali, di supporto conoscitivo e informativo all'esercizio di discrezionalità politica nella ideazione, selezione e valutazione delle possibili scelte normative. Quest'ultima si concretizza nell'immissione nel circuito democratico-rappresentativo di «*evidence*», concetto che non deve essere inteso letteralmente come riferito a dati certi e incontrovertibili, ma quale «*knowledge claim backed up by a recognised scientific procedure or method within the scientific domain for which the claim is made*»³⁸.

Rispetto al secondo livello di rilevanza, se il tipo di scrutinio che è stato qualificato come giudizio di ragionevolezza scientifica ha ad oggetto la verifica della presenza di meccanismi procedurali, al fine di assumere decisioni informate ed equilibrate, tenendo conto non unicamente di dati o elementi di carattere strettamente tecnico-scientifico ma anche – ad esempio – del prevedibile impatto sulla società o sui gruppi direttamente coinvolti dall'applicazione della legge, una base conoscitiva plurale e multidisciplinare non può che contribuire al già menzionato effetto di rafforzamento della presunzione di legittimità delle scelte politiche³⁹.

Coerentemente a una concezione che ne riconosce la natura multidisciplinare e la funzione di supporto conoscitivo e informativo alle scelte politiche del legislatore, appare condivisibile una definizione “neutra” di consulenza scientifica, intesa quale insieme delle strutture, meccanismi e procedure attraverso i quali il parlamento accede alle evidenze scientifiche al fine di rendere “informato” il processo decisionale, potendo i risultati della consulenza assumere la forma sia

³⁶ SAPEA (Science Advice for Policy by European Academies), *Making sense of science for policy under conditions of complexity and uncertainty*, cit., p. 21-22.

³⁷ *Ivi*, p. 22.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ P. Popelier – B. Kleizen – C. De Clerck – M. Glavina – W. Van Dooren, *op. cit.*, p. 6.

pareri e raccomandazioni specifiche, o di semplici informazioni scientifiche di carattere generale⁴⁰.

3. *La consulenza scientifica e il Parlamento italiano: conservazione o innovazione?*

Entro tale orizzonte concettuale e a fronte delle esperienze attuative adottate in molti ordinamenti stranieri, se analizzato in chiave comparata l'ordinamento italiano si distingue per l'assenza di sedi e meccanismi istituzionali attraverso i quali l'esigenza di assicurare un fondamento anche scientifico per le scelte di natura politico-discrezionale effettuate dal legislatore⁴¹ possa venire adeguatamente soddisfatta. Se si escludono, infatti, i tradizionali canali di accesso nel dibattito parlamentare di competenze specifiche relative all'oggetto della disciplina in discussione⁴², il sistema parlamentare italiano non è caratterizzato dalla presenza di sedi o procedure specificamente funzionali a tal fine, risultando in un modello che – forse in termini eccessivamente assoluti – è stato qualificato come “caso paradigmatico di chiusura del potere legislativo alla expertise”⁴³. In dottrina è stata da tempo sottolineata l'esigenza di un mutamento di approccio, anche alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale e internazionale⁴⁴, pur non mancando chi ha sottolineato che – rispetto alle concrete

⁴⁰ A. Hopkins – S. Foxen – K. Oliver – G. Costigan, *Science Advice in the UK*, UK Science and Innovation Network, 2021, p. 10, definiscono «*science advice*» come «*the structures, mechanisms and processes through which the UK Government and Parliament accesses scientific evidence to inform decision-making, policymaking and scrutiny. This includes both where specific advice, recommendations or policy options are given, as well as where scientific evidence is presented to a policy audience but without recommendations*».

⁴¹ Sul fondamento costituzionale di tale relazione, A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. I, Milano, 1994, p. 135 ss.

⁴² Audizioni di esperti, studi *ad hoc*, richiesta di informazioni da strutture ministeriali o organi tecnici.

⁴³ Pur se in riferimento alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica*, Napoli, 2015, p. 180-184.

⁴⁴ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 179.

soluzioni operative da adottare a tal fine – «i modi di svolgimento» – della «giusta e raffinata» ipotesi di apertura delle decisioni politiche alle acquisizioni tecnico-scientifiche risultano «molto complicati e imprevedibili negli esiti»⁴⁵, e che «molti interrogativi rimangono aperti sulla qualificazione dei presupposti scientifici che guidano l'operato del legislatore»⁴⁶. Pur a fronte di tali indiscutibili e condivisibili criticità e incertezze, che sembrano riguardare il *quomodo* e il quantum di una istituzione di sedi o soggetti a ciò deputati, sembra essersi consolidata in dottrina una tendenziale apertura rispetto all'*an* di una eventuale iniziativa in tal senso, che sia quantomeno volta a «tracciare una disciplina in grado di individuare e prestabilire quelle che sono le sedi qualificate a produrre le valutazioni tecnico-scientifiche che possono validamente sostanziare e legittimare la decisione legislativa quando è scientificamente caratterizzata»⁴⁷.

Dal punto di vista operativo, della tecnica istituzionale, i modelli adottabili in tal senso, in quanto sorretti da una precisa volontà politica, possono essere alternativamente qualificati come “conservativo”, nel caso in cui si proponga di rafforzare ed adattare a tal fine i tradizionali strumenti di acquisizione di informazioni, consultazioni e pareri che sono tipici dell'istituzione parlamentare (servizi studi, biblioteche, audizioni, commissioni *ad hoc*⁴⁸), così come gli strumenti esistenti relativi alla tecnica legislativa e qualità della legislazione⁴⁹. Questi ultimi rappresentano indubbiamente utili strumenti, dei quali dovrebbe

⁴⁵ A. D'Aloia, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale*, Milano, 2009, p. 18, citato da G. Ragone, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁶ L. Busatta, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁷ L. Di Majo, *Profili generali su normazione e scienza*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2021, p. 85.

⁴⁸ Oltre a A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 181, R. Di Cesare, *Per una connotazione scientifica della documentazione parlamentare*, in *the Future of Science and Ethics*, 4, 2019, p. 26 ss.

⁴⁹ Sul tema delle indagini conoscitive, P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli, 2007; N. Lupo, *La direttiva sull'analisi di impatto e sull'analisi tecnico-normativa: un passo avanti, in via sperimentale, per la qualità della normazione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2000, p. 748 ss.; J. Vershuuren (ed.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden, 2009.

essere assicurata la piena ed effettiva operatività, ma la cui previsione non esclude l'opportunità di prevedere anche – in funzione integrativa e non sostitutiva – «canali di accesso ordinari, qualificati e indipendenti, delle cognizioni tecnico-scientifiche sottese alla decisione politica»⁵⁰. A tal riguardo, un approccio ulteriore – che non necessariamente deve essere considerato alternativo, ma piuttosto complementare, a quello appena descritto – può essere definito come “innovativo”, in quanto preordinato alla istituzione di sedi o organismi specificamente deputati a fornire, o a veicolare, la consulenza scientifica parlamentare. I due modelli sono entrambi astrattamente percorribili ed entrambi, seppur con modalità e intensità differenziate, possono contribuire all'adempimento di ciò che in precedenza è stato definito come vero e proprio dovere delle istituzioni parlamentari. Queste ultime si devono assumere la responsabilità di «preordinare meccanismi di ingresso delle cognizioni tecniche sia nel procedimento di formazione delle norme, sia nel momento successivo in cui si rende necessario il loro aggiornamento alla luce dell'evoluzione scientifica»⁵¹.

Nella seconda parte dello scritto, l'analisi delle diverse soluzioni istituzionali e procedurali previste a livello comparato, avrà l'obiettivo, dal punto di vista descrittivo, di proporre una modellistica sulla base di una serie di criteri aventi ad oggetto la natura, la composizione, le funzioni, gli ambiti di intervento e il rapporto con la società degli organi a tal fine istituiti; e, dal punto di vista normativo, di offrire alcuni elementi utili in vista della eventuale istituzione anche nell'ordinamento italiano di forme istituzionalizzate di consulenza scientifica parlamentare.

4. *La consulenza scientifica parlamentare in prospettiva comparata: quali tendenze?*

All'interno della dottrina straniera in particolare è possibile ricavare alcune proposte di classificazione, rispetto alle quali l'elemento comune è rappresentato dall'esigenza di distinguere le forme di

⁵⁰ A. Iannuzzi, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., p. 3297.

⁵¹ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 148.

consulenza scientifica in relazione al destinatario – esecutivo o legislativo – di tale attività, la quale si differenzia tanto rispetto ai tipi di soluzioni istituzionali adottati quanto al tipo di consulenza fornita⁵². La consulenza scientifica parlamentare assume, quindi, una sua specificità, alla luce della quale soluzioni adottate a livello di esecutivo non possono essere automaticamente trapiantate in ambito legislativo⁵³.

Una classificazione che sembra essere condivisa dalla dottrina straniera⁵⁴ individua nella natura della relazione istituzionale e organizzativa con il soggetto che risulta destinatario della consulenza il criterio decisivo, potendosi distinguere in tal senso tra organi di consulenza “esterni”, quali fondazioni, università o enti di ricerca indipendenti, i quali generalmente producono pareri relativi a questioni di medio-lungo periodo selezionate in modo autonomo; organi delegati («*mandated bodies*»), istituiti in via permanente o al fine di supportare il decisore in riferimento a questioni specifiche («*ad hoc bodies*»), i quali godono di autonomia rispetto all’istituzione che li stabilisce; infine, organi “interni” all’istituzione, categoria nella quale possono rientrare sia i servizi studi parlamentari, sia organismi istituiti *ad hoc*, i quali svolgono funzioni di consulenza per i singoli parlamentari o per l’istituzione nel suo complesso⁵⁵. Il singolo modello può inoltre evolvere

⁵² *Ex plurimis*, C. Kenny – C.-L. Washbourne – C. Tyler – J. Blackstock, *Legislative science advice in Europe: the case for international comparative research*, in *Palgrave Communications*, 3:17030, p. 2; OECD, *Scientific Advice for Policy Making: The role and Responsibility of Scientists*, 2015.

⁵³ Ivi, p. 3.

⁵⁴ K. Oliver – P. Cairney, *The dos and don'ts of influencing policy: a systematic review of advice to academics*, in *Palgrave Communications*, 5(21), 2019, p. 3: distinguono tre modelli di consulenza scientifica: «*the parliamentary committee model, with a committee leading a dedicated unit; the parliamentary office model, with a dedicated office internal to the parliament; and the independent institute model, where the advisory function is performed by institutes operating outside parliament but with parliament as one of their main clients*».

⁵⁵ European Parliament Research Service, *Scientific advice for policy-makers in the European Union*, Briefings, giugno 2015, p. 2-3. Una classificazione alternativa individua quattro categorie di organismi di consulenza scientifica («*science policy advisory committee or councils*», «*permanent or ad hoc scientific/technical advisory structures*», «*academies, professional societies and research organisations*», «*individual scientific advisors and counsellors*»), che sostanzialmente coincide con la precedente (OECD, *Scientific Advice for Policy Making*, cit., p. 13-15). K. Akerlof et

nel tempo, come nel caso del britannico Parliamentary Office of Science and Technology (POST), il quale, inizialmente istituito come ente esterno al Parlamento su iniziativa del Parliamentary and Scientific Committee, ha successivamente assunto (1992) la natura di organo interno all'istituzione parlamentare⁵⁶.

Da questa consolidata proposta di classificazione emerge in modo chiaro la pluralità di soluzioni operative concretamente implementabili a livello parlamentare, essendo riservato alla singola istituzione la selezione delle modalità, forme, funzioni e composizione, in grado di inserirsi in modo adeguato e fisiologico nella struttura organizzativa esistente⁵⁷. Per quanto riguarda i casi utilizzati, l'ambito di riferimento è stato individuato negli organismi di consulenza scientifica parlamentare che fanno parte del network European Parliamentary Technology Assessment (EPTA), all'interno del quale risultano di particolare interesse esperienze nazionali consolidate quali il Parliamentary Office of Science and Technology (Regno Unito), l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (Francia) e il Büro für Technikfolgen-Abschätzung (TAB, Germania), oltre – a livello europeo – il Panel for the Future of Science and Technology (STOA, Parlamento Europeo). Per l'originalità del mandato e delle funzioni attribuite, va richiamato il Committee for the Future, una commissione permanente del Parlamento finlandese che svolge un'attività di previsione e analisi di

al., *A collaboratively derived international research agenda on legislative science advice*, in *Palgrave communications*, 2019, p. 3, i quali distinguono tra «*the parliamentary committee model, with a committee leading a dedicated unit; the parliamentary office model, with a dedicated office internal to the parliament; and the independent institute model, where the advisory function is performed by institutes operating outside parliament but with parliament as one of their main clients*».

⁵⁶ A. Hopkins – S. Foxen – K. Oliver – G. Costigan, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷ In riferimento alla dottrina italiana, si rinvia alla sistematica analisi di D. Servetti, *Brevi considerazioni sulla rilevanza di un adeguato supporto tecnico-scientifico al controllo parlamentare*, in G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015*, Napoli, 2016, in particolare p. 173-180, il quale sottolinea opportunamente come l'opzione fondamentale di tali meccanismi sia di «mettere a disposizione un vero e proprio strumento gestibile proattivamente dal parlamento sulla base delle esigenze informative e conoscitive da esso liberamente emergenti e in vista delle finalità dallo stesso liberamente determinate entro lo spettro ampio delle proprie funzioni» (ivi, p. 180).

impatto sociale delle questioni scientificamente connotate che potranno interessare l'attività parlamentare nel medio-lungo periodo («*scientific foresight*»⁵⁸). Occorre inoltre sottolineare il caso spagnolo, nel quale recentemente è stata prevista l'istituzione della Oficina de Ciencia y Tecnología presso il Parlamento, in collaborazione con la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), e che avrà la funzione di redigere rapporti imparziali e indipendenti che riflettano il consenso scientifico e tecnico sulle questioni future che potrebbero risultare di interesse per i membri del Parlamento⁵⁹.

4.1. *La fonte istitutiva: le possibili concretizzazioni della volontà parlamentare*

Per quanto riguarda la fonte istitutiva, gli organismi di consulenza scientifica possono essere istituiti attraverso la modifica del regolamento parlamentare, come ad esempio nel caso dell'Office francese⁶⁰, previsto come organo interno al Parlamento, del quale il regolamento individua la disciplina generale (composizione, funzioni, rapporto con gli altri organi parlamentari) e attribuisce una autonomia regolamentare, pur se soggetta all'approvazione degli uffici delle due assemblee. Tendenzialmente, anche l'introduzione di un sistema di consulenza scientifica "esterna" al Parlamento, che si svolge quindi attraverso il coinvolgimento di centri di ricerca o fondazioni indipendenti, trova la propria base giuridica nella fonte regolamentare, che ne individua gli obiettivi e le modalità di attuazione. Un caso paradigmatico è rappresentato dal sistema tedesco, il quale può definirsi misto, in quanto viene strutturato ai sensi dell'art. 56a del Regolamento del Bundestag su un livello politico e uno operativo. Da

⁵⁸ European Parliamentary Technology Assessment, *Parliamentary Technology Assessment in Europe. An overview of 17 institutions and how they work*, 2013, p. 29 ss.

⁵⁹ Sulla genesi di tale iniziativa, Santillán-García et al., *#CienciaenelParlamento: la necesidad de una oficina parlamentaria de asesoramiento científico y tecnológico*, in *Gaceta Sanitaria*, 35(3), 2021, p. 293-297.

⁶⁰ Art. 6 ter de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires (modifiée par les lois nos 83-609 du 8 juillet 1983 et 2000-121 du 16 février 2000).

un lato, infatti, alla Commissione parlamentare in materia di Istruzione, Ricerca e Technological Assessment viene attribuito il compito di affidare a istituzioni esterne al Bundestag la funzione di “*technology assessment*” e di valutarne i risultati. Dall’altro lato, lo svolgimento dell’attività di assessment e consulenza viene delegata a un ente esterno, nel caso di specie il Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (TAB)⁶¹, individuato a seguito di selezione competitiva tra cinque enti di ricerca, sulla base di una convenzione rinnovabile che prevede un rapporto di consulenza e di finanziamento esclusivi con il Parlamento⁶².

In prospettiva comparata, risulta opportuno richiamare anche il caso spagnolo, in quanto rappresenta l’iniziativa più recente in tal senso e può rappresentare un modello utile nella prospettiva dell’attivazione anche nell’ordinamento italiano di meccanismi analoghi. L’istituzione della Oficina de Ciencia y Tecnología presso il Congreso de los Diputados si fonda infatti su una convenzione tra la de los Diputados e la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), ente pubblico statale incardinato presso il Ministerio de Ciencia e Innovación che ha come obiettivo istituzionale di promuovere il coinvolgimento della società verso la scienza, la tecnologia e l’innovazione, inteso quale valore fondamentale per il suo sviluppo e benessere, attraverso azioni che promuovono – tra l’altro – la scienza aperta e inclusiva, la cultura scientifica e l’educazione scientifica. Anche in questo caso, quindi, il modello può essere qualificato – nella prospettiva del rapporto tra istituzione parlamentare e ente di consulenza scientifica – come “misto”, in quanto l’organo al quale viene attribuita la funzione è interno al Parlamento ma la sua istituzione, nonché la sua disciplina, prevede la partecipazione decisiva – paritaria, nella forma della convezione⁶³ – con un ente autonomo ed esterno, pur se inserito nella pubblica amministrazione. La volontà politica di prevedere forme istituzionalizzate di consulenza scientifica all’interno

⁶¹ Nel caso di specie l’Institute for Technology Assessment and Systems Analysis (ITAS), presso il Karlsruhe Research Centre.

⁶² M. Nentwich, *Parliamentary Technology Assessment Institutions and Practices. A Systematic Comparison of 15 Members of the EPTA Network*, Institute of Technology Assessment, Vienna, 2016, p. 9; EPTA, *Parliamentary Technology Assessment in Europe*, cit., p. 43-49.

⁶³ BOE, núm. 90, de 15 de abril de 2021.

del processo decisionale parlamentare⁶⁴ è stata attuata attraverso il coinvolgimento di un ente esterno, dotato di autonomia e specifiche competenze, al fine di definirne l'organizzazione e il funzionamento.

Infine, per sottolineare la pluralità di strumenti normativi attraverso i quali possono essere istituzionalizzate forme di consulenza scientifica parlamentare, appare opportuno richiamare un recente progetto di legge in discussione presso il Congreso de la Nación argentino⁶⁵. Il progetto richiama in apertura il concetto di "*Legislación informada en evidencia científica*", che viene definita come "proceso legislativo que tiene en consideración la evidencia científica disponible ofrecida de manera rigurosa, objetiva y neutral en el proceso de redacción y aprobación de leyes" (art. 3). A tal fine propone l'istituzione di una Oficina de Legislación Informada en Evidencia Científica del Congreso (OLIEC), amministrata da un Direttivo composto da esperti selezionati sulla base dell'esperienza professionale (artt. 15-20) e composta da un Gruppo di analisti professionisti (art. 21). L'Officina avrà la finalità generale di fornire consulenza scientifica di natura trasversale, multidisciplinare e multisetoriale, basandosi sull'evidenza scientifica disponibile, necessaria per l'assunzione di decisioni legislative (art. 5), individuando su tali basi un ampio numero di funzioni specifiche (art. 6) da realizzare attraverso l'emanazione di una pluralità di atti (art. 7, che si riferisce a pareri, raccomandazioni e pubblicazioni).

4.2. La composizione dell'organo di consulenza scientifica: la prevalenza di un approccio "misto" tra componente politica e scientifica

Un altro aspetto rilevante è rappresentato dalla composizione degli organismi di consulenza scientifica, concentrandosi in particolare sul coinvolgimento diretto dei parlamentari, in qualità di membri, nello

⁶⁴ Mesa della Cámara de Diputados, 28 febbraio 2019.

⁶⁵ Proyecto de ley "Regimen de promoción del asesoramiento científico legislativo en el ámbito del honorable Congreso de la Nación", Creación, 2054-D-2021, presentato il 13 maggio 2021. Occorre precisare che in Argentina è stata istituita con decreto del 12 giugno 2020 del Presidente della Cámara de Diputados de la Nación la Oficina de Asesoramiento Científico Legislativo.

svolgimento delle funzioni ad essi attribuite. In tale prospettiva, occorre evidentemente distinguere tra organismi “interni” ed “esterni” all’istituzione parlamentare, dal momento che nel secondo caso la composizione sarà necessariamente “laica”, prevedendo la nomina di esperti qualificati su base multidisciplinare e comunque adeguata alle funzioni e ai concreti ambiti di intervento attribuiti. La presenza di parlamentari può invece verificarsi nel caso in cui tali organismi siano incardinati presso il Parlamento, come avviene – secondo un approccio comunque minoritario in prospettiva comparata⁶⁶ – ad esempio nel caso dell’Office francese e del Committee for the Future finlandese. Nel primo caso, quello francese, l’organismo è composto interamente da parlamentari, i quali rappresentano in modo numericamente paritario i due rami del Parlamento. Esso è però assistito, nello svolgimento delle proprie funzioni, da un “consiglio scientifico”, il quale è composto da esperti che assicurino un livello elevato di esperienza e competenza e che esprimano la diversità e pluralità delle discipline scientifiche e tecnologiche. Il regolamento interno di tale consiglio prevede l’incompatibilità con la carica di parlamentare (art. 10) e che i membri non possano svolgere attività ulteriori che ne possano compromettere l’indipendenza (art. 11). L’Office può inoltre svolgere specifiche audizioni di esperti e di personalità rappresentative delle istituzioni scientifiche, le quali possono essere previste dalla legge come obbligatorie, come nel caso della presentazione all’Office delle relazioni annuali relative all’attività svolta da un determinato organismo tecnico in un determinato settore⁶⁷.

In riferimento al caso tedesco, la natura ibrida del modello si esprime anche rispetto alla composizione degli organismi che lo compongono. Da un lato, infatti, la commissione permanente interna al Bundestag, titolare della responsabilità politica del sistema di consulenza scientifica, esprime la natura tipica di tali sedi, essendo quindi costituita da parlamentari in modo da rappresentare la composizione della Camera di appartenenza. Dall’altro lato, l’ente tecnico esterno, incaricato dello svolgimento delle funzioni di consulenza, è composto da esperti esterni al circuito democratico-

⁶⁶ M. Nentwich, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁷ Ad es., la loi de bioéthique prevede l’audizione della Agence de la biomédecine.

rappresentativo. La selezione dei membri è di esclusiva competenza del direttore del TAB, il quale a sua volta viene nominato dall'ente nel quale l'ufficio è incardinato, previo parere della commissione parlamentare competente. In tema di composizione, il POST britannico rappresenta una specificazione ulteriore della classificazione appena proposta. Infatti, è possibile distinguere una struttura amministrativa ed operativa, la quale svolge concretamente la pluralità di funzioni attribuite all'Office, composta da uno staff amministrativo e da un gruppo di esperti (*advisers*). L'attività dell'Office viene determinata da un Parliamentary Board, il quale è composto in maggioranza da parlamentari appartenenti alle due Camere e integrato, per garantirne l'imparzialità, da esperti dotati di elevate competenze in ambito scientifico-tecnologico, nominati dalle principali società scientifiche⁶⁸. Il Board ha una funzione di supervisione dell'attività dell'Office, il quale svolge la propria attività di ricerca e consulenza sulla base di programmi aggiornati periodicamente dal Board, anche sulla base di proposte che possono giungere da una pluralità di soggetti (parlamentari, i componenti del POST, società civile, comunità scientifica⁶⁹).

Pur a fronte di una pluralità di assetti a livello di composizione e strutturazione dei servizi di consulenza scientifica, è possibile identificare un elemento comune nella esigenza di garantire la rappresentazione delle diverse istanze che caratterizzano le finalità di tale funzione. Appare chiara in tal senso la tendenza verso una composizione "mista" di tali organismi, i quali vedono membri espressione della dimensione politico-rappresentativa coesistere con una componente espressione di quella tecnico-scientifica, pur in un quadro organizzativo che mira a garantirne l'indipendenza e l'imparzialità nello svolgimento delle funzioni concretamente svolte. Tale carattere, unitamente – pur se in altra prospettiva – alla natura non vincolante degli atti emanati in sede di consulenza scientifica, sembra essere espressione del principio di leale collaborazione, alla luce del quale va improntato l'esercizio delle funzioni, pur garantendo la

⁶⁸ Royal Society, British Academy, Academy of Medical Sciences, Royal Academy of Engineering.

⁶⁹ C. Tyler, *Scientific advice in Parliament*, in R. Doubleday – J. Wilsdon, *Future Directions for Scientific Advice in Whitehall*, University of Sussex, 2013, p. 118.

necessaria indipendenza e autonomia, oltre al rigore e alla qualità dei metodi e delle competenze utilizzati. Il ruolo di indirizzo svolto nel modello inglese dal Board del POST, la cui composizione è significativamente definita in modo da esprimere tanto la dimensione politica quanto quella scientifica, sembra rappresentare in modo paradigmatico le potenzialità del principio appena richiamato.

La convergenza verso una composizione mista prescinde dalla relazione istituzionale dell'organismo di consulenza scientifica con il parlamento, rappresentando un elemento trasversale che prescinde dalla collocazione interna o esterna all'istituzione parlamentare. Anche quando l'organismo sia formato esclusivamente da rappresentanti della dimensione politica, come nel caso dell'Office francese, si prevede un "recupero" della componente tecnica attraverso l'istituzione al suo interno di un comitato scientifico che ha la funzione di supportare dal punto di vista della *expertise* l'attività istituzionale. L'approccio intermedio, quello tedesco, nel quale l'ente al quale è delegato lo svolgimento dell'attività di consulenza non contempla la partecipazione della componente politica, prevede comunque dei meccanismi che garantiscano un raccordo con l'istituzione parlamentare (la commissione parlamentare alla quale è attribuita la responsabilità politica dell'attività, la quale emana un parere sulla nomina del direttore del TAB).

4.3. Le funzioni attribuite: dalla "mera" consulenza a forme di previsione e valutazione

Rispetto alle funzioni svolte, l'attività precipua di consulenza può essere declinata in modo differenziato. In dottrina si distingue tra un ruolo "minimalista", che è orientata a sistematizzare, valutare e presentare i dati nel modo più rilevante ai fini della valutazione politica, ma astenendosi dalla formulazione di ipotesi previsionali o prospettiche; una concezione del consulente scientifico come «*honest broker of policy alternatives*», nei casi in cui dall'analisi dei dati siano derivate delle proposte alternative in termini di politiche; infine, i casi in cui vengono emanate delle vere e proprie "raccomandazioni", nelle quali si procede a una selezione della soluzione politica più adeguata alla luce dell'interpretazione e valutazione dei dati e che generalmente

prospettano scelte possibili alternative, lasciando comunque la decisione al decisore politico⁷⁰.

Oltre a ciò, sono prospettabili funzioni ulteriori, alcune delle quali risultano di particolare interesse anche in ottica de iure condendo. A tali organismi può essere infatti attribuita una funzione di valutazione dell'impatto di leggi a contenuto scientifico (*science related*), in quanto il legislatore ritiene opportuno verificare periodicamente gli effetti prodotti dalla normativa e gli eventuali mutamenti avvenuti a livello scientifico o sociale, nella prospettiva di una eventuale modifica dei contenuti legislativi alla luce dei risultati di tale indagine. Una funzione di questo tipo è prevista nel modello francese, nel quale in una serie di leggi che disciplinano ambiti scientificamente complessi o sensibili (ad es., in materia di ambiente, energia nucleare, bioetica⁷¹) è attribuito all'Office il compito di valutare periodicamente gli effetti dell'applicazione della legge⁷² e di ricevere relazioni annuali da parte delle autorità competenti nei settori interessati⁷³. Quanto previsto dalla Loi de bioéthique⁷⁴ risulta di particolare interesse, in quanto il termine entro il quale l'Office è chiamato svolgere la propria valutazione – sei anni – è correlato anche temporalmente al concomitante onere per il

⁷⁰ Group of Chief Scientific Advisors, *Scientific Advice to European Policy in a Complex World*, Bruxelles, op. 7, 2019, p. 17, nel quale si distingue tra «a minimalist role (...) to synthesise, assess and present the evidence, and make it as relevant to the policy issue as possible - but stay clear of formulating any forward-looking options»; «scientific advisors as 'honest brokers of policy alternatives' (...) where scientific advice formulates alternative courses of policy action, based on the analysis of evidence»; «Scientific advisors formulating a recommendation – i.e. stating a preferred policy option among several considered, based on their reasoning and interpretation of evidence (...), while leaving the decisions to policymakers».

⁷¹ <https://www2.assemblee-nationale.fr/15/les-delegations-comite-et-office-parlementaire/office-parlementaire-d-evaluation-des-choix-scientifiques-et-technologiques/articles-caches/lois-prevoyant-l-intervention-de-l-opecest>

⁷² Ad es., Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, art. 47 ; Loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, art. 19

⁷³ Ad es., Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, art. 7, da parte dell'Autorità per la sicurezza nucleare; Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, art. 50, da parte della Agence de la biomédecine.

⁷⁴ Secondo un approccio confermato anche dalla riforma del 2021, loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

legislatore di riesaminare la legge, previsto dopo sette anni dall'entrata in vigore della legge.

L'esempio francese va richiamato anche in relazione al coinvolgimento della società, il quale non si esprime unicamente attraverso la garanzia della trasparenza e pubblicità delle proprie attività ed atti o a una generale opera di comunicazione scientifica, ma può prevedere iniziative più mirate, quali ad esempio le "*auditions publiques d'actualité*". Nel caso in cui si crei un dibattito pubblico o venga presentata una richiesta di chiarimento a livello parlamentare, l'Office può decidere di organizzare un'audizione collettiva che coinvolga le principali parti interessate, comprese le associazioni ed esponenti della comunità scientifica coinvolta, garantendone la pubblicità attraverso la presenza dei giornalisti e la diretta online. Un esempio ulteriore, ancora tipico sempre del modello francese, è il coinvolgimento dell'Office nella organizzazione di consultazioni pubbliche in materie eticamente sensibili e scientificamente complesse, come previsto dalla già citata Loi de bioéthique. L'Office, è chiamato a emanare un parere prima della indizione di un dibattito pubblico nella forma degli "*états généraux*", che devono precedere la discussione di qualsiasi progetto di riforma legislativa relativo a problemi etici e sociali sollevati dal progredire delle conoscenze nel campo della biologia, della medicina e della salute (art. 46). All'esito del dibattito pubblico, viene trasmesso all'Office un parere di sintesi, il quale è chiamato a svolgere una valutazione, evidenziando gli elementi scientifici che risultino essenziali per una corretta comprensione delle questioni affrontate dalla riforma⁷⁵. Le funzioni richiamate da ultimo vanno nella direzione di aprire l'esercizio della consulenza scientifica anche alla dimensione sociale, oltre che – dal punto di vista delle competenze rappresentate – alle scienze sociali⁷⁶.

⁷⁵ Rapport Office des choix scientifiques sur l'évaluation, en application de l'article L. 1412-1-1 du code de la santé publique, du rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé à la suite du débat public organisé sous forme d'états généraux préalablement à la révision de la loi de bioéthique, n. 2120, 9 luglio 2019.

⁷⁶ In tale ultima prospettiva, l'esempio del POST britannico risulta paradigmatica.

5. *La natura costituzionalmente necessaria della consulenza scientifica: il dovere di istituzionalizzarla, nelle libertà delle forme e dei contenuti*

L'analisi svolta ha dimostrato che, a livello tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, si sia consolidata l'esigenza che venga assicurato un fondamento di natura anche scientifica alle scelte discrezionali operate dal legislatore. Tale esigenza può trovare rappresentazione nel concetto di ragionevolezza scientifica delle leggi, del quale, ricavato dalla dottrina attraverso l'analisi di una ormai consolidata giurisprudenza costituzionale, è stata proposta una possibile evoluzione della sua natura originaria – di parametro interno al giudizio di costituzionalità – in quella di principio che deve caratterizzare il metodo dell'esercizio discrezionale della funzione legislativa. Si è parlato in tal senso di una sorta di “depurazione” del principio di ragionevolezza: decontestualizzato rispetto al proprio ambito genetico, il giudizio di costituzionalità delle leggi, può essere fisiologicamente metabolizzato all'interno delle tradizionali forme di produzione normativa, richiedendone a tal fine un adattamento in senso procedurale e di tecnica legislativa. Se adeguatamente attuato, l'incorporazione del principio di ragionevolezza scientifica all'interno del procedimento legislativo non finisce con il limitare indebitamente o sostituire l'esercizio di discrezionalità politica da parte del legislatore, ma – come dimostra anche la giurisprudenza richiamata – ne rafforza il fondamento. Essa contribuisce infatti a qualificare anche in termini di razionalità scientifica le scelte assiologiche effettuate e ne rafforza la già ampia presunzione di legittimità costituzionale.

In tale prospettiva, appare più opportuno esprimersi in termini di decisioni politiche “*science-informed*” piuttosto che “*science-based*”, in quanto i dati e le informazioni di natura scientifica, spesso caratterizzati nel senso della loro pluralità e incertezza, che entrano nei processi decisionali vengono acquisiti e valutati dal legislatore ma non acquisiscono “*by default*” un ruolo determinante nell'orientare il verso delle scelte normative, in quanto “competono” con altri elementi e valutazioni di diversa natura (sociale, assiologica).

A fronte di tale quadro teorico, si propone di considerare come costituzionalmente necessaria la «istituzionalizzazione dei canali di raccolta e di trasmissione delle valutazioni tecnico-scientifiche agli

organi politico-rappresentativi»⁷⁷, in quanto tale attivazione rappresenta una condizione della qualità costituzionale delle leggi, ma la selezione delle concrete modalità di attuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore. L'analisi comparata ha evidenziato il consolidamento di una tendenza comune a predisporre sistemi di consulenza scientifica parlamentare, che appare in progressiva espansione alla luce delle recenti iniziative in tal senso intraprese ad esempio in Spagna, nella quale è stata istituita la Oficina, e Lituania, dove il Parlamento ha costituito – sul modello finlandese – una Commission for the Future. Si è anche individuata una pluralità di possibili strategie operative in tal senso, configurandosi modelli differenziati, alla luce di criteri quali la fonte istitutiva, la composizione, la collocazione istituzionale e le funzioni attribuite. Sono stati peraltro individuati degli elementi trasversali, quali ad esempio l'istituzione mediante un atto parlamentare, che può assumere natura giuridica differenziata (modifica del regolamento parlamentare, convenzione); e la composizione “mista” degli organismi di consulenza, rispetto ai quali si tende ad assicurare una concomitante rappresentazione della dimensione politica e di quella scientifica, quale espressione – come proposto *supra* – di un principio di leale collaborazione tra questi due ordini.

Come criticamente sottolineato in apertura, il Parlamento italiano rappresenta un'eccezione all'interno del panorama comparato che è stato tracciato nel presente scritto. La «svolta epocale nei rapporti tra scienza e diritto»⁷⁸ avvenuta nella attuale fase emergenziale, pur non scevra da evidenti criticità⁷⁹, può rappresentare l'occasione per una rinnovata riflessione istituzionale sulla necessità di metabolizzare anche a livello parlamentare le spinte verso decisioni *science-informed*, attraverso la realizzazione di canali di consulenza scientifica che rendano ordinario e stabile il dialogo tra scienza, politica e diritto che l'emergenza COVID-19 ha attivato. Si tratta di passare dalla capacità di

⁷⁷ A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., p. 125.

⁷⁸ Ivi, p. 120.

⁷⁹ S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza COVID-19*, in A. Pajno – L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. II, Bologna, 2020, p. 59-80.

reazione straordinaria nell'emergenza alla capacità di gestione ordinaria di fenomeni scientificamente, socialmente ed eticamente complessi, ponendo allo stesso tempo rimedio a quelli che sono indubbiamente le criticità che il rapporto tra politica e scienza ha manifestato in questa fase. Il legislatore potrebbe trasformare in vantaggio competitivo il ritardo del nostro ordinamento nel prevedere questo tipo di organismi, attraverso l'analisi dei diversi modelli operativi adottati a livello comparato, al fine di definire e strutturare le soluzioni più adeguate alla specificità del sistema parlamentare italiano. In tal modo, il principio di ragionevolezza scientifica inteso quale metodo legislativo potrebbe trovare adeguata realizzazione, attivando i possibili effetti virtuosi in termini di legittimazione e legittimità delle scelte politiche di volta in volta assunte e gestendo allo stesso tempo le criticità in termini di indipendenza e imparzialità, da un lato, e trasparenza e rispetto della discrezionalità politica, dall'altro lato. E l'istituzione parlamentare, oltre a vedersi assicurata una affidabile base conoscitiva nel momento in cui debba assumere scelte in ambiti scientificamente connotati, potrebbe assumere una funzione non solo reattiva, ma anche proattiva rispetto alle sfide poste dall'evoluzione tecnico-scientifica, attraverso la produzione di ricerche e studi indipendenti finalizzati ad anticipare e analizzare i possibili sviluppi a livello scientifico-tecnologico in settori strategici dell'economia e della società.

ABSTRACT: The article addresses the issue of scientific advice to Parliament, proposing a definition and highlighting its constitutionally necessary nature in the light of constitutional and international case law. Through a comparative analysis, the article proposes a classification of the different types of scientific advice, in the light of criteria such as the source of its establishment, its appointment and the functions of the bodies set up for this purpose.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Simone Penasa

La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario

KEYWORDS: scientific advice - Parliament - comparative law - law making process - scientific reasonableness

Simone Penasa – Ricercatore di Diritto pubblico comparato,
Università degli Studi di Trento (simone.penasa@unitn.it)

FORUM: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

**Gli esperti nella sfera pubblica piattaformizzata:
spunti dalla comparazione sul ruolo delle comunità
epistemiche nel discorso pubblico digitale***

Matteo Monti

SOMMARIO: 1. Introduzione: il ruolo degli esperti in democrazia.
- 2. La sfera pubblica piattaformizzata e i tentativi di ricostruire uno spazio per gli esperti al suo interno: il nodo delle piattaforme in Italia e negli USA. - 3. Legittimità costituzionale del *favor* per gli esperti nel discorso pubblico: una panoramica degli spazi di azione in Italia e negli USA. - 4. Conclusioni: alla ricerca del quarto diritto aletico (online).

1. Introduzione: il ruolo degli esperti in democrazia

Il ruolo degli esperti e delle comunità epistemiche è sempre stato al centro del funzionamento delle società umane in base a quel concetto di “divisione del lavoro epistemico” che affida determinati compiti a soggetti specificamente formati per svolgerli. Fin dall’antichità è, tuttavia, emerso il *cleavage* fra “politica” ed *expertise*, o meglio fra “razionalità” dei saperi esperti e “irrazionalità” del *quivis de populo*¹. Rimasto parzialmente dormiente nelle democrazie censitarie dell’800, questo *cleavage* è riaffiorato con tutta la sua forza al momento della affermazione della democrazia di massa, del suffragio universale e dell’uguaglianza politica². È proprio nella democrazia liberale e

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ «From Plato to Madison, there is a long tradition of such arguments against democracy, often in terms of the epistemic superiority of experts or the propertied elite». J. Bohman, *Deliberative Democracy and the Epistemic Benefits of Diversity*, in *Episteme*, 3(3), 2006, p. 176.

² Cfr. J. Brennan, *Against Democracy*, Princeton, 2016. Si veda anche per interessanti considerazioni sull’isocrazia: E. Grosso, *Malattia mentale e suffragio*

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

pluralista novecentesca, complici anche un'espansione dei saperi scientifici e un'evoluzione delle tecnologie, che il tema del ruolo degli esperti nel discorso pubblico è infatti divenuto centrale. Rispetto a questa tematica negli studi non giuridici, salvo alcune posizioni estreme volte a negare la valenza dell'*expert knowledge* in democrazia in nome di un'uguaglianza assoluta fra individui o come portato di una concezione ottimista della democrazia stessa che non abbisognerebbe dei saperi esperti per funzionare³, è stata più volte riaffermata la necessità della presenza degli esperti nella sfera pubblica e più in generale nella democrazia⁴. In questa prospettiva, il rapporto esperti-cittadini nell'agorà democratica sembra da doversi concepire come un rapporto biunivoco in cui i cittadini, mediante i partiti politici o i movimenti di opinione, sollevano una questione e gli esperti contribuiscono a darvi una connotazione tecnica⁵: gli elementi di carattere sociologico che come un fiume carsico scorrono sotto la superficie di questa teoria filosofico-politologica della democrazia liberale sono quello della fiducia nelle comunità epistemiche e quello della necessaria consapevolezza da parte dei cittadini che anche gli esperti possono sbagliare⁶. In questo contesto è inoltre utile ricordare

universale: le aporie dell'isocrazia. Rileggendo "La giornata di uno scrutatore" di Italo Calvino, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018.

³ Una ricostruzione di queste posizioni è svolta da I. Cerovac, *The Role of Experts in a Democratic Society*, in *Journal of Education Culture and Society*, 7(2), 2016, p. 75 ss. Si veda la letteratura *ivi* richiamata. Più diffusamente anche in: I. Cerovac, *Epistemic Democracy and Political Legitimacy*, Londra, 2020.

⁴ La letteratura è sul punto sterminata, *ex multis* si veda: A. Buchanan, *Political Liberalism and Social Epistemology*, in *Phil. & Pub. Aff.*, 32, 2004; P. Kitcher, *Science Truth and Democracy*, Oxford, 2001; M. Dorato, *Disinformazione scientifica e democrazia*, Milano, 2019; M.B. Brown, *Science in Democracy. Expertise, Institutions and Representations*, Cambridge (MA), 2009.

⁵ «Democracy cannot function when every citizen is an expert. Yes, it is unbridled ego for experts to believe they can run a democracy while ignoring its voters; it is also, however, ignorant narcissism for laypeople to believe that they can maintain a large and advanced nation without listening to the voices of those more educated and experienced than themselves». T. Nichols, *The Death of Expertise. The Campaign Against Established Knowledge and Why It Matters*, Oxford, 2017, p. 208.

⁶ K.P. Whyte - R.P. Crease, *Trust, expertise, and the philosophy of science*, in *Synthese*, 177, 2010; T. Nichols, *op. cit.*, p. 170 ss.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

che in molti settori le certezze scientifiche sono poche e le decisioni da prendere urgenti⁷.

Il tema del ruolo e dello spazio del sapere esperto nella sfera pubblica è da ultimo prepotentemente ri-emerso con la rivoluzione digitale e la conseguente caduta delle barriere medialità che caratterizzavano il mondo offline⁸: su Internet si assiste difatti alla «*transformation of audiences [...] into practitioners*»⁹. Nell'*information disorder*, disinformazione sistemica, populismo digitale e *infodemia* che connotano la sfera pubblica piattaforma¹⁰ le *informazioni* degli esperti sono state poste sullo stesso piano delle *opinioni* del *quivis de populo* quando addirittura non sono scomparse nel marasma delle interazioni sui social networks o sulle pagine consultabili dai motori di ricerca. In questo scenario tecnologico, appare in primo luogo d'interesse analizzare quali contro-misure si stiano prendendo nei vari ordinamenti giuridici per arginare la scomparsa delle comunità epistemiche nel dibattito online, che sempre di più assume una rilevanza pregnante per la democrazia, e in secondo luogo quali siano i fondamenti costituzionali di un eventuale *favor* per le manifestazioni del pensiero degli esperti sulle piattaforme digitali.

Quest'articolo intende, dunque, indagare come si sta ricostruendo un ruolo per l'*expert knowledge* nella sfera pubblica piattaforma e quale sia (se vi è) il fondamento costituzionale delle azioni volte a favorire le manifestazioni del pensiero degli esperti nel discorso pubblico.

In tal senso, si può osservare che rispetto al ruolo dei saperi esperti nella sfera pubblica non appare presente una ricostruzione esaustiva di diritto costituzionale o comparato che ne delinea funzioni e posizione. Quale ruolo le comunità epistemiche debbano rivestire in

⁷ S.O. Funtowicz - J. R. Ravetz, *Science for the Post-normal Age*, in *Futures*, 25(7), 1993.

⁸ Già prima della piattaforma della sfera pubblica era emerso questo tema, nell'Internet pre-piattaforme: E. Falletti, *Internet: la diffusione della cultura non accademica e la formazione dell'opinione pubblica*, in *Cyberspazio e diritto*, 10 (3/4), 2009.

⁹ P.L. Sacco, *Culture 3.0: A new perspective for the EU 2014-2020 structural funds programming*, in *EENC Paper*, 2011, p. 7.

¹⁰ M. Sorice, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica*, 3, 2020.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

una società democratica è stato affrontato dai giuristi da altri angoli visuali, per esempio l'apporto degli esperti al *policy-making*, alla valutazione delle politiche pubbliche o alle perizie giudiziali. Si tratta di "ambiti del discorso" più ridotti rispetto alla sfera pubblica (i gabinetti di governo, le commissioni parlamentari, le aule dei tribunali), in cui però il riconoscimento di un *favor* per il sapere degli esperti avviene in maniera palese e pacifica.

L'obiettivo di questo articolo è allora quello di comprendere il fondamento costituzionale della diadi, formulata da Franca D'Agostini e Maurizio Ferrera, del terzo e del quarto diritto aletico, ossia la coppia di diritti aletici che prevede il diritto di essere riconosciuti come fonti affidabili di "verità" e quello di disporre di autorità epistemiche affidabili¹¹: «Il DA3 sembra essere un ovvio prolungamento, in sede di politiche antidiscriminatorie, della libertà di espressione: tutti hanno in linea di principio il diritto di esprimersi e manifestare le proprie opinioni. Ma il diritto all'ascolto, così inteso, ha dei limiti: non tutti sono esperti di tutto, e il ricorso alla verità delle fonti ufficiali [fonti affidabili di conoscenza] è inevitabile. Incontriamo allora il DA4, il cui scopo è limitare la sproporzionata osservanza del DA3, conferendo dignità discriminante alle istituzioni aletiche»¹². Ovviamente quest'angolo visuale non esaurisce gli ambiti di studio del ruolo degli esperti nel discorso pubblico; in questa sede non si intende per esempio aprire il vaso di pandora della questione del pluralismo in seno alle comunità epistemiche, che soprattutto durante la pandemia ha spesso creato confusione nel grande pubblico¹³, né interrogarsi sul modo in cui

¹¹ In un quadro più generale questi diritti *aletici* devono però essere letti congiuntamente con i primi due, ossia quelli legati a un'educazione aletica, e con gli ultimi due, volti a garantire una società aletica: F. D'Agostini - M. Ferrera, *La verità al potere: sei diritti aletici*, Torino, 2019.

¹² F. D'Agostini - I. Gronchi, *Filosofia, verità e democrazia*, in M. Monti (a cura di), *La disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, numero monografico *federalismi.it* (www.federalismi.it), 11, 2020, p. 27.

¹³ «Questo amplia la portata di un dilemma probabilmente irrisolvibile in modo definitivo: come evitare che il fisiologico dibattito tra gli esperti si traduca in frangenti così delicati in disorientamento e confusione informativa per i cittadini?». M. Bucchi, *Comunicare la scienza "in tempo di guerra": il ruolo degli esperti in pubblico e quello della formazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020, p. 580.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

gli esperti *dovrebbero* comunicare con i cittadini¹⁴. Nello stesso modo non si intende soffermarsi su quali siano i limiti *disciplinari* alle manifestazioni del pensiero degli esperti nel *public discourse* o su come si possano escludere da esso i fenomeni patologici (comunicazioni viziate da conflitti di interesse, errori grossolani, errata qualifica di un esperto come tale)¹⁵. Nel declinare la domanda di ricerca non si vuole, in particolare, ignorare il valore del pluralismo (da promuovere, anzi) insito nelle comunità epistemiche ma esplorare se esista un *favor* per gli esperti rispetto ai non esperti, nella consapevolezza che i mezzi di comunicazione possono dare voce a un esperto o a un altro a seconda delle proprie inclinazioni, presentando una visione del problema o, in nome del pluralismo interno, più visioni dello stesso problema¹⁶.

Nello specifico la domanda di ricerca verrà ritagliata sul ruolo degli esperti nella sfera pubblica piattaforma perché l'avvento della Rete ha evidenziato in maniera chiarissima la crisi dell'*expert knowledge* e ha condotto alla formulazione di misure volte alla ricostruzione di un rapporto pubblico-esperti che interroga il costituzionalista e il comparatista in relazione al suo fondamento giuridico-costituzionale.

¹⁴ Per una ricostruzione: A. L'Astorina, *Il rapporto scienza-società: una questione di comunicazione?*, in M. Malvicini (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Napoli, 2021. Per una panoramica ampia della comunicazione della scienza: M. Bucchi - B. Trench (eds.), *Handbook of Public Communication of Science*, Londra, 2008.

¹⁵ Come ben evidenziato da Nichols, infatti, non solo si può assistere a casi di errori grossolani, ma anche a conflitti di interesse o vere e proprie "frodi" nella diffusione dell'*expert knowledge* come anche dell'erroneo riconoscimento di *expertise* in capo a un soggetto (T. Nichols, *op. cit.*, p. 170 ss.).

¹⁶ In questo senso, se anche questa pluralità di voci potrebbe, secondo certe visioni, contribuire non al disordine informativo ma all'infodemia, occorre rilevare che si tratta di un fenomeno ontologicamente diverso rispetto alla concorrenza di voci esperte e voci non esperte in campo scientifico (non in campo politico o di *policy making*): si tratta di un fenomeno che finirebbe per fornire al pubblico informazioni affidabili sui fatti scientifici e dare conto di eventuali dibattiti in seno alla comunità epistemica di riferimento, non a sovrapporre informazioni ascientifiche e scientifiche. In questo senso, la presenza di una pluralità di voci appare evidente in quegli ambiti in cui "opera" la scienza post-normale (S.O. Funtowicz - J. R. Ravetz, *op. cit.*).

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

Per svolgere questa domanda di ricerca si analizzeranno due sistemi giuridici: quello italiano (e dell'UE)¹⁷ e quello statunitense. La scelta di questi due ordinamenti risponde alla logica della comparazione dei casi prototipi¹⁸: gli Stati Uniti e l'UE si pongono infatti come i due principali attori nella regolazione del digitale ma sono anche portatori di due concezioni molto diverse di discorso pubblico e libertà di espressione¹⁹.

Dal punto di vista terminologico, si può invece sottolineare come in questo scritto si farà riferimento al concetto di “esperto” per definire un soggetto appartenente a una determinata comunità epistemica e detentore di un sapere specialistico²⁰; si eviterà sia la dizione di intellettuale²¹ che quella più limitata di “accademico”²². Nella dizione più ampia di “esperto” si potrà includere sia il professionista che il divulgatore sia l'accademico che l'intellettuale.

¹⁷ La scelta di analizzare congiuntamente l'ordinamento italiano ed europeo come parte di un unico case-study deriva soprattutto da due questioni: i. lo stadio avanzato di integrazione dei due ordinamenti, soprattutto in materia di regolazione del digitale; ii. l'influenza che la normativa europea gioca in ambito nazionale ed una certa ritrosia del legislatore italiano a legiferare sul *free speech* online.

¹⁸ R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, p. 256 ss.

¹⁹ La scelta di questi due ordinamenti appare infatti spesso fatta propria dagli studiosi che si occupano del *free speech* e in particolare di quello digitale: O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, Oxford, 2021; M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019; ma anche M. Manetti, *Regolare Internet*, in *Rivista di diritto dei media* (rivista.medialaws.eu), 2, 2020, p. 35 ss. Per una ricostruzione approfondita dei paradigmi costituzionali alla base delle concezioni americana e italo-europea del discorso pubblico: C. Caruso, *La libertà di espressione in azione: contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013; E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, Torino, 2008.

²⁰ A.I. Goldman, *Foundations of Social Epistemics*, in *Synthese*, 73 (1).

²¹ Z. Bauman and B. Bongiovanni, voce *Intellettuali*, in *Enciclopedia delle scienze sociali Treccani*, 1996. Si pensi anche all'influenza giocata dall'idea dell'intellettuale organico gramsciano sulla concettualizzazione di questo termine. Cfr. A. Cavalli, *Esperti, intellettuali e opinione pubblica*, in *il Mulino*, 6, 2001.

²² Il titolo accademico non può essere infatti considerato un pre-requisito. In determinati campi e settori – si pensi alla conoscenza di un determinato luogo e alle sue condizioni ambientali – persino un allevatore di pecore potrebbe rientrare in questo novero: K.P. Whyte - R.P. Crease, *op. cit.*, p. 416.

In relazione alla struttura dell'articolo, la prima parte del saggio sarà dedicata agli strumenti pubblici e privati che si stanno approntando nei due ordinamenti in esame per ricostituire un ruolo degli esperti nella sfera pubblica digitale, mentre la seconda parte cercherà di indagare i fondamenti costituzionali di tali iniziative nei due ordinamenti. Le conclusioni cercheranno di tracciare alcune tendenze comuni a entrambi gli ordinamenti e tenteranno di delineare alcune osservazioni di merito sul ruolo degli esperti nel mondo digitale.

2. La sfera pubblica piattaforma e i tentativi di ricostruire uno spazio per gli esperti al suo interno: il nodo delle piattaforme in Italia e negli USA

Dal punto di vista tecnologico, la disintermediazione introdotta, originariamente, dall'avvento della Rete piattaforma e l'importanza assunta dalle piattaforme come strumento d'informazione hanno completamente stravolto i meccanismi classici con cui si svolgeva il dibattito pubblico e le modalità in cui si articolava la sfera pubblica dal punto di vista della circolazione dell'*informazione*²³. Questa trasformazione ha impattato sul ruolo che le comunità epistemiche svolgevano nel discorso pubblico. Sulla *death of expertise*, per usare la dizione di Nichols²⁴, ha influito certamente una serie di fenomeni, dal populismo a una generale crisi di fiducia nella scienza legata a una sua erronea rappresentazione come infallibile, quello però che in questa sede si analizzerà è la dimensione del *medium* che ha reso possibile questo sovvertimento delle gerarchie epistemiche: «la disintermediazione della Rete ha finito con il veicolare l'idea che con un motore di ricerca da consultare tutti possono sapere tutto e non c'è

²³ Recentemente si è parlato di «Platformisation of news distribution» (B. Martens - L. Aguiar - E. Gomez-Herrera - F. Mueller-Langer, *The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news*, (JRC Technical Reports 2018), in www.ec.europa.eu, p. 15), quello di cui si potrebbe parlare per non circoscrivere il fenomeno alla sola cronaca è «piattaformizzazione della distribuzione di informazioni».

²⁴ T. Nichols, *op. cit.*

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

bisogno di essere esperti di nulla, e al diavolo i professoroni»²⁵. I nuovi mezzi della Rete, o meglio la piattaforma della sfera pubblica, hanno infatti “schiacciato” in molti campi le comunità epistemiche, facendole scomparire dal dibattito pubblico o relegandole ai suoi margini. A questa tendenza ovviamente si possono trovare eccezioni, come il ruolo giocato sui social da alcuni epidemiologi durante la pandemia in Italia. Tuttavia, salvo questi casi isolati, gli esperti appaiono star “perdendo” la sfida della Rete.

Rispetto a questo scenario, negli ultimi anni si può tuttavia registrare una tendenza nei due ordinamenti oggetto di studio a (ri)stabilire una funzione dei saperi esperti nella sfera pubblica piattaforma. Si tratta di tentativi volti a predisporre una forma di *favor*, o meglio di visibilità, per quelle fonti “affidabili” che non solo potrebbe aiutare a contrastare la *misinformation*²⁶ ma anche a ritagliare un ruolo per le comunità epistemiche nella nuova agorà digitale.

In relazione all’ordinamento euro-italiano le maggiori azioni volte a una ricostruzione di uno spazio per l’*expert knowledge* nel discorso pubblico digitale sono giunte dall’Unione Europea e dall’azione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AgCom). Per quanto concerne l’azione legislativa nazionale, infatti, occorre rilevare come i tre progetti di legge sviluppati nel 2017 per contenere la disinformazione si siano limitati a proporre discutibili o inapplicabili reati *anti-fake news* (ddl Gambaro - DDL n. S. 2688, 17^a Legislatura, ddl Zanda-Filippin - DDL n. S. 3001, 17^a Legislatura) o a tentare di limitare la disinformazione tramite il contrasto all’anonimato (ddl De Girolamo - DDL n. C. 4692, 17^a Legislatura). Si potrebbero descrivere le azioni proposte da questi disegni di legge più come azioni “difensive”, censorie della disinformazione, che “proattive” nel ricostruire un ruolo per i giornalisti e gli esperti nella sfera pubblica digitale. In chiave para-legislativa, si può inoltre osservare come nemmeno nell’istituzione della “Commissione parlamentare di inchiesta sulla diffusione intenzionale e massiva di informazioni false attraverso

²⁵ M. Adinolfi, *Hanno tutti ragione? Post-verità, fake news, big data e democrazia*, Roma, 2019, p. 50. Cfr. M. Ferraris, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017, p. 26 ss.; si veda anche G. Vattimo, *La società trasparente*, Milano, 1989 e Id., *Addio alla verità*, Roma, 2009.

²⁶ Cfr. C. Sunstein, *On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done*, Princeton, 2014, p. 75 e p. 80.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

la rete internet e sul diritto all'informazione e alla libera formazione dell'opinione pubblica"²⁷ si sia data una particolare enfasi al tema del ruolo degli esperti nel discorso pubblico. Per converso, durante la gestione della pandemia, è chiaramente emersa la necessità di e una tensione verso una valorizzazione del sapere esperto sui mass media. In particolare, l'AgCom in relazione ai canali mediali regolamentati (radio e televisioni) con la delibera del 18 marzo 2020 ha statuito che i media tradizionali devono «garantire la testimonianza di autorevoli esperti del mondo della scienza e della medicina allo scopo di fornire ai cittadini utenti informazioni verificate e fondate»²⁸. In questo senso, pur con i limiti derivanti dal vuoto legislativo sull'inquadramento delle piattaforme digitali, l'AgCom ha redatto anche una "Lettera per le piattaforme di condivisione di video e social media" auspicando un controllo sulla disinformazione scientifica sul Covid-19²⁹. Peraltro, in relazione al *Rapporto dell'Osservatorio sul giornalismo*, ritenuto dall'autorità strumento fondamentale per l'individuazione di proposte ordinamentali da sottoporre al Parlamento, un comunicato dell'AgCom ha ulteriormente posto l'accento su due problemi emersi in relazione all'informazione scientifica durante la prima fase della pandemia: i) una massiva circolazione di disinformazione in ambito scientifico sui social networks e ii) la difficoltà anche del giornalismo scientifico a fare informazione, delegandola spesso direttamente agli esperti scientifici³⁰. In continuità con quanto detto, la Task force "Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al COVID-19 sul web e sui social network" istituita dal decreto del Sottosegretario di Stato con delega all'Informazione e all'Editoria del 4 aprile 2020 ha previsto la «promozione di campagne di adeguata informazione e comunicazione» con coinvolgimento di «soggetti e professionalità

²⁷ Fiano ed altri: "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulla diffusione intenzionale e massiva di informazioni false attraverso la rete internet e sul diritto all'informazione e alla libera formazione dell'opinione pubblica" (ddl C. 1056 - 18^a Legislatura).

²⁸ AgCom, delibera del Consiglio n. 129 del 18 marzo 2020.

²⁹ *Ibid.* Su questa dinamica e non solo si veda: C. Magnani, *Emergenza sanitaria e libertà d'informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 12 maggio 2020.

³⁰ AgCom, Comunicato stampa del 23 novembre 2020.

esterni alla Pubblica Amministrazione» (art. 2, lett. b)³¹. Per svolgere quest'azione d'informazione il decreto disponeva anche la «definizione di opportune modalità idonee a potenziare e rendere più visibile ed accessibile l'informazione generata dalle fonti istituzionali, anche attraverso un migliore posizionamento sui motori di ricerca e sui social media»³². In questo senso, si può probabilmente interpretare questa ricerca di un *favor* per le informazioni istituzionali, oltre che per gli esperti impiegati dalle istituzioni, anche come estesa a quelli di cui all'art. 2, lett. b), del decreto. Questa ricerca di «asimmetria» è stata notata dalla dottrina³³ che non ha mancato di contestare alcuni aspetti di questa «forma di doping informativo»³⁴ ritenuti in frizione con la libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Costituzione. In Unione Europea, il tema degli esperti (giornalisti ma non solo) è stato al contrario centrale nello sviluppo delle soluzioni riguardanti il contrasto alla disinformazione sulle piattaforme. In particolare, il *Code of practice on disinformation* ha stabilito, fra suoi principi ispiratori, quello di favorire la reperibilità di contenuti affidabili sfavorendo quelli inaffidabili³⁵. Inoltre, tale strumento di *soft law* ha previsto anche la necessità d'investire in tecnologie «to prioritize relevant, authentic, and authoritative information where appropriate in search, feeds, or other automatically ranked distribution channels» e di favorire «the assessment of content through indicators of the trustworthiness of content sources, media ownership and verified identity. These indicators should be based on objective criteria and endorsed by news

³¹ Art. 2, lett. B, Decreto del Sottosegretario di Stato con delega all'Informazione e all'Editoria del 4 aprile 2020.

³² Art. 2, lett. C, Decreto del Sottosegretario di Stato con delega all'Informazione e all'Editoria del 4 aprile 2020.

³³ B. Ponti, *Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul COVID-19*, in *LaCostituzione.info* (www.lacostituzione.info), 7 aprile 2020.

³⁴ B. Ponti, *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilievi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al CoViD-19 sul web e sui social network»*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020, p. 641. *Contra*: L. Rinaldi, *La task force per le fake news sul CoViD-19 tra protezione del diritto all'informazione e ipotesi di censura del web*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020.

³⁵ «Dilute the visibility of disinformation by improving the findability of trustworthy content». Purpose IX, Code of practice on disinformation (2018), p. 3.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

*media associations, in line with journalistic principles and processes*³⁶. Questa tendenza al *favor* per il sapere esperto è stata incrementata a seguito della crisi pandemica sia rispetto alle manifestazioni del pensiero delle autorità sanitarie che a quelle degli esperti, come rilevato dalla “*Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation*” della Commissione europea del maggio 2021. Nel documento della Commissione al punto 7.4 “*Visibility of reliable information of public interest*” si prevede esplicitamente la necessità di rafforzare e sviluppare ulteriormente «*specific tools (e.g. information panels, banners, pop-ups, maps and prompts) that prioritise and lead users to authoritative sources on topics of particular public and societal interest or in crisis situations*»³⁷. Si è previsto in aggiunta che lo strumento mediante il quale costruire questo *favor* comunicativo dovesse essere reso trasparente³⁸. A questo *favor* algoritmico si è affiancata infine la necessità espressa dalla Commissione di incrementare i “*trustworthiness indicators*” sui contenuti (punto 7.7). Rispetto al ruolo degli esperti sulle piattaforme, il *Digital services act* non sembra, invece, aver preso una posizione sul *favor* dell’*expert knowledge*, limitandosi a enunciare nel Considerando 62 che le piattaforme di grandi dimensioni dovrebbero «*ensure that recipients are appropriately informed, and can influence the information presented to them*»³⁹.

Sull’altra sponda dell’Atlantico il *favor* per gli esperti è stato al contrario sviluppato in autonomia dalle piattaforme digitali. Negli Stati Uniti, stante l’assenza di una disposizione costituzionale a tutela del diritto a essere informati⁴⁰, non si è difatti intrapresa nessuna azione di

³⁶ Ivi, p. 7.

³⁷ European Commission Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation (COM(2021) 262 final), p. 15.

³⁸ «*To deepen the existing Code’s commitment 59 on the prioritisation of relevant, authentic and authoritative content, signatories should also commit to publishing information outlining the methodology their recommender systems employ in this regard. This information should be included in the transparency centre. The Code’s signatories should consider ensuring that this information can be verified by third parties or through an independent audit, taking into consideration also the relevant provisions in the DSA proposals*». *Ibid.*

³⁹ Digital Services Act - DSA: proposta di regolamento COM(2020)825, Considerando 62.

⁴⁰ Manca, infatti, una distinzione nel Primo Emendamento e nella

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

tipo legislativo per contrastare la disinformazione e la *misinformation*; azioni che, come nel caso euro-italiano, avrebbero potuto essere gli strumenti impiegati anche per tentare di ricostruire un ruolo degli esperti nel dibattito pubblico online. Al proposito è opportuno segnalare che nella giurisprudenza statunitense manca anche un *case-law* dedicato alla valorizzazione dell'*expert knowledge*⁴¹ (qualora si voglia distinguere la stessa dal ruolo della stampa): «*[w]ithin public discourse, traditional First Amendment doctrine systematically transmutes claims of expert knowledge into assertions of opinion*»⁴². In questo senso, risulta evidente che come non esiste una posizione di privilegio per la stampa e un regime particolare per l'informazione così anche in relazione al sapere esperto (informazioni scientifiche *in primis*) non esiste né una possibile sua valorizzazione pubblica né un *discrimen* fra fatti (informazioni) e opinioni. Rispetto a quanto detto, si può anche rilevare che la crisi delle comunità epistemiche appare precedente all'avvento delle piattaforme e aveva già caratterizzato la nascita del web: «*the main culprit in encouraging resistance to expert knowledge is not motivated cognition. It is the democratization of the creation and authoritativeness of knowledge. Everyone is now an expert - from the*

giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema fra la categoria della libertà della stampa e quella della libertà politica: S.R. West, Press *Exceptionalism*, in *Harv. L. Rev.*, 127, 2014, p. 2439 ss. La *doctrine* del Primo Emendamento largamente prevalente nella giurisprudenza statunitense è difatti quella che tende a vedere nel dibattito non regolamentato il migliore strumento per l'emersione della verità (anche in relazione ai fatti). Talvolta, tuttavia, un ruolo della stampa è stato riconosciuto in alcune *dissenting opinion*: vd. *Saxbe v. Washington Post Co.*, 417 U.S. 843, 863 (1974) (Powell, J., *dissenting*): «*An informed public depends on accurate and effective reporting by the news media. No individual can obtain for himself the information needed for the intelligent discharge of his political responsibilities. For most citizens, the prospect of personal familiarity with newsworthy events is hopelessly unrealistic. In seeking out the news, the press therefore acts as an agent of the public at large. It is the means by which the people receive that free flow of information and ideas essential to intelligent self-government. By enabling the public to assert meaningful control over the political process, the press performs a crucial function in effecting the societal purpose of the First Amendment*».

⁴¹ «*Unlike commercial information, expert knowledge is not the object of a distinct and well-recognized branch of First Amendment jurisprudence*». R.C. Post, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom. A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, New Haven, 2012, p. 43.

⁴² *Ivi*, p. 44.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

*user-created content of Wikipedia to self-diagnosis of medical conditions to a website that provides do-it-yourself legal documents, we have created a society that finds experts unnecessary and even faintly suspect»*⁴³. In questo scenario tecnologico-legislativo, sono dunque state le piattaforme digitali, social networks *in primis*, a predisporre strumenti di contrasto alla disinformazione e a tentare di ricostruire il ruolo degli esperti nell'agorà digitale. Questo fenomeno trova fondamento nella libertà delle piattaforme di porre in essere opere di *content moderation*⁴⁴, o di privatizzazione della censura⁴⁵; nello specifico campo dell'informazione queste azioni anti-disinformazione e anti-*misinformation* hanno iniziato a delineare una trasformazione delle piattaforme in soggetti *quasi* mediali. Questa trasformazione – sulla quale non si può sapere quanta influenza abbia giocato il contemporaneo sviluppo del *Code of Practice on disinformation* in Europa – è partita con la segnalazione da parte delle piattaforme dei contenuti “inattendibili” con contestuale rimando a fonti “affidabili” (giornalistiche o scientifiche). Questo primo set di iniziative di contrasto alla disinformazione e insieme di ricostruzione di una forma di *favor* per i contenuti prodotti da fonti affidabili (anche se solo in fase di *fact-checking*) aveva colpito anche i post/tweet diffusi dall'allora presidente statunitense Donald Trump, considerati e segnalati con “targhetta” da Twitter come fuorvianti. La reazione di Trump era stata il famoso *Executive Order* sulla prevenzione della censura, volto a limitare il ruolo di “re-intermediazione” delle piattaforme rispetto ai contenuti diffusi nel discorso pubblico digitale⁴⁶. In tale prospettiva è necessario osservare che il potere delle piattaforme di decidere cosa può esistere sul *free marketplace of ideas* online, in base all'interpretazione congiunta del Primo Emendamento e della *Section 230 Communications Decency Act* (CDA), è il *frame* pratico-teorico nel

⁴³ S. Sherry, *Democracy's Distrust: Contested Values and the Decline of Expertise*, in *Harv. L. Rev. Forum*, 125, 2011, p. 10.

⁴⁴ E. Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 95(1), 2019.

⁴⁵ Si permetta un richiamo a M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019.

⁴⁶ G.F. Ferrari, *L'executive order sulla prevenzione della censura online: quali effetti sull'autonomia dei social network?*, in *DPCE Online*, 43 (2) 2020.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

quale devono essere lette le manovre per ricostruire un ruolo degli esperti sulle piattaforme stesse. L'ampiezza di questo potere di moderazione si è peraltro manifestato da ultimo nell'esclusione dai social networks dello stesso Donald Trump⁴⁷. In questo *frame* si può dunque rilevare come durante la pandemia le piattaforme, Facebook *in primis*, abbiano tentato anche con strumenti *ex ante* e non solo con quelli *ex post* (come le "targhette" di contenuto fuorviante di cui si diceva sopra) di contrastare la disinformazione e la *misinformation*, soprattutto attraverso la ricostruzione di un ruolo per gli esperti nell'agorà digitale. Nello specifico, «*when people search for information related to COVID-19 on Facebook, the platform will surface an educational pop-up with credible information from expert and governmental organizations such as the WHO and the U.S. Centers for Disease Control and Prevention (CDC)*»⁴⁸. Questa valorizzazione del sapere esperto appare accomunare tutte le piattaforme, che hanno sviluppato strumenti per fornire una speciale visibilità ai contenuti autorevoli⁴⁹. Tali iniziative volte a privilegiare il sapere esperto sono state annoverate dalla dottrina fra gli «*educational approaches*»⁵⁰ delle piattaforme ed hanno avuto anche grande seguito nel dibattito sui vaccini, rispetto al quale il *favor* algoritmico o tramite popup dell'*expert knowledge* è stato infatti uno dei principali strumenti impiegati dalle piattaforme per contrastare soprattutto la *misinformation*⁵¹. In definitiva nell'ordinamento statunitense, in linea con il paradigma americano del non intervento statale nel e sul *free marketplace of ideas*, sono state le piattaforme a ridare spazio agli esperti nel mondo digitale. Se questo fenomeno sarà limitato al momento emergenziale o si strutturerà in un più generale sistema teso

⁴⁷ Si vedano *ex multis* le interessanti considerazioni sulle azioni e il ruolo dei social nell'esclusione di Donald Trump di Manetti: M. Manetti, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 6 febbraio 2021.

⁴⁸ S. Singh - K. Bagchi, *How Internet Platforms Are Combating Disinformation and Misinformation in the Age of COVID-19*, in www.newamerica.org, p. 9. Sulla stessa lunghezza d'onda si è mosso Twitter: *ivi*, p. 19.

⁴⁹ *Ivi*, p. 4.

⁵⁰ A. Santos Rutschman, *Social Media Self-Regulation and the Rise of Vaccine Misinformation*, in *Saint Louis University School of Law - Legal Studies Research Paper Series*, no. 2021-06, p. 19 ss.

⁵¹ *Ivi*, p. 18 ss.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

a incrementare la visibilità delle informazioni prodotte dagli esperti, come quello che sembra star prendendo forma in Europa grazie al *Code of practice on disinformation*, solo il tempo potrà dirlo. Soprattutto in relazione alle iniziative intraprese durante la pandemia, infatti, si potrebbe immaginare le stesse come parte di una “comunicazione di emergenza”⁵² limitata nel tempo e contestuale a una situazione particolare. In generale sembra però potersi affermare che – soprattutto a causa di pressioni foranee alle piattaforme – anche se originariamente «[t]he people who built these platform companies did not set out to do so in order to take over the responsibilities of a free press»⁵³ oggi le piattaforme stanno assumendo una serie di “doveri etici” tipici delle *media companies*, compreso quello di dare spazio agli esperti nella sfera pubblica.

3. *Legittimità costituzionale del favor degli esperti nel discorso pubblico: una panoramica degli spazi di azione in Italia e negli USA*

Obiettivo di questo paragrafo è quello di affrontare il fondamento costituzionale della valorizzazione del sapere esperto delle comunità epistemiche sulle piattaforme e in generale nel discorso pubblico. La premessa alle considerazioni che ivi si svolgeranno è che il tema della tutela dell'*expert knowledge* non ha trovato un ampio riscontro negli studi di diritto costituzionale e comparato, in parte a causa del fatto che la necessità di una forma di salvaguardia del sapere esperto appare essere un fenomeno abbastanza nuovo nelle società occidentali. Infatti, il *favor* per gli esperti negli ordinamenti giuridici occidentali era garantito dai giornalisti, come *gatekeepers* dell'informazione, e solo con l'avvento della Rete «la “libera stampa” di cui parlava Croce, che giocava un ruolo di educazione, di filtro, di guida ha perduto il “ruolo di cerniera tra élite e massa” (...), a favore del web, che permette di arrivare alle notizie senza filtro»⁵⁴. In questa prospettiva è inoltre

⁵² *Ex multis*, sul concetto e le modalità: M. Lombardi, *Comunicare nell'emergenza*, Milano, 2005.

⁵³ E. Bell, *Facebook is eating the world*, in *Colum. Journalism Rev.* (www.cjr.org), 7 marzo 2016.

⁵⁴ S. Cassese, *La manifattura del consenso*, in *Il Foglio* (www.ilfoglio.it), 6 Agosto 2019. Nella definizione di esperti usata in questo saggio anche i giornalisti

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

opportuno rilevare che gli stessi giornalisti possono essere considerati esperti in determinate circostanze, possono essere divulgatori scientifici o “esperti” nella copertura dei fatti di cronaca, i quali sono ascrivibili alla categoria “informazione” quanto i fatti della scienza⁵⁵. Fatte queste premesse è dunque possibile cercare di indagare il fondamento costituzionale del *favor* per l’*expert knowledge* e gli esperti nel discorso pubblico nei due ordinamenti in esame.

Per quanto riguarda il sistema italiano, il fondamento di una posizione di *favor* per gli esperti nel discorso pubblico e nella sfera pubblica sembra *in primis* potersi riscontrare nel carattere passivo della libertà d’informazione, ossia nel diritto a essere informati dei cittadini⁵⁶. «L’informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime, infatti, - al di là delle singole sfere di attribuzioni rispettivamente assegnate allo Stato ed alle Regioni - una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l’attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico»⁵⁷. In questo senso se il diritto a

sono stati considerati fra gli esperti, una questione che tuttavia è “scivolosa” negli Stati Uniti: J. Blocher, *Public Discourse, Expert Knowledge, and the Press*, in *Washington Law Review*, 87(2), 2012, p. 438 ss. e S.I. Vladeck, *Democratic Competence, Constitutional Disorder, and the Freedom of the Press*, in *Washington Law Review*, 87(2), 2012, p. 540.

⁵⁵ Per una ricognizione generale sul ruolo dell’informazione prodotta dagli esperti nel dibattito pubblico si permetta un rimando al numero monografico di federalismi: *La disinformazione online e il ruolo degli esperti nell’agorà digitale*, numero monografico *federalismi.it* (www.federalismi.it), 11, 2020.

⁵⁶ La riconduzione del diritto a essere informati all’art. 21 Cost. è contestata da un’autorevole parte della dottrina, che riconduce il diritto a essere informati compiutamente ad un’altra pluralità di fonti costituzionali: esso è «un valore deducibile da una serie di norme costituzionali che configurano la posizione dei singoli di fronte ai pubblici poteri (artt. 1, 3 comma 2, 9, 33, 64, 97 Cost.): norme dalle quali discende che, per poter esercitare consapevolmente i diritti politici, i cittadini dovrebbero essere posti in grado di essere compiutamente informati». A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, p. 428.

⁵⁷ Corte cost., sent. 348/1990. Le sentenze sono plurime, in generale «La Corte correla quindi in modo stringente la possibilità per il cittadino di informarsi e la partecipazione “consapevole” alla formazione della volontà generale» (A. Papa, *“Democrazia della comunicazione” e formazione dell’opinione pubblica*, in P. Bilancia (a cura di), *Democrazia diretta vs democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo*, numero monografico *federalismi.it* (www.federalismi.it), 1, 2017, p. 9, nota 19).

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

essere informati è sempre stato inteso come principalmente legato alla cronaca e all'azione della stampa, bisogna sottolineare che l'aspetto contenutistico del diritto di cronaca non è riservato alla mera attualità politica o sociale, ma anche «di quanto incessantemente lo spirito umano produce in campo politico, scientifico, economico, artistico e via dicendo»⁵⁸. Nell'epoca analogica il sapere esperto è stato distribuito nella società dal giornalismo divulgativo⁵⁹ o dagli esperti in prima persona attraverso i mass media tradizionali (televisioni, radio, giornali), ossia la «strumentazione oggettiva della libertà d'informazione»⁶⁰. I media tradizionali rappresentano parte di quelle «cattedre» di cui parla Sabino Cassese: l'esperto (o l'intellettuale) «fa una conferenza, scrive sui giornali e settimanali, partecipa a trasmissioni radiofoniche o televisive. La «cattedra» è parte del suo ruolo: è anche per questo che viene ascoltato più di altri»⁶¹. In definitiva, se in relazione al diritto a essere informati la dottrina si è soprattutto concentrata sul diritto di cronaca nella diffusione dei *fatti* di attualità politico-sociale (che risponde anch'esso a un sapere esperto, quello giornalistico) occorre rilevare che i *fatti* possono essere relativi anche alle scienze e alle materie dei saperi esperti accademici o tecnici. Alla diffusione di questi fatti *altri* si possono associare gli stessi doveri di «obiettività e imparzialità dei dati forniti»⁶², o in altri termini «l'attendibilità del pensiero (che in quanto espresso per informare assume la connotazione del sapere e della competenza) che viene diffuso»⁶³, che connotano la libertà d'informazione e il suo elemento passivo, il diritto a essere informati. Da questo punto di vista, in relazione all'*expert knowledge*, secondo alcuni autori si configurerebbe addirittura «un imperativo per gli organi di indirizzo politico non solo

⁵⁸ V. Crisafulli, *Problematica della Libertà d'informazione*, in *Il Politico*, 29, 1962, p. 298.

⁵⁹ La primazia del giornalismo nella diffusione di contenuti necessari al vivere democratico era peraltro stata rivendicata dalla Corte costituzionale nelle sentenze sulla costituzionalità dell'ordine dei giornalisti: Corte cost., sent. 11/1968. Cfr. anche Corte Cost. sent., n. 98/1968.

⁶⁰ P. Costanzo, *Informazione nel diritto Costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 370.

⁶¹ S. Cassese, *Intellettuali*, Bologna, 2021, p. 83.

⁶² Espressione più volte usata dalla Corte costituzionale: Corte cost., sent. 155/2002.

⁶³ A. Papa, *op. cit.*, p. 8.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

di non compiere atti (legislativi o non) indotti da pressioni di incompetenti ed alimentate da cognizioni palesemente fallaci, ma anche di favorire una corretta conoscenza scientifica contrastando l'incompetenza»⁶⁴. In questa prospettiva si può d'altronde rilevare che il diritto a essere informati appare essere la base di legittimazione degli interventi dell'AgCom, come dimostrato dai costanti richiami dell'autorità garante all'art. 21 della Costituzione nei provvedimenti sopra visti⁶⁵.

Un ulteriore fondamento costituzionale del *favor* per gli esperti potrebbe tuttavia riscontrarsi anche nella disposizione dell'art. 9 della Costituzione in relazione alla promozione della cultura (e della ricerca scientifica)⁶⁶. Le *informazioni* degli esperti oltre a essere utili al dibattito pubblico sono infatti espressioni annoverabili nel termine "cultura" (e senza alcun dubbio in quello "ricerca scientifica") di cui all'art. 9 Cost.⁶⁷: sono invero manifestazioni del pensiero ascrivibili alla categoria delle "attività culturali"⁶⁸. È di interesse, allora, valutare se un ulteriore fondamento del *favor* per le espressioni degli esperti nel discorso pubblico potrebbe essere rinvenuto nell'art. 9 Cost. In questa sede non s'intende dunque concentrarsi sulla creazione del sapere scientifico, di cui all'art. 33 Cost., ma semmai sulla sua diffusione che è collegata

⁶⁴ G. Gemma, *L'incompetenza scientifica al potere: nuovo fronte del costituzionalismo liberaldemocratico*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, p. 355.

⁶⁵ AgCom, delibera del Consiglio n. 129 del 18 marzo 2020.

⁶⁶ F. Merusi, *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Principi fondamentali, Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, p. 452 e G. Rolla, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1987, p. 62. Per un primo richiamo al legame fra opinione pubblica-promozione della cultura-promozione del sapere esperto: G. Sobrino, *La promozione della cultura e della ricerca scientifica come strumenti di democrazia, anche di fronte alla pandemia Covid-19*, in L. Imarisio - M. Malvicini - G. Sobrino (a cura di), *Tra emergenza, eccezione e precauzione. Diritti e doveri di cittadinanza di fronte alla pandemia Covid-19*, Torino, 2020, p. 3 e p. 24. In generale cfr. M. Ainis, *Cultura e Politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991.

⁶⁷ «Invero, tra promozione della cultura e della scienza corre un rapporto di genere a specie»; inoltre si può assumere «lo statuto di bene culturale dell'opera scientifica». M. Ainis - M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura: manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008, p. 139.

⁶⁸ F. Rimoli, voce *Cultura* [dir. cost.], *Diritto on line Treccani* (www.treccani.it), 2018.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

all'art. 21 della Costituzione⁶⁹. In tal senso rispetto agli artt. 33 e 21 il portato dell'art. 9 della Costituzione pone le basi per un intervento dello Stato che «deve offrire invece un impulso alla creazione e alla *distribuzione* dei fatti culturali»⁷⁰. Per quanto concerne l'art. 9, la Corte costituzionale ha rimarcato chiaramente che lo Stato «deve porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura (...); deve, inoltre, assicurare alla collettività il godimento dei valori culturali»⁷¹. In questo senso sembra doversi intendere la «promozione della cultura (art. 9, comma 1 Cost.) come elemento chiave per la crescita complessiva dei cittadini, in particolare delle fasce sociali più deboli (art. 3, comma 2): in una parola, della democrazia»⁷². Quindi, stante la possibilità di considerare l'*expert knowledge* come cultura e il portato dell'art. 9 da interpretarsi non solo come strumento per favorire la creazione di beni culturali/attività culturali (finanziamenti) ma anche come loro «valorizzazione-fruizione»⁷³, si potrebbe individuare nel suddetto articolo 9 Cost. un possibile ulteriore fondamento costituzionale per il *favor* delle manifestazioni del pensiero degli esperti nel discorso pubblico; fondamento che sarebbe complementare a quello rinvenibile nel diritto a essere informati. La promozione delle *informazioni* degli esperti si potrebbe quindi ricollegare all'obiettivo di favorire il godimento della cultura, nella forma di *expert knowledge*, presso il grande pubblico anche creando artificialmente spazi per la stessa nel discorso pubblico. D'altronde da questo punto di vista si potrebbe intendere questo *favor* per i saperi esperti anche come tutela di quelle attività culturali deboli che non riescono a imporsi contro il mercato, *rationale* che sembra sottendere per alcuni l'impianto

⁶⁹ «É chiaro che quella particolare manifestazione della libertà di pensiero che consiste nella possibilità di diffonderlo, riguardando ogni forma di pensiero, riguarda anche quelle più elevate espressioni di esso, che sono le creazioni artistiche e scientifiche. Della diffusione di queste non si occupa l'art. 33 Cost., il quale proclama e tutela la libertà dell'arte o della scienza e quella del loro insegnamento. Onde la disciplina della loro diffusione è da considerer ricompresa nel disposto del 1 comma dell'art. 21». Corte cost., sent. 56/1960.

⁷⁰ M. Ainis - M. Fiorillo, *op. cit.*, p. 162 (enfasi aggiunta).

⁷¹ Corte cost., sent. 118/1990.

⁷² M. Cammelli, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon* (www.aedon.mulino.it), 3, 2017.

⁷³ *Ibid.* Vd. A. Lazzaro, *Valorizzazione dei beni culturali e funzione sociale*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2015.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

promozionale dell'art. 9 della Costituzione⁷⁴; d'altronde il fatto che il mercato non sempre riesca a tutelare gli interessi culturali appare certificato anche dalla presenza di una deroga, nel campo della cultura, al divieto di aiuti di Stato a livello di Unione europea⁷⁵. Così come dunque si può tutelare l'arte e la cultura deboli contro il mercato inteso in senso ampio, in egual modo si potrebbe aiutare il sapere esperto nel mercato digitale, ossia sulle piattaforme: questo ovviamente in attesa che esso sia in grado di emergere "autonomamente".

Sembra in conclusione potersi ritenere che le azioni poste in essere in Italia dall'AgCom e, soprattutto, in Europa dal *Code of Practice on disinformation* siano dunque compatibili con il paradigma della libertà di espressione ex art. 21 Costituzione e forse anche auspicabili non solo in base al diritto a essere informati ma anche in relazione al disposto dell'art. 9 della Costituzione (promozione della cultura e della ricerca scientifica)⁷⁶.

Per quanto concerne l'ordinamento statunitense, si può partire dal rilevare che le tradizionali *doctrines* del Primo Emendamento si basano da una parte sull'idea che il *free marketplace of ideas* sia in grado di far emergere la verità nel confronto fra opinioni⁷⁷ e dall'altra che tutti gli *speakers* abbiano un *equal value*⁷⁸. Dal primo punto di vista nel discorso pubblico (non nel discorso privato o nel *commercial speech*) appare, infatti, evidente l'assenza di un diritto a essere informati sul modello euro-italiano, ossia da intendersi come vero e proprio diritto dell'opinione pubblica a ricevere informazioni

⁷⁴ Cfr. F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, p. 168. M. Ainis - M. Fiorillo, *op. cit.*, p. 117-118 e 186.

⁷⁵ Art. 87, par. 3, lettera d), Trattato di Maastricht. Vd. F. Togo, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, in *Aedon* (www.aedon.mulino.it), 2, 2009.

⁷⁶ In tal senso, per alcuni queste azioni andrebbero anzi rafforzate con nuovi strumenti per incrementare la diffusione dell'*expert knowledge*: «ad esempio, appare doverosa l'introduzione di nuove istituzioni (o l'attribuzione di nuove competenze ad alcune di quelle esistenti) aventi la funzione di diffondere la conoscenza di dati scientificamente corretti e di contrastare in permanenza informazioni manifestamente false». G. Gemma, *op. cit.*, p. 356.

⁷⁷ *Ex multis*. E. Volokh, *In defense of the marketplace of ideas/search for truth as a theory of free speech protection*, in *Va. L. Rev.*, 97, 2011.

⁷⁸ K.L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, in *U. Chi. L. Rev.*, 43, 1975.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

veritiere/verificate⁷⁹. Dal secondo punto di vista, appaiono invece rifiutate dalla giurisprudenza statunitense le tesi di Meiklejohn sulla sussistenza di un diverso ruolo degli *speakers* nel dibattito pubblico e nella *town hall* democratica⁸⁰, in favore di un'eguaglianza fra tutti i soggetti che prendono parte al discorso pubblico. In questo senso Robert Post si è interrogato sulle intersezioni fra la necessità per il discorso pubblico del sapere tecnico degli esperti e le *doctrines* del Primo Emendamento. Se è vero che «*[r]eliable expert knowledge is necessary not only for intelligent self-governance, but also for the very value of democratic legitimation*»⁸¹ tuttavia, poiché nel discorso pubblico non possono riconoscersi “verità”, allora ne consegue che «*[c]ommunication of expert knowledge within public discourse is typically protected by the value of democratic legitimation, which can obscure the distinct protections inspired by democratic competence. If an expert chooses to participate in public discourse by speaking about matters within her expertise, her speech will characteristically be classified as fully protected opinion*»⁸². Tralasciando in quest'analisi l'assenza di responsabilità disciplinari, ossia responsabilità rispetto ai contenuti trasmessi, che secondo Post caratterizza le *opinioni* degli esperti nel *public discourse* (a causa dell'assenza di un diritto a essere informati)⁸³, si può quindi sottolineare come l'*expert knowledge*

⁷⁹ Il tema della distinzione fra fatti e opinioni e della protezione del falso nel discorso pubblico statunitense in base alle *doctrines* del Primo Emendamento è stato recentemente affrontato da plurime voci: M. Tushnet, *'Telling Me Lies': The Constitutionality of Regulating False Statements of Fact*, in *Harvard Public Law Working Paper No. 11-02*, 2011; F. Schauer, *Facts and the First Amendment*, in *UCLA L. Rev.*, 57, 2010; S.G. Gey, *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 36, 2008. Si vedano le ben note sentenze: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974); *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

⁸⁰ Meiklejohn riteneva che il discorso pubblico «*does not require that, on every occasion, every citizen shall take part in public debate. Nor can it even give assurance that everyone shall have opportunity to do so... What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said*». A. Meiklejohn, *The Constitutional Powers of the People: The Constitutional Power of the People*, New York, 1965, p. 26.

⁸¹ R.C. Post, *op. cit.*, p. 32-33.

⁸² Ivi, p. 43 (enfasi aggiunta).

⁸³ L'esempio proposto da Post è esplicativo: «*Biologists can with impunity write editorials in the New York Times that are such poor science that they would*

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

nell'ordinamento statunitense sia relegata a opinione politica con lo stesso valore di qualsiasi altra e non meritevole di spazi particolari. Se difatti identificare gli esperti è fondamentale per la democrazia anche per Post⁸⁴, l'autore evidenzia però che dal punto di vista delle *doctrines* del Primo Emendamento non sembra riscontrabile alcun ruolo per gli esperti nel dibattito pubblico, che al contrario appare caratterizzato da una sorta di «*unrestrained epistemic egalitarianism*»⁸⁵. In ragione di queste considerazioni, altri studiosi hanno al proposito parlato di un vero e proprio «*epistemological problem*» del Primo Emendamento⁸⁶. In definitiva⁸⁷ appare evidente che il modello statunitense del *free marketplace of ideas* si pone come modello antitetico a quello euro-italiano: la non riconoscibilità del falso, anche in termini di fatti, conduce sia all'impossibilità di riconoscere un diritto a essere informati sul modello euro-italiano sia all'impraticabilità di formulare norme come quelle sulla "promozione della cultura" o quelle su un *favor* per le comunità epistemiche nella sfera pubblica, essendo la voce degli esperti inquadrata come mero *political speech* nell'ambito del discorso pubblico (al contrario di quanto avviene nel discorso privato e nel *commercial speech*). A tal proposito non appare casuale che chi, negli Stati Uniti, ha tentato di contestare questa visione anti-epistemica sia proprio partito dalla necessità di distinguere i fatti dalle opinioni⁸⁸. Altri hanno invece proposto, per arrivare a una valorizzazione della *expert knowledge*, di promuovere il ruolo delle istituzioni produttrici di

constitute grounds for denying tenure within a university. Members of the general public can rely on expert pronouncements within public discourse only at their peril. Such pronouncements are ultimately subject to political rather than legal accountability». Ivi, p. 44.

⁸⁴ Ivi, p. 32.

⁸⁵ *Ibid.* In questo senso è però chiaro che «*egalitarian principles cannot be allowed to run amok when it comes to how we understand truth or, if you will, expert knowledge*» (R.K.I. Collins - D.M. Skover, *The Guardians of Knowledge in the Modern State: Post's Republic and the First Amendment*, in *Washington Law Review*, 87(2), 2012, p. 369).

⁸⁶ P. Horwitz, *The First Amendment's Epistemological Problem*, in *Washington Law Review*, 87(2), 2012, p. 447.

⁸⁷ J. Blocher, *op. cit.*, p. 433.

⁸⁸ «*One possibility, of course, would be for law to take an active role in separating fact from opinion and protecting claims of expert knowledge, even in public*». J. Blocher, *op. cit.*, p. 432. Cfr. P. Horwitz, *The First Amendment's Epistemological Problem*, cit., p. 472 ss.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

conoscenza⁸⁹, università *in primis*. In conclusione, malgrado non manchi la consapevolezza della necessità di un'opinione pubblica ben informata anche nella giurisprudenza della Corte Suprema americana⁹⁰, è evidente che la soluzione prescelta dal sistema costituzionale statunitense è quella della libertà di espressione come libertà negativa, correlata alla fiducia milliana nel discorso pubblico⁹¹: «*by forbidding discrimination among speakers and ideas, modern First Amendment doctrine emphasizes “the political equality that all citizens enjoy within a democracy.” Every idea, no matter how misguided, and every speaker, no matter how ill-equipped, stands on equal footing. Truth and falsity have largely dropped out of the equation*»⁹².

La considerazione a cui sono giunti alcuni autori è quindi che «*[w]ithout more—that is, without an account of why and how people in public discourse will be able to separate truth and expert knowledge from falsehood and chicanery—the basic premise that expert knowledge will inform participatory democracy will fail*»⁹³. Il riconoscimento del valore per la democrazia delle espressioni delle comunità epistemiche appare perciò in frizione con le *doctrines* del Primo Emendamento, volte a disconoscere da una parte la sussistenza di limiti contenutistici alle *opinioni* degli esperti – cioè la diffusione di fatti verificati – e dall'altra a negargli – coerentemente con l'assenza di un diritto a essere informati dell'opinione pubblica e alla suddetta assenza di “doveri di verità” in campo agli esperti – un ruolo peculiare e di *favor* nel discorso pubblico. Una parziale eccezione a questa impostazione si era nondimeno avuta in un caso specifico, quello dei monopoli, o meglio oligopoli, dei *broadcasters* (in base allo *scarcity principle*), con l'emanazione della *FCC Fairness doctrine* (istituita nel 1949 e abbandonata nel 1987). La *FCC Fairness doctrine* era una normativa fortemente impostata su una sorta di diritto a essere

⁸⁹ «*Some institutions may require institutional protection if they are to serve their proper function within our public sphere*». Ivi, p. 492. Non è tuttavia chiarissimo quali siano le azioni di queste istituzioni che meritano una “*constitutional deference*”.

⁹⁰ Fra le tante affermazioni si può ricordare quella in *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88, 104 (1940) che aveva riaffermato l'importanza «*of an informed and educated public opinion with respect to a matter which is of public concern*».

⁹¹ J. Blocher, *op. cit.*, p. 435.

⁹² P. Horwitz, *The First Amendment's Epistemological Problem*, cit., p. 471.

⁹³ J. Blocher, *op. cit.*, p. 434.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

informati del pubblico americano, con l'istituzione dell'obbligo per i *broadcasters* di affrontare *controversial issues* di interesse pubblico con una pluralità di *viewpoints*. Si creava così un sistema dove non solo i politici ma anche gli esperti erano chiamati a rivestire un ruolo di "speakers" favoriti nell'ambiente mediale. Già nel 1941⁹⁴, peraltro, la FCC aveva evidenziato come «*the licensee has assumed the obligation of presenting all sides of important public questions, fairly, objectively and without bias. The public interest – not the private – is paramount*»⁹⁵. Tale impostazione della FCC del 1941 non fu però mai realmente applicata e appare in palese contrasto con le *doctrines* del Primo Emendamento. Nell'applicazione della *FCC Fairness doctrine* si arrivò tuttavia a richiedere che i *broadcastings* che trasmettevano pubblicità sulle sigarette diffondessero anche delle "repliche" di esperti medici sugli effetti del fumo sulla salute⁹⁶, ritenendo che sulla questione il diritto a essere informati richiedesse un ruolo degli esperti medici nel dibattito pubblico. L'applicazione della *Fairness doctrine* da parte dei singoli *broadcastings* non appariva tuttavia contestabile in base al diritto a essere informati⁹⁷, in relazione agli esperti selezionati o al modo di trattare una questione controversa, in quanto questioni che rientravano appieno nella libertà giornalistica dei *broadcastings*. Il sistema previsto dalla *Fairness doctrine* generava peraltro una grossa contraddizione fra il concetto di *free speech* statunitense, basato sull'esclusione di ingerenze da parte dello Stato, e tale forma di diritto a essere informati: tuttavia essendo impossibile un vaglio "pubblico" sul contenuto dei dibattiti inerenti le *controversial issues* sembra potersi leggere questo diritto a essere informati più come un diritto ad assistere

⁹⁴ Sulla prima evoluzione della *Fairness Doctrine*: S.J. Simmons, *Fairness Doctrine: The Early History*, in *Fed. Comm. B.J.*, 29, 1976.

⁹⁵ FCC Reports, Volume 8, March 1, 1940 to August 1, 1941, p. 340.

⁹⁶ R.L. Barrow, *The Equal Opportunities and Fairness Doctrines in Broadcasting: Pillars in the Forum of Democracy*, in *U. Cin. L. Rev.*, 37, 1968, p. 476 ss.

⁹⁷ Tuttavia, alcuni riconoscevano che «*[p]erhaps the most sensitive aspect of the fairness doctrine is accuracy of news reporting. As the news services of the three major television networks are the principal news source for most Americans, misstatement or suppression of the facts or essential elements of public issues could leave the public largely misinformed or uninformed*». R.L. Barrow, *The Fairness Doctrine: A Double Standard for Electronic and Print Media*, in *Hastings L.J.*, 26, 1975, p. 679

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

a una trattazione di una questione particolare che come quello di ricevere *informazioni* (fatti) verificati sulla stessa⁹⁸.

In questo scenario, come rilevato dalla Corte Suprema, l'avvento di Internet non ha fatto altro che rafforzare l'idea dell'uguaglianza degli *speakers* nel sistema giuridico statunitense – lo ha fatto rispetto alla stampa, ma lo stesso si può dire per gli esperti più in generale -: «*We have consistently rejected the proposition that the institutional press has any constitutional privilege beyond that of other speakers.*» (...) *With the advent of the Internet and the decline of print and broadcast media, moreover, the line between the media and others who wish to comment on political and social issues becomes far more blurred*»⁹⁹. Eppure, da questo punto di vista, la seconda rivoluzione digitale con la piattaforma dell'Internet ha cambiato le carte in tavola rispetto alle suggestioni barlowiane di un Internet come luogo di libertà ed eguaglianza assoluta, reinserendo potenziali forme di (re)intermediazione: la dottrina statunitense ha invero ben compreso il ruolo fondamentale delle piattaforme descrivendo *il free speech* dell'era contemporanea come una relazione trilaterale fra Stato, cittadini e piattaforme¹⁰⁰. Si può infatti osservare come il tema delle infrastrutture su cui si svolge il discorso pubblico online sia oggi percepito come centrale e come sia chiaro che le piattaforme sono un soggetto ormai imprescindibile nel mondo digitale¹⁰¹. In tal senso, la creazione di una posizione di *favor* per gli esperti da parte delle piattaforme digitali è da inserire nell'ambito di un'azione che non viola l'eguaglianza politica dei cittadini poiché posta in essere da un soggetto privato su uno spazio privato. Malgrado la differenziazione fra fonti di

⁹⁸ In questa prospettiva sembra potersi leggere la posizione del Justice White nel caso *Red Lion*: «*the people as a whole retain their interest in free speech by radio and their collective right to have the medium function consistently with the ends and purposes of the First Amendment. It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount. (...) It is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail, rather than to countenance monopolization of that market, whether it be by the Government itself or a private licensee*». *Red Lion Broadcasting Co. contro Federal Communications Commission*, 395 US 367 (1969).

⁹⁹ *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 130 S. Ct. 876 (2010).

¹⁰⁰ J.M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, in *Colum. L. Rev.*, 118, 2018.

¹⁰¹ J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014.

informazione nella sfera pubblica sia in palese contrasto con l'idea dell'uguaglianza degli *speakers* prescritta dal Primo Emendamento, le piattaforme digitali stanno difatti introducendo (come in passato fece la stampa) un *favor* per le espressioni degli esperti. La suddetta dinamica rientra in quel potere di regolazione dei contenuti delle piattaforme che è garantito dalla Sezione 230 CDA e da quella interpretazione del Primo Emendamento che appare attribuire una libertà di espressione in campo alle stesse; libertà che si estrinseca nella facoltà delle piattaforme digitali di effettuare scelte di *content moderation* in piena autonomia¹⁰². Queste scelte sia contenutistiche che di *favor* per determinati utenti ad oggi, malgrado le suggestioni di applicazione della *state action doctrine*¹⁰³ o della *doctrine dei common carriers*¹⁰⁴ alle piattaforme, appaiono completamente in linea con l'interpretazione giurisprudenziale dominante della Sezione 230 CDA e del Primo Emendamento¹⁰⁵.

4. Conclusioni: alla ricerca del quarto diritto aletico (online)

Nell'attuale scenario mediale, sembra dunque assistersi a tentativi *in fieri* di ricostruzione del quarto diritto aletico formulato da Franca D'Agostini e Maurizio Ferrera, ossia il "Diritto di disporre di un sistema scientifico e in generale di autorità epistemiche affidabili"¹⁰⁶. In questo senso, se è vero che l'intermediazione della stampa si è persa sul web è altrettanto evidente che si sta concretizzando una nuova forma di

¹⁰² Così come si era attribuita una libertà di espressione in capo alle corporation con la *Citizens United* (*Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 130 S. Ct. 876 (2010)) e una libertà di coscienza con la *Hobby Lobby* (*Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014)): E. Stradella, *L'inserzione tra discorso commerciale e discorso politico*, in *dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 1, 2016.

¹⁰³ K. Klonick, *The New Governors*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018; *contra*: J.J. Peters, *The "Sovereigns of Cyberspace" and State Action: The First Amendment's Application (or Lack There of) to Third-Party Platforms*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 32, 2017.

¹⁰⁴ Come sembra quasi suggerito dal Justice Thomas nella *concurring opinion* della sentenza *Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.* 593 U. S. ____ (2021).

¹⁰⁵ O. Pollicino, *op. cit.*, p. 60 ss.

¹⁰⁶ F. D'Agostini - M. Ferrera, *op. cit.*

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

(re)intermediazione sulla Rete, quella delle piattaforme digitali, che sta contribuendo alla rigenerazione del rapporto esperti-cittadini nel mondo digitale.

In una sorta di coincidenza degli opposti, Stati Uniti e Italia (ed UE) sembrano convergere, da strade diverse, verso una promozione delle comunità epistemiche nella sfera pubblica piattaforma; i primi attraverso l'operato dei soggetti privati, i secondi attraverso gli interventi delle autorità pubbliche. Rispetto a tale valorizzazione, tuttavia, si deve osservare che se il ruolo degli esperti nel discorso pubblico è stato oggetto di dibattito negli Stati Uniti, in Italia il suo studio appare ancora acerbo, soprattutto in campo giuridico. Mentre il dibattito americano è stato acceso dalla necessità di trovare una soluzione alla crisi e al declino delle comunità epistemiche, che non sembra potersi rinvenire nell'applicazione di un *right to be informed*, il dibattito italiano sul tema appare invece ancora poco stimolato. La scarsa attenzione a questa tematica sembra da doversi correlare alla presenza di soluzioni eteronome dell'Unione Europea (le azioni del *Code of Practice*) che "permettono" l'inazione del legislatore e a un'interpretazione della questione come aspetto secondario del diritto a essere informati di cui all'art. 21 della Costituzione. In entrambi i sistemi è ad ogni modo acclarata l'importanza per la democrazia dell'*expert knowledge*, in quanto è chiaro che la democrazia rappresentativa «ha bisogno del rapporto esperti-cittadini»¹⁰⁷ e che «*the collapse of the relationship between experts and citizens is a dysfunction of democracy itself*»¹⁰⁸.

Le soluzioni per provare a "sanare" questa disfunzione creatasi sulla Rete piattaforma appaiono però necessariamente diverse e divergenti nei due sistemi costituzionali. In questa prospettiva, la "via all'italiana" sembra più "tradizionale", esplicandosi nella possibilità di imporre forme di regolamentazione ai soggetti "mediali" (le piattaforme) per garantire una maggior visibilità dei contenuti degli esperti in nome del diritto a essere informati (e forse anche dell'art. 9 Cost.). L'appunto che si può fare in relazione all'ordinamento italiano riguarda il soggetto che sta svolgendo in maniera preponderante questa

¹⁰⁷ S. Cassese, *Ignoranti e orgogliosi di esserlo*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 novembre 2017.

¹⁰⁸ T. Nichols, *op. cit.*, p. 216.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

mission, ossia l'Unione Europea: se l'azione della Commissione, attraverso soprattutto il *Code of practice on disinformation*, appare compatibile con l'art. 21 della Costituzione, si deve però registrare l'inattività del legislatore italiano in quest'ambito. In questa dinamica, si può però anche evidenziare che l'egualitarismo politico non si possa tradurre in un egualitarismo di valore delle espressioni nei campi dell'*expert knowledge* nemmeno nell'ordinamento statunitense. Tale assunto, tuttavia, se trova una via "costituzionale" per esternarsi nel discorso pubblico italo-europeo, in base al diritto dei cittadini a essere informati, non riesce a farsi strada nel contesto costituzionale disegnato dalle attuali *doctrines* del Primo Emendamento. La "via alla statunitense" alla ricostruzione di uno spazio privilegiato per gli esperti nel discorso pubblico digitale passa dunque per l'operato dei soggetti privati. Questo era peraltro in qualche modo avvenuto anche nel mondo analogico attraverso l'azione dei mass media tradizionali¹⁰⁹, anche se tale fenomeno è stato ignorato dalle *doctrines* del Primo Emendamento che si sono da sempre caratterizzate per un'«*institutional agnosticism*»¹¹⁰ volto solo a considerare il rapporto Stato-cittadino senza guardare ai corpi intermedi e al loro impatto sul discorso pubblico.

In definitiva si può concludere che in entrambi gli ordinamenti sembra rilevabile una tendenza a ricostruire uno spazio per gli esperti nella sfera pubblica piattaforma, con strumenti che a oggi appaiono in linea con le rispettive disposizioni costituzionali. Tali strumenti possono sembrare una forma di "soluzionismo comunicativo"¹¹¹ ma potrebbero tuttavia funzionare per contrastare la *misinformation*, attraverso la diffusione di fonti affidabili di informazioni¹¹². A chiusura di questo scritto urge però ricordare come la cultura democratica, o meglio la cultura della democrazia

¹⁰⁹ Anche se un processo di decostruzione del ruolo delle comunità epistemiche era già iniziato con l'approccio populista di Fox News nel nuovo millennio: R. Peck, "Listen To Your Gut". *How Fox News's populist style changed the American public sphere and journalistic truth in the process*, in H. Tumber - S. Waisbord (eds.), *The Routledge Companion to Media Disinformation and Populism*, Londra, 2021.

¹¹⁰ P. Horwitz, *First Amendment Institutions*, Cambridge (MA), 2013, p. 5.

¹¹¹ Si vedano al riguardo gli interessanti saggi presenti nei numeri 3/2020 e 3/2021 della rivista *Comunicazione politica*.

¹¹² Cfr. C. Sunstein, *op. cit.*, p. 75 e p. 80.

rappresentativa, vada coltivata e che ridare centralità agli esperti non significa che essi riacquisiranno un peso nel discorso pubblico¹¹³; in relazione ai meccanismi sociologici correlati alla fiducia negli esperti e alla creazione di una comunicazione comprensibile da parte delle comunità epistemiche il diritto può infatti ben poco. Infine, il *favor* per determinati soggetti potrebbe essere ricondotto a una sorta di privatizzazione della censura¹¹⁴ che, in contesti monopolistici o oligopolistici (come i mercati nei quali agiscono le attuali piattaforme) e in assenza di adeguati controlli pubblici e/o di creazione di responsabilità, può sollevare numerosi interrogativi sulla tutela della libertà di espressione online¹¹⁵.

ABSTRACT: The paper aims to capture the role of epistemic communities in the public discourse. More precisely, the paper explores how the roles of expert knowledge and of experts are being reconstructed on digital platforms (social networks *in primis*) and what are the constitutional grounds for this action. In order to investigate this issue, the paper compares two prototypical legal systems in the regulation of the digital world, the US and the EU-Italian one.

¹¹³ In questo senso Nichols ha rilevato che «*[r]ather, Americans now think of democracy as a state of actual equality, in which every opinion is as good as any other on almost any subject under the sun. Feelings are more important than facts: if people think vaccines are harmful, or if they believe that half of the US budget is going to foreign aid, then it is “undemocratic” and “elitist” to contradict them*» (T. Nichols, *op. cit.*, p. 232). Su questa *forma mentis* ben poco può fare il diritto, se non incentivare forme educative che aiutino a comprendere il funzionamento della democrazia rappresentativa e a ricostruire un rapporto di “fiducia scettica” verso gli esperti e la scienza: I. Cerovac, *The Role of Experts*, cit.

¹¹⁴ Il *favor* algoritmico è infatti stato descritto come “censura indiretta”, soprattutto per quanto riguarda i motori di ricerca: M. Monti, *Privatizzazione*, cit.

¹¹⁵ Si veda per il dibattito sia in Europa che negli USA: K. Klonick, *op. cit.*; T. Gillespie, *Custodians of the Internet*, New Haven, 2018; M. Bassini, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 25(2), 2019; M. Monti, *Privatizzazione*, cit., e più recentemente: M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *Rivista di diritto dei media* (rivista.medialaws.eu), 1, 2021.

Forum: *Scienza e tecnica nel diritto e nello spazio pubblico*

Matteo Monti

Gli esperti nella sfera pubblica piattaforma

KEYWORDS: expert knowledge – freedom of expression – right to be informed – digital platforms

Matteo Monti – Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, LUISS Guido Carli (matteo.monti@luiss.it)

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Teoria della Costituzione, valori fondamentali, dinamica delle Carte dei diritti all'insegna del "metapprincipio" della massimizzazione della loro tutela. – 2. *Consuetudini culturali* largamente diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale quali punti obbligati di riferimento in sede di ricognizione dei principi fondamentali dell'ordinamento e della loro messa a punto in prospettiva storicamente determinata ed assiologicamente orientata (in specie, la Costituzione e la legislazione costituzionale quale "disvelamento" delle consuetudini in parola). – 3. L'aporia metodico-teorica di cui si ha riscontro in giurisprudenza e dottrina correnti, costituita dall'innaturale innesto di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta nel tronco di una teoria della Costituzione d'ispirazione assiologico-sostanziale, e la cooperazione tra gli operatori istituzionali, nella tipicità dei loro ruoli, quale condizione indispensabile per l'ottimale appagamento dei diritti alle condizioni oggettive di contesto. – 4. Una irrisolta, insanabile contraddizione: i correttivi di ordine assiologico-sostanziale apportati alle ricostruzioni correnti di stampo formale-astratto dell'ordine delle fonti (esemplificazioni tratte da alcune note indicazioni venute dalla giurisprudenza costituzionale). – 5. Le oscillazioni e contraddizioni esibite dalla giurisprudenza costituzionale a riguardo dei rapporti tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti: emblematica espressione della complessiva carenza di una organica *teoria delle Carte* che tarda a maturare ed a rendersi visibile in alcune delle più salienti esperienze della giustizia costituzionale. – 6. Al tirar delle somme.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

1. Teoria della Costituzione, valori fondamentali, dinamica delle Carte dei diritti all'insegna del "metaprincipio" della massimizzazione della loro tutela

Si dà un legame inscindibile e, anzi, una vera e propria compenetrazione ed immedesimazione tra le teorie di cui ora si passa a discorrere sotto un peculiare aspetto e per esigenze ricostruttive parimenti peculiari, così come è d'altronde evocato dal titolo dato alla succinta riflessione che mi accingo a svolgere e che mi auguro non suoni irriverente per coloro che si riconoscono in un certo credo religioso. Tre teorie, dunque, distinguibili unicamente per l'angolo visuale dal quale si guarda all'unico oggetto di studio, mettendone a fuoco ora questa ed ora quella faccia di cui esso si compone e lasciando sullo sfondo le restanti; indistinguibili, invece, nella visione d'assieme, ciascuna di esse rimandando alle altre e tutte prendendo forma unicamente nel loro fare tutt'uno.

Una preliminare avvertenza.

Al di là di ciò che parrebbe desumersi dal titolo stesso, l'analisi che ci si accinge a compiere non ha alcuna pretesa di ordine teorico-generale, non aspirando a valere per ogni ordinamento giuridico bensì solo per quelli appartenenti alla grande "famiglia" delle liberal-democrazie e, in seno a queste, specificamente per il nostro, avuto riguardo al modo con cui certe idee costituzionali sono venute maturando nel corso di una vicenda ormai plurisecolare, fino ad affermarsi superando ostacoli non lievi incontrati, specie in alcuni momenti ed in certe contingenze, nel loro faticoso e non di rado sofferto cammino. Un'analisi, dunque, contestualizzata, che muove dalla mirabile definizione di Costituzione scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 e si interroga su ciò che essa ha rappresentato e – ciò che più importa – ancora oggi rappresenta nell'odierno contesto connotato, per l'aspetto positivo, dal carattere plurale della Costituzione *in senso materiale*, a motivo del fiorire dei documenti normativi che con la Carta costituzionale condividono il tratto elettivo e qualificante di dare il riconoscimento dei diritti fondamentali, e, per l'aspetto politico-istituzionale, da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, nonché da equilibri mobili e precari che si

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

fanno e rifanno senza sosta tra i decisori politici e gli organi di garanzia (in ispecie, i giudici).

Non ho, ad ogni buon conto, dubbio alcuno a riguardo della perdurante attualità della indicazione teorica consegnataci dai rivoluzionari francesi¹, laddove coglie nel riconoscimento dei diritti fondamentali la più immediata e genuina espressione della essenza costituzionale e nella separazione dei poteri lo strumento indispensabile a far sì che il riconoscimento stesso possa tradursi in diritto vivente e vivificante l'esperienza costituzionale.

L'assetto dei pubblici poteri e l'intero sistema costituzionale sono, dunque, in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto –, l'insieme dei diritti stessi ponendosi quale l'autentico cuore pulsante del corpo sociale e, di riflesso, della Costituzione e dell'intero ordinamento sulla stessa fondato.

Si spiega in questa luce la nota dottrina che vede in un fascio di valori fondamentali positivizzati (i c.d. “principi fondamentali”) la più qualificante espressione della Costituzione quale *fons fontium, norma normans sed non normata*.

Nessun ordinamento – sia chiaro – può fare a meno di dotarsi di un pugno di valori fondamentali, dal momento che tutti hanno bisogno di fondamenta sulle quali ergersi, crescere e senza sosta rinnovarsi, restando comunque fedeli alla propria identità e costantemente protesi a promuoverla ed a valorizzarla. È approssimativo e, anzi, a dirla tutta, forzato distinguere gli ordinamenti del secondo dopoguerra da quelli

* Avverto che l'ampiezza del campo attraversato da questa riflessione avrebbe richiesto un corposo apparato di riferimenti di dottrina e giurisprudenza che lo spazio assai limitato qui disponibile non ha consentito di effettuare. I richiami saranno pertanto circoscritti unicamente a ciò che è indispensabile per una migliore comprensione dei concetti esposti nel testo.

** Il contributo non è stato sottoposto a referaggio in quanto proveniente da un membro del Comitato Scientifico.

¹ ... malgrado le contestazioni ricevute anche in Paesi componenti l'Unione europea, e segnatamente in Ungheria e Polonia, e le minacce venute da movimenti politici nazionalisti ad oltranza [a riguardo delle esperienze maturate in seno alle c.d. “democrazie illiberali”, per tutti, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2020 di *DPCE Online*, 16 ottobre 2020, nonché, nella stessa *Rivista*, 2, 2021, 9 luglio 2021, A. Spadaro, *Integrazione europea e costituzionalismo globale*, p. 2431 ss., spec. p. 2438 ss.].

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

della prima stagione liberale, in ragione del fatto che solo i primi sarebbero ricchi di indicazioni di principio assiologicamente pregnanti, invece assenti nelle Carte ottocentesche, tra le quali la nostra. Nessuna organizzazione dei pubblici poteri può, infatti, fare a meno di ispirarsi ai valori in nome dei quali le Carte costituzionali vengono alla luce, quasi sempre a seguito di un processo travagliato o – come suol dirsi – di una vera e propria “lotta per la Costituzione”, così come (e prima ancora) può farne a meno la disciplina dei rapporti tra comunità governata ed apparato governante, nonché dei rapporti intercorrenti tra i componenti la prima e gli elementi costitutivo del secondo (e, segnatamente, di quelli caratterizzanti la forma di governo).

Tutto ciò posto, resta ugualmente una differenza non di mera quantità bensì di qualità tra le Carte di un tempo e quelle venute alla luce dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra, non soltanto per il carattere esplicito, proprio di queste ultime, delle affermazioni che danno voce ai valori fondamentali ma anche per la intrinseca pregnanza semantica degli enunciati che le contengono, la ricchezza e profondità dei pensieri in questi ultimi espressi al servizio della persona umana, dei suoi diritti fondamentali, della sua dignità.

Occorre tuttavia spingersi ancora oltre questa indicazione di fondo della quale peraltro – come si sa – la dottrina è pienamente avvertita, secondo quanto è avvalorato dalla nota teoria dei limiti alla revisione costituzionale nella quale quasi tutti gli studiosi ormai da tempo si riconoscono²: una teoria – è appena il caso qui di esplicitare – che, giusta l'impostazione qui accolta, una volta riguardata retrospettivamente, è da considerare valevole anche per la prima stagione degli ordinamenti liberali, malgrado al tempo essa non fosse ancora giunta a compiuta maturazione. Non è, infatti, possibile percepire fino in fondo le enormi potenzialità espressive delle Carte del secondo dopoguerra (e, tra queste, dunque, anche della nostra) se non se ne riguarda la essenza alla luce del peculiare contesto in cui esse sono venute a formazione. Non è, per vero, per mero accidente che in esse sia esplicitamente ammessa la soggezione della sovranità dello Stato a

² Il dibattito sul tema è tornato, ancora non molto tempo addietro, a riaccendersi in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018. Si veda U. Adamo-R. Caridà-A. Lollo-A. Morelli-V. Pupo (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

limiti a beneficio di organizzazioni internazionali costituite allo scopo di preservare la pace e la giustizia tra le Nazioni, una soggezione assurda – come si sa – a principio fondante il nostro ordinamento.

Un'affermazione solenne, questa, che suona deciso ripudio nei riguardi di un recente e cocente passato che aveva portato al sacrificio di milioni di vite umane, unitamente a macerie materiali e morali che hanno richiesto uno sforzo collettivo immane per essere rimosse e al loro posto ricostruire sin dalle fondamenta il nuovo ordine costituzionale e sociale.

E, invero, gli artt. 10 ed 11 della nostra Carta (e, *mutatis mutandis*, anche di altre ad esse pressoché coeve) richiedono di essere riletti alla luce dei valori fondamentali restanti, in ispecie di quelli di cui agli artt. 2 e 3, componenti – piace a me dire – la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza, quali autentici valori transepolari e tendenzialmente universali³. Ne discende – a me pare – che la Carta stessa si conforma come “intercostituzionale”, per sua strutturale ed indeclinabile vocazione aperta alle altre Carte costituzionali (tra le quali, centralità di posto è da assegnare in particolare alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo) e disponibile, pertanto, a farsi da esse rigenerare semanticamente senza sosta, allo stesso tempo in cui ad esse si offre per il loro costante e necessario alimento e rinnovamento⁴.

Il principio di apertura – come a me piace chiamarlo – è, dunque, a un tempo, un principio-mezzo ed un principio-fine: è fine in sé e per sé ma è anche (e soprattutto) la via che conduce all'ottimale appagamento dei diritti fondamentali, appunto grazie allo sforzo sinergico ed alla leale competizione e cooperazione che si intrattiene tra le Carte (e, di riflesso, le Corti) in vista del raggiungimento dello scopo comune, che ne dà la essenza e ne giustifica la venuta alla luce.

La dinamica delle Carte richiede, nondimeno, un orientamento e un verso e, perciò, un criterio alla cui luce potersi svolgere e portare a

³ Sulle mutue implicazioni che si intrattengono e senza sosta svolgono tra i valori in parola, sopra tutti, v. G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

⁴ Ho cominciato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *DPCE*, 2, 2001, p. 544 ss., sviluppando poi questa idea in più scritti, per plurime esigenze teorico-ricostruttive.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

frutto, a beneficio dei diritti da esse riconosciuti; e lo richiedono, in buona sostanza, gli operatori che la pongono in essere, siano essi i decisori politici, cui compete secondo modello fare il primo passo, dando vita a leggi e ad atti in genere di normazione volti a dare congrua specificazione-attuazione agli enunciati delle Carte stesse, espressivi *per tabulas* di valore in grado eminente, e siano pure i giudici in genere (comuni e costituzionali, nazionali e non) e quanti svolgono attività di garanzia costituzionale (in senso lato), senza, peraltro, trascurare anche l'attività svolta dagli amministratori, per quanto la stessa sia perlopiù sottostimata dalla maggioranza degli studi dedicati alla dinamica stessa.

Un orientamento ed un verso che discendono dal *principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali* o, per dir meglio, dal “metapprincipio” della ricerca della miglior tutela, in ragione delle condizioni di contesto in cui s’inscrivono i singoli casi della vita, della loro complessiva connotazione, delle mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo e bisognosi di raggiungere punti interni di equilibrio per quanto possibile appaganti.

Non riprendo qui, dopo averne detto ripetutamente altrove, le vessate questioni coinvolgenti il “metapprincipio” in parola (così qualificato proprio perché dallo stesso dipende la sistemazione, per il tramite del reciproco “bilanciamento”, dei principi fondamentali, anche nelle loro proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali)⁵. In particolare, non faccio richiamo né degli argomenti addotti dalla più severa dottrina, spintasi fino al punto di contestarne la esistenza⁶, né di quelli con i quali se ne tenta la confutazione, riconfermandosi appunto la centralità di posto del “metapprincipio” stesso⁷. È singolare, ad ogni

⁵ L’etichetta si rinviene ora anche in uno scritto di A. Randazzo, *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.*, 2, 2020, p. 658 ss.

⁶ Così, part., R. Bin, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1, 2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché nell’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, in R.G. Conti (a cura di), in *Giustizia insieme*, 10 aprile 2019.

⁷ Possono, volendo, vedersi, oltre che nell’intervista suddetta anche da me resa, nei miei *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine*, 3, 2019, p. 707 ss., spec. p. 714 in nt. 30; *La oscillante forza normativa della CEDU, vista dalla Consulta*, in *Ord. internaz. e dir. um.*, 2, 2020, p. 193 ss.; *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Riv.*

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

buon conto, il fatto che la dottrina da cui qui si prendono nuovamente le distanze non spieghi quale sia mai il criterio idoneo a prendere il posto del canone fondamentale in parola, laddove in tesi se ne abbia la messa da canto, posto che un criterio ha comunque da esservi, dal momento che l'alternativa sarebbe quella – a dir poco sconsigliata – della casualità delle soluzioni di volta in volta apprestate. Ciò che, però, com'è chiaro, spianerebbe la via all'affermazione forzosa, *Constitutioni soluta*, del potere dei giudici o – come suole essere da molti chiamato – di quel “suprematismo” giudiziario che, nelle sue più radicali ed esasperate espressioni, fa suonare le campane a morto per la Costituzione e lo Stato costituzionale⁸.

Sia chiaro. Nessuno è così ingenuo da non riconoscere che i giudici in genere dispongono di spazi di manovra particolarmente estesi *entro* i quali far valere il loro discrezionale apprezzamento, tanto più poi laddove si abbia riscontro di gravi e perduranti carenze e persino di omissioni assolute da parte del legislatore, nel mentre le stesse Carte dei diritti (a partire da quella costituzionale) esibiscono, specie in alcuni punti della loro trama positiva, opacità di dettato, lacune ora più ed ora meno vistose⁹ o, addirittura, rimangono “mute” in relazione a questioni nuove e gravate da considerevoli ipoteche teoriche ed incertezze ricostruttive, quali in ispecie sono quelle relative ai momenti iniziali e

AIC, 3, 2020, p. 130 ss.; *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 2020, p. 10 ss.; *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in *Ord. internaz. e dir. um.*, 2, 2021, spec. p. 273 ss.

⁸ In tema, molto importanti sono i contributi di A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 251 ss. (nei riguardi del cui pensiero, criticamente, v. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, p. 757 ss., e, pure ivi, E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, p. 777 ss.) e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12, 2021, p. 170 ss.

⁹ ... anche in ragione del tempo della loro venuta alla luce e degli oggetti specificamente disciplinati. Con specifico riguardo alle lacune della Costituzione, maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *Lacune costituzionali*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, 18 aprile 2016.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

finali della esistenza umana e ad altri momenti ancora di quest'ultima aventi cruciale rilievo¹⁰.

Ebbene, proprio per ciò, si rende ancora più urgente e pressante il bisogno di far capo al “metaprincipio” suddetto, l'autentica stella polare in grado di agevolare – fin dove possibile – la realizzazione di sostanziali convergenze tra gli operatori (specie tra quelli di giustizia), grazie all'incessante e fecondo “dialogo” che tra di essi s'intrattiene e senza sosta svolge. Ancora più considerevoli ed apprezzabili, poi, gli esiti di quest'ultimo laddove per il suo tramite vengano spontaneamente a determinarsi delle vere e proprie *consuetudini interpretative* aventi ad oggetto enunciati sostanzialmente coincidenti di più Carte in relazione ai medesimi diritti. La stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali, pur nella loro indeclinabile vocazione al rinnovamento interno, unitamente alla loro condivisione da parte di quanti svolgono il *munus* loro assegnato in contesti ordinamentali diversi, è, dunque, la migliore garanzia di cui si dispone avverso il carattere eccentrico ed improvvisato delle soluzioni apprestate da isolati operatori.

¹⁰ In argomento, nella ormai incontenibile lett., richiamo qui solo, quanto alle vicende d'inizio-vita, i contributi di B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019; S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020 (e, dello stesso, già, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Milano, 2012); F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020; quanto, poi, a quelle di fine-vita, v., almeno, R.G. 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*, Roma, 2019, e S. Agosta, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020 (del quale v., già, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Roma, 2020).

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

2. Consuetudini culturali largamente diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale quali punti obbligati di riferimento in sede di ricognizione dei principi fondamentali dell'ordinamento e della loro messa a punto in prospettiva storicamente determinata ed assiologicamente orientata (in specie, la Costituzione e la legislazione costituzionale quale "disvelamento" delle consuetudini in parola)

Il rilievo teorico-pratico delle consuetudini culturali in parola si apprezza in particolare misura al piano della interpretazione costituzionale¹¹ e se ne ha palmare testimonianza proprio nella sua principale applicazione, in sede di ricognizione e messa a punto dei principi fondamentali, a partire proprio da quelli specificamente riguardanti i diritti¹²: la prima e necessaria operazione da compiere, senza la quale non è possibile cogliere l'essenza della Costituzione, capire le ragioni che ne hanno determinato la venuta alla luce, intenderne il senso complessivo.

I principi fondamentali, secondo opinione corrente, sono lo specchio dei valori parimenti fondamentali in nome dei quali, in una determinata temperie storica, si è messo in moto il processo politico che ha portato all'abbattimento del vecchio ordine costituzionale ed alla edificazione al suo posto di uno nuovo, in tesi profondamente diverso da quello preesistente. Non v'è disposto alcuno di una Carta costituzionale che, nelle intenzioni di chi lo ha originariamente forgiato, non risponda di necessità allo scopo di dare voce ai nuovi valori fondamentali e, per ciò stesso, non si ponga in svolgimento dei principi nei quali i primi ricevono la loro prima e più genuina traduzione positiva. I principi, dunque, si irradiano e distendono per l'intero dettato costituzionale e di qui quindi si espandono per l'intero ordinamento, nessun angolo, neppure il più remoto ed all'apparenza di

¹¹ Interessanti spunti di ordine teorico sono stati si recente offerti da A. Spadaro, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi*, 16, 2021, p. 208 ss. Se si vuole, può inoltre vedersi il mio *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 3, 2019, p. 572 ss.

¹² Delle non lievi questioni metodico-teoriche che pone il loro riconoscimento costituzionale si è animatamente discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10-11 giugno 2016 su V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

secondario rilievo di quest'ultimo, sottraendosi alla loro luce abbagliante che, nondimeno, al pari della gloria divina, si manifesta – come diceva il Poeta¹³ – “in una parte più e meno altrove”.

Questo concetto è reso in modo particolarmente efficace dalla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, cui si è sopra fatto cenno, che – come si sa – sottrae i principi fondamentali ad ogni forma d'innovazione in grado di recidere il filo della continuità evolutiva dell'ordinamento. In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, per un verso, gli enunciati sicuramente espressivi di principi, in quanto così espressamente qualificati dalla stessa Carta, non si sottraggono ad alcune innovazioni, segnatamente a quelle volte a farne ulteriormente espandere l'area materiale da essi coperta ed a renderne pertanto ancora più incisiva la “funzione” loro propria di porsi al servizio della persona umana, dei suoi diritti, della sua dignità. Per un altro verso, proprio per il fatto di porsi – come si diceva – ogni statuizione costituzionale in svolgimento dei principi, anche disposti diversi da quelli espressivi di questi ultimi possono sottrarsi alle innovazioni suddette, specificamente laddove il loro venire meno ridondi in un pregiudizio irreparabile per i primi.

Qui è, però, il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Si tratta, infatti, di stabilire quali enunciati presentino un legame talmente stretto con quelli espressivi dei principi o per dir così – ne siano la filiazione prima, diretta e necessaria, sì da godere dello stesso trattamento privilegiato che è proprio di questi.

Non si dà, in tesi, alcun criterio di formale fattura che possa giovare allo scopo. Assiologico-sostanziali essendo, infatti, la prospettiva e il criterio che consentono di pervenire alla ricognizione dei principi ed alla loro complessiva messa a punto semantica, assiologico-sostanziali non possono che essere altresì la prospettiva e i criteri che danno modo di cogliere il rapporto di strumentalità diretta e necessaria intercorrente tra questa e quella statuizione costituzionale.

Se è vero, com'è vero, che i valori fondamentali affondano le loro radici nella storia di una comunità politicamente organizzata, è solo con senso storico-politico che può, dunque, cogliersi l'essenza dei valori stessi e, di conseguenza, dei principi che ne danno il primo e diretto svolgimento positivo; e così è pure, discendendo, per la individuazione

¹³ ... nel noto *incipit* del *Paradiso*.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

dei disposti idonei a porsi nel rapporto suddetto, diversamente dagli altri che, pur disponendosi per la loro parte al servizio dei principi (e, quindi, dei valori), possono costituire oggetto delle innovazioni positive di cui si viene ora dicendo.

Non si nega, ovviamente, il carattere sistematico della Costituzione, conseguente al modo con cui ciascun disposto si pone nei riguardi degli altri e tutti assieme fanno appunto un “insieme” originale ed irripetibile, così come non si nega che, per il fatto stesso di esserci, ogni disposto nella originaria intenzione del Costituente è stato considerato necessario per la realizzazione del progetto avuto in mente per la edificazione del nuovo ordine costituzionale. In disparte, però, il significato ed il rilievo dell'*original intent*, come si sa assai discusso e, comunque, pur sempre relativo, è da mettere in conto che disposti nei quali si faceva affidamento possano col tempo rivelarsi inadeguati allo scopo o, come che sia, bisognosi di più o meno corposi aggiustamenti. Lo ammette la stessa Carta col prevedere le procedure idonee ad aggiornarla, nonché i fatti o gli atti di normazione parimenti conducenti allo scopo (a partire dalle norme generalmente riconosciute in seno alla Comunità internazionale, specificamente serventi il valore della pace e della giustizia tra le Nazioni, cui si è dietro fatto richiamo). D'altronde, gli stessi enunciati espressivi dei principi – come si diceva poc'anzi – possono richiedere di essere, in maggiore o minore misura, aggiornati ed ulteriormente perfezionati; ed è, anzi, a mia opinione urgente farvi luogo, recependo e *quodammodo* “razionalizzando” indicazioni venute dalla più avvertita dottrina e consolidata giurisprudenza.

Così, per fare ora solo i primi esempi che vengono in mente e avuto riguardo a previsioni a finalità integrativa nei riguardi della Carta, che da tempo figurano in progetti di revisione costituzionale e sulle quali si sono ormai coagulati ampi consensi, sarebbe sommamente opportuno esplicitare che il divieto di discriminazioni, di cui è parola nell'art. 3, valga anche in relazione all'orientamento sessuale, e ancora fare richiamo dell'ambiente e dell'ecosistema nell'art. 9 o dell'appartenenza della Repubblica all'Unione Europea nell'art. 11, e via dicendo.

Un punto è, ad ogni buon conto, da tenere fermo; ed è che la

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

Costituzione è, in sé e per sé, “disvelamento” di ciò che è racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale¹⁴, dei più avvertiti e diffusi bisogni, delle aspirazioni ideali o, diciamo pure, dei valori nei quali la comunità tutta o, comunque, la sua larghissima parte si riconosce ed ai quali intende ispirare le relazioni che in seno alla stessa si intrattengono, come pure quelle che si hanno tra la comunità e l'apparato governante. La c.d. “materia costituzionale”, nelle sue proiezioni positive e per le espressioni che riceve per il tramite della Carta, è tutto questo¹⁵. E, poiché – com'è stato messo in chiaro da un'avveduta dottrina¹⁶ – la Costituzione, più (e prima ancora) che essere un atto, è un processo, attraversato da un moto incessante¹⁷ ed orientato verso una meta mai raggiungibile a pieno, dal momento che i valori fondamentali esprimono pretese di appagamento mai finite e crescenti, se ne ha che anche le innovazioni successivamente apportate alla Carta hanno da porsi esse pure quale “disvelamento” di nuovi bisogni nel frattempo affermatasi e profondamente radicati nel corpo sociale, che premono appunto per la loro emersione ed il necessario riconoscimento positivo.

Di conseguenza, le innovazioni in parola sono – perlomeno il più delle volte –, secondo modello, doverose, per quanto ovviamente non sia sanzionabile (se non con gli strumenti usuali, e per vero scarsamente efficaci, della responsabilità politica diffusa) la loro mancata adozione ovvero la inadeguata “razionalizzazione”. In linea puramente teorica,

¹⁴ Di cruciale rilievo, al riguardo, la lezione teorica di P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, ma – come si è tentato di mostrare altrove [nel mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in A. Lovato (a cura di), *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Torino, 2019, p. 299 ss., nonché in *Riv. AIC*, 4, 2017, 12 dicembre 2017] – già nella tradizione romanistica si rinvencono spunti preziosi in tal senso.

¹⁵ Raggiugli a riguardo di ciò che essa è e del modo con cui se ne ha (e deve avere) la regolazione possono, volendo, aversi dalla mia *op. ult. cit.*

¹⁶ V., part., A. Spadaro, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, p. 343 ss.

¹⁷ Del “moto della Costituzione” ha specificamente discorso M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 1, 2013, 1 marzo 2013.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

per vero, anche gli atti di forma costituzionale soggiacciono – come si sa – a sindacato di costituzionalità idoneo, se del caso, a sfociare in manipolazioni di vario segno nei riguardi del loro dettato; l'esperienza, però, insegna che essi non sono fatti oggetto di caducazione con le forme allo scopo prescritte, preferendo il giudice delle leggi non contrapporsi frontalmente alla massima espressione di potere costituito, nel timore – verosimilmente – di potersi delegittimare davanti alla pubblica opinione, tanto più poi laddove gli atti di revisione siano stati approvati con i più larghi consensi in seno alle assemblee elettive ovvero abbiano ricevuto l'avallo in occasione di eventuali prove referendarie svoltesi a norma dell'art. 138 Cost. Si preferisce, dunque, riscrivere per via interpretativa, anche da cima a fondo, enunciati costituzionali giudicati malfatti, secondo quanto è ad es. avvenuto per il Titolo V della Parte II, assoggettato a modifiche tacite corpose anche per mano della stessa Corte, tuttavia presentate come originali riletture (diciamo pure, sananti) delle testuali indicazioni consegnate dall'autore della riforma¹⁸.

Alla luce di quanto si è fin qui venuti dicendo, si ha dunque conferma che le più salde e radicate consuetudini culturali presenti nel corpo sociale sono la fonte prima cui ha attinto il Costituente e cui attinge anche il legislatore di revisione, così come da esse incessantemente si alimentano gli operatori tutti ai quali i documenti normativi di forma costituzionale sono dati in consegna perché ne

¹⁸ Particolarmente istruttivi, al riguardo, gli studi aventi ad oggetto le modifiche in parola, tra i quali v., almeno, quelli di M.P. Iadicicco, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in *Costituzionalismo*, 3, 2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, già *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., p. 231 ss.; pure ivi, può vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, p. 415 ss., nonché in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2018, 20 giugno 2018. Inoltre, S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Riv. AIC*, 1, 2019, p. 335 ss.; i contributi che sono in A. Mangia, R. Bin (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Dir. cost.*, 1, 2020; Y.M. Citino, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021, e, della stessa, ora, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2021, p. 40 ss. Infine, in prospettiva economica, v. L. Rampa, *Rigidità e flessibilità delle Costituzioni alla luce della teoria dei contratti incompleti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2021, p. 185 ss.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

facciano l'utilizzo più opportuno in relazione al *munus* a ciascuno di essi assegnato.

È grazie al costante riferimento ad esse fatto che prendono forma ed incessantemente si rinnovano i principi fondamentali, tra i quali, con centralità di posto, quelli che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali.

È pur vero che il rilievo assegnato alle consuetudini suddette fa correre il rischio, concreto e non meramente teorico-astratto, del sacrificio di posizioni culturali minoritarie e persino isolate nel corpo sociale, nondimeno compensato dal vantaggio che viene dal fatto di dar voce ai più larghi e radicati consensi in seno allo stesso circa la sussistenza dei bisogni elementari della persona, senza il cui appagamento la esistenza stessa non sarebbe più – per dirla con la nostra Carta – “libera e dignitosa”: bisogni, dunque, consolidati e duraturi nel tempo, non rispondenti cioè ad effimere o eccentriche pulsioni che abbiano a manifestarsi all'interno della comunità.

La teoria dei diritti fondamentali – come si vede – è quella parte della teoria della Costituzione specificamente riguardante il “riconoscimento” (nella sua propria e rigorosa accezione) dei diritti stessi, avente cioè ad oggetto i processi che presiedono, in primo luogo, alle forme della loro originaria positivizzazione ed al successivo rinnovamento normativo e, secondariamente, alle forme della loro interpretazione, applicazione, garanzia.

La teoria delle fonti è, poi, lo strumento che dà modo alla teoria della Costituzione ed alla teoria dei diritti fondamentali di inverarsi nell'esperienza, di farsi insomma “diritto costituzionale vivente”.

Ricorrendo ad una metafora, potrebbe dirsi che la teoria della Costituzione è il corpo, la teoria dei diritti il cuore pulsante che lo tiene in vita e, a un tempo, il cervello che ne dà l'identità; infine, la teoria delle fonti sono gli arti dei quali il corpo stesso si avvale per appagare i bisogni degli organi vitali, cuore e cervello, e dar modo allo stesso tempo al corpo di portarsi avanti nel suo mai finito e non di rado sofferto cammino.

Una e trina, appunto.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

3. L'aporia metodico-teorica di cui si ha riscontro in giurisprudenza e dottrina correnti, costituita dall'innaturale innesto di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta nel tronco di una teoria della Costituzione d'ispirazione assiologico-sostanziale, e la cooperazione tra gli operatori istituzionali, nella tipicità dei loro ruoli, quale condizione indispensabile per l'ottimale appagamento dei diritti alle condizioni oggettive di contesto

Della teoria delle fonti si è avuto modo di dirne in più luoghi di riflessione scientifica e per plurime esigenze di ordine ricostruttivo.

Qui, mi preme solo soffermarmi su un punto di cruciale rilievo, rilevando l'aporia metodica, ancora prima che teorica, che si annida nelle sistemazioni correnti d'ispirazione formale-astratta, che muovono cioè dall'assunto che ogni fonte del diritto abbia un proprio posto nel sistema, che stabilmente detenga e che risulti invariante pur nel variare delle norme dalle fonti stesse prodotte e dei modi con cui esse si pongono in rapporto, per un verso, con i beni della vita oggetto della loro regolazione e, per un altro verso, con i valori fondamentali cui dà voce la Carta.

Ora, in disparte la circostanza per cui, in siffatto ordine d'idee, non è chiaro quale possa essere il posto di fonti prive di connotati formali-procedimentali, quali quelle consuetudinarie¹⁹, irrisolta è la contraddizione costituita dal fatto che l'intero ordine delle fonti poggia su fondamenta di natura assiologico-sostanziale, quali sono quelle apprestate dalla Costituzione (e, segnatamente, dalla sua essenza, i principi fondamentali).

Si fatica invero a capire (o, per dir meglio, non si capisce affatto) come possa innestarsi una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta in un tronco, quello costituzionale, di mera fattura assiologico-sostanziale. Di contro, l'armonia interna al sistema può essere preservata unicamente facendo sì che la teoria delle fonti si ponga quale

¹⁹ ... che, peraltro, secondo opinione corrente, si dispongono ora ad un piano superiore a quello della legge comune (con specifico riferimento alle norme di cui all'art. 10, I c.) ed ora ad uno inferiore persino a quello delle fonti di secondo grado, giusta la sistemazione datane già dall'art. 8 delle preleggi, che nondimeno è da vedere se sia da tenere ferma con l'avvento della Carta repubblicana e dell'ordine normativo su di essa fondato. Questione – come si sa – ampiamente discussa, in merito alla quale qui però nulla può dirsi.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

la immediata prosecuzione e il lineare sviluppo della teoria della Costituzione che è, in sé e per sé, una teoria non formale, secondo quanto peraltro è ammesso dalla dottrina corrente in tema di limiti alla revisione costituzionale che, non a caso, distingue tra norma e norma del medesimo documento licenziato dal Costituente, malgrado tutte siano appunto genuina espressione di potere costituente e risultino dotate della medesima forma.

La contraddizione risulta, poi, ancora più evidente se si pone mente alla funzione propria delle fonti, a partire dalla legge e dalle altre fonti di primo grado, che è quella di specificare-attuare i fini-valori enunciati nella Carta dando quindi appagamento ai più diffusi ed avvertiti bisogni in seno al corpo sociale. Ed è chiaro che punto elettivo di riferimento sono al riguardo i diritti fondamentali, nei quali si esprime – come si diceva – l'essenza della Costituzione.

Ora, proprio in relazione ad essi si è da molti fatto notare che l'abbandono della *teoria delle fonti* ed il passaggio ad una teoria delle norme d'ispirazione assiologico-sostanziale, in linea con una indicazione metodico-teorica che ho ritenuto di dover più volte prospettare, farebbe suonare le campane a morto per il valore della certezza del diritto, invece pienamente appagato da una sistemazione secondo forma.

L'obiezione è, senza alcun dubbio, seria e merita pertanto la massima considerazione. Non supera, tuttavia, il rilievo secondo cui sono proprio i diritti fondamentali (e, in genere, i valori recepiti nella Carta) a restare esposti a gravi pregiudizi conseguenti alla omologazione nel trattamento di fonti aventi la medesima forma ma contenuti anche profondamente diversi, nel loro porsi in rapporto con la Carta, specie nelle sue più qualificanti espressioni. Pregiudicata ne sarebbe, poi, proprio la certezza del diritto, se si conviene che – come si è fatto altrove notare – l'unica certezza del diritto in senso oggettivo è quella che fedelmente si traduce ed interamente risolve in certezza dei diritti costituzionali, vale a dire nella effettività della loro tutela, la massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto ed in relazione alle complessive esigenze dei singoli casi. La qual cosa, poi, per la sua parte, avvalorata l'idea, altrove argomentata, secondo cui la certezza del diritto e dei diritti richiede, al fine di poter essere appagata nella misura massima consentita dalle condizioni suddette, lo sforzo congiunto della legislazione (e della normazione in genere) e delle pratiche

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

giurisdizionali. All'una spetta, infatti, di far luogo, a prima battuta, al "riconoscimento" dei nuovi diritti, così come di dare congrua specificazione-attuazione agli enunciati della Carta aventi ad oggetto i vecchi diritti²⁰. Tocca poi ai giudici (a tutti i giudici, comuni e costituzionali, nazionali e non), l'ottimale ponderazione dei beni della vita evocati in campo dai casi: un'opera, peraltro, che è essa pure a volte attuativa dei disposti normativi, specificamente laddove questi ultimi si presentino a maglie larghe o larghissime, a mezzo di pronunzie dalla varia connotazione strutturale. E, invero, non sono rare le congiunture in cui gli stessi giudici (in specie, quelli costituzionali e sovranazionali) fanno luogo a decisioni *per principia*, sollecitando poi altri operatori di giustizia alla loro ulteriore attuazione ed al complessivo adattamento ai peculiari connotati di ciascun caso. Vengono in tal modo a formarsi – si è detto altrove – delle vere e proprie "catene" di atti funzionalmente connessi e conducenti ad uno scopo comune che – come si vede – può essere centrato unicamente grazie alla leale e feconda cooperazione posta in essere, dapprima, tra legislatore e alcuni operatori di giustizia e, di poi, tra questi ultimi ed altri operatori ancora che con essi condividono il *munus* della somministrazione della giustizia, seppur con ruoli ad ogni buon conto tipizzati e in ambienti istituzionali diversi.

Tutto ciò, ovviamente, secondo modello, che, nello stesso tempo in cui fa proprio il principio della separazione dei poteri, richiede, al fine della sua ottimale implementazione nell'esperienza, l'equilibrio tra gli operatori istituzionali, siano o no chiamati all'esercizio della medesima funzione. È perciò che, a mia opinione, è da considerare comunque forzoso o, diciamo pure, inesatto tanto il modo di ragionare di coloro che rimpiangono lo "Stato legislativo" di un tempo quanto quello di chi discorre di uno "Stato giurisdizionale", in senso ora

²⁰ Non insisto qui, dopo averne detto ripetutamente altrove, a riguardo della necessità che il "riconoscimento" in parola si abbia a mezzo di leggi di forma costituzionale, sì da ricongiungere forma e materia costituzionale, restando quindi demandato alla legge comune il perfezionamento dell'opera intrapresa dalle prime, con un processo di produzione normativa che si fa ed incessantemente rinnova per gradi discendenti. L'esperienza, infatti, offre plurime testimonianze di segno opposto, specie con riferimento a questioni di cruciale rilievo, quali sono quelle che si pongono con riguardo alle vicende d'inizio e fine-vita, in relazione alle quali la disciplina legislativa in parola, che peraltro esibisce gravi carenze e interne contraddizioni, si è avuta unicamente con atti primari di normazione.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

dispreziativo ed ora invece elogiativo. Come si è venuti dicendo, la via giusta, da imboccare e percorrere fino in fondo e senza tentennamento alcuno, è la mediana, quella cioè di uno Stato o, più largamente, di una comunità politica organizzata anche diversa da questo (ad es., l'Unione europea) che sia, a un tempo e necessariamente, "legislativo e giurisdizionale", nel quale cioè ogni organo abbia un proprio posto nel sistema e sia perciò chiamato allo svolgimento di un'attività che può sortire gli effetti avuti di mira unicamente grazie al fattivo ed operoso concorso degli organi restanti.

Il terreno sul quale maturano le esperienze relative ai diritti fondamentali, ai vecchi come (e specialmente) ai nuovi, è proprio quello che offre le migliori conferme del bisogno di ogni potere dello Stato di appoggiarsi agli altri, tutti cooperando, nella tipicità dei ruoli di ciascuno, all'affermazione dei diritti stessi.

È pur vero, tuttavia, che non poche sono le deviazioni dal modello qui succintamente rappresentato nelle sue linee portanti. Si pensi solo all'annosa latitanza ed alle complessive carenze della legislazione, in ciascuna delle sue forme, talune lacune originarie del dettato costituzionale risultando viepiù rimarcate ed aggravate da comportamenti tanto omissivi quanto commissivi maldestri del legislatore, tant'è che non pochi sono i nuovi diritti riconosciuti in prima battuta dai giudici e solo in un secondo momento fatti oggetto di regolazione legislativa, che tuttavia talvolta pecca ora per eccesso (in quanto costituita da disposti innaturalmente minuti e dettagliati) ed ora per difetto (seguitando a mancare norme di legge invece necessarie).

D'altronde, è risaputo che a base delle carenze in genere della legislazione sta l'annosa e viepiù vistosa crisi della rappresentanza politica che non ha consentito (e non consente) all'ambizioso programma di trasformazione sociale delineato in Costituzione di potersi affermare se non in una misura complessivamente non apprezzabile²¹. È perciò che domande sociali imponenti e pressanti,

²¹ In tema, come si sa, si è avuta una incontenibile produzione di lett.: solo per alcune prime indicazioni, si può, se si vuole, vedere il mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta OnLine*, 1, 2021, p. 124 ss.; ulteriori riferimenti, più di recente e nella stessa *Rivista*, in P. Logroscino, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, 2, 2021, p. 406 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

constatato il carattere asfittico del canale della rappresentanza politica, hanno ricercato sbocchi alternativi, indirizzandosi perlopiù verso le sedi in cui si amministra giustizia. a qualunque livello istituzionale e per ogni sua espressione (quale giustizia comune ovvero costituzionale, in senso materiale²²), al punto da far dubitare che la legge possa avere ancora un futuro nell'esperienza giuridica a venire quale strumento primario di regolazione delle dinamiche sociali, idoneo a dare appagamento ai più diffusi ed avvertiti bisogni della comunità governata²³.

Il proliferare delle Carte dei diritti ha, per la sua parte, dato una spinta vigorosa a quest'esito.

Spezzato il monopolio della Costituzione quale documento idoneo a dare il riconoscimento dei diritti fondamentali, attributo che è dunque proprio anche delle Carte di origine esterna allo Stato, se ne ha, per ciò stesso, il venir meno della funzione dei tribunali costituzionali quali unici e massimi garanti del rispetto della Costituzione, funzione essa pure ormai condivisa con altre Corti (e, segnatamente, le Corti europee) che, pur nella tipicità dei ruoli e la sostanziale diversità dei contesti in cui operano, nondimeno assolvono una funzione di "garanzia costituzionale" materialmente intesa.

4. Una irrisolta, insanabile contraddizione: i correttivi di ordine assiologico-sostanziale apportati alle ricostruzioni correnti di stampo formale-astratto dell'ordine delle fonti (esemplificazioni tratte da alcune note indicazioni venute dalla giurisprudenza costituzionale)

Senza seguitare ora ad illustrare difetti plurimi e rilevanti del sistema, peraltro fatti oggetto di esame in molte sedi, è sufficiente qui osservare che è anche nella consapevolezza della loro esistenza che dottrina e giurisprudenza correnti hanno messo in atto plurimi tentativi al fine di porvi un qualche rimedio, allo stesso tempo prospettando

²² ... comprensiva cioè di quella somministrata dalle Corti europee, nella parte in cui si fanno garanti della osservanza delle Carte dei diritti quali documenti *quoad substantiam* costituzionali (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

²³ Raggiugli sul punto, volendo, nel mio *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Oss. Fonti*, 2, 2021, p. 567 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

taluni non secondari correttivi alla ricostruzione delle dinamiche interne al sistema, per il modo con cui se ne ha la rappresentazione in alcuni schemi d'ispirazione formale-astratta. E, invero, la giurisprudenza costituzionale in specie e quanti in dottrina ne condividono l'orientamento parrebbe esser avvertiti del carattere angusto delle ricostruzioni operate in applicazione di categorie teoriche dalla mera connotazione formale; solo che l'esito ricostruttivo raggiunto appare essere comunque minato da interna incoerenza.

Si dà, infatti, più di un caso in cui si assiste ad un brusco mutamento di prospettiva ed al conseguente scivolamento dal piano formale-astratto ad uno assiologico-sostanziale; solo che non si tratta di meri temperamenti dell'impianto complessivo bensì, appunto, di una disarmonia interna a quest'ultimo conseguente al forzoso innesto di elementi di carattere sostanziale in una struttura incapace di accoglierli.

Faccio solo tre esempi al riguardo, al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado facendo.

Il primo fa riferimento alla dottrina dei limiti al referendum abrogativo, specificamente nella parte in cui non dà modo che ad esso soggiacciano norme di legge giudicate idonee ad apprestare una tutela minima di beni costituzionalmente protetti²⁴.

Non importa, ora, naturalmente chiedersi quali essi siano e come possa misurarsi il "grado" della tutela in parola. Sta di fatto che la dottrina in parola distingue – come si vede – norma da norma non già per la loro veste formale bensì unicamente per il modo con cui alcune di esse si pongono in funzione servente nei riguardi di beni costituzionalmente protetti, per ciò stesso presentandosi – piace a me dire²⁵ – "pregevoli" *quoad substantiam* e, pertanto, bisognose di essere messe al riparo dal rischio della loro incisione. È poi chiaro che, giusta la giustificazione addotta a loro "copertura", così come non può aversi abrogazione "secca" delle norme in parola per via referendaria, parimenti non può aversi ad opera di altro atto della medesima forma (e forza) di quello oggetto d'innovazione. Ci si può spingere ancora

²⁴ Raguagli a riguardo del limite ora esemplificativamente richiamato possono aversi da A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, p. 366.

²⁵ Mi si consenta al riguardo un richiamo al mio primo studio monografico in tema di fonti: v., dunque, il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, spec. p. 240 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

oltre, ragionando della sottrazione a rimozione pura e semplice altresì da parte di atto di grado superiore (e, dunque, di legge di forma costituzionale) che verrebbe fatalmente ad entrare in rotta di collisione con principi fondamentali della Carta evocati in campo a salvaguardia dei beni stessi, a partire da quelli espressivi dei valori di libertà ed eguaglianza.

Qui, come si vede, la sistemazione secondo forma appare essere interamente travolta, a conferma del fatto che – come si diceva – non si è in presenza di un suo mero temperamento ad opera di un elemento di natura assiologico-sostanziale bensì di una rottura insanabile della costruzione complessiva.

Il secondo esempio viene dal riferimento ai “livelli essenziali” delle prestazioni aventi ad oggetto i diritti civili e sociali, di cui all’art. 117, c. 2, lett. m), Cost.

Ancora una volta, non è di qui interrogarsi circa il modo con cui far luogo alla misurazione dei livelli suddetti. Importa solo il fatto che essa non può aversi a mezzo di un “metro” di formale fattura, richiedendo piuttosto, ancora una volta, apprezzamenti di ordine assiologico-sostanziale. La qual cosa, una volta di più, obbliga a far luogo ad una cernita tra norma e norma di legge statale, alcune di esse, siccome appunto prodotte allo scopo di dare appagamento ai diritti, risultando dotate di una “copertura” di cui sono invece prive le restanti. È poi bene non perdere di vista che il disposto in parola non acquista rilievo unicamente in sede di definizione della linea ideale di confine tra l’area materiale rimessa alla disciplina dello Stato e quella invece di competenza regionale, così come per vero darebbe a vedere la *sedes materiae* che ospita il disposto stesso. A quest’ultimo è, invece, da assegnare una generale valenza al piano della teoria delle fonti ed a quello della teoria dei diritti (e, per ciò stesso, in ultima istanza, a quello della teoria della Costituzione)²⁶. E non è senza significato che l’area

²⁶ ... tant’è che è da ritenere che il disposto in parola si sottragga alla sua eventuale rimozione “secca” da parte di atto di revisione costituzionale, non già – si badi – per la ragione che la legge del 2001 che lo ha introdotto avrebbe “grado” più elevato di quello della legge che punti ad innovarvi nel senso appena detto bensì perché l’una fonte ha, in questo suo punto, meramente esplicitato una indicazione costituzionale direttamente discendente dagli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare “sistema”, e, ancora più a fondo, dal valore “supercostituzionale” della dignità della persona umana (ma v. quanto se ne dice subito appresso nel testo).

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

materiale attraversata dall'enunciato in parola appaia essere particolarmente estesa, riguardando non soltanto i diritti c.d. "sociali", che pure costituiscono una specie di considerevole varietà interna e consistenza, ma anche quelli "civili", essi pure – è ormai acclarato da tempo e il disposto costituzionale ne prende dunque atto – bisognosi di "prestazioni" al fine di poter ricevere un apprezzabile appagamento.

Abbassandosi, infatti, il livello di tutela dei diritti oltre una certa soglia (pure largamente indeterminata), una soglia comunque varia dall'una all'altra specie e per uno stesso diritto col tempo, verrebbe a conti fatti pregiudicato il carattere "libero e dignitoso" della esistenza umana, quanto cioè v'è di più qualificante in prospettiva assiologico-sostanziale.

Il terzo ed ultimo esempio è, forse, il più indicativo di tutti, per il fatto di riguardare l'intero spettro dei diritti fondamentali, quale che ne sia la natura o il *genus* di appartenenza, ed ha ad oggetto il "posto" spettante alla CEDU (e, a mia opinione, generalizzando, ad ogni Carta dei diritti) nell'ordine interno delle fonti.

Come si sa, la giurisprudenza costituzionale inaugurata dalle famose sentenze "gemelle" del 2007 considera la CEDU una fonte "subcostituzionale" e, facendo utilizzo dello schema della fonte interposta²⁷, ne riconosce la "copertura" ad opera dell'art. 117, c. 1, Cost., in forza del richiamo in esso fatto agli obblighi internazionali (e comunitari), da cui discende l'obbligo della legge di prestarvi osservanza.

Si ammette, tuttavia, che quest'ordine piramidale possa essere ribaltato su se stesso per il caso che la legge stessa si dimostri essere in grado di offrire ai diritti una tutela maggiore di quella che è ad essi data dalla Convenzione. Una volta di più, è poi da chiedersi come "pesare" la tutela stessa, quale cioè sia il parametro esterno e sovraordinato alle Carte ed alle fonti in genere in nome del quale possa stabilirsi a quale di esse dare la precedenza. E, poiché i diritti fondamentali si pongono tutti, in tesi, sul medesimo piano, non ammettendosi la eventualità dell'affermazione "tirannica" – secondo la felice intuizione schmittiana

²⁷ ... a riguardo del quale, di recente e per tutti, A. Fusco, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2020, p. 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 153 ss.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

– dell’un diritto sugli altri, se ne ha che solo un bene autenticamente “supercostituzionale” può porsi a punto di riferimento in siffatta disagevole e non di rado sofferta ricerca; e questo bene – come si è tentato di mostrare altrove²⁸ – non può che essere la dignità della persona umana: l’“assoluto” costituzionale – per riprendere una efficace qualifica di un’accreditata dottrina²⁹ –, incerto e forse, per vero, impossibile da definire e soprattutto “pesare” o “misurare”, esattamente com’è per l’“essenziale” che – ci è stato insegnato da *Il piccolo principe* di A. de Sant’Exupéry – è “invisibile agli occhi”.

È importante, ad ogni buon conto, tenere presente che le stesse Carte di origine esterna si mostrano avvertite del bisogno di fare del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela l’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali e, per ciò stesso, il criterio che presiede alle concrete movenze del principio di reciproca apertura delle Carte e degli ordinamenti o sistemi normativi³⁰ sulle stesse fondati.

Se ne ha, d’altronde, esplicita testimonianza nella Carta di Nizza-Strasburgo, nella parte in cui introduce una eccezione alla regola dalla stessa stabilita con riguardo alla interpretazione dei suoi enunciati, bisognosi di essere intesi – come si sa – alla luce della CEDU, salvo appunto il caso che la Carta stessa possa offrire ai diritti una più avanzata tutela³¹.

²⁸ Le basi teoriche di questa indicazione sono poste in A. Ruggeri-A. Spadaro, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, p. 221 ss., e già in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss., e sono quindi state ulteriormente precisate in più luoghi di riflessione scientifica.

²⁹ G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, § 3.

³⁰ L’alternativa si deve alla circostanza che, a stare alle famose sentenze “gemelle” del 2007, sarebbe improprio discorrere di un “ordinamento” cui farebbe capo la CEDU, nell’accezione invalsa per il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario a norma dell’art. 11 Cost., della cui “copertura” la Convenzione sarebbe priva. Una ricostruzione, questa, che nondimeno è andata incontro a plurime critiche e riserve delle quali non giova ora dire.

³¹ Già solo per ciò appare lampante, a mio modo di vedere, la contraddizione insita nel modo corrente di ricostruire l’ordine delle fonti, quanto meno con specifico riguardo alle Carte dei diritti, dal momento che una di esse, quella di Nizza-Strasburgo, sarebbe dotata, al pari peraltro di ogni fonte dell’Unione, di rango costituzionale, diversamente dalla CEDU (e, a quanto pare, da ogni altra Carta), avente

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

5. Le oscillazioni e contraddizioni esibite dalla giurisprudenza costituzionale a riguardo dei rapporti tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti: emblematica espressione della complessiva carenza di una organica teoria delle Carte che tarda a maturare ed a rendersi visibile in alcune delle più salienti esperienze della giustizia costituzionale

L'esempio da ultimo fatto è, per vero, particolarmente istruttivo a riguardo delle vistose oscillazioni e vere e proprie contraddizioni, ad oggi non sanate, che affliggono la giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti interordinamentali e quanti ne condividono il complessivo orientamento.

Così, non è chiaro come possa conciliarsi con il previo riconoscimento della natura *materialmente* (o – per dirla con Corte cost. n. 269 del 2017 – tipicamente) costituzionale, operato a beneficio della Carta di Nizza-Strasburgo e, a mia opinione, generalizzando di ogni Carta, la subordinazione delle stesse ora ai soli principi fondamentali della Costituzione (ed è ciò che vale specificamente per la prima Carta) ed ora, addirittura, di ogni norma costituzionale (così per la CEDU e, a quanto pare, ogni altra Carta): come se, appunto, fosse possibile immaginare una ordinazione piramidale di documenti in tesi tutti idonei a dare il “riconoscimento” (nella sua ristretta e propria accezione) dei diritti. Non si trascuri, peraltro, il dato di comune esperienza secondo cui *ogni* Carta avente origine esterna, per l'oggetto suo proprio e per il modo della sua regolazione (a mezzo di enunciati dalla struttura nomologica a maglie larghe e in più punti persino larghissime), è naturalmente portata a confrontarsi con statuizioni costituzionali essi pure espressivi di principi o, come che sia, da questi “coperti”, risultando anche per quest'aspetto artificioso distinguere tra documenti aventi tutti la medesima natura e funzione a seconda che abbiano rango costituzionale ovvero “subcostituzionale”.

Neppure si capisce come si possa mai discorrere – come si fa, ad es., in Corte cost. n. 49 del 2015 – di un “predominio assiologico” della

natura meramente “subcostituzionale”; allo stesso tempo, però, l'una Carta richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della Convenzione, salva – come si diceva – la clausola della miglior tutela.

Insomma, l'immagine consegnataci dalla teoria delle fonti viene ad essere, in buona sostanza, ribaltata e messa da canto dalla teoria della interpretazione: la sola, a conti fatti, rilevante ai fini dell'applicazione.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

Costituzione sulla CEDU e, allo stesso tempo, ammettere che la seconda possa offrire una più ampia tutela ai diritti rispetto a quella che viene dalla legge fondamentale della Repubblica (così, part., in Corte cost. nn. 25 del 2019, 278 del 2020 e 140 del 2021).

Il vero è che uno sguardo d'assieme della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti interordinamentali specificamente riguardanti la tutela dei diritti fondamentali avvalorava il difetto in capo alla Consulta di una organica e coerente *teoria delle Carte*, della quale si faccia quindi lineare ed uniforme utilizzo per la proficua risoluzione dei casi.

È pur vero, tuttavia, che la stessa giurisprudenza parrebbe avvertita del fatto che la sistemazione data dei rapporti tra le Carte stesse al piano della teoria delle fonti debba quindi esser adattata e, a conti fatti, messa da canto al piano della teoria della interpretazione, laddove si ammette che tutte le Carte (Costituzione compresa!) richiedono di integrarsi a vicenda nei fatti interpretativi e così concorrere l'una alla incessante rigenerazione semantica delle altre sentenze (Corte cost., nn. 388 del 1999 e 84 del 2021). La qual cosa, poi, nei fatti si traduce nella ricezione, sia pure a volte con non secondari aggiustamenti, di orientamenti patrocinati ora da questa ed ora da quella Corte in relazione a diritti non dissimilmente riconosciuti dalle Carte messe a confronto.

Un esame complessivo, pur se operato a seguito di drastiche selezioni in seno alla messe incontenibile di materiali giurisprudenziali di cui si dispone, mostra però un quadro internamente assai articolato, in più punti gravato da irrisolte contraddizioni e pesanti ipoteche di ordine teorico-ricostruttivo.

In generale, a mio modo di vedere, una maggiore disponibilità e flessibilità si rinviene nella giurisprudenza delle Corti europee (forse, più ancora in quella di Strasburgo rispetto a quella di Lussemburgo) rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, con ogni probabilità a motivo della eterogenea provenienza culturale dei loro componenti, che obbliga alla ricerca di mediazioni pure assai disagiati e non di rado sofferte in seno al collegio giudicante. Connotato da maggiormente rigidità, invece, l'indirizzo della Corte costituzionale, la cui composizione, pur racchiudendo in sé sensibilità diverse, riflette invece quella omogenea provenienza culturale che è propria in genere

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

degli organi di un ente ormai al proprio interno *pleno iure* integrato, qual è lo Stato.

È chiaro che ogni Corte vede le cose dal proprio punto di vista, vale a dire da quello dell'ordinamento cui appartiene; ed è perciò portata a farsi specificamente carico delle esigenze che a quest'ultimo fanno capo.

La CEDU, tuttavia, ritaglia per sé – com'è noto – un ruolo meramente sussidiario; ed è perciò naturale che possa non affermarsi in ambito interno laddove sia assodato che in quest'ultimo la tutela offerta a certi diritti risulti maggiormente avanzata di quella apprestata dalla Convenzione in relazione ai peculiari connotati di ciascun caso. Ad ogni buon conto, la tecnica decisoria del margine di apprezzamento, pur nell'andamento discontinuo ed oscillante che ne connota le plurime e varie applicazioni³², testimonia *per tabulas* l'attenzione prestata dalla Corte europea nei riguardi dell'ordinamento interno, dei più pressanti bisogni che in esso si manifestano e degli indirizzi giurisprudenziali delineati per darvi voce.

³² Questo tratto è stato colto e puntualmente rilevato da tempo: tra gli altri, v., almeno, F. Donati-P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, p. 65 ss.; O. Pollicino-V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* § 2.7; J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in L. Mezzetti-A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, 2011, p. 87 ss.; A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, spec. p. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A G. Repetto (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013; E. Cannizzaro-B.I. Bonafè, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in M. Maduro-K. Tuori-S. Sankari (a cura di), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, p. 84 ss.; C. Cinelli, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3, 2014, p. 787 ss.; A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, p. 167 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

La Corte dell'Unione alterna, poi, atteggiamenti ispirati a rigidità (v., ad es., *Melloni*) ad altri di maggiore disponibilità all'ascolto delle ragioni illustrate nelle pronunzie dei giudici nazionali, in specie dei più autorevoli, come il tribunale costituzionale (ad es., nella risposta data all'ultimativo quesito posto in via pregiudiziale dalla Consulta su *Taricco*). È pur vero, però, che la Corte stessa non assegna al principio di cui all'art. 4.2 del Trattato il medesimo rilievo invece dato ad altri principi fondamentali dell'Unione, sopra tutti a quello del primato: un autentico "metaprincipio", quest'ultimo, da esso dipendendo – come si sa – la sorte degli altri e dell'intero diritto sovranazionale³³.

Della Corte costituzionale, in buona sostanza, si è già detto. L'idea del "predominio assiologico" della Costituzione sulle altre Carte appare essere una sorta di dogma indiscutibile, una vera e propria *Grundnorm* sulla quale si fanno poggiare le relazioni tra le Carte e gli ordinamenti di appartenenza (e, perciò, di riflesso, tra le Corti, per il cui tramite il diritto vigente si converte e risolve in vivente).

Indicative di quest'*animus* portato alla *primauté* della Consulta sulle altre Corti sono, per un verso, la preferenza manifestata dal giudice delle leggi, in caso di "doppia pregiudizialità", per essere interpellato per primo (Corte cost. n. 269 del 2017, cit., con le non secondarie precisazioni ad essa fatte nel 2019), e, per un altro verso, la tecnica retorico-argomentativa volta ad accreditare l'idea che la Costituzione non presenti lacune e carenze in genere di normazione per ciò che attiene al riconoscimento e alla salvaguardia dei diritti fondamentali né che la disciplina da essa apprestata sia, in via di principio (e pur con le

³³ Il principio di cui all'art. 4.2. appare, nondimeno, agli occhi del giudice dell'Unione bisognoso di essere pur sempre riconsiderato alla luce dei valori sui quali l'Unione stessa, a norma dell'art. 2 TUE, si fonda, in specie a quello dello Stato di diritto che – come si sa – versa in una condizione di palese sofferenza in alcuni Stati membri (e, segnatamente, in Ungheria e Polonia), da tempo e in misura crescente conformatisi quali "democrazie illiberali" [su ciò, nella ormai incontestabile lett., v., almeno, i contributi che sono nel fasc. 3/2020 di *DPCE Online*, ed ivi, part., G. Delle Donne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, p. 3999 ss., nonché, nella stessa *Rivista*, 2, 2021, A. Spadaro, *Integrazione europea e costituzionalismo globale*, p. 2431 ss., spec. p. 2438 ss. Utili indicazioni, infine, anche in A. Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021, spec. capp. III e IV. Infine, se si vuole, il mio *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in www.eublog.eu, 21 luglio 2021].

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

eccezioni dietro rilevate) meno avanzata di quella delle altre Carte quanto al livello raggiunto dalla tutela in parola. Una tecnica che, poi, si riflette nell'altra, il più delle volte messa in atto, che porta il giudice delle leggi a dare la precedenza ai profili di stretto diritto costituzionale, giudicando in tal modo "assorbiti" quelli relativi al contrasto con enunciati delle altre Carte, sia che si faccia luogo alla caducazione della normativa oggetto di giudizio e sia pure nel caso, opposto, del rigetto della questione, assumendosi in tesi non essere diverso il parametro di origine esterna rispetto a quello costituzionale (v., di recente, Corte cost. n. 49 del 2021).

6. *Al tirar delle somme*

Si è ora in grado di tirare le fila del discorso fatto, tentando di cogliere le più salienti indicazioni offerte da talune ricostruzioni teoriche correnti e dalle esperienze di rilievo costituzionale cui esse fanno riferimento, esperienze – come si è tentato di mostrare – alquanto discontinue, caratterizzate da opacità di tratti e non rimosse contraddizioni, bisognose perciò di urgenti e corpose correzioni per ciò che attiene al modo o ai modi con cui sono usualmente viste e rappresentate.

Al fondo, le prime e maggiori carenze – come si è tentato di mostrare – si hanno al piano della teoria della Costituzione e, più largamente, delle Carte, con immediati, negativi riflessi al piano della teoria dei diritti ed a quello della teoria delle fonti. Occorre, infatti, portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti la premessa costituita dal superamento del monopolio della Costituzione quale documento idoneo a dare il riconoscimento dei diritti e, dunque, dalla pluralità delle Carte che vi fanno tutte – e paritariamente – luogo; ed occorre altresì prendere atto della struttura internamente plurale ed aperta di queste ultime (Costituzione inclusa), del reciproco rimando che esse si fanno e del mutuo alimento che si danno, rinnovandosi semanticamente senza sosta in ragione dei casi e delle loro peculiari esigenze.

Si ha così qui pure conferma di una indicazione altrove data, vale a dire del bisogno di trapassare da una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta ad una teoria delle norme d'ispirazione assiologico-

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

sostanziale, accompagnata da un'autentica rigenerazione metodica posta a base delle pratiche sia di normazione e sia di giustizia, connotata dalla disponibilità degli operatori, quale che sia l'ordinamento di appartenenza e la natura delle funzioni svolte, al reciproco ascolto, nella consapevolezza che *ab extra* possa venire un servizio ai diritti maggiormente appagante di quello che è loro dato in seno all'ordinamento di volta in volta considerato.

Il canone fondamentale della massimizzazione della tutela è, dunque, come si è veduto, la vera stella polare che illumina il cammino degli operatori, guidandoli nella ricerca della ottimale soluzione da apprestare per ciascun caso.

L'esperienza insegna che la pluralità delle Carte (e, perciò, in buona sostanza, delle Corti) ha costituito ed è verosimile pensare che costituirà anche per l'avvenire, in non pochi casi, un problema; è, però, anche una risorsa preziosa alla quale attingere a piene mani nella ricerca non di rado affannosa e sofferta della soluzione suddetta. La qual cosa può però aversi alla sola condizione che in partenza si ammetta che *ab extra* possa talora venire (ed effettivamente venga) una più gratificante salvaguardia per i diritti e per coloro che ne sono portatori.

Il *punctum crucis* della questione qui nuovamente trattata è – come si vede – nel “metaprincipio” della massimizzazione della tutela.

E, poiché il terreno sul quale se ne può avere riscontro appare essere estremamente scivoloso, dovendosi ammettere la soggettività ed opinabilità delle sue applicazioni, non resta – come si è tentato di mostrare – che affidarsi a tangibili convergenze degli operatori in ordine al modo con cui il canone fondamentale in parola è inteso e fatto valere. Le quali, poi, naturalmente rimandano a consuetudini culturali di riconoscimento del punto di sintesi ideale nel quale i diritti possono ricevere congruo appagamento, nella loro incessante tensione verso crescenti e complessivamente soddisfacenti realizzazioni.

Ci si avvede così che il fondamento della Costituzione, al pari delle altre Carte, è negli strati più profondi del corpo sociale ed appare essere tanto più saldo quanto maggiori dovessero risultare i consensi che attorno ad esso si coagulano, specie laddove si appuntino in capo ad operatori dislocati in ordinamenti diversi, che diano testimonianza di voler dar vita ad un “dialogo” non viziato da preconcetti di qualsivoglia natura, ideologici o di dottrina.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

La partita, insomma, resta sempre aperta e sarebbe insensato il solo immaginare che possa chiudersi con la vittoria schiacciante di questa su quella Carta e di questo o quell'operatore sugli altri. Certo, le singole vicende processuali hanno pur sempre un principio ed una fine: è giusto che sia così e sarebbe mostruoso se fosse diversamente, per la certezza del diritto e, soprattutto, per la certezza dei diritti. Ma ancora più mostruosa sarebbe l'idea che vicende dapprima decise in un certo modo non possano tornare ad essere ripensate, in vista della ricerca di soluzioni diverse e maggiormente appaganti per i diritti, ancora più giustificate (e, anzi, imposte) laddove dovessero aversi sostanziali mutamenti di contesto e risultino sorrette dai più larghi ed accreditati consensi, nel corpo sociale così come nel mondo della cultura.

Ciascun operatore, dunque, ha da lavorare con cuore aperto e mente sgombra da pregiudizi, consapevole che non importa da dove venga la miglior tutela, anche perché molte volte – come si diceva – non può stabilirsi quale Carta dia di più alle altre o di più da esse riceva, nel flusso ininterrotto di suggestioni ed indicazioni che tra tutte s'intrattiene, fino a portare all'esito della loro mutua integrazione nei fatti interpretativi.

ABSTRACT: The paper highlights the methodical aporias found in the current jurisprudence and doctrine in constitutional theory, fundamental rights theory and theory of sources, focusing specifically on the unnatural entry of a theory of formal-abstract sources into a axiological-substantial theory of the Constitution. This work underlines the fluctuations and contradictions of the constitutional case law with regard to the relationship between the Constitution and the other Charters of Rights as an emblematic expression of the overall lack of an organic theory of Charters that is slow to mature and become visible in some of the most salient experiences of constitutional justice.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

KEYWORDS: constitutional law - fundamental rights – charters -
sources of law - constitutional theory

Antonio Ruggeri – Professore emerito di Diritto costituzionale,
Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina
(antonio.ruggeri@unime.it)

Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia: quali diritti per quale natura?*

Virgilio D'Antonio - Angela Iacovino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tradizione e innovazione nel *nuevo Consitucionalismo latinoamericano*. – 3. Il costituzionalismo ecologico andino e la sfida biocentrica all'ordine giuridico tradizionale. – 4. *Buen Viver* e *Pachamama*: quale abito costituzionale? – 5. Note conclusive.

1. *Introduzione*

Se l'essere umano, lungi dall'essere riconducibile unicamente alla trama relazionale che intesse *con* e *dentro* la società, è anzitutto natura, «vive *nella* e *con* la natura»¹, allora diventa inevitabile un complessivo ripensamento del diritto, che costringe il pensiero ad abbandonare, di necessità, la tradizionale prospettiva teorica, indifferente alla questione del riconoscimento dei diritti originali della natura, quando, e se, i suoi abitanti restano fuori portata analitica. L'idea di estendere la personalità giuridica alla natura rappresenta, con o senza biglietto di ingresso, la strada più stringente che la governance ambientale potrebbe intraprendere, ponendosi come paradigma innovativo e alternativo all'antropocentrismo della modernità, alla cultura occidentale e, per larghi tratti, al sistema capitalista².

La natura ha diritti suoi propri?

* Nonostante il contributo sia frutto di una riflessione comune degli autori, a Virgilio D'Antonio si deve il § 2; ad Angela Iacovino si devono i §§ 3, 4 e 5. L'introduzione è stata stesa congiuntamente. L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ M. Carducci, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *Diritti Comparati*, www.diritticomparati.it, 2014.

² Cfr. A. Rawson – B. Mansfield, *Producing juridical knowledge: "Rights of Nature" or the naturalization of rights?*, in *Environment and Planning E: Nature and Space*, <https://journals.sagepub.com/home/ene>, 2018, p. 100 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Il quesito colora la trama delle pagine che seguono e veste i panni del focus analitico attorno al quale ruoterà la riflessione che verterà non già sul tema dei diritti naturali, ma sulla natura concepita *latu sensu*, nella sua globalità ed eterogeneità, i cui elementi vanno considerati titolari di diritti «contro un deleterio antropomorfismo»³, azionando, in tal modo, un radicale cambio di rotta concettuale, suggerendo così allo studioso di ragionare intorno all'eventuale plausibilità (e praticabilità) delle abituali categorie giuridiche. Siffatta operazione concettuale, nella prospettiva esegetica dell'individuazione di uno *ius Naturae*, stimola la radicale discutibilità dell'Antropocene, presuppone uno sforzo teorico in grado di ripensare i concetti di soggetto, personalità giuridica, diritto, rappresentazione e responsabilità⁴, e consente, altresì, di virare verso un *altrove* che riconosce e accetta le sfide.

Dare voce alla terra, costituzionalizzandone la natura: non si tratta di una romantica provocazione avanguardistica, bensì di ragionare intorno allo *ius positum* di alcune esperienze costituzionali recenti. L'originale modello ecologico andino, rinvenibile in Ecuador e Bolivia, segna la genesi di un paradigma di protezione ambientale alternativo a quello occidentale, delineando emblematicamente il passaggio da una visione giuridica antropocentrica ad un seducente approccio biocentrico. Quell'innovativo riconoscimento costituzionale della personalità giuridica alla natura muove e sposta il baricentro dai *timori* ambientali alle *esitazioni* dei diritti, contribuendo alla costruzione di un rinnovato ordine giuridico che può, e deve, contemplare l'ipotesi di restituire l'anima sottratta al non umano. Riconoscere diritti ad entità finora escluse dal pensiero giuridico consente di operare una stimolante revisione dell'idea di natura e suggerisce inedite modalità di relazione con la Madre Terra che, lungi dal mortificarne cicli vitali, struttura, funzioni e dinamiche evolutive,

³ E. Millard, *Anthropocène: Des droits naturels aux droits de la nature*, in S. Grosbon (eds.), *Résilience et résistance, Des Pactes internationaux des droits de l'homme à l'épreuve d'une société internationale post-moderne*, Paris, 2018, p. 89.

⁴ Sul punto, M. Altwegg-Boussac, *Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage de la constitutionnalisme*, in *La revue des Droits de l'Homme* [En ligne], 17, <https://journals.openedition.org/revdh/>, 2020.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

esaltano l'opportunità di sedimentare pratiche etiche di *Buen Vivir*, suscettive, peraltro, di promuovere equità, giustizia sociale e pluralismo. Una visione che, smantellando i presupposti - spesso obsoleti - del progresso e della comprensione unidimensionale dello sviluppo e della crescita economica, disegna possibili scenari di convivenza nei quali è la diversità a rappresentare la regola, e non già l'eccezione.

Il laboratorio andino, fornendo nuove chiavi, apre porte inedite e ipotizza la creazione di uno stato di diritto ecologico globale, con l'ambizioso disegno di porre gli obiettivi dello sviluppo sostenibile su una dimensione più olistica, capace di fronteggiare le sfide e, dunque, anche i rischi futuri. Il nuovo costituzionalismo latinoamericano *rimescola le carte e cambia gioco*, smantellando il primato della persona umana come soggetto della storia e della natura, accogliendo la dialettica storica uomo e natura, e ripudiando lo sfruttamento indiscriminato e interessato dell'ecosistema. L'America Latina, lungi dal porsi ai margini, guadagna il centro della scena e sperimenta forme politiche e costituzionali capaci di innovare la tradizione moderna e potenzialmente traducibili in altri contesti: un insieme caleidoscopico di modelli ed esperienze democratiche alternative attualmente in corso⁵.

Da sobborgo periferico ricettivo di modelli giuridici ed economici elaborati altrove, l'*altro Occidente* conquista luce e consegna visioni opzionali da non trascurare, perché «nell'evolvere storico dei sistemi giuridici, il pendolo del loro prestigio internazionale oscilla ciclicamente, la direzione del vento può cambiare, e di fatto cambia costantemente»⁶, mettendo sul tavolo, ora, un covone di proposte giuridiche originali cui attingere, che avversa l'immagine sedimentata e diffusa di un diritto latinoamericano subalterno a quello della *western legal tradition*.

⁵ L. Whitehead, *Constitutionnalisme en Amérique latine*, in J. R. Garcia – D. Rolland – P. Vermeren (dir.), *Les Amériques, des constitutions aux démocraties*, Paris, 2015, p. 231 ss.

⁶ E. Ariano, *Ius Includendi. Note su natura e beni comuni in America Latina: il caso dell'Ecuador*, in A. Quarta - M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Milano, 2016, p. 60.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Ebbene, sulla scorta di tali sollecitazioni, ci si propone di individuare talune opportunità messe in campo dal modello ecologico elaborato nel contesto andino, particolarmente in Ecuador e Bolivia, esaminando il processo di costituzionalizzazione del *buen vivir* reso possibile dal riconoscimento giuridico di Madre Terra, non senza un preliminare riferimento ai profili del nuovo costituzionalismo latinoamericano e alla tradizione giuridica contro-egemonica che ne ha scandito l'animosità.

2. *Tradizione e innovazione nel* nuevo Consitucionalismo latinoamericano

Cosa c'è di nuovo nel più recente costituzionalismo latinoamericano? E quali sono i caratteri, la cui analisi potrebbe contribuire, uscendo da orizzonti interpretativi consueti, ad innovare costituzionalmente gli assetti ordinamentali ed a rafforzare la democrazia, sia nella dimensione politica che in quella sostanziale?

È un dato acquisito che, negli ultimi decenni, le Costituzioni dell'America Latina siano state attraversate da molteplici cambiamenti, originati dalle lotte dei movimenti sociali e «dalla ricerca di una sempre più ampia legittimità democratica nei processi decisionali»⁷, che hanno consolidato il pluralismo rispettoso delle differenze e rafforzato il riconoscimento di un ampio catalogo di diritti umani, sociali, economici e culturali⁸. Innovazioni che hanno scandito la genesi di un nuovo

⁷ A. Mastromarino, *La costituzione cubana del 2019 nel contesto del nuevo constitucionalismo latinoamericano: un dialogo regionale possibile?* in *DPCEOnline*, www.dpceonline.it, 2020, p. 467. Per l'A. «si tratta di uno degli aspetti più pregnanti dell'esperienza costituzionale latinoamericana, che più di ogni altro segna un punto di rottura rispetto al passato, legittimando il ricorso all'aggettivo *nuevo* per qualificare un modello di costituzionalismo che vive con maggiore intensità la tensione tra potere costituente, sovranità popolare e costituzione».

⁸ La letteratura è molto ampia. Sia consentito il rinvio a R. Martínez Dalmau, *¿Han funcionado las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?* in *Culturas Jurídicas*, 2019, p. 191 ss., nel quale l'A. intercetta, quale elemento comune che sostanzia la corrente del nuovo costituzionalismo latinoamericano, il fondamento democratico delle nuove Costituzioni, che si basano su richieste popolari, provengono da ampi processi costitutivi e partecipativi, avviati il più delle volte mediante referendum costituenti non necessariamente previsti dall'ordinamento giuridico

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

paradigma, eterogeneo e plurale, le cui potenzialità espansive risultano straordinarie. L'assunto di partenza si traduce in una raccomandazione preliminare: l'America Latina è una e molteplice⁹; non potendo essere

precedente. Si rinvia anche a R. Viciano - R. Martínez, *El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, No. 13, 2005, p. 55 ss., che individuano nel processo costituente colombiano del 1991 un rilevante punto di flessione nell'evoluzione costituzionale in America Latina, i cui tratti caratterizzanti, che si presentano nuovi e diversi rispetto al costituzionalismo colombiano classico, permeeranno i processi costituenti ecuadoriani del 1998, venezuelano del 1999, boliviano 2006-2009 e, ancora, ecuadoriano nel 2007-2008. Per quel che concerne le caratteristiche comuni di tipo procedurale: diversamente dai precedenti processi costituenti andini, i nuovi saranno attivati attraverso il referendum popolare, con eccezione della Bolivia il cui articolo 232 della Costituzione del 1967 assegna la riforma totale della Costituzione Politica dello Stato alla competenza esclusiva dell'Assemblea Costituente, convocata con legge n. 3364 del 6 marzo 2006. Per quel che riguarda, invece, le caratteristiche di contenuto, le nuove Costituzioni prevedono una serie di innovazioni significative: controllo del potere, nuovi diritti e nuovi meccanismi democratici di decisione. Malgrado l'ampio consenso in dottrina circa l'attribuzione di caratteri innovativi che contribuiscono a definire come nuovo il costituzionalismo latinoamericano, una posizione critica e alternativa, come quella di R. Gargarella, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, in *Estudios Sociales*, 2015, p. 169 ss., rifiuta l'idea «*que lo que hoy tenemos, constitucionalmente hablando, en América Latina, mejora en parte lo que teníamos, sin innovar demasiado, y por el contrario, reproduciendo y/o expandiendo algunos de los vicios y virtudes propios de la tradición del constitucionalismo regional*». Altrove, R. Gargarella, *Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"*, in *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 2018, p. 109 ss., l'A. rileva come non opportuno parlare di nuovo tipo di costituzionalismo latinoamericano perché «*Lo que sostengo es, más bien, que el llamado "nuevo constitucionalismo" simplemente, refuerza algunos de los rasgos ya bien presentes en el marco constitucional de América Latina. Luego de la última oleada de reformas, nos encontramos con que: i) la parte orgánica de las nuevas constituciones sigue estando caracterizada por una estructura de poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente; mientras que ii) la parte dogmática sigue distinguiéndose por la presencia de declaraciones de derechos robustas, generosas y extensas, que combinan derechos individuales y sociales de diverso tipo. En otros términos, la "doble marca" que comenzara a definir al constitucionalismo latinoamericano desde comienzos del siglo XX sigue tan vigente como entonces*».

⁹ In questo senso G. Rolla, *América Latina: il costituzionalismo del período independentista e l'opzione federale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, www.nomos-leattualitadediritto.it, 2020, ove si legge «La stessa espressione "America Latina" fa riferimento a una pluralità di realtà che, pur essendo distinte, possiedono elementi comuni. Alcuni di essi affondano le loro radici nella storia e nella cultura di quei

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

suscettibile di analisi indifferenziata, bisogna venga postulata la varietà delle esperienze che sostanziano quello schema. Eppure, senza trascurare questo aspetto, gioverà *tenere a mente* un tratto caratteristico della congiuntura andina recente: l'emergere di una nuova consapevolezza di abitare uno spazio comune *fatto* di appartenenza, una dimensione di circolazione esperienziale condivisa di linguaggi, istituti giuridici e costituzionali, una sorta di reinvenzione, che ha qualificato, in modo relativamente originale, tanto l'azione dei movimenti sociali, quanto quella dei nuovi governi c.d. progressisti¹⁰.

territori: la presenza di popoli indigeni, il retaggio della colonizzazione, il legato delle Cortes di Cadice, le guerre di indipendenza influenzate dalle rivoluzioni francese e nordamericana. Così come comune è l'eredità lasciata dalla religione cattolica, dalla tradizione giuridica spagnola e portoghese, nonché quell'elemento linguistico che, nella fase dell'indipendenza, ha costituito un potente veicolo di comunicazione delle idee e favorito la mutua comprensione. Così come non possono essere pretermessi fattori che hanno condizionato negativamente l'evoluzione istituzionale di quei paesi come il caudillismo, le cruente lotte per il potere, l'instabilità istituzionale, le pressioni di ordinamenti stranieri per controllare l'economia e le materie prime dei nuovi Stati».

¹⁰ Giova segnalare che nel primo decennio del 21° secolo l'America Latina è stata caratterizzata da un'ondata di sconfitte elettorali dei sostenitori precedentemente definiti invincibili del neoliberalismo oltre che dalla corrispondente emersione della *svolta a sinistra - giro a la izquierda* – di gran parte dei governi latinoamericani. L'ondata di cambiamenti nei governi latinoamericani, che ha inizio nel 1999 con la vittoria di Hugo Chávez in Venezuela, seguita dalla vittoria di *Lula* in Brasile e dei Kirchner in Argentina, e quindi – in ordine cronologico – dalle vittorie elettorali di Tabaré Vázquez in Uruguay (2004), di Evo Morales in Bolivia (2006) e di Rafael Correa in Ecuador (2007), genera due differenti tipi di governo orientati a sinistra: da un lato un governo moderno, aperto e riformista, rappresentato particolarmente in Cile, Uruguay e, in misura minore, in Brasile; dall'altro, uno nazionalista, stridente e chiuso rinvenibile in Bolivia, Ecuador e Venezuela. Sul punto si vedano J. Castañeda, *Latin America's Left Turn*, in *Foreign Affairs*, 85, (3), 2006, p. 28 ss.; K. Weyland, *The rise of Latin America's Two Lefts: insights from Rentier State Theory*, in *Comparative Politics*, 2009, p. 145 ss.; S. Stoessel, *Giro a la izquierda en la América Latina del siglo XXI*, in *Polis Revista Latinoamericana*, 39, 2014. Tali governi progressisti sono riusciti a instaurare un certo grado di egemonia che ha consentito loro una permanenza temporale piuttosto lunga. Tuttavia, negli ultimi anni, si assiste ad un indebolimento, come sottolineato da F. Gaudichaud-J. Webber-M. Modonesi, *Los gobiernos progresistas latinoamericanos del siglo XXI. Ensayos de interpretación histórica*, México, 2019, p. 7: «este proceso entró en una etapa de agotamiento –el llamado “fin de ciclo”– que se manifestó en la derrota electoral en Argentina en 2015, el golpe institucional en Brasil 2016, la negativa plebiscitaria a la reelección de Evo Morales en Bolivia ese mismo año, la apretada victoria de Lenin

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Un paradigma che, però, resta pervaso da vaghezza e ambiguità concettuale, tanto che l'espressione «Neocostituzionalismo» è sintomatica di una rilevante varietà ermeneutica¹¹, malgrado, spesso,

Moreno en 2017 y su casi inmediato enfrentamiento con Rafael Correa en Ecuador, y que se presenta en forma explosiva tanto en la crisis venezolana desde 2014 como en la del "orteguismo" en Nicaragua en 2018».

¹¹ Il termine «neocostituzionalismo» presenta una rilevante dose di ambiguità implicando diverse tendenze. M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, suggerisce di utilizzare il termine al plurale e parlare di neocostituzionalismi, trattandosi di una corrente che incorpora varie dimensioni; J. J. Gomes Canotilho, *Principios y Nuevos Constitucionalismos. El problema de los nuevos principios*, in *Revista de Derecho Constitucional europeo*, n. 14, 2010, p. 321 ss. afferma «*El neoconstitucionalismo es un especie de "concepto represa" que recibe aguas de distintas procedencias. Los trazos fundamentales de este "movimiento" [...] En primer lugar, el neoconstitucionalismo se adhiere a una concepción de constitución "juridificadora" de la política, insistiendo en esquemas metodológicos de interpretación y aplicación que optimicen las normas – sobre todo de los principios constitucionales– con la consecuente presión de juridificación de la política. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo pretende mostrar la importancia de los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional abierto. [...] En tercer lugar, el neoconstitucionalismo busca recuperar dimensiones cosmopolitas particularmente importantes en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales bajo el prisma de su universalización y de su radicación como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas. En cuarto lugar, podremos señalar las insuficiencias de un abordaje positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales*». In riferimento all'area latinoamericana, si veda R. Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos*, in C. Rodríguez (coord.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, p. 124 ss., ove l'A. collega l'uso della categoria alle riforme costituzionali dell'America Latina, che non si limitano a porre argini allo Stato, ma piuttosto riconoscono un'ampia gamma di diritti e principi, stabilendo forme più o meno vigorose di giustizia costituzionale. Si veda, altresì, C. Rodríguez, *La globalización del Estado de derecho: El neoliberalismo, el neoconstitucionalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, 2009, p. 18 ss.: «*el neoconstitucionalismo latinoamericano es básicamente un proyecto transnacional contemporáneo que compete dentro del campo social y jurídico global mediante agentes que intentan imponer su particular «visión del mundo» que «ha adoptado una combinación de las versiones ligera [liberal] y densa [socialdemócrata] del ED [Estado de derecho] y que vive en tensión con el proyecto neoliberal*». Un'interpretazione più estensiva, fornita da M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, 2007, p. 9 ss., si riferisce a un insieme di teorie del diritto che contemplan, da un lato, quelle Costituzioni iberoamericane contenenti norme procedurali e materiali che limitano il

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

venga utilizzata in modo intercambiabile in riferimento a una teoria del diritto che descrive e analizza Costituzioni, giurisprudenza e dottrina giuridica, a una concettualizzazione delle Costituzioni latinoamericane che presentano tratti normativi comuni, infine, a un progetto ideologico transnazionale connotato da determinati valori e pratiche¹². In via preliminare, è possibile ridurre la nebulosità a patto di usare l'espressione per identificare quel progetto di neocostituzionalismo latinoamericano che dà contezza di un nucleo di idee ritenute fondamentali: la rilevanza delle Costituzioni che condizionano l'intero sistema giuridico, un ampio catalogo di diritti umani costituzionalizzati e il rilevante fermento della giustizia costituzionale¹³.

In altri termini, accogliamo l'idea diffusa secondo la quale i pilastri in grado di garantire sostegno all'edificio neo-costituzionale andino sarebbero racchiusi nelle premesse sui diritti umani, sulla giustizia costituzionale e sulla Costituzione, un edificio nel quale politica e Stato, quali strumenti di garanzia dei diritti, hanno il preciso compito di favorire la costituzionalizzazione dell'ordinamento, sia nel campo delle politiche pubbliche, sia nelle relazioni tra gli individui. Certo, le fonti di ispirazione per i rilevanti cambiamenti intervenuti sono di matrice europea, ma il nuovo costituzionalismo delineatosi, intessuto di

potere e garantiscono i diritti e, dall'altro, le prassi giurisprudenziali che ne interpretano e ne applicano il contenuto.

¹² Cfr. I. Celi Toledo, *Neoconstitucionalismo en Ecuador: ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?*, Quito, 2017.

¹³ Come osserva acutamente A. Mastromarino, *La costituzione cubana*, cit., p. 467 ss.: «pur consapevoli della natura prismatica dell'esperienza neocostituzionale, che sfugge ad ogni tipo di catalogazione definitiva, è possibile rintracciare alcuni temi che più di altri hanno fatto presa in America Latina tra quelli che la letteratura considera comunque punti fermi del neocostituzionalismo. In particolare, assumendo l'idea che la protezione dei diritti debba essere considerata parametro di validità del sistema e, pertanto, fonte di legittimazione del potere, in linea con l'insegnamento neocostituzionale, il NCL insiste sul valore normativo della Costituzione, assegnandole un ruolo centrale e una funzione pervasiva rispetto a tutto l'ordinamento. Da qui il carattere rigido assegnato alle carte, la loro diretta applicazione e la funzione di ponderazione, nonché di interpretazione conforme e intensificata affidata ai giudici. [...] La Costituzione, in quest'ottica, è chiamata a fotografare un assetto politico e valoriale custodito e ribadito dalle forze costituenti perennemente attive. Rappresenta, dunque, non tanto un decalogo di regole quanto piuttosto un complesso di principi che reggono l'intero ordinamento e costringono l'interpretazione costituzionale a confrontarsi con un ineludibile *quid pluris* valoriale».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

fili coloniali e anticoloniali, realizza una seducente interazione tra le migliori realizzazioni dei diritti e delle libertà del costituzionalismo liberale e le forti tradizioni millenarie e comunitarie delle culture originarie e ancestrali, generando, per così dire, un *costituzionalismo dialogante* che mette in discussione le basi dell'egemonia culturale, politica, economica, etnica e giudiziaria, proponendo nuove forme di pluralismo, democrazia e giustizia¹⁴.

Per altri versi, il costituzionalismo andino può essere interpretato anche come la materializzazione delle battaglie storiche per la dignità e la giustizia del continente, delle lotte contro il potere coloniale e per i diritti dei popoli indigeni. Le narrazioni *fatte* di dignità, lotta e mobilitazione sociale sono state incorporate nei testi costituzionali non semplicemente come risultato di un nuovo paradigma costituzionale, al contrario «*Las reivindicaciones históricas anticoloniales de los pueblos ancestrales de Nuestra América se han tomado por asalto las asambleas constituyentes y han colocado su voz en los textos*»¹⁵ ed hanno così delineato il configurarsi di un vero e proprio diritto: quello alla storia, *strappandola* dalle mani dei vincitori¹⁶. La storia ha, dunque, la sua

¹⁴ Il costituzionalismo che riconosce forme di pluralismo sociale, culturale e giuridico nel quadro delle Costituzioni viene definito costituzionalismo *meticcio*: l'introduzione di valori e principi originari delle culture indigene che arricchiscono le tradizioni della cultura occidentale, è da tempo un segno tipico delle Costituzioni latinoamericane. La commistione di tali elementi ha determinato una sorta di costituzionalismo meticcio che corrisponde alla storia dei popoli latinoamericani: un miscuglio di razze e culture, definito e riconosciuto nelle recenti costituzioni multiculturali. Si vedano al riguardo Á. Echeverri Uruburu, *Política y Constitucionalismo en Suramérica*, Bogotá, 2015 e S.R. Ávila, *El Neoconstitucionalismo Andino*, Quito, 2016, che propone un'interpretazione del nuovo costituzionalismo come compimento di un'utopia che può anche diventare distopia se il suo significato originario viene distorto e diventa solo un modello politico di natura populista.

¹⁵ L.A. Fajardo Sánchez, *El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia y Venezuela*, in *Revista Diálogos De Saberes*, 47, 2017, p. 57.

¹⁶ Per quasi cinque secoli, la storia dei popoli dell'America Latina è rimasta intrappolata nelle mani di storici europei o americani con il pensiero europeo e ai popoli senza storia, senza memoria e senza sogni, i vincitori hanno imposto una storia, la loro storia. Sul punto E. Galeano, *Le vene aperte dell'America Latina*, Milano, 2013. Un simile approccio ha consentito, peraltro, di ampliare il quadro di riferimento giuridico, inglobando le conoscenze dei popoli e delle culture ancestrali e

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

rilevanza: guardare il nuovo significa necessariamente, anche, voltarsi a guardare il vecchio per capire meglio e comprendere le ragioni di eventuali mutazioni.

Orbene, l'origine del costituzionalismo andino s'insinua dentro un processo evolutivo riducibile a tre distinte fasi: dal monismo giuridico si passa al costituzionalismo sociale integrazionista¹⁷ e, infine, al costituzionalismo pluriculturale di fine Novecento. Quest'ultima fase, a sua volta, si caratterizza secondo forme e modalità differenti: costituzionalismo multiculturale (1982-1988), costituzionalismo pluriculturale (1989-2005) e costituzionalismo plurinazionale (2006-2009), tesi a smantellare gradualmente quella tutela coloniale degli indigeni che ha rallentato l'autodeterminazione dei popoli autoctoni, generando, altresì, il rischio di perdita culturale¹⁸. Sarà proprio l'autodeterminazione a divenire il generatore di queste forme di sviluppo costituzionale che accetta e riconosce la pluralità culturale e le diverse visioni del mondo dei paesi andini.

Eppure, dobbiamo tornare a *ierí* per meglio comprendere in quali termini l'America Latina abbia sperimentato, a partire dagli anni Novanta del XX secolo, un ciclo di processi costituenti democratici,

trasformandole in fonte del diritto costituzionale; citiamo, in termini esemplificativi, il diritto di praticare la cultura e le tradizioni ancestrali, indigene o autoctone; di parlare la propria lingua ancestrale; di selezionare le autorità secondo le proprie procedure; di praticare le proprie forme di spiritualità o credenze ancestrali; il diritto alla terra come centro dell'universo indigeno, ancestrale o autoctono.

¹⁷ La fase del monismo giuridico conserva la sudditanza indigena nell'orizzonte di un costituzionalismo liberale che intende convertire gli indiani in cittadini: un sistema basato sul controllo e sul dominio dei popoli indigeni e di altri gruppi etnici, considerati non già come soggetti di diritti speciali, ma membri dello Stato che dovrebbero essere civilizzati. La seconda fase dell'integrazionismo sociale del XX secolo si basa invece su un approccio differenziato dei gruppi indigeni che diventano soggetti di diritto collettivo speciale: momento inaugurato dal Messico nel 1917, con il riconoscimento dei diritti collettivi e delle minoranze, dei diritti culturali e socio-economici, contrasto alla povertà e alla emarginazione, progetti per l'integrazione delle comunità indigene nello Stato e nei mercati

¹⁸ Si passa, gradualmente, dal riconoscimento costituzionale della diversità culturale - esemplificato emblematicamente dal Canada, la cui Costituzione del 1982 include i diritti degli aborigeni e riconosce il loro patrimonio culturale - alla rivendicazione del diritto all'identità e alla diversità individuale e collettiva, con l'incursione delle concezioni di nazione multi-etnica e Stato pluriculturale, e con l'ingresso delle giurisdizioni indigene, concepite quali forme autonome.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

favorendo una tendenza interculturale e decolonizzante, e determinando, altresì, una rottura con il vecchio costituzionalismo elitario e individualista¹⁹. Ebbene, il primo e tradizionale costituzionalismo latinoamericano²⁰ presenta alcuni elementi caratteristici, quali eterogeneità, non originalità e peculiarità, sui quali val la pena soffermarsi, sia pure brevemente. Con eterogeneità ci riferiamo alla pluralità di differenti sottosistemi costituzionali emersa in seguito al venir meno dell'omogeneità imposta dal periodo coloniale; l'influenza giuridica esercitata dal diritto europeo, i condizionamenti culturali provenienti dalla Spagna, l'influenza del coevo costituzionalismo europeo e nordamericano hanno determinato il carattere della non originalità²¹; e, tuttavia, le soluzioni costituzionali formulate presentano tali e tante suggestive differenziazioni rispetto a quel modello che risulta corretto sostenere «*Europa es la matriz, pero América latina es una realidad propia*»²². La sedimentazione dei legami

¹⁹ Si veda A. C. Wolckmer-S. M. Radaelli, *Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: Pluralidad y descolonización*, in *Derechos y Libertades*, 37, 2017, p. 31 ss.

²⁰ Con tale espressione ci riferiamo alla cultura costituzionale, europea e americana, che ha plasmato gli Stati di quel continente, nel periodo post-coloniale. Le fonti dirette di ispirazione furono gli Stati Uniti d'America, la prima Repubblica francese e la Cortes de Cádiz del 1812, le cui basi furono rintracciate nella Repubblica Romana, nella Rivoluzione francese e nella Costituzione della Corsica. Si veda J.R. Garcia – D. Rolland – P. Vermeren (dir), *Les Amériques, des constitutions aux démocraties*, 2015, Paris, p. 221.

²¹ Crisi dello Stato assoluto, affermazione dello Stato costituzionale di diritto e circolazione delle idee liberali lasciano tracce rilevanti nelle prime Costituzioni latinoamericane: correttivi alla concentrazione del potere attraverso il principio della separazione dei poteri e del divieto di rieleggibilità delle cariche. La limitazione del potere è sancita negli artt. 13 e 14 della Costituzione del Perù del 1839, nel titolo V, art. 2 della Costituzione del Venezuela del 1819, nell'art. 22 della Costituzione dell'Argentina del 1853, nel preambolo della Costituzione del Cile del 1828. L'affermazione della sovranità popolare e il principio rappresentativo sono codificati, invece, nell'art. 40 della Costituzione del Messico del 1917, nell'art. 12 della Costituzione del Perù, nell'art. 1 della Costituzione argentina, nell'art. 21 della Costituzione cilena. Al riguardo, si v. G. Rolla, *L'evoluzione del costituzionalismo in America Latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in *Studi Urbinati*, 2013, p. 575 ss.

²² D. Garcia Balaunde, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, in *Estudios constitucionales*, 2003, p. 66.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

e l'influenza del costituzionalismo liberale, mescolandosi con un'autonoma elaborazione culturale, hanno generato soluzioni eterogenee e peculiari²³, configurando assetti particolarmente innovativi, sia pure ispirati al passato: non semplici copie, ma tentativi di adattare i principi generali alle realtà locali che, anche mostrando inadeguatezza, hanno consentito l'emersione di rilevanti elementi di creatività.

La matrice costituzionale liberale, che ha riorganizzato il potere statale fornendo strumenti formali di democrazia e difendendo taluni diritti individuali basati sulla libertà e sulla proprietà, riproduce un paradigma teorico particolarmente indifferente alle specificità della realtà periferica dell'America Latina, ove, all'interno di uno stesso contesto giuridico e geo politico (*Abya Yala*)²⁴, vivono popolazioni diverse e i cui territori non coincidono con i confini tracciati dai colonizzatori, marcando il divario tra la dimensione storica e la dimensione geografica: «l'ingresso degli imperi iberici impose a quest'immensa porzione d'America un principio di unità che la geografia tendeva a contraddire od ostacolare. *Lo spazio divide ciò che la storia ambiva ad unire*»²⁵. Peraltro, l'omogeneità racchiusa nel progetto di unità nazionale tendeva al *disprezzo* dei popoli indigeni e dei loro abiti sociali e culturali: i nativi furono completamente ignorati

²³ A. Apostoli, *Alcune (prime) osservazioni sulle tendenze del costituzionalismo latinoamericano*, in A. Saccoccio – S. Cacace (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, 2019, p. 103 ss.

²⁴ Nei termini della prospettiva decoloniale. Il termine “Abya Yala”, nella lingua del popolo indigeno Kuna (nord Colombia), significa terra in fiore o terra matura. Come affermato da A.M. Russo, *Democrazie illiberali ed eco-etnodesarollo in America Latina: i Pueblos indígenas e le sfide ambientali in tempi di emergenza*, in *DPCEOnline*, www.dpceonline.it, 2020, il termine «Oggi designa una prospettiva epistemologica volta a riconoscere la storia, la dignità, i diritti e il pluralismo etnico-culturale dei popoli indigeni in contrapposizione all'“America Latina”». Sul punto, anche A. de M. Lisboa, *De América a Abya Yala – Semiótica da descolonização*, in *Revista De Educação Pública*, 23 (53/2), 2014, p. 501 ss., che sottolinea «*nombre elegido para denominar la restauración de la “civilización” de la Europa meridional, católica y latina en América del Sur u, al mismo tiempo, reproducir las ausencias (de los indios y los africanos) del primer período colonial*».

²⁵ L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, Roma-Bari, 2017, p. 7. Sul punto, anche A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *DPCE*, 2020, p. 317 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

nel processo di formazione dello stato-nazione e, rappresentando una minaccia permanente all'unità, dovevano esser privati del riconoscimento della loro pluralità etnica e tagliati fuori dal processo di fondazione, che ha finito col subire, così, una sorta di omogeneizzazione perversa²⁶.

Di fatto, la realtà andina, presentandosi variegata e complessa, necessita di una teoria giuridica capace di rompere con il modello eurocentrico adottato e, contemporaneamente, in grado di non marginalizzare la dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni ai quali non sono state garantite tutele alcune²⁷. In questo senso, il nuovo costituzionalismo latinoamericano – definito anche *constitucionalismo emancipatorio*²⁸ –, riscoprendo il confronto con la giuridicità dei popoli autoctoni, rappresenta un cambiamento paradigmatico assai rilevante, che mira anzitutto a invertire le dinamiche di occultamento dell'altro, scommettendo sulla costruzione di un nuovo percorso istituzionale capace di legittimare l'integrazione e la dialettica tra differenza e diseguaglianza, «attraverso non semplici trasposizioni costituzionali estranei al corpo sociale e alla memoria collettiva dei gruppi autoctoni», bensì mediante l'uso di strategie partecipative tese a generare una sostanziale «interculturalità costituzionale»²⁹. La rottura con il

²⁶ M.C.V.B. Tarrega – V.S. Freitas, *Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, in L. Avritzer – L. Gomes – M.C. Marona – F.A. Dantas (org.), *O constitucionalismo democrático latinoamericano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*, Belo Horizonte, 2017, p. 103.

²⁷ J. Bengoa, *¿Una segunda etapa de la emergencia indígena en América Latina?*, in *Cuadernos de Antropología Social*, 29, 2009, p. 10.

²⁸ In proposito, si vedano, I. M. Chivi Vergas, *Constitucionalismo emancipatorio, desarrollo normativo y jurisdicción indígena*, in *Bolivia. Nueva Constitución política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, La Paz, 2010, p. 72, e A.M. Russo, *Democraize illiberali*, cit.: «[...]costituzionalismo emancipatorio di cui sono massima espressione le Costituzioni del Venezuela (1999), dell'Ecuador (2008) e della Bolivia (2009), Costituzioni complesse, 'intricate' e contraddittorie in cui la tradizione liberale occidentale (libertà negative e meccanismi giudiziari di protezione) convive con tradizioni diverse, dal socialismo all'indigenismo, che si riflettono nel riconoscimento di una lunga serie di 'nuovi diritti».

²⁹ M. Foroni, *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove Costituzioni sudamericane*, Milano, 2014, p. 83.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

paradigma egemonico indica, altresì, un rinnovato rapporto tra Stato e società, basato su basi più democratiche e plurali, sull'implementazione dell'interesse verso le questioni sociali e sullo sviluppo delle funzioni degli istituti di garanzia³⁰; la natura del processo costituente, l'affermazione di una diversa idea normativa di Costituzione³¹ e il perfezionamento della tecnica di garanzia dei diritti fondamentali costituiscono i tre elementi cardine che connotano l'evoluzione costituzionale latinoamericana³².

Le innumerevoli sfumature del sociale giocano, peraltro, un ruolo chiave «nella redazione di testi costituzionali dall'alto valore simbolico,

³⁰ In questo senso, L. Ferrajoli, *Funzioni di governo e funzioni di garanzia. L'esperienza europea e quella latino-americana a confronto*, relazione tenuta al XVIII Congresso da Associação Nacional do Ministério Público, Florianópolis, 26 novembre 2009, su <http://confinideldiritto.istitutovizzero.it>, ove l'A. afferma che gli elementi di novità del neocostituzionalismo sono rappresentati dalla previsione di un complesso e articolato sistema di garanzie: una più forte rigidità; un più ampio catalogo di diritti; i vincoli di bilancio in materia di diritti sociali; il controllo di costituzionalità per omissione; un pubblico ministero, quale organo complesso, istituito a difesa dei diritti fondamentali; la difesa pubblica accanto alla pubblica accusa; le istituzioni di garanzia dei diritti politici; il mandato di ingiunzione, in forza del quale chiunque può agire in giudizio a tutela dei propri diritti costituzionalmente stabiliti, pur in mancanza di leggi di attuazione.

³¹ Si veda G. Rolla, *L'evoluzione del costituzionalismo in America Latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 581: «Concepite come vincolo giuridico sanzionabile nei confronti di tutti i pubblici poteri, le Costituzioni non sono più considerate un documento prevalentemente politico e programmatico, ma un insieme di norme suscettibili di immediata e diretta applicazione; non rappresentano un manifesto politico, un canale di comunicazione di ideologie e di principi istituzionali, bensì un parametro per valutare la legittimità degli atti e dei comportamenti posti in essere da tutti i poteri costituiti».

³² Al riguardo, si veda N. Belloso Martín, *El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?*, in *Culturas Jurídicas*, 4, 2017, p. 26: «El neoconstitucionalismo ha impulsado una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes podrían ser los cinco siguientes: 1) más principios que reglas; 2) más ponderación que subsunción; 3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos meramente relevantes, en lugar de espacio dejados a la opción legislativa o reglamentaria; 4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador o reglamentaria; y, por último, 5) coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, principalmente, a las sucesivas opciones legislativas».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

posti a salvaguardia di un ampio ventaglio di diritti individuali, del pluralismo politico, delle popolazioni indigene»³³. La riscrittura delle Carte fondamentali, segnatamente in Ecuador e Bolivia, configura ordinamenti che accolgono i valori radicati nella cultura ancestrale e postula l'esistenza di uno Stato plurinazionale non solo formalmente, mediante metaconcetti, ma anche materialmente, riconoscendo l'autonomia indigena, costituzionalizzando le visioni peculiari della tradizione indigena e disegnando «un modello alternativo allo sviluppo di matrice occidentale atto a opporsi agli effetti della globalizzazione neoliberale, di cui si contestano le politiche socialmente irresponsabili e l'economia estrattivista»³⁴.

Sul tema che rileva, le nuove Costituzioni, traendo spunto dal costituzionalismo classico europeo, propongono approcci innovativi al tema della protezione ambientale e del pluralismo culturale e multietnico, creando un modello di sostenibilità socio-ambientale alternativo, capace di bilanciare l'uso delle risorse economiche, valorizzare la diversità storico-culturale e implementare una migliore qualità della vita: *ben vivir*, o *sumak kawsay* (Costituzione dell'Ecuador) e *suma qamaña* (Costituzione della Bolivia). Dai testi costituzionali emerge l'opzione per un nuovo modello di ordine economico e sociale, inclusivo, partecipativo e solidale, in opposizione a quella storia che ha escluso dai benefici della produzione economica e sociale, culturale e politica la maggior parte dei cittadini latinoamericani. Il modello di Stato che si impone, definito Stato plurinazionale o Stato pluralista multietnico, promuove il recupero e la reinterpretazione della categoria «sovranità popolare», favorendo la partecipazione diretta dei cittadini e della società civile organizzata all'elaborazione e all'approvazione della Costituzione, nonché al controllo ed alla gestione amministrativa³⁵.

³³ L. Picarella, *Il pensiero europeo nel costituzionalismo latinoamericano. Una linea di lettura*, Soveria Mannelli, 2015, p. 8.

³⁴ M. Serio – L. Pegoraro, *Prefazione*, in S. Baldin (a cura di), *Il «buen vivir» nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019, p. 11.

³⁵ M. P. Melo, *O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo Latino-Americano* in *Estudos Jurídicos*, 18(1), 2013, p. 78 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Ora, se è indiscutibile il configurarsi di un tipo di Stato plurinazionale e interculturale³⁶, è altrettanto indubitabile che l'edificazione di ordinamenti plurinazionali non riproduce il concetto di nazione che informa gli Stati liberali, fondati sul presupposto dell'omogeneità culturale, ma riflette, piuttosto, il pluralismo sociale, indicando «l'esistenza di più di una realtà, la convivenza di molteplici forme di azione pratica e la diversità di campi sociali o culturali» e denota un «insieme di fenomeni autonomi e di elementi eterogenei che nelle loro relazioni reciproche non si annullano reciprocamente»³⁷. Si preferisce, non a caso, la connotazione «plurinazionale», con l'intento preciso di liberarsi dall'ombra dei modelli statali precedenti, quello assimilazionista, che tende alla omogeneità meticcica a base culturale ispanica, e quello multiculturale, che lascia gli autoctoni in posizione subordinata e privi di un reale controllo sul territorio³⁸. I soggetti

³⁶ L'art. 1 della Costituzione ecuadoriana qualifica lo Stato «*constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*» e l'art. 1 della Costituzione boliviana proclama lo «*Estado unitario social de derecho, plurinacional, comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías*». Sul punto si veda S. Bagni, *Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità*, in *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti*, www.robertotoniatti.eu, 2020, che sottolinea «Il termine “plurinazione” appare nelle Costituzioni di Bolivia ed Ecuador, i primi due Stati al mondo ad essersi proclamati “plurinazionali” e “interculturali” (art. 1 cost.). Il suo recepimento discende dall'incontro, in sede costituente, della tradizione giuridica occidentale [...] con la volontà di intraprendere un processo di decolonizzazione, attraverso il riconoscimento paritario delle diverse nazionalità e culture che compongono la società».

³⁷ A. C. Wolkmer, *Pluralismo giuridico e costituzionalismo brasiliano*, in *DPCE Online*, 2012, p. 355. Sul punto anche R. Toniatti, *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in S. Bagni - G.A. Figueroa Mejía - G. Pavani (coord.), *La ciencia del derecho Constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, México, 2017 tomo III, p. 1450, il quale osserva: «Negli ordinamenti dell'America latina la transizione costituzionale verso un paradigma inclusivo della diversità culturale comporta un concomitante percorso di transizione dal monismo al pluralismo giuridico (e giurisdizionale)».

³⁸ Come osserva S. Baldin, *Il «buen vivir» nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, cit., p. 27: «il riferimento alle nazioni per indicare i popoli originari è preferito a cultura, etnia o popolo in quanto rappresenta tali genti nel modo migliore,

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

portatori di culture diverse devono convivere e non semplicemente occupare lo stesso spazio: in tal senso, l'interculturalità privilegia il dialogo e l'integrazione, stimola la coesione e il rispetto reciproco, evitando il separatismo etnico e la stigmatizzazione delle diverse identità all'interno dei singoli Stati; l'interculturalità, insomma, diventa la condizione di sostenibilità dell'ordinamento plurinazionale al punto da divenirne principio cardine³⁹.

Di fatto, mediante articolati normativi più o meno lunghi, nelle nuove Costituzioni andine, e nelle modifiche apportate alle precedenti, non solo vengono riconosciuti i diritti indigeni, ma è, altresì, prevista la predisposizione di leggi speciali per garantirne il sostanziale godimento⁴⁰. Il che equivale a dire che le Costituzioni hanno ammesso la preesistenza del *derecho indígena* rendendone così possibile la coordinazione con il diritto nazionale⁴¹.

Orbene, qual è l'elemento innovativo di questo approccio? Il diritto della differenza parte da un *noi* - la cultura dominante - per riconoscere un *loro* - quella minoritaria indigena -; in tal senso l'approccio del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in

dotandole di una dignità e di una proiezione verso il riconoscimento sociale che altre parole non riescono a rendere».

³⁹ Si vedano al riguardo: C. Piciocchi, *L'interculturalità come condizione di sostenibilità del multiculturalismo*, in S. Baldin – M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino nella prospettiva europea*, Bologna, 2014, p. 119 ss. e S. Bagni, *Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità*, cit., la quale osserva come l'interculturalità rappresenti «un significativo passo avanti rispetto ai concetti di «multiculturalismo» e «pluriculturalismo», poiché questi ultimi si limitano a descrivere una situazione di fatto, richiedendo riconoscimento, rispetto e tolleranza, disinteressandosi della relazione e dei conflitti fra le diverse culture. L'interculturalismo invece si concentra sulla relazione fra i «diversi», impostando fra loro un processo di incontro creativo ed equitativo, di dialogo e negoziazione di valori, il cui fine è l'identità nella diversità».

⁴⁰ Sul riconoscimento dei popoli indigeni come soggetti di diritto, si vedano R. Cammarata, *Indigeno a chi? Diritti e discriminazioni allo specchio*, Torino, 2012 e S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America latina*, Napoli, 2011.

⁴¹ Sul punto, S. Lanni, *Democrazia e partecipazione in America Latina: il contributo del Defensor del pueblo al rispetto dei diritti dei popoli indigeni*, in *Confluenze*, 2014, p. 41: «Non si tratta di mera ibridazione tra due o più ordini giuridici ma di un coinvolgimento multilivello (locale-nazionale-sovranaZIONALE-internazionale) tra diverse forme dello ius».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

particolare del *buen vivir*, costruisce un *noi* unendo i *loro* che al momento costituiscono lo Stato plurinazionale⁴², inserendo elementi delle culture ctonie e concependoli quali valori fondanti e principi generalmente applicabili⁴³. Malgrado la corrente non sia unitaria, le teorie che sostanziano il nuovo costituzionalismo latinoamericano condividono non pochi elementi confluenti, da un lato, nel rifiuto radicale verso le tradizioni costituzionali con radici elitarie ed individualiste e, dall'altro, nella volontà di porre fine all'emarginazione politico-sociale dei gruppi indigeni.

La lunga lista di diritti sociali, politici, culturali ed economici presente nell'articolato di queste Costituzioni costringe taluni a disdegnarne la portata, a qualificarle come *poetiche*, non realistiche, documenti che creano nuovi mondi con le parole⁴⁴, sintomatiche di desideri, sogni, aspirazioni e, tuttavia, non possiamo non riconoscerne la straordinaria valenza e tenere in debito conto che le discrepanze tra il testo e la realtà rappresentano una sfida per tutte le Costituzioni⁴⁵. I

⁴² Si veda al riguardo, M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *DPCE*, 2, 2012, p. 319 ss.

⁴³ Il riconoscimento del multiculturalismo non si è invero sulla base di un modello di pluralità integrale (politica, giuridica, economica, sociale), centrato sull'idea che lo Stato sia integralmente costituito da una pluralità di pratiche che si compenetrano. Il multiculturalismo è stato costruito sulla logica che a fronte di un settore della popolazione che non partecipa alla cultura egemonica liberale, viene riconosciuto un insieme di diritti alla differenza come meccanismo di integrazione; in altri termini, a fronte di una situazione di disegualianza strutturale, l'eguaglianza si realizza attraverso la differenza, attraverso il principio di inclusione dell'opposto.

⁴⁴ Si veda B. Breslin, *From Words to Worlds Exploring Constitutional Functionality*, Baltimore, 2009 per il quale il carattere esteso delle Costituzioni latinoamericane le ha rese oggetto di critiche e perfino di scherno: viste come *shopping list* che mescolano buone intenzioni e leggi; D. Nolte, *Verfassungspopulismus und Verfassungswandel in Lateinamerika*, *GIGA Focus Lateinamerika*, No. 2, Hamburg, 2009, parla al riguardo di poesia e populismo costituzionale.

⁴⁵ Come osserva N. Belloso Martín, *El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?*, cit., p. 42: «En el nuevo constitucionalismo se aprecia una alta carga de normas-principios y preceptos teleológicos y axiológicos, que se enuncian como o principios ético-morales tales como: dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad,

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

processi costituzionali dei Paesi andini, segnati da una notevole partecipazione, avevano anche il carattere dell'auto-orientamento: «*Where do we want to go? What is our vision of our society? What rights do we want to prioritize? In the constitutional process, the societies developed a self-image that is obviously not a 100-percent fit to the present. In doing so, however, they created something of a road map for social transformation – and the constitutions should be read and discussed from that perspective*»⁴⁶. Il dato rileva ed è essenziale per garantire a quelle insolite caratteristiche presenti nelle Carte fondamentali ecuadoriana e boliviana, il *buen vivir* come obiettivo costituzionale e il riconoscimento della natura come entità giuridica, di eludere il verdetto prematuro del lirismo e del populismo.

Nel mondo dell'egemonia della globalizzazione economica, fondato inesorabilmente sull'etica del consumo e sulla fascinazione della «estetica della spazzatura»⁴⁷, il nuovo costituzionalismo andino rappresenta, senza dubbio, una tendenza controcorrente, una proiezione normativa della globalizzazione contro-egemonica: dal paradigma emergente scaturisce un'idea di Costituzione che oltrepassa la sua funzione di artefice della giustizia sociale, della redistribuzione economica e della democrazia partecipativa, e diventa strumento di

justicia social, redistribución equitativa de los productos y bienes sociales, democracia, responsabilidad social, preeminencia de los derechos humanos, pluralismo político. El reconocimiento de derechos vinculados con un nuevo modelo de Estado intercultural y plurinacional, con una amplia protección de minorías étnicas y grupos étnicos. La tutela del medioambiente y la defensa de la diversidad natural y cultural, está muy presente. En los recientes textos Constitucionales pueden encontrarse disposiciones que permiten hablar de un “viraje biocéntrico”, caracterizando una nueva etapa del Estado constitucional, mediante el paso del Estado de bienestar social al Estado de derechos del bien-vivir (en el que se integran diversas facetas necesarias para materializar la dignidad humana: el derecho a la alimentación, al agua, al ambiente sano, a la comunicación e información, el respeto a la identidad cultural, la educación, el hábitat adecuado y la vivienda segura, la salud, el trabajo, la seguridad social), reconociendo como sujeto de derechos a la naturaleza, a modo de un Estado de welfare ambiental».

⁴⁶ T. Fatheuer, *Buen Vivir. A brief introduction to Latin America's new concepts for the good life and the rights of nature*, www.boell.de/en, 2011.

⁴⁷ E. Balzaretto, *La comunicazione ambientale: sistemi, scenari e prospettive*, in E. Balzaretto – B. Gargiulo (a cura di), *La comunicazione ambientale: sistemi, scenari e prospettive. Buone pratiche per una comunicazione efficace*, Milano, 2009, p. 108.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

promozione relazionale con la natura, incidendo direttamente sul modello di sviluppo economico, innovando le relazioni sociali, revisionando l'uso delle risorse ambientali e culturali. Quelle *bizzarre* - a prima vista - disposizioni costituzionali celano le migliori intenzioni, quando aspirano a sostenere un più efficace equilibrio tra i diversi gruppi che compongono l'umanità tutta, rimodulando, in chiave rinnovata e, per taluni aspetti, inedita, il rapporto con l'ambiente, e quando propongono una svolta biocentrica, fondata sulla revisione del paradigma della modernizzazione, sviluppo, progresso economico e tecno-scientifico che costringe il pensiero a fare i conti con nuove strutture cognitive per la vita sociale, nuove epistemologie, nuove metodologie, nuove pratiche e nuovi modi di fare politica e, non da ultimo, nuove tecniche giuridiche.

3. *Il costituzionalismo ecologico andino e la sfida biocentrica all'ordine giuridico tradizionale*

Ambiente e diritto sono i protagonisti di una trama relazionale che occupa uno spazio di ampio respiro in quella disputa dottrinale che vede contrapporsi due visioni, antropocentrica ed ecocentrica, e che rileva per eterogeneità di posizioni e sfumature concettuali. La connotazione antropocentrica e utilitaristica dell'ambiente, progressivamente, ha ceduto il passo a favore di una prospettiva che non vede nell'*esprit de conquête* da parte umana il valore in sé, ma considera come *prius* l'ambiente stesso: se l'antropocentrismo valuta la natura come *res nullius*, legata unicamente ai benefici concessi alla specie umana, l'ecocentrismo revisiona e rivaluta la vita in tutte le sue forme espressive.

La versione antropocentrica identifica nell'uomo il centro dell'universo, punto di riferimento valoriale assoluto attorno al quale gravitano gli altri esseri: da *Alma Mater*, la natura muta in *serva* dell'uomo che, despota e «*dueño de todo*»⁴⁸, può, dall'asse centrale dell'universo dove s'illude d'esser collocato, modificarla e "manipolarla" come meglio crede. Peraltro, se il *tiranno* si colloca in

⁴⁸ Così M. A. Rodrigues, *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*, São Paulo, 2005, p. 90.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

posizione di superiorità, «sarà “naturale” e logicamente conseguente che egli abbia il diritto *de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* come reciterà poi la nota formula proprietaria consacrata nell'art. 544 del *Code Napoléon*»⁴⁹. Tese unicamente alla soddisfazione dei bisogni umani, le risorse naturali vengono valutate unicamente in chiave utilitaristica: laddove esiste un beneficio diretto e immediato per gli umani, la protezione dell'ambiente troverà la sua giustificazione. Un ambiente che assume rilevanza al momento del bisogno, e dei bisogni dell'uomo, il solo animale razionale destinatario di norme giuridiche, e la cui tutela viene certamente riconosciuta, ma entro i limiti e i confini della protezione del benessere umano.

L'idea che i beni naturali siano a disposizione della libera e arbitraria volontà decisionale dell'uomo sottende l'ipotesi chimerica che siano rinnovabili; la configurazione del reale ha mostrato, senza scrupoli, il carattere illusorio di un simile convincimento. L'azione di degrado *spensierata*, unitamente al consumo eccessivo e smisurato delle risorse naturali, hanno oltrepassato, e mortificato, qualsiasi possibilità di rinnovamento delle stesse, influenzando drasticamente l'equilibrio dell'ecosistema: «Nessuno è tanto ingenuo da pensare che la “natura selvaggia”, la *wilderness*, di mille anni fa sia la stessa di quella di cento anni fa e di quella di oggi. Il volto della natura ha ovunque la fisionomia sfigurata, le connessioni stravolte, la struttura devastata dalla incessante geometrica progressione dell'economia dell'umanità»⁵⁰. Eppure, a dispetto di questo aver detto, l'attribuzione della presunta superiorità umana ha continuato ad essere il pretesto per seguire a soggiogare la natura, rafforzando, peraltro, quella separazione tra soggetto e oggetto, divenuta responsabile dell'implementazione della devastazione ambientale.

Impedire alla visione antropocentrica di mantenere il primato nella gestione della questione è stato inevitabile; così, il passaggio al paradigma cosmocentrico⁵¹, non certamente immediato, ha spianato la

⁴⁹ E. Ariano, *Ius Includendi*, cit., p. 62.

⁵⁰ Così G. Di Plinio, *La protezione integrale della natura*, in G. Di Plinio – P. Fimiani, *Principi di diritto ambientale*, Torino, 2008, p. 5.

⁵¹ Si veda S. Baldin, *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'etica ambiental exigente in America Latina*, in S. Baldin – M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, cit., p. 156: «Gli indirizzi cosmocentrici sono riconducibili alle teorie

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

strada e innescato altre modalità d'approccio, nonché rinnovate consapevolezza circa il valore della vita in tutte le sue forme, umane e non. «*La profunda consideración del significado y del valor de la vida ha sacudido el yugo del antropocentrismo*»⁵², costringendo l'uomo a scendere dal piedistallo e rinunciare alla sua posizione di supremazia, perché in quanto parte egli stesso di un ecosistema complesso, si posiziona su un piano di parità e uguale dignità esistenziale rispetto alla natura⁵³. Se il mondo naturale ha un valore intrinseco, e non semplicemente un valore di scambio o di utilizzo sovente scellerato, allora non resta che edificare un sistema di protezione e tutela giuridica che prescindendo dalle valutazioni e dagli interessi umani e sia capace di innervare, per questa via, il superamento della concezione antropocentrica del diritto⁵⁴. La dottrina ecocentrica può finalmente mettere in scena un'idea di solidarietà e di collettività che l'individualismo aveva trascurato e mortificato: l'essere umano cessa di essere il centro dell'universo, rimodula i suoi rapporti con la natura e trasforma l'intero assetto normativo di protezione ambientale, aderendo ad una prospettiva olistica di comprensione della vita, che

olistiche che si esprimono nel biocentrismo e nell'ecocentrismo, con ulteriori correnti al loro interno. In breve, le posizioni biocentriche sono quelle più radicali, che riconoscono dignità morale a ogni singolo essere vivente (come l'animalismo) o a gruppi di individui (specie, comunità, ecosistemi). Nella versione ecocentrica, ciò che conta nei rapporti fra umani e ambiente è un mutamento di *Gestalt*. Sul piano ontologico, l'ecocentrismo nega la divisione esistenziale sulla cui base si afferma la primazia umana e, dal punto di vista etico, rifiuta di assegnare un valore intrinseco agli esseri umani, promuovendo l'eguaglianza fra questi e la natura».

⁵² E. Milaré, *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário*, São Paulo, 2009, p. 88.

⁵³ Cfr. B. Vimercati, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2016, p. 1 ss.

⁵⁴ Così G. Di Plinio, *La protezione integrale*, cit., p. 3 «non è più l'Uomo il destinatario finale del diritto, ma la *natura*, cioè un bene senza padrone, un soggetto composto da una miriade di cose animate e inanimate che interagiscono tra loro secondo regole che l'economia finora ha saputo solo violare, e mai comprendere appieno; l'interesse naturalistico assume una posizione di supremazia sugli altri interessi pubblici e privati e l'antropocentrismo normativo viene superato da una nuova logica di sistema, prossima al principio biocentrico. In altre parole, ciò che è di tutti, e dunque di nessuno, è stato almeno sul piano del diritto, definitivamente sottratto allo sfruttamento e all'egoismo individualista della produzione economica».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

ovviamente comporta sfide e rompe i vecchi paradigmi filosofici e giuridici⁵⁵.

L'ambiente diventa un bene collettivo di godimento individuale e generale, un vero e proprio diritto transindividuale. Pertanto, il diritto all'ambiente, che in termini strettamente privatistici si colloca nella categoria dell'interesse diffuso, non riconducibile al singolo, ma esteso ad una collettività indeterminata, confluisce nella questione dei nuovi diritti per la sua caratteristica di rimandare alla duplice dimensione soggettiva e collettiva⁵⁶. Vieppiù, il riconoscimento del diritto a un ambiente ecologicamente equilibrato viene configurato come estensione del diritto alla vita, con riguardo sia al benessere fisico degli esseri umani, sia alla qualità e dignità dell'esistenza di ciascuno. In questo senso, la costituzionalizzazione del diritto ambientale rileva quale efficace strategia per rimodellarne la protezione giuridica e migliorarne la *governance*.

Una costituzionalizzazione che si è inverteva percorrendo strade diverse: o mediante norme programmatiche che «riconoscono l'ecosistema come oggetto di tutela di futuri interventi dello Stato», o come riconoscimento di un diritto fondamentale, o come «parte integrante di altri diritti, ad esempio la salute, o del principio di dignità umana⁵⁷. Certo è che il diritto costituzionale, concentrando il suo studio sui beni della vita di grande valorizzazione giuridica, e considerando la

⁵⁵ Secondo S. Ciuffoletti, *Verso una giurisprudenza ecologica. Il discorso giurisprudenziale sui diritti connessi alla protezione dell'ambiente*, in *Jura Gentium, La crisi dei paradigmi e il cambiamento climatico*, www.juragentium.org, 2019, p. 202 «il passaggio da un diritto antropocentrico a uno biocentrico [che] associa i diritti connessi all'ambiente con una dimensione solidaristica e collettiva in cui si realizza l'espansione della soggettività giuridica dall'individuo alle comunità (peoples), titolari del diritto a decidere come meglio gestire e proteggere l'ambiente».

⁵⁶ Gli interessi diffusi, che rientrano nel novero delle posizioni suscettibili di tutela giurisdizionale, si riferiscono a quelle situazioni giuridiche attive difficilmente riconducibili ad un individuo singolo, in quanto preordinate alla protezione di beni di interesse pubblico. Gli interessi diffusi sono anche definiti adespoti nel senso che spettano ad una collettività indistinta come sovente si verifica per la protezione dell'ambiente. Cfr. G. Contaldi, *La tutela degli interessi collettivi nel diritto dell'Unione Europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, www.rivistaoidu.net, 2020.

⁵⁷ Così S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni Latino Americane*, 2014, p. 25 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

protezione dell'ambiente quale fattore imprescindibile al mantenimento salutare dell'esistenza umana, ha innalzato lo studio del diritto ambientale al livello massimo, incorporando i principi tipici dell'ambientalismo all'elenco della principiologia costituzionale⁵⁸. In questo senso, il c.d. costituzionalismo ecologico, o *green constitutionalism* si è contraddistinto per aver esaltato la connessione tra i testi solenni e quelle tematiche ambientali che dal XX secolo subiscono un processo di universalizzazione e implementazione normativa, passando da semplici proclami retorici o programmatici di protezione ambientale al riconoscimento di un diritto fondamentale all'ambiente. Di fatto, un numero consistente di Costituzioni riconosce espressamente o implicitamente il diritto all'ambiente come diritto fondamentale, pur se non tutte contengono disposizioni procedurali applicabili al tema in relazione ai diritti d'informazione, alla partecipazione ed all'accesso alla giustizia ambientale⁵⁹.

⁵⁸ Si veda A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo*, www.serena.unina.it/index.php/dperonline, 2019, per il quale «La necessità, di promuovere a principio costituzionale espresso il bene giuridico ambiente (magari inserendolo, considerata la rilevanza, tra quelli c.d. intoccabili in quanto fondamentale), ha, infatti, il principale scopo di allignare tale bene all'interno di una dimensione costituzionale in cui appare ancora possibile materialmente difenderlo dagli interessi predatori di un'economia globale sempre più rispondente alle distruttive logiche di un mercato concorrenziale libero e senza regole».

⁵⁹ Gli studiosi di diritto ambientale comparato hanno avuto modo di rilevare come gran parte delle Costituzioni democratiche contemporanee contengano disposizioni specifiche in materia ambientale, inaugurando un fenomeno che è stato definito di *inverdimento* delle Carte fondamentali e che ha riguardato, prima degli altri, gli Stati africani e sudamericani. Pertanto, nella prospettiva comparata possiamo individuare Costituzioni "ambientali", che nascono fin dalle origini, con una caratterizzazione ambientale e contengono quindi specifiche disposizioni dedicate all'ambiente; Costituzioni revisionate in chiave ambientalista, in cui sono state inserite disposizioni ambientali che dovranno armonizzarsi in un contesto già previsto; infine, Costituzioni per le quali, in mancanza di specifici riferimenti testuali al tema dell'ambiente, ne consentono la tutela attraverso la ricostruzione della giurisprudenza dei giudici costituzionali. Si vedano in proposito: M. Feola, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014, p. 50 ss.; G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002; D. Amirante, *Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato*, in Id. (a cura di), *Diritto Ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano, 2002, p. 11 ss.; C. Sartoretti, *La tutela*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

In seguito all'adozione della Dichiarazione di Stoccolma del 1972⁶⁰, che rappresenta la prima presa d'atto ufficiale internazionale del nesso ambiente e sviluppo economico, si registra un interesse crescente per l'affermazione costituzionale dell'ambiente, sia sotto forma di dovere generale di tutela, sia soprattutto come diritto fondamentale, al punto da consacrare una nuova stagione, quella del costituzionalismo verde profondo, definita dalla proclamazione dei diritti ambientali postumani, o diritti ambientali *strictu sensu*, ove si assiste al passaggio dal diritto alla natura al diritto della natura, attribuendo soggettività giuridica alla comunità Terra⁶¹. Una nuova fase, dunque, che chiude il sipario alla tradizionale visione antropocentrica, «*establishing a new man-nature relationship, by which nature or Pachamama is the subject of rights, and has the right to have its existence respected, to the maintenance of its life cycles, among others*»⁶², e lo apre alla svolta

dell'ambiente nel diritto comparato: modelli costituzionali a confronto, in R. Ferrara – M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 337 ss.

⁶⁰ Si veda P. Bilancia, *Le Regioni e l'ambiente: elementi comparati nel costituzionalismo europeo comparato*, in *Corti supreme e salute*, 2019, p. 335: «L'attenzione crescente per i temi ambientali, con un diffuso mutamento di carattere evolutivo nel comune sentire del corpo sociale, è infatti fenomeno che ha preso realmente piede a livello internazionale solo a partire dagli anni '70 del XX secolo, in un processo che è ben esemplificato dall'emblematica (e, per molti versi, epocale) "Dichiarazione di Stoccolma" del 1972 (Dichiarazione delle Nazioni Unite su "L'Ambiente Umano"), che al suo principio 1 riconosce che ogni persona gode del diritto fondamentale "alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere, ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future". Il principio 2 statuisce inoltre che "le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora, la fauna e particolarmente il sistema ecologico naturale, devono essere salvaguardate a beneficio delle generazioni presenti e future, mediante una programmazione accurata o una appropriata amministrazione». Per una ricostruzione ulteriormente approfondita di tali processi, rimandiamo a L. Salvemini, *Sul concetto di sostenibilità*, in P. Bilancia (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli, 2015, p. 17 ss.

⁶¹ Così J. A. L. Sampaio, *Os ciclos do constitucionalismo ecológico*, in *Revista Jurídica Da Fa7*, <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica>, 2016.

⁶² A. Shohani – E. Ataéi – N. Norouzi, *Environmental Constitutionalism in Latin America*, in *Universal Journal of Social Sciences and Humanities*, <https://www.scipublications.com/journal/index.php/ujssh/>, 2021.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

biocentrica che, riconoscendo l'eguaglianza di tutti gli esseri, estende la tutela giuridica al di là dell'utilità contingente⁶³.

Il costituzionalismo ambientale dell'America Latina presenta, al riguardo, delle specificità di tutto rilievo e, pur nelle diversità degli ordinamenti e delle realtà politico-istituzionali, mostra delle peculiarità comuni che ne scandiscono l'evoluzione normativa⁶⁴. I principi ambientali contenuti nelle Carte fondamentali andine sono, infatti, collegati all'idea di sviluppo sostenibile, e trovano nella visione sociale del costituzionalismo del progresso ispirato al pensiero di Simon Bolivar, il proprio fondamento⁶⁵. Diversi sono gli esempi significativi al riguardo che val la pena menzionare. L'art. 80 della Costituzione della Colombia proclama che «*El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución*»; l'art. 41 della Costituzione Argentina ricorre alla formula più generica di sviluppo umano e manifesta questo spiccato e rinnovato interesse

⁶³ Il paradigma biocentrico contempla l'eterogeneità e la diversità delle specie che formano l'intero universo ed esprime quel movimento di rottura con lo standard antropocentrico che separa la società dalla natura «*Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que debe protegerse. No hacerlo significaría alterar o descuidar las*». Così R. Ávila Santamaría, *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, in A. Acosta – E. Martínez (eds.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, 2011, p. 218.

⁶⁴ Nell'ambito della Conferenza dell'Onu svoltasi a Rio de Janeiro nel 1992⁶⁴, designata come Conferenza sull'ambiente e sullo sviluppo sostenibile, si fa strada l'idea di configurare in ambito giuridico lo sviluppo sostenibile come un dovere generazionale di solidarietà. Sul tema si veda F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Diritto dell'economia*, 2009, p. 491 ss. Perseguire e promuovere lo sviluppo vuol dire, ora, soddisfare i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri; la protezione dell'ecosistema, lungi dall'essere un ostacolo, diviene la condizione imprescindibile dello sviluppo economico. Gli Stati devono garantire la cooperazione transfrontaliera, assicurare ai cittadini strumenti di partecipazione diretta e concrete opportunità di accesso alle informazioni ambientali per, eventualmente, far valere le loro pretese a livello giurisdizionale: indicazioni, queste, recepite anche nella Convenzione di Aarhus del 1998, sottoscritta dall'Unione europea e da altri Paesi, ma non dagli Stati latinoamericani.

⁶⁵ Così S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, cit. p. 25 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

verso l'ambiente «*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo*»; l'art. 47 della Costituzione dell'Uruguay recita «*La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores*»; l'art. 225 della Costituzione del Brasile utilizza espressioni come: «*Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y ala colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras*»; ancora, l'art. 117 della Costituzione del Salvador considera lo sviluppo sostenibile quale strumento necessario per garantire la diversità biologica e l'integrità dell'ambiente «*Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible*»; la Costituzione del Venezuela esprime questo indirizzo in almeno tre articoli manifestando una sensibilità maggiore relativamente alla questione del rapporto con le future generazioni⁶⁶; la Costituzione

⁶⁶ Ci riferiamo al Capitolo IX dedicato interamente ai diritti ambientali, e precisamente all'art.127 «*Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley*»; all'art. 128 «*El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

della Costa Rica afferma all'art. 50 «*Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*» e quella del Guatemala insiste sulla conservazione dell'equilibrio ecologico, sancendo all'art. 97 «*El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación*».

Anche le Costituzioni riformate più di recente riconoscono i diritti ambientali con esplicito riferimento al tema dello sviluppo sostenibile e delle generazioni future⁶⁷, inserendo dettagli configurati «in termini di

ordenamiento»; infine, all'art. 129 «*Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y sociocultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas. En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultare alterado, en los términos que fije la ley*».

⁶⁷ In particolare, la Costituzione dell'Ecuador, all'art. 14 afferma «*Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantiza la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados*» e all'art. 15, ove si legge «*El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

salvaguardia del proprio patrimonio naturale e dei singoli beni ambientali che lo costituiscono, piuttosto che esclusivamente posto in relazione ad un equilibrio interno, da conseguire e conservare»⁶⁸. Le formule inserite nei testi riflettono la volontà di contenere e contrastare qualsivoglia fenomeno capace di oltraggiare le risorse naturali, sia interno - degrado, corruzione e criminalità ambientale - sia esterno - sfruttamento, brevettazione e biotecnologie⁶⁹. Tali formule, riflettono, altresì, l'irrinunciabilità della correlazione tra il riconoscimento del fondamentale diritto all'ambiente e gli obblighi corrispondenti, quali il generale dovere di rispettare e proteggere l'ambiente, il dovere di astenersi dalle attività lesive dei beni ambientali, infine, il dovere di adottare cautele, in presenza di potenziali pericoli per l'uomo e per l'ambiente.

Secondo questa linea, il ciclo biocentrico trova la più corretta formulazione nelle Costituzioni di Ecuador e Bolivia, all'interno del cosiddetto neocostituzionalismo trasformativo⁷⁰ che incorpora la visione del mondo dei popoli ancestrali, le loro pratiche di convivenza e di comprensione dell'ambiente circostante, riassumendoli nei due assi

ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional».

⁶⁸ Così G. Cordini, *Influssi internazionali e svolgimenti di diritto comparato nel costituzionalismo ambientale dell'America Latina*, in *Studi Urbinati*, 2010, p. 564.

⁶⁹ Esemplicazioni singolari sono: l'art. 136 della Costituzione della Bolivia del 1967, ove si afferma «*Los bienes nacionales son de dominio originario del Estado. Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento*» e l'art. 1, co. 3, della Costituzione dell'Ecuador «*Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible*».

⁷⁰ Sul concetto di costituzionalismo trasformativo si vedano S. Baldin, *Spunti per un'indagine sull'etno-sviluppo dei popoli indigeni a partire dalle esperienze costituzionali andine*, in *Visioni LatinoAmericane*, 17, 2017, p. 13 ss. e K.E. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human Rights*, 14, 1998, p.150, secondo il quale il concetto comprende «*a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

portanti, *Sumak kawsay* e *Pachamama*. La natura è riconosciuta quale soggetto costituzionale e diventa il *Tertium* necessario, accanto al binomio libertà-autorità, della dialettica costituzionale, non più rubricata come materia prima della produzione, senza diritti e senza rappresentanza, ma protagonista costituzionale, passando da oggetto a soggetto titolare di situazioni giuridiche, e aprendo, così, un nuovo capitolo della storia del diritto⁷¹.

Non poteva essere altrimenti: se i sistemi giuridici derivano dagli assetti culturalmente definiti, la specificità ambientale si delinea a partire dal riconoscimento dei valori del paradigma ecologico che una società adotta come norma del suo rapporto con l'ambiente⁷². Il nuovo costituzionalismo andino tende, infatti, verso un nuovo modello di civiltà centrato sulla comunità ecologicamente equilibrata e culturalmente sensibile, forse «meno sviluppata ma più vicina alla natura e alla sua biodiversità»⁷³; natura che sveste i panni di *res extensa*, suscettibile di ogni manipolazione e sottomissione - non è più un luogo da esplorare e da cui trarre beneficio - , ma comincia a tessere dialoghi con gli umani⁷⁴ e diventa titolare di diritti e pretese.

⁷¹ E. R. Zaffaroni, *Pachamama, Sumsak Kawsay y constituciones*, in *DPCE*, 2012, p. 433 ss.

⁷² La cultura ambientale andina riflette, allora, la sua storia ecologica che, secondo J. M. Borrero Navía, *Los Derechos Ambientales. Una Visión desde el Sur*, Cali, 1994, p. 84: «es una crónica de expoliación. Inagotable depósito de minerales, piedras preciosas, maderas y especies para los colonizadores europeos, no encontró mejor destino en manos de los criollos independientes, hábiles en aprovechar para su enriquecimiento personal los inequitativos términos del intercambio comercial, las ventajas comparativas o la bonanza crediticia del capital financiero, en detrimento de la oferta ambiental de sus naciones y de la seguridad económica y social de sus pueblos. En la otra orilla de estas intolerables islas de privilegio se asoma el continente del deterioro ambiental y el empobrecimiento».

⁷³ Così M. Carducci, *La costituzione come ecosistema nel nuovo costituzionalismo delle Ande*, in S. Bagni, *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, cit., p. 12.

⁷⁴ Sul punto, J. M. Borrero Navía, *Derecho Ambiental y cultura legal en América Latina*, in *Revista Ambito Jurídico*, <https://ambitojuridico.com.br/>, 2005: «Gracias a la influencia de la cultura y el saber ambiental hoy nos reconocemos miembros de la familia viviente que habita la biosfera y beneficiarios de los bienes de la Tierra. Hemos alcanzado la conciencia de nuestra atadura filogenética y ontológica con este pequeño planeta y hemos derrumbado uno a uno los iconos que simbolizan

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Ebbene, il riconoscimento del ripristino ecologico come specifica pretesa della natura che impone il recupero dei sistemi di vita lesionati dall'uomo rappresenta il tratto maggiormente significativo⁷⁵; la piattaforma filosofica su cui poggia una simile originalità giuridica si sostanzia nella cosmovisione dei popoli andini, nella *Deep Ecology*⁷⁶, nella *Earth Jurisprudence*⁷⁷ e nella *Law for Nature*⁷⁸, divenendo un fertile terreno analitico per immaginare strategie alternative di

nuestra ruptura de la alianza con la naturaleza. Y aunque desde tiempo atrás no rendimos culto al geocentrismo toleméico, ni a los mitos de nuestra singularidad y omnipotencia de nuestra razón, seguimos anclados en las pulsiones de nuestro narcisismo. Continuamos asistiendo a las ejecutorias de una civilización que sojuzga a la naturaleza, corrompe los elementos de la Tierra y pretende homogeneizar las culturas, mientras quema diariamente océanos de hidrocarburos».

⁷⁵ Si veda E. Gudynas, *La dimensión ecológica del Buen Vivir. Entre el fantasma de la modernidad y el desafío biocéntrico*, in *Revista Obets*, 2009, p. 49 ss.

⁷⁶ È il filosofo norvegese Arne Naess a coniare il termine *deep ecology*, una prospettiva che rifiuta l'approccio tradizionale all'ambiente di tipo antropocentrico, dove l'ecosistema è tale rispetto ad un soggetto o a un termine di riferimento. L'ecologia profonda non separa gli esseri umani né ogni altra cosa dall'ambiente naturale, in quanto concepisce il mondo come una rete di fenomeni interconnessi e interdipendenti. In proposito, M. Andreozzi, *Verso una prospettiva ecocentrica: ecologia profonda e pensiero a rete*, Milano, 2011, p. 123.

⁷⁷ Il difensore di questa tesi, l'ecologista Thomas Berry, considerato il padre della *Earth Jurisprudence*, si ispirò al modo di vivere dei popoli indigeni per elaborare le sue riflessioni, e per il quale le leggi umane devono rispettare la natura al fine di garantire l'integrità e il benessere di tutti gli esseri viventi, comprese le generazioni future. La *Earth Jurisprudence* è la teoria giuridica che propugna il riconoscimento dei diritti della natura sull'assunto che la Terra è la fonte primaria del diritto. I suoi fautori ricercano soluzioni che affermino, in termini etici e pragmatici, la capacità e la responsabilità degli esseri umani di arrestare le pratiche che mettano in pericolo la sopravvivenza di qualsiasi specie vivente. Una pietra miliare di questa corrente di pensiero è il libro di Christopher D. Stone *Should Trees Have Standing?: Law, Morality and the Environment*, Oxford, 2010, ove la natura viene concepita come una pluralità di soggetti giuridici titolari di diritti. La titolarità sottende che la natura possa adire le vie legali, che si possa vedere riconosciuto un danno e che possa beneficiare direttamente del risarcimento.

⁷⁸ Ulteriore corrente filosofica che intende articolare in modo nuovo il rapporto fra diritto ambientale e *governance* e che, ruotando attorno al concetto di normatività ecologica, mediante un processo di progressiva trasformazione, riorienta il diritto e fonda la relazione tra soggetto ed oggetto in termini di *patrimonium*. Sul punto, V. De Lucia, *Towards an Ecological Philosophy of Law: A comparative Discussion*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 4(2), 2013, p. 167 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

sviluppo⁷⁹. Le proposte di riconoscimento dei diritti della natura, accolte con grande *favor* dall'area latinoamericana, cominciano ad ispirare una normativa ambientale che, attribuendo alla natura le caratteristiche di una persona giuridica, la contempla non già come interesse giuridicamente protetto, ma come soggetto dell'interesse giuridicamente protetto⁸⁰.

In quest'ottica, le Costituzioni ecuadoriana e boliviana hanno realizzato sul piano del diritto costituito un'alternativa al modello egemone neoliberista, proponendone uno «in cui la Carta fondamentale riflette l'identità indigena e parla in una lingua che attinge alla tradizione millenaria locale e non a una tavola di valori importati o imposti dal potere (neo)coloniale»⁸¹. I contenuti delle tradizioni culturali autoctone vengono incorporati nell'ordinamento giuridico mediante un'originale operazione di costituzionalizzazione, che si inverte nel riconoscimento della natura non più come mero oggetto di un diritto costituzionale ma come specifico soggetto degno di tutela giuridica; nella diversa declinazione giuridica che caratterizza l'endiadi uomo-natura si rinviene, così, l'elemento di rottura con il costituzionalismo classico. Vieppiù, se «il riconoscimento costituzionale della personalità giuridica della Natura rappresenta un taglio nella storia del Diritto Costituzionale contemporaneo, non solo riguardo la protezione della Natura e dell'ambiente, ma anche dei

⁷⁹ Le nuove teorie filosofico-giuridiche, muovendo dalla riscontrata inefficacia degli strumenti giuridici moderni di protezione della natura, hanno evidenziato come tale fallimento abbia origine nella dominante concezione per cui gli esseri umani sono un insieme separato da tutti gli altri membri della Comunità Terra e per cui il ruolo della Terra è quello di servire, grazie alle sue risorse naturali, al consumo umano. Sul punto, B. Vimercati, *Il diritto ai beni vitali*, cit. 2016, p. 63.

⁸⁰ In proposito, G. Stutzin, *Un imperativo ecologico: reconocer le derechos de la naturaleza*, in *Ambiente y Desarrollo*, 1985, p. 97 ss.

⁸¹ Così, E. Ariano, *Ius Includendi*, cit., p. 65. Si veda anche S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, cit., p. 33: «La cosmovisione andina deriva dalle immagini del mondo, dalle valutazioni sulla vita, dagli orientamenti della volontà, significativamente diverse da quella occidentale, dove si ha una immagine antropocentrica. Le immagini del mondo andino indicano come relazionarsi con la natura, le cose, le persone, le divinità; una idea cosmocentrica dove l'uomo è cosciente di avere un ruolo passivo e subordinato rispetto all'ordine delle cose».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

soggetti di diritto»⁸², diventerà necessario costruire un ordine giuridico alternativo in grado di contemplare tale nuovo principio costituzionale⁸³.

Decisive divengono, allora, le modalità tramite cui la cosmovisione andina entra nel contesto normativo ecuadoriano e boliviano, in modo da calibrare il rilievo giuridico assegnato alla natura nella prospettiva di uno sviluppo ecologicamente sostenibile.

4. Buen Vivir e Pachamama: quale abito costituzionale?

Ecuador e Bolivia hanno rifondato i propri ordinamenti inoltrandosi lungo quei sentieri che enfatizzano il modello di sviluppo sostenibile e solidale, rispettoso del sistema di pensiero indigeno, e certamente alternativo a quello egemone occidentale. Nelle rispettive Costituzioni, approvate con referendum popolare nel 2008 e nel 2009 e descritte come «strutture pietrificate dei livelli di cooperazione necessari a preservare l'autoctonia costituzionale intesa come pluralismo interculturale e come natura-soggetto»⁸⁴, rinveniamo il riconoscimento di elementi innovativi, quali la plurinazionalità, l'interculturalità e il recepimento dei principi della filosofia andina. La

⁸² M.P. Melo, *O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo*, cit., p. 43.

⁸³ Così A.M. Russo, *Democrazie illiberali*, cit., p. 4095 ss.: «Ignorando la separazione società-natura, la cosmovisione eco-centrica sottesa a tale tradizione giuridica fonda la sua visione del sociale sul primato della natura in quanto "armonia" di tutti i viventi. Rispetto al diritto ambientale, di tradizione occidentale, che muove da una impostazione di tipo antropocentrico, si propone una visione cosmocentrica che conduce al riconoscimento dei "diritti della Natura" per garantire l'effettiva salvaguardia degli ecosistemi. Questo cambio assiologico, che si verifica nel costituzionalismo andino, sul piano giuridico si esprime nel riconoscimento della Natura come soggetto di diritto: la natura non è più contemplata in quanto intorno strumentale alla realizzazione degli altri diritti costituzionalmente riconosciuti, né diventa un bene tutelabile solo nel momento in cui acquisisce un valore d'uso o di scambio ma assume, piuttosto, la qualità di un "bene relazionale costituzionalmente prioritario" in quanto non più "oggetto" materiale di appropriazione e protezione ma "soggetto" delle stesse relazioni umane».

⁸⁴ M. Carducci, *Il buen vivir come "autoctonia" costituzionale e limite al mutamento*, in S. Baldin – M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, cit., p. 110.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

formalizzazione dei valori indigeni, unitamente agli innumerevoli *ingredienti* extragiuridici, riflessi nelle disposizioni contenute nelle nuove Carte, rappresentano uno degli aspetti salienti di quel progetto costituzionale che intende rivitalizzare le pratiche ancestrali, interrompere il rapporto con le nozioni tradizionali di sviluppo e chiudere con il paradigma occidentale: «la cultura indigena entra per la prima volta in un testo costituzionale, non come una specie in via di estinzione, da proteggere attraverso la creazione di uno zoo-safari per turisti sempre in cerca di manifestazioni folkloristiche, bensì dalla porta principale, attraverso il riconoscimento, fin dal preambolo e in numerose disposizioni nel corpo del testo, della Pachamama e del *sumak kawsay* come valori, principi costituzionali e regime di diritti»⁸⁵.

La connotazione semantica dei termini *Buen Vivir* (buon vivere) in Ecuador e *Vivir Bien* (vivere bene) in Bolivia - che derivano rispettivamente da *sumak kawsay* in lingua quechua e *suma qamaña* in aymara - , il cui significato più prossimo è vita piena⁸⁶, rappresenta il

⁸⁵ S. Bagni, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale*, in S. Baldin – M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, cit., p. 76.

⁸⁶ Come osservano J. Vanhulst – A. Beling, *Buen vivir et développement durable: rupture ou continuité?* in *Écologie & politique*, 46(1), 2013, p. 41 ss., la nozione di *Buen Vivir* è un'extrapolazione del concetto *quechua sumak kawsay* e, tuttavia, tale trasposizione è riduttiva non consentendo di evidenziare lo spessore semantico del concetto originario che, nella cosmologia indigena, è principio di vita, di pienezza, oltre che guida per l'azione. E come fa notare P. Solón, *Vivir Bien*, <https://systemicalternatives.org>, 2017, entrambi i termini sono traduzioni incomplete e insufficienti di *suma qamaña* o *sumaq kawsay* che possiedono un insieme più complesso di significati come vita piena, dolce vita, vita armoniosa, vita sublime, vita inclusiva o saper vivere. L'espressione Vita in pienezza riprende il significato di *sumak kawsay* nella lingua *kichwa* riferita ad un sistema di conoscenza e di vita basato sulla comunione tra esseri umani e natura, e sulla complessiva armonia spazio-temporale dell'intera esistenza. Sul punto, C. Walsh, *Development as buen vivir: institutional arrangements and (de)colonial entanglements*, in *Development*, 2010, p. 18 ss. Ed ancora, secondo X Albó, *Suma qamaña = convivir bien. ¿Cómo medirlo?*, in H. I. Farah - L. Vasapallo (eds.), *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista*, La Paz, 2011, p. 135, nel quale l'A. afferma che *Vivir bien* traduce la locuzione *suma qamaña* nella lingua *aymara* in Bolivia, il cui significato rinvia ad una forma di vita armoniosa tra gli esseri umani, e tra essi e il mondo naturale scandita da un atteggiamento di gratitudine. Infine, «*Los lemas suma y sumak significan "plenitud, sublime, excelente, magnífico, hermoso"; en cambio, qamaña e kawsay, remiten a los conceptos de "vida,*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

tratto più originale e significativo di quella parte della cosmovisione andina che viene istituzionalizzata nelle nuove Costituzioni politiche dello Stato, indicando «l'esistenza in armonia con la collettività e con la natura» e configurando una dimensione ove «la sfera privata e quella comunitaria, la sfera materiale e quella spirituale, sono concepite come interdipendenti»⁸⁷. La cosmovisione andina disegna una parabola ove tutto è connesso e niente resta fuori; equilibrio ed armonia sono il fondamento della comunità: «*Saber vivir implica estar en armonía con uno mismo. Vivir Bien es vivir en comunidad, en hermandad y especialmente en complementariedad. Es una vida comunal, armónica y autosuficiente. Vivir Bien significa complementarnos y compartir sin competir, vivir en armonía entre las personas y con la naturaleza. Es la*

vivir, convivir, estar siendo, ser estando vita». R. Perona – A. Zavatteri, *Il "buen vivir": note sul recepimento di un principio innovatore nell'ordinamento colombiano*, in *Osservatorio costituzionale*, www.osservatorioaic.it, 2018, suggeriscono di «considerare come la radice concettuale *qama*», con l'aggiunta di suffissi differenti, assuma sfumature tanto varie quanto rivelatrici: per esempio, *qamäwi* indica una riunione di persone che si ritrovano per conversare in amicizia; *qamasa*, oltre ad essere il gerundio del verbo che significa «vivere/convivere», si riferisce al carattere, al valore, al coraggio, alla forza vitale necessari per vivere ed entrare in un rapporto di condivisione con gli altri, esprimendo forse la relazione più diretta fra la radice *qama*, l'elemento vitale della Madre Terra, e gli uomini che la abitano; [...] Quanto accennato suggerisce quindi come «*suma qamaña*» abbia una portata anche maggiore rispetto a quella propria della traduzione «buon vivere», se intesa letteralmente. Una più attenta lettura rimanda infatti ad un'allusione alla più alta forma di vita, rappresentata dai valori della condivisione, dell'amore e del rispetto verso gli altri, l'ambiente e la Madre Terra; un rinvio, cioè, ad una filosofia di vita capace di convertirsi in proposta di convivenza ed in principio di diritto». La traduzione più fedele delle due espressioni dovrebbe essere quindi *vida en plenitud*, ossia vita in pienezza come sostiene S. Bagni, *Il sumak kawsay*, cit., p. 77.

⁸⁷ S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni*, cit., p. 28. Sul punto si veda anche A. Acosta, *El Buen Vivir, más allá del desarrollo*. in G.C. Delgado Ramos (ed.), *Buena vida, buen vivir: imaginarios alternativos para el bien común de la humanidad*, México, 2014, p. 39, ove l'A. afferma «*La idea del sumak kawsay o suma qamaña: nace en la perifería social de la perifería mundial y no contiene los elementos engañosos del desarrollo convencional. (...) la idea proviene del vocabulario de pueblos otrora totalmente marginados, excluidos de la respetabilidad y cuya lengua era considerada inferior, inculta, incapaz del pensamiento abstracto, primitiva. Ahora su vocabulario entra en dos constituciones*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

base para la defensa de la naturaleza, de la vida misma y de la humanidad toda»⁸⁸.

Cosa sottende, allora, l'espressione *Buen Vivir*? E, soprattutto, in che modo il concetto viene accolto negli ordinamenti che lo hanno riconosciuto come principio giuridico? Volendo provare, in prima istanza, a fornire una risposta immediata e plausibile, scivoliamo nella rete senza uscirne. Pur tuttavia, possiamo avvicinarci alla sua essenza, con la chiara consapevolezza che, lungi dall'essere un libro di ricette culturali, sociali, ambientali ed economiche, si presenta piuttosto come un complesso puzzle dinamico che parte da una concezione filosofica spazio-temporale e giunge a una visione del mondo centrata sul rapporto tra esseri umani e natura⁸⁹. Il *Buen Vivir* è soprattutto pratica e non discorso; è principalmente sentimento, sicché il miglior modo di conoscerne il senso e il significato deve necessariamente includere una dimensione esperienziale. Potrebbe dirsi che più che pensarlo, il *Buen Vivir*, occorre sentirlo⁹⁰.

Ora, malgrado l'effervescenza ermeneutica dell'espressione, siamo nella condizione di individuare dei punti fermi: anzitutto, la *Pacha* identificata come Terra e connotata in termini di *Pachamama*, Madre Terra. Un concetto estensivo che fa riferimento al tutto in costante movimento, al cosmo in divenire permanente, all'unità

⁸⁸ F. Huanacuni, *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, Lima, 2010, p. 7.

⁸⁹ Si tratta di un'idea in costruzione, che resiste a qualsivoglia tentativo di definizione e classificazione; come afferma C. Barbero, *Il "Buen Vivir", un cambiamento di paradigma*, in M. G. Lucia – P. Lazzarini (a cura di), *La terra che calpesto. Per una nuova alleanza con la nostra sfera esistenziale e materiale*, Milano, 2015, p. 114: «resilienza e permeabilità, oltre ad essere il suo punto di forza, ne garantiscono la continuità e la funzionalità».

⁹⁰ In proposito si veda F. Zurita, *Construyendo la sociedad del Buen Vivir*, in F. Sierray - C. Maldonado (eds.), *Comunicación, Decolonialidad y Buen Vivir*, Quito, 2016, p. 22 ss.: «Así, si el Buen Vivir tiene más que ver con sentir que con pensar, ¿cómo aprehender completamente este concepto desde una perspectiva estrictamente racional? [...] en la tradición occidental dominante las personas suelen actuar "pensando", mientras que para las tradiciones indígenas andinas lo importante es hacerlo "sintiendo". Por consiguiente, la mejor forma de conocer el sentido y el significado del Buen Vivir debe necesariamente incluir una dimensión experiencial. Más que "pensar" sobre el Buen Vivir, lo debemos "sentir"».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

indissolubile di spazio e tempo⁹¹, ove passato, presente e futuro coesistono, correlandosi dinamicamente e creando una sorta di spirale temporale, nella quale l'idea di sviluppo e di progresso subiscono radicali capovolgimenti⁹². Nella *Pacha* nessuna separazione tra esseri viventi e corpi inerti e natura è ammissibile: tutti hanno vita e tutti sono interrelati⁹³.

La convivenza, fatta di relazionalità e reciprocità, rimanda al secondo punto fermo: vivere bene è saper vivere in comunità - «l'universo andino considera l'individuo un "nulla" se non si pone in una rete di relazione "multipla"»⁹⁴ - , la persona è sempre iscritta nei confini di una comunità che deve costantemente rispettare: la «relazionalità tra le persone e con la natura è una, se non la caratteristica

⁹¹ Si veda P. Solón, *Vivir bien*, cit.: «*Pacha no sólo se refiere al mundo de los humanos, los animales y las plantas, sino también al mundo de arriba (Hanaq Pacha), donde habitan el sol, la luna y las estrellas y el mundo de abajo (Ukhu Pacha), donde viven los muertos y los espíritus. Para el Vivir Bien todo está interconectado y todo forma una unidad*».

⁹² La visione andina del tempo ci ricorda la famosa frase di Einstein secondo la quale la distinzione tra passato, presente e futuro è solo un'illusione persistente. Nella concezione di *Pacha*, il passato è sempre presente e viene ricreato dal futuro. Per vivere bene, il tempo e lo spazio non sono lineari, ma ciclici. La nozione lineare di crescita e progresso non è compatibile con questa visione. Il tempo avanza seguendo la forma di una spirale. Il futuro è collegato al passato. In ogni anticipo c'è un ritorno e ogni ritorno è un anticipo. Da qui l'espressione *Aymara*: per camminare in avanti devi sempre guardare indietro.

⁹³ Si vedano P. Dávalos, *Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*, <https://red.pucp.edu.pe>, 2008: «*El Buen Vivir expresa una relación diferente entre los seres humanos y con su entorno social y natural. El Buen Vivir incorpora una dimensión humana, ética y holística al relacionamiento de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza*»; J. Esterman, *Crecimiento cancerígeno versus el Vivir Bien*, <https://gilbertobonilla.files.wordpress.com>, 2012: «*La Pacha no es una máquina o un mecanismo gigante que se organiza y se mueve simplemente por leyes mecánicas, como se ha dicho por los filósofos modernos europeos, especialmente Descartes y sus seguidores. Pacha es más bien un organismo vivo en el que todas las partes están relacionadas entre sí, en constante interdependencia e intercambio. El principio básico de cualquier "desarrollo" debe ser, entonces, la vida (kawsay, qamaña, Jakaña) en su totalidad, no sólo la de los seres humanos o los animales y las plantas, sino de toda la Pacha*».

⁹⁴ Così condivisibilmente E.A. Imparato, *I diritti della natura e la visione biocentrica tra Ecuador e Bolivia*, in *DPCEOnline*, www.dpceonline.it, 2019, p. 2463.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

centrale sia del *sumak kawsay* che del *suma qamaña*⁹⁵: non può darsi una *vida plena* al di fuori o ai margini di una comunità, mantenuta attraverso le pratiche di reciprocità, *ranti ranti* o *maki maki*⁹⁶.

Inoltre, il paradigma del *Buen Vivir* postula il riconoscimento dell'eguaglianza delle diversità, favorendo l'incontro interculturale e decolonizzando il pensiero occidentale promotore di una visione omogenizzante: «*El Buen Vivir es un concepto plural, tanto por su matriz cultural, como por la necesidad de ajustarse a diferentes marcos ambientales*»⁹⁷. La vita piena, in tale prospettiva, non si risolve nel benessere offerto dall'accumulazione materiale dei beni, perseguita incessantemente dall'*homo oeconomicus* anche a scapito dei suoi simili e dell'ambiente; alla visione di proprietà e di crescita lineare, la cultura indigena ne propone una qualitativa e relazionale: «il *buen vivir* non è solo cercare l'opulenza o l'infinita crescita economica. Esso risiede, piuttosto, nell'equilibrio materiale e spirituale tra persona, comunità e natura, i cui diritti sono interdipendenti e posti a livello costituzionale su un piano di parità e non su una scala gerarchica. [...] Alla visione antropocentrica se ne sostituisce una cosmocentrica che guarda al rapporto uomo-natura dal "sotto in su", non più dal piedistallo del soggetto-dominus, ma dalla prospettiva della Madre Terra»⁹⁸.

Orbene, il processo di costituzionalizzazione dei valori ancestrali andini ha stimolato l'apertura di molteplici strade analitiche: dall'identificazione di una nuova forma di Stato, il c.d. *Caring State* - che, considerando olisticamente i bisogni degli esseri umani, recupera gli aspetti emozionali e culturali derivanti dalla tradizione ancestrale e rifiuta il modello neoliberale dominante⁹⁹ -, all'individuazione,

⁹⁵ F. Longato, *Filosofie del buen vivir tra passato e futuro*, in S. Baldin – M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, cit., p. 58.

⁹⁶ L. Macas, *El Sumak Kawsay*, in A.L. Hidalgo (eds), *Sumak kawsay yuyay. Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre sumak kawsay*, Huelva y Cuenca, 2014, p. 187 ss.: «*La capacidad de saber dar para recibir y de saber recibir para dar*».

⁹⁷ E. Gudynas – A. Acosta, *La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 2011, p. 71 ss.

⁹⁸ E. Ariano, *Ius Includendí*, cit., p. 67.

⁹⁹ Sul punto, si vedano S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, in S. Bagni, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, p. 19 ss.; S. Baldin, *La tradizione*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

effettuata da autorevole dottrina, di ben sette categorie concettuali riconducibili alla essenza del *Buen Vivir*¹⁰⁰. Certo è che, una volta inglobata in Costituzione, la tradizione provoca conseguenze e determina l'adesione ad uno specifico assetto giuridico: il paradigma andino, una volta costituzionalizzato, esalta un coacervo valoriale teso ad edificare una nuova forma di convivenza, capace di trasformare gli assetti politici, sociali, giuridici, economici e culturali nei due Paesi che «hanno codificato la “narrazione” del *buen vivir*», locuzione che sintetizza la cosmovisione andina proponendo una convivenza fondata su «una maggiore equità sociale, sulla salvaguardia e la protezione delle risorse naturali, nonché sull'allontanamento dalle forme capitalistiche-neoliberistiche»¹⁰¹.

I concetti di *Buen Vivir* e i diritti di *Pachamama* risultano essere, invero, gli aspetti più innovativi del nuovo impianto costituzionale: *vivir bien* compare sette volte nella Costituzione boliviana e il suo sinonimo

giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2015, p. 488 ss.

¹⁰⁰ La prima è quella della tradizione giuridica indigena. La seconda prospettiva riguarda la politica economica, racchiusa nella proposta di una via alternativa allo sviluppo occidentale. La terza concerne la cosmovisione andina in sostituzione di quella di matrice statunitense del *nomos* della Terra, prevalente nel Sud America, che propone un diverso modo di governare un paese. A seguire: rientra a pieno titolo nella corrente del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano. Contrassegna una nuova semantica della Costituzione, distinta dagli stilemi occidentali. Riflette un sapere che si aggiunge a quello dei colonizzatori e che va considerato per fondare una epistemologia del Sud, basata sulla democratizzazione, la demercantilizzazione e la demistificazione per scongiurare l'uso di categorie occidentali. Infine, il *Buen Vivir* indica il superamento della ragion di Stato economica. Cfr. M. Carducci, *Epistemología del Sud*, cit., p. 320.

¹⁰¹ B. Vimercati, *Il diritto ai beni vitali*, cit., p. 64. Sul punto anche G. De Marzo, *Vivir Bien. Para una democracia de la Tierra*, La Paz, 2010, p. 23 «*Vivir bien es el paradigma hacia el cual debería tender la humanidad en una situación en la cual el futuro es vendido como una infinita carrera de obstáculos (en el mejor de los casos), o una guerra fratricida, una hostilidad entre civilizaciones (geográficas, más que religiosas), o una continua competencia para la satisfacción de necesidades sin límite, inducidas y en su mayoría inútiles, rigurosamente vendidas por los gobiernos y los medios masivos, casi todos en el mismo coro vociferante del crecimiento económico y del hiperconsumo como única salvación frente a la crisis. Necesitamos un cambio de época para desatar la trama que enreda como una madeja el razonamiento político inmóvil, estéril e inerte de nuestros*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

buen vivir è menzionato ventuno volte in quella ecuadoriana; i diritti della Madre Terra sono proclamati in cinque occasioni per la Bolivia, e ben ventisette per l'Ecuador¹⁰². Nell'ottica che intende evidenziare la penetrazione della cosmovisione indigena all'interno del testo costituzionale, risulta utile procedere all'analisi di un così vasto impianto normativo, individuando le disposizioni che la menzionano direttamente e le parti del testo che, pur in assenza di un riferimento esplicito, introducono istituti in qualche modo riconducibili a quel particolare tipo di *weltanschauung*.

Con riguardo specifico al *buen vivir*, incrociamo interessanti riferimenti fin dai preamboli: se l'esordio ecuadoriano è scandito dalla esplicita volontà di costruire «*Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay*», nel prologo boliviano si prefigura «*Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir*».

Entrando, poi, nel cuore dell'articolato, emerge come la cosmovisione andina sia declinata in termini di principio normativo e di principio orientativo delle politiche pubbliche, oltre che in termini più generici. Ebbene, relativamente al primo aspetto, il *Buen Vivir*, nella Costituzione dell'Ecuador, è anzitutto un principio normativo che permeando la sfera dei diritti, in particolare quelli sociali, ne consente l'interpretazione¹⁰³; infatti, nel Titolo II, il Capitolo II è denominato proprio *Derechos del buen vivir* (artt. 12-34), suddiviso in otto sezioni: *Agua y alimentación, Ambiente sano, Comunicación e Información, Cultura y ciencia, Educación, Hábitat y vivienda, Salud, Trabajo y seguridad social*. Enfasi particolare al tema ambientale è rinvenibile nell'articolo 14, ove rileva nel suo significato giuridico più comune¹⁰⁴.

¹⁰² Si veda C. G. Barié, *Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el bien vivir y los derechos de la naturaleza*, in *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 2014, p. 14 ss.

¹⁰³ In proposito, S. Baldin, *I diritti della natura*, cit., p. 31 ss.

¹⁰⁴ Art. 14 «*Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país,*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Sul secondo aspetto, ossia in termini di principio operativo delle politiche pubbliche, è possibile rintracciare un primo riferimento nei doveri fondamentali dello Stato, indicati nell'art. 3 della Costituzione: il punto 5 evidenzia, in particolare, la necessità di «*planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir*». Indicazioni riprese ed approfondite nel Titolo VI, rubricato *Régimen de Desarrollo*, (artt. 275-339), nelle quali si persegue un'idea di sviluppo in termini di sostenibilità atta a garantire la realizzazione del *Buen Vivir*, esplicitata nel comma 3 dell'art. 275: «*El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza*». Infine, il Titolo VII, *Régimen del Buen Vivir*, diviso in due Capitoli, *Inclusión y equidad* (artt. 340-394) e *Biodiversidad y recursos naturales*, (artt. 395-415), riflette inequivocabilmente la cosmovisione, configura il contenuto dei diritti e indica le priorità politiche dell'Ecuador¹⁰⁵.

Con riferimento alla Bolivia, la Costituzione contempla, al pari, un lungo elenco di diritti che dichiara essere inviolabili, universali, interdipendenti, indivisibili e progressivi, e in condizione di equiordinazione: la classificazione non produce nessuna gerarchia, né

la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados».

¹⁰⁵ Come sottolineato da S. Baldin, *La tradizione giuridica controegemonica*, cit., p. 508: «Ulteriori riferimenti alla cosmovisione andina sono sparsi nel testo costituzionale. All'art. 74 si riconosce alle persone, alle comunità, ai popoli e alle nazionalità il diritto di beneficiare dell'ambiente e delle risorse naturali che permetta il *buen vivir*. L'art. 83 enuncia i doveri e le responsabilità delle ecuadoriane e degli ecuadoriani. Al c. 2 si contemplano i valori andini *ama killa, ama llulla, ama shwa* (non essere pigro, non mentire, non rubare, in analogia al testo boliviano), e al c. 7 si indicano la promozione del bene comune e l'interesse generale anteposto al particolare, in conformità al *buen vivir*. L'art. 85 dedicato alla politica pubblica e ai beni e ai servizi pubblici afferma che saranno orientati a rendere effettivo il *buen vivir* e tutti i diritti, e saranno formulati a partire dal principio di solidarietà. L'art. 97 sulle organizzazioni stabilisce che potranno esercitare i compiti stabiliti dalla legge e prendere tutte le iniziative che contribuiscano al *buen vivir*. Gli artt. 250 e 258, rispettivamente sulle province amazzoniche e la provincia di Galapagos, affermano che la pianificazione di questi territori sarà svolta nel rispetto del *buen vivir*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

alcuna superiorità di qualche diritto sugli altri (art. 13, co. 3). Il *Buen Vivir* è anteposto al catalogo dei diritti, ed inserito nel Titolo I, Capitolo II, art. 8, dedicato ai principi, valori e fini dello Stato¹⁰⁶. Se le finalità perseguite dallo Stato sono riconducibili alla possibilità di sedimentare opportunità di vita dignitosa, allora il *Buen Vivir* rappresenta un forte impegno giuridico e assiologico atto a soddisfare le condizioni minime che garantiscano una vita degna e nobile, e rappresenta, altresì, strategia orientativa finalizzata all'appagamento condiviso delle necessità umane, in armonia con la natura e con la collettività: il diritto alla vita, in questo senso, verrà interpretato in conformità con i principi di dignità e del *Vivir Bien* che, divenendo un principio normativo, dovrà informare e orientare l'applicazione dei diritti stessi. Non a caso, il concetto permea altri disposti costituzionali, in particolare quelli riferibili all'ambito educativo e all'organizzazione economica dello Stato che presuppongono la dimensione olistica della filosofia andina: al riguardo, si può identificare un passaggio interessante all'art. 80, co. 1, nel quale la nozione assume valenza di principio orientativo delle politiche pubbliche¹⁰⁷. Anche il modello economico plurale deve essere orientato al miglioramento della qualità della vita (art. 306, co. 1, Cost.) e gli impegni intrapresi dal sistema per scardinare povertà ed esclusione sociale dovranno contemplarne la molteplicità dimensionale (art. 313, Cost.).

¹⁰⁶ Art. 8 «*El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien*».

¹⁰⁷ «*La educación tendrá como objetivo la formación integral de las personas y el fortalecimiento de la conciencia social crítica en la vida y para la vida. La educación estará orientada a la formación individual y colectiva; al desarrollo de competencias, aptitudes y habilidades físicas e intelectuales que vincule la teoría con la práctica productiva; a la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien. Su regulación y cumplimiento serán establecidos por la ley*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

È possibile, a questo punto, estrapolare riferimenti alla cosmovisione dagli articoli che riconoscono i diritti dei popoli indigeni: l'art. 4 - «*El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión*» - riconosce il pluralismo religioso e il rispetto delle credenze spirituali in linea con le rispettive cosmovisioni; altrove, art. 30, co. 2, p.to 13 si afferma che anche il sistema sanitario deve rispettare la cosmovisione e le pratiche tradizionali - «*Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales*», e al p.to 14 le medesime indicazioni valgono per l'esercizio da parte delle comunità indigene dei sistemi politici, giuridici ed economici - «*Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión*» -. Ancora, nell'art. 98, co. 2, si ribadisce l'affermazione del riconoscimento dell'effervescenza culturale indigena, segnata da saperi, conoscenze, valori, spiritualità e cosmovisioni, e valutata come risorsa straordinaria: «*El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígenas originarias campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones*». Ed infine, nell'art. 100, co. 1, le cosmovisioni sono descritte come patrimonio irrinunciabile, elemento fondamentale dell'identità dello Stato «*Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del Estado*»¹⁰⁸.

All'enfasi costituzionale del *Buen Vivir* si affianca l'altro elemento di grande novità, impersonato dalla rivisitazione dell'idea di natura, concepita in termini di ecosistema, che da oggetto diviene soggetto titolare di situazioni giuridiche; tale conferimento - come evidenziato - sottende il riconoscimento delle comunità naturali non già in termini di beni esclusivamente mercificabili, ma anche e soprattutto quali entità

¹⁰⁸ In Bolivia la cosmovisione andina, assurgendo sia a principio normativo che a principio orientativo, rientra anche nello statuto giuridico delle collettività indigene e, come affermato da S. Baldin, *I diritti della natura*, cit. p. 32,

«potrebbe essere declinata in veste di diritto ove opportunamente interpretata, aprendo la strada alla salvaguardia delle concezioni autoctone del mondo quale manifestazione della diversità culturale».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

con un autonomo diritto di esistere e di prosperare. Il concetto di *Pachamama* è una sorta di tatuaggio emotivo e cognitivo delle popolazioni ancestrali, radicato nel modo in cui le culture andine valutano l'ambiente; è piuttosto comune l'operazione di identificazione con Madre Terra o Madre Natura, ed anche se le due espressioni presentano sfumature differenti, fanno entrambe riferimento al *Pasha* che, nel linguaggio *aymara*, designa il cosmo, l'ordine dell'universo. Indica certamente l'ambiente in cui è inserito l'individuo, ma la classica dualità europea che separa la società dalla natura, qui non ha ragione di essere applicata: nel mondo andino un simile iato non esiste, le persone fanno parte dell'ambiente che viene percepito non solo fisicamente e biologicamente, ma anche socialmente. D'altronde, anche il concetto di comunità non è in linea con il pensiero occidentale, perché include persone, esseri viventi non umani, come animali e piante, ed elementi non viventi come le montagne. In tal senso, *Pachamama* offre una visione più estesa e complessa: nelle filosofie andine, dominare o controllare l'ambiente non ha senso. L'essere umano coesiste con *Pachamama*. È una fonte di vita, la cui cultura alimenta la comunità; non si tratta di tessere relazioni simbiotiche, ma di riconoscere relazioni reciproche, complementari ed interdipendenti tra gli umani, la comunità più ampia e *Pachamama*, che ha una voce, invia messaggi e parla. A volte accoglie e protegge, altre volte può arrabbiarsi e punire¹⁰⁹.

Malgrado nei preamboli costituzionali sia presente l'esaltazione della *Pachamama* in ossequio alla cosmovisione andina - in Ecuador «*celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*» e in Bolivia «*cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia*» - la disciplina dei diritti della natura intraprende strade differenti nelle due carte costituzionali. Quella ecuadoriana afferma che «*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*» (art. 10, co. 2), sostanziando la svolta biocentrica e considerando la natura titolare di specifiche pretese, espresse nel capitolo VII, *Derechos de la naturaleza* (artt. 71-74). L'art. 2, co.6, che recita «*Todos los principios y los derechos son*

¹⁰⁹ Sul punto, E. Gudynas, *La Pachamama rompt avec la modernité occidentale – et tant mieux*, in *Reporterre*, <https://reporterre.net>, 2012.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía», consacra la piena equiparazione dei diritti della natura e dei diritti degli esseri umani. La Natura divenendo soggetto di diritto, potrà legittimamente pretendere che venga rispettata la sua esistenza e la rigenerazione dei suoi cicli vitali, e tutti potranno esigere dalle autorità pubbliche il rispetto dei suoi diritti, come affermato nell'art. 71¹¹⁰, e reclamare la riparazione dei danni subiti per ottenere la reintegrazione degli equilibri ambientali, attraverso una tutela giurisdizionale diffusa azionabile da ogni persona comunità, popolo o nazionalità (art. 72)¹¹¹. Sarà compito precipuo dello Stato (art. 73 Cost.) applicare le misure di precauzione e restrizione per tutte quelle attività suscettive di compromettere la conservazione delle specie, di distruggere gli ecosistemi o produrre alterazione dei cicli naturali¹¹². Infine, si sottolinea come tutti (e tutto) hanno diritto di fruire delle risorse naturali, al fine di esperire il *Buen vivir*, ricordando che gli ecosistemi non sono qualcosa di cui ci si possa appropriare, ma entità con un autonomo diritto di esistere e prosperare¹¹³.

¹¹⁰ Art. 71: «*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema*».

¹¹¹ Art. 72 «*La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas*».

¹¹² Art. 73: «*El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional*».

¹¹³ Art. 74: «*Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Dal processo di inserimento dei diritti della natura nel contesto costituzionale derivano almeno tre dimensioni: etica, che legittima un dibattito sui valori che riguardano l'ambiente non umano; morale, perché scaturiscono una serie di obblighi, primo fra tutti garantire la conservazione della biodiversità; e politica, espressa in aspetti che vanno dalla sanzione della costituzione all'elaborazione di un nuovo quadro giuridico¹¹⁴. Una simile concezione ecologica e comunitaristica della natura confluisce anche nel costituzionalismo dei doveri: sottraendo la *Pacha* a qualsivoglia logica proprietaria, sarà dovere fondamentale dello Stato e dei cittadini ecuadoriani tutelarne l'integrità e rispettarne i diritti, antepoendo l'interesse generale a quello particolare¹¹⁵. La Costituzione, garantendo il diritto al ripristino integrale di *Pachamama*¹¹⁶, oltre ad evidenziare la compensazione del danno ambientale, impone che la natura torni al suo stato originale prima di subire ulteriori impatti e si connetta alla dinamica del *Buen Vivir*, privilegiando sempre il dialogo multiculturale. Nel progetto costituzionale ecuadoriano è racchiuso un modello alternativo di sviluppo che sposta la direzione del vento dall'*io* al *noi*, e scandisce il passaggio da forme di solipsismo individualistico di controllo sulla terra, a dinamiche comunitarie di gestione e condivisione sostenibile: alla natura viene così restituita quell'anima *strappata* dal meccanicismo moderno¹¹⁷.

buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado».

¹¹⁴ Sul punto, E. Gudynas, *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Buenos Aires 2015, p. 101 ss.

¹¹⁵ In proposito, E. Ariano, *Ius Includendi*, cit., p. 67 ss.

¹¹⁶ Il diritto al ripristino (*derecho a la restauración*) viene considerato come la novità più significativa nei paesi andini; è un diritto indipendentemente dall'obbligo di indennizzare o risarcire le persone che hanno subito danni diretti dall'evento. Tale previsione è parallela alla conseguenza di non prevedere alcun tipo di risarcimento per i soggetti che si facciano promotori di una causa giudiziale *ex art. 71 Cost.*, l'unica beneficiaria sarà nel caso la natura. Ciò non significa che l'approccio classico alla protezione ambientale sia abbandonato. Gli individui lesionati possono salvaguardare i loro interessi utilizzando altri strumenti rimediali. Di fatto, la concezione biocentrica convive con quella antropocentrica nel testo costituzionale, lasciando supporre che il loro ambito di intervento sia identico, solo affrontato da punti di vista speculari. Sul tema, S. Baldin, *La tradizione giuridica controegemonica*, cit., p. 519 ss.

¹¹⁷ Cfr. E. Ariano, *Ius Includendi*, cit.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Sul fronte boliviano, la Madre Terra, che presenta una connotazione chiaramente più spirituale, fa la sua comparsa nel capitolo V della Costituzione, ove è racchiusa la disciplina dei diritti sociali ed economici e la cui la sezione I debutta precisamente con due articoli dedicati al tema ambientale: intanto, l'art. 33, Cost. «*Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente*». Certo, il disposto, nella struttura, riflette lo schema tradizionale del diritto ambientale, ma, nel contempo, apre spiragli per il decisivo cambio di rotta prospettico, con quel prezioso riferimento agli altri esseri viventi a cui vengono riconosciuti diritti. Poi, il successivo articolo 34, Cost. «*Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente*».

Diversamente dal caso ecuadoriano, dove alla natura è attribuita una sfera di posizioni soggettive in via costituzionale, la tipologia dei diritti e delle pretese rivendicabili da Madre Terra, in Bolivia, non è desumibile dal testo fondamentale – pur riconoscendosi i valori ancestrali della cultura *Aymara* - ma derivano da disposizioni di rango ordinario che riconoscono la natura come *sujeto viviente* titolare di diritti che lo Stato, gli individui e la collettività hanno il dovere di rispettare, proteggere e promuovere. Nello specifico, lo statuto giuridico della natura si recupera nella *Ley de derechos de la Madre Tierra*¹¹⁸ il cui oggetto è duplice: da un lato, il riconoscimento dei diritti della Madre Terra, dall'altro, l'individuazione dei diritti e doveri dello Stato Plurinazionale e della società per garantirne il rispetto¹¹⁹. Una

¹¹⁸ Ley núm. 071 de 21 de diciembre de 2010 de *Derechos de la Madre Tierra* in cui confluiscono elementi della *Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra* discussa durante la *Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra* del 2010 <https://pwccc.wordpress.com/support>.

¹¹⁹ Si veda F. Huanacuni, *Los derechos de la Madre Tierra*, in *Revista Jurídica Derecho*, 2016, p. 167: «*Para los pueblos ancestrales la Madre Tierra es sagrada, y todas nuestras relaciones con ella se expresan desde esa cosmovisión*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

legge che, riconosciuta l'impossibilità per l'essere umano di vivere e decidere in solipsismo, presuppone la condivisione, privilegia il bene collettivo e suggerisce di applicare il principio di non mercantilizzazione dei sistemi di vita che non sono patrimonio di nessuno. La Madre Terra come sistema vivente e dinamico, formato dalla comunità indivisibile di tutti i sistemi di vita e degli esseri viventi, interrelati, interdipendenti e complementari, che condividono un destino comune. In questo passaggio si nota chiaramente l'adesione all'ideale cosmocentrico, con l'equiordinazione fra umani e mondo non umano¹²⁰. L'art. 5 definisce nel dettaglio la giuridicità, definendo la Madre Terra come soggetto collettivo di interesse pubblico¹²¹; l'art. 7 ne elenca i diritti – il diritto alla vita, alla diversità della vita, all'acqua, all'aria pulita, all'equilibrio, alla restaurazione e a vivere liberi dalla contaminazione - ; l'art. 8 stabilisce gli obblighi dello Stato, di tutte le istituzioni, delle persone fisiche e giuridiche, pubbliche o private, per vigilare sulla vigenza, promozione, diffusione e conformità dei diritti della Madre Terra stabiliti nella legge; ed infine, l'art. 10, istituisce la *Defensoría de la Madre Tierra* da disciplinare con legge speciale al fine di garantire «*la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra, establecidos en la presente Ley*». Sarà, poi, la *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*¹²² ad enunciare «i principi e gli obiettivi per garantire la capacità rigenerativa della terra, recuperare e sostenere le conoscenze ancestrali e per perseguire lo sviluppo finalizzato al *vivir bien*»¹²³, promuovendo i saperi locali nel quadro dei diritti, doveri e obblighi¹²⁴.

¹²⁰ Sul punto, S. Baldin, *I diritti della natura: i risvolti giuridici*, cit., p. 167.

¹²¹ Art. 5: «*Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra*».

¹²² Ley n. 300 del 15 de octubre de 2012, *Ley Marco de La Madre Tierra y desarrollo Integral para Vivir Bien*.

¹²³ S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni*, cit. p. 39.

¹²⁴ Le principali finalità della legge sono enucleate nell'art. 3, ove si legge: «*1. Determinar los lineamientos y principios que orientan el acceso a los componentes, zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra. 2. Establecer los objetivos del desarrollo*

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Solo belle parole, o possibilità di trasferimento ai fatti? Sotto il profilo aspirazionale, i nuovi assetti istituzionali e normativi dei due Paesi mirano a non generare un banale costituzionalismo retorico, prevedendo una *acción de protección*, tramite la quale può essere fatta valere in giudizio la violazione dei diritti della natura¹²⁵. Infatti, alla codificazione costituzionale, segue l'azionabilità, che in Ecuador discende dalla lesione di uno dei diritti della natura, e che in Bolivia poggia, invece, sulla lesione di un diritto di cui titolare resta l'essere umano. Ma, chi è legittimato ad agire in difesa dei diritti della natura? Chi può agire in giudizio per la violazione di questi diritti e per i diritti alla riparazione dei danni occorsi? È chiaro come la natura non possa agire in giudizio autonomamente e far sentire con la propria voce le sue ragioni¹²⁶. Per tal motivo, opera un meccanismo simile a quello che conoscono tutti gli ordinamenti giuridici in riferimento ai soggetti incapaci, la rappresentanza e, dunque, saranno gli esseri umani ad agire per la natura. Questa soluzione non sorprende, giacché se la rappresentanza è utilizzata come strumento per le persone giuridiche che sono persone immaginarie, non dovrebbe destare scalpore, e suonare strano, applicare il medesimo strumento alla natura, essere vivo preesistente all'avvento dell'uomo: «*El derecho ampliamente ha reconocido el derecho a la representación y la capacidad a las personas jurídicas, que son entes abstractos, ficciones, intangibles, y nada obstaculiza que se pueda reconocer los derechos a la naturaleza que, en cambio, es material, real y tangible. Desde otro ángulo, las personas jurídicas, históricamente, tienen una existencia temporal muy limitada; en cambio, la naturaleza tiene una duración ilimitada y su temporalidad es casi absoluta, en el sentido de que es anterior a la humanidad y posiblemente la trascenderá*»¹²⁷.

integral que orientan la creación de las condiciones para transitar hacia el Vivir Bien en armonía y equilibrio con la Madre Tierra. 3. Orientar las leyes específicas, políticas, normas, estrategias, planes, programas y proyectos del Estado Plurinacional de Bolivia para el Vivir Bien a través del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra. 4. Definir el marco institucional para impulsar y operativizar el desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien».

¹²⁵ In proposito, B. Vimercati, *Il diritto ai beni vitali*, cit., p. 65 ss.

¹²⁶ Sul punto, L. Perra, *La natura e i suoi diritti*, in *Nomos*, www.nomosleattualitadeldiritto.it, 2018.

¹²⁷ R. Ávila, *El derecho de la naturaleza*, cit., p. 201.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Sarà l'essere umano ad agire e curare gli interessi delle entità naturali¹²⁸: in Ecuador (art. 71 Cost.) è prevista un'ampia legittimazione: «*Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*»; in Bolivia, l'art. 34 della Costituzione afferma che le persone singolarmente o in rappresentanza di una collettività possono esercitare le azioni di difesa del diritto ambientale e l'art. 39 della Legge 300 del 2012 individua, in capo alle autorità pubbliche, alle autorità pubbliche, al *Ministerio Público*, alla *Defensoría* della Madre Terra, al Tribunale Agroambientale e alle persone direttamente colpite, la legittimazione a presentare le istanze amministrative e giurisdizionali. Inoltre, le persone devono denunciare le violazioni dei diritti della natura di cui siano a conoscenza.

In tal senso, riconoscere la natura come soggetto di diritti implica l'adozione di una prospettiva definita giustizia ecologica¹²⁹ che

¹²⁸ Al riguardo, L. Perra, *I diritti della natura e delle sue entità: qual è lo schema?*, in *filodiritto*, www.filodiritto.it, 2020: «L'essere umano supplirà all'incapacità della natura e delle sue entità di prendersi cura dei propri interessi nella misura in cui ogni ordinamento giuridico permette e seguendo gli schemi propri del sistema giuridico».

¹²⁹ Espressione coniata da N. Low – B. Gleeson, *Justice, Society and Nature. An Exploration of Political Ecology*, London-New York, 1998. Si tratta di una complessa e controversa nozione di giustizia introdotta dai teorici dell'etica biocentrica e dai movimenti ambientalisti, che fa riferimento ad un paradigma distributivo nel quale, come sottolinea G. De Marzo, *Per amore della terra. Libertà, giustizia e sostenibilità ecologica*, Roma, 2018, p. 111: «la natura non è più solo un fattore della giustizia ma un possibile attore che riceve giustizia». Sul tema anche R.M. Núñez, *Natura, danno, soggetti. Riflessioni in tema di giustizia ecologica*, in *Corti supreme e salute*, www.cortisupremeesalute.it, 2018, p. 370 ss., che individua, quale elemento cruciale di tale nozione, «l'idea di una reciproca interdipendenza tra le comunità di esseri umani e non umani; il pensare, cioè, alla terra come ad un "organismo complesso", appartenente ad un sistema integrato dal quale dipende la sopravvivenza di tutte le forme di vita. Per cogliere un siffatto profilo, la giustizia ecologica parte dal presupposto secondo cui la natura (la biodiversità, un ecosistema, una specie) è degna di considerazione morale avendo perciò pretese giuridiche nei confronti degli umani (agenti morali) a causa dell'impatto delle loro azioni sugli ecosistemi e sulle singole componenti del mondo naturale. Tali pretese si esplicano nel diritto del "vivente non umano" di non essere privato senza una buona ragione morale delle basi ambientali che consentono la sua esistenza e la capacità di riprodursi [...] Perciò, garantendosi la sostenibilità ecologica, ovvero la possibilità per gli ecosistemi di potersi rigenerare e auto-organizzare in base alla propria resilienza, la

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

riconosce i valori intrinseci della natura e ne afferma i diritti, provocando ripercussioni piuttosto diverse, quando non controverse, nel campo della politica e nel modo di intendere lo sviluppo. I valori e i diritti intrinseci attribuiti alla natura, infatti, riflettono, da un lato, la critica radicale alle esigenze della crescita economica e dell'espansione produttivista, possibile solo di fronte a un paniere di risorse naturali inesauribile e, dall'altro, la protezione di tutte le forme di vita, rivendicata dal biocentrismo che disdegna l'uso esacerbato della materia e dell'energia per sostenere stili di vita opulenti: «*Es una visión de otro desarrollo, más austero y enfocado en las personas, y no en el crecimiento económico*»¹³⁰.

Alla luce di quanto emerso, non possiamo negare che il nuovo costituzionalismo andino, senza padri¹³¹ o indigeno, «abbia sradicato la semantica costituzionale della cultura giuridica, decolonizzandone il linguaggio di riferimento e le sue traduzioni concettuali, nella prospettiva di superare quella geopolitica della conoscenza, secondo cui tutto deve essere osservato dall'Occidente euro-nordamericano come unico vocabolario e parametro universale di comprensione e valutazione del mondo, come colore della ragione»¹³²; configurando una grammatica dei diritti fondata sulla tradizione autoctona, basata sul *restyling* concettuale della *naturaleza* e ancorata ad una *democracia eco-sistémica* che frantuma il tradizionale rapporto soggetto-oggetto (uomo-natura) e perviene ad una «necessaria co-evoluzione tra natura e cultura»¹³³.

giustizia ecologica promuove l'equità in relazione all'ambiente per le generazioni presenti e future, per gli esseri umani e per gli altri esseri viventi, rappresentando una forma più completa di giustizia rispetto ai convenzionali assunti del liberalismo politico e filosofico». Ulteriori spunti sul tema sono presenti in E. Maestri, *Giustizia ecologica. Un confronto tra la teoria di Rawls e la teoria di Nussbaum*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1, 2016, p. 149 ss.

¹³⁰ R. Gudynas, *Derechos de la naturaleza*, cit., p. 259.

¹³¹ Espressione utilizzata da R. Viciano Pastor – R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2011, p. 7 ss., in riferimento al potere costituente quale prodotto dell'azione del popolo espressa mediante referendum che consente di attivarlo e di approvarne l'esito.

¹³² M. Carducci, *Epistemologia del Sud*, cit., p. 103.

¹³³ A.M. Russo, *Democrazie illiberali*, cit., p. 4091.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

Certo, arriva sempre il momento in cui bisogna abbandonare l'entusiasmo e fare il bilancio. Verificare se le intenzioni e le dichiarazioni di principio racchiuse nelle Costituzioni hanno o meno innervato effettivi cambiamenti. Ebbene quel bilancio non soddisfa e non appaga le aspettative. Nondimeno, «il parziale fallimento operativo non deve offuscare il rinnovamento nella mentalità giuridica che il nuovo costituzionalismo latinoamericano ha prodotto», sia in riferimento alle possibilità di attecchimento e circolazione di tali idee; sia relativamente alla consapevolezza «di una epistemologia trasformatrice, che caratterizza sempre più i percorsi formativi dei neo-giuristi latinoamericani e che, in alcuni ambiti più che in altri, comincia a filtrare nelle funzioni dello Stato»¹³⁴.

5. *Note conclusive*

In chiave costituzionalistica, secondo una prospettiva attenta al dato comparatistico, siamo nel contesto di una fase storica segnata dall'emersione di politiche ambientali che progressivamente avanzano pretese e guadagnano uno spazio mai conosciuto prima¹³⁵; l'implementazione di ordinamenti a costituzionalizzazione ambientale dà ragione di una vera e propria *tendenza* del costituzionalismo contemporaneo che, lungi dall'esser una moda passeggera o fenomeno congiunturale, apre a nuove problematiche da affrontare ed analizzare, anche oltre quelle che sono le formule declamatorie dei testi normativi.

La soluzione che ha determinato, in Ecuador e Bolivia, l'affermazione nelle Costituzioni dei diritti della natura costituisce un classico esempio del c.d. *etnodesarrollo*, espressione riferita all'utilizzo della capacità sociale di un popolo per plasmare il futuro, recuperando le proprie esperienze storiche, culturali, e generando progetti, anche

¹³⁴ Così, condivisibilmente, S. Bagni, *Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità*, cit.

¹³⁵ A prevedere forme di tutela ambientale sono, oggi, 153 Costituzioni (solo 40 nel 1989), con un numero di ordinamenti a costituzionalizzazione ambientale triplicato rispetto al recente passato. Al riguardo si veda A. Riviezzo, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 301 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

normativi, ispirati ai valori di appartenenza¹³⁶. Di fatto, la cosmovisione andina ha influito sensibilmente sugli assetti istituzionali, nonché sulle previsioni normative in materia ambientale, sancendo, quali punti nodali della teorizzazione, l'identificazione della natura come soggetto di diritti e la previsione conseguente di veri e propri diritti della natura. Ora, però, la questione pone all'interprete quesiti delicati e oltremodo problematici, poiché riconoscere diritti alla natura, e accettare questi diritti come parte dei nostri sistemi giuridici, richiede non soltanto l'introduzione di nuove leggi che ne tutelino la portata e ne garantiscano l'azionabilità, ma invoca anche, e soprattutto, un cambio paradigmatico, suscettivo di farli confluire nel puzzle giuridico contemporaneo.

La configurazione di un paradigma centrato sulla *terra*, ove gli individui fanno parte del sistema planetario, congiuntamente all'idea di rendere i diritti della natura *strategia* fondamentale del modo in cui gli esseri umani concepiscono la realtà ed al tentativo di introdurre tali dinamiche nei moderni sistemi giuridici, non rappresentano certo approcci nuovi, ma rientrano nell'alveo della legge consuetudinaria di molte popolazioni indigene da diversi secoli¹³⁷. E, tuttavia, questi principi non sono stati incorporati nello sviluppo delle moderne leggi ambientali perché basate fundamentalmente su un archetipo antropocentrico, che ha, nel tempo, mostrato grandi lacunosità. Di qui la scelta, divenuta impellente, di immaginare altri percorsi teorici e pratici, capaci di aprire porte, entrare in ulteriori mondi possibili e

¹³⁶ Si vedano L. Perra, *La natura e i suoi diritti*, cit., p. 2 ss., e A. Acosta, *El Buen (con) Vivir, una utopía por (re)construir: Alcances de la Constitución de Montecristi*, in *Otra Economía*, 2010, p. 8 che afferma «*Toda Constitución sintetiza un momento histórico. En toda Constitución se cristalizan procesos sociales acumulados. Y en toda Constitución se plasma una determinada forma de entender la vida. Una Constitución, sin embargo, no hace a una sociedad. Es la sociedad la que elabora la Constitución y la adopta casi como una hoja de ruta. Además, una Constitución no puede ser simplemente el resultado de un ejercicio de jurisprudencia avanzada, visto desde la lógica de los entendidos en materia constitucional. Tampoco una Constitución resulta de la inspiración de un individuo o grupo de individuos iluminados. Una Constitución, más allá de su indudable trascendencia jurídica, tiene que ser un proyecto político de vida en común, que debe ser elaborado y puesto en vigencia con el concurso activo de toda la sociedad*».

¹³⁷ L. Cano Pecharroman, *Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court*, in *Resources*, www.mdpi.com, 2018.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

costruire nuove stanze nella casa dei diritti. Proprio di diritti si dirà in queste note finali, per non spezzare il filo che tiene insieme la nostra matassa argomentativa e comprendere, ove possibile, il bisogno di riconoscerli alla natura.

Ebbene, entrare nella *selva* tematica dei diritti della natura vuol dire incrociare non pochi ostacoli insidiosi, e rischiosi, perché la questione problematizza almeno quattro aspetti. Intanto, presuppone che il giurista sappia cosa sia la natura e decida di raccordarsi all'ecologia; rimanda, poi, alla «alla semantica storica della soggettività giuridica, con tutto il suo carico di autoevidenze paradossali e di finzioni»; postula la necessaria separazione definitoria con il diritto ambientale, sviluppatosi come disciplina del danno e «come protezione e conservazione controllata della natura in nome degli interessi umani, nella indifferenza del nesso tra forme umane di governo e fisiologie della natura»¹³⁸; ed infine, non identificandosi con il paradigma classico della riflessione ontologica sulla natura *nel* e *per* il diritto, configura e sostanzia altri modelli di pensiero. Invero, prevale un coacervo eterogeneo di narrazioni, segnato da svariate visioni del mondo, in combinato disposto con le tradizioni giuridiche, che minano la possibilità di inquadrare serenamente l'orizzonte semantico del tema¹³⁹.

Non ci resta, per finire, che partire da una domanda ritenuta fondamentale: chi è il soggetto titolare di diritti? E chiediamoci, poi, se è possibile attribuire diritti soggettivi alla Natura. «Chi studia le materie giuridiche sa bene che l'essere umano vivente è il necessario punto di riferimento degli effetti delle istituzioni»; e sa, altrettanto bene, che

¹³⁸ M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Milano, 2017, p. 488 ss.

¹³⁹ Ivi, p. 490: «La maggior parte dei ragionamenti: segue tre linee di costruzione concettuale ricorrenti, che si nutrono di questa metodologia: una meta-etica, volta a descrivere i doveri come imperativi fisiologici (e non esclusivamente ontologici), di tutte le specie viventi; l'altra etno-grafica, finalizzata alla progressiva (ri)scoperta delle tradizioni giuridiche non occidentali (...), che non si fondano né sulla regionalizzazione territoriale del diritto, base della semantica giuridica indoeuropea, né sulla qualificazione della terra come «madre» dell'ontologia del diritto, né sulla stessa separazione tra fisiologia e ontologia; l'ultima ideo-grafica, volta cioè a smascherare, attraverso il tema dei diritti della natura, le basi innaturali dei sistemi economici occidentali di sfruttamento della natura, per lungo tempo segnati da presunzioni di distinzione tra soggetti viventi, compresi gli umani».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

l'uomo «assume la funzione di soggetto ovvio di qualunque costruzione normativa»¹⁴⁰. In ambito giuridico, l'essere umano è identificato con i termini di persona fisica e soggetto di diritto; vita biologica e soggettività, stretti in un abbraccio indissolubile, rappresentano l'elemento centrale del pensiero giuridico occidentale, al punto che la semplice qualità umana basta a considerare il soggetto titolare potenziale di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema, nonché di un insieme di diritti e di garanzie collegate immediatamente alla sua personalità. La non pacifica e univoca concezione di diritto soggettivo orchestra, peraltro, un sistema modellato sull'essere umano, senza intenzione alcuna di ampliare ad altri esseri il proprio raggio d'azione, privando, così, la natura di qualsiasi titolarità di diritti soggettivi¹⁴¹.

L'aver identificato soggetto e persona ha messo nell'angolo la soggettività non umana, restringendola all'angusto ambito delle persone giuridiche, giustificando o negando loro l'attribuzione di personalità. Ebbene, enfatizzare l'intera realtà giuridica come unicamente centrata sull'essere umano ha degradato alla qualità di *cosa* tutto ciò che risulta estraneo alla coscienza umana, confinando il giurista nei limiti tracciati dall'ingeneroso schema antropocentrico. Nella comprensione giuridica tradizionale, la natura è una cosa, o più precisamente, tutte le parti della natura, tranne gli umani, sono cose; e le cose non hanno diritti, sono beni che possono essere posseduti e usati, distrutti o protetti¹⁴². La legge, però, non è solo un corpo di norme che regola i rapporti tra le persone, o tra le persone e le cose: i sistemi giuridici sono, infatti, liberi di selezionare tra diverse possibilità concettuali al fine di risolvere problemi sociali, economici ed ecologici. L'ordinamento giuridico di un Paese può ancora utilizzare l'approccio tradizionale e concepire la natura come oggetto o bene il cui valore deve essere quantificato; ma potrebbe optare per una soluzione diversa e

¹⁴⁰ R. Miguez Núñez, *La natura e i suoi diritti: prime notazioni in ambito civilistico*, in *Diritti Comparati*, www.diritticomparati.it, 2017.

¹⁴¹ Lo status di persona, che fa essere titolare di diritti consegue da una norma giuridica, coerentemente con il diritto soggettivo che rappresenta, come affermato da A. Torrente – R. P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 72: «la signoria del volere, il potere di agire per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'ordinamento giuridico».

¹⁴² Sul punto, J. Kersten, *Who needs Rights of Nature?*, in *RCC Perspectives, Transformations in Environment and Society*, 6, 2017, p. 9 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

concedere alla natura diritti soggettivi per tentare di risolvere conflitti ecologici. Chi o cosa riconosciamo come persona giuridica con diritti specifici, allora, diventa una questione di tradizioni, interessi sociali ed economici, alla stregua del modo di difendere e costruire diritti che passa attraverso processi storici e politici ben precisi¹⁴³.

Ora, «*Si los Derechos Humanos emergieron para liberar a los seres humanos de toda forma de esclavitud, los Derechos de la Naturaleza aparecen también como parte de un largo proceso para frenar las monstruosidades cometidas contra la Naturaleza, muchas veces incluso para asegurar el derecho al bienestar de los seres humanos. Por eso su construcción debe abrirse paso inclusive en medio de maraña de derechos que impiden su pleno ejercicio, pero eso se estableciendo vínculos estrechos con los Derechos Humanos en tanto herramienta transformadora*»¹⁴⁴. Ebbene, la proposta di *deumanizzare* il diritto fa traghettare verso rotte ecocentriche¹⁴⁵, inclusive dell'insieme di esseri viventi meritevoli di attenzione etica e giuridica: «questo non nel senso classico di disconoscimento delle qualità umane nei confronti di individui degradati ad oggetti, ma nel senso nuovo, paradigmatico,

¹⁴³ È questo un dato su cui converge gran parte della dottrina che da tempo conferma, come fa V. Roppo, *Diritto privato*, Torino 2016, p. 129: «la coincidenza fra persona fisica e soggetto di diritto, è [...] relativa e storica, non assoluta e naturale»; e come non vi sia alcuna necessità logico-giuridica che imponga di considerare il soggetto di diritto alla stregua di una individualità fisica, come affermato da P. Maddalena, *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990, p. 51.

¹⁴⁴ E. Martínez – A. Acosta, *Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, in *Dereito & Práxis*, 2017, p. 2930.

¹⁴⁵ Naturalmente, l'attribuzione di diritti alla natura ha determinato anche reazioni contrarie come ricorda E. Gudynas, *La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica*, in *Tabula Rasa*, 2010, p. 53: «*La defensa de valores propios en la Naturaleza ha recibido duras críticas. Incluso hoy en día, en Ecuador, se repiten los cuestionamientos al texto constitucional, mientras que los gobiernos de los demás países sudamericanos miran esas novedades con desconfianza o condescendencia. Buena parte de las críticas, tanto académicas como políticas, insisten en que no pueden existir valores propios en la Naturaleza ya que únicamente los seres humanos pueden otorgar valoraciones. En tanto las personas son seres conscientes, sensibles y racionales, sólo ellos pueden ser agentes morales, y por lo tanto todas las valoraciones siempre serán antropocéntricas*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

rivoluzionario e controverso che attribuisce agli oggetti valori, aspettative e interessi modellati sulla soggettività umana»¹⁴⁶.

Eppure, ogni volta che si è inverato un movimento per il riconoscimento di diritti a nuove entità, si sono frapposti ostacoli alla proposta considerata come strana, preoccupante quando non addirittura comica; sí, perché, sprovvista di diritti, quella entità è e resta soltanto qualcosa da usare e di cui fruire. Eppure, esistono voci autorevoli che dissentono: «*I am quite seriously proposing that we give legal rights to forests, oceans, rivers and other so-called "natural objects" - in the environment - indeed, to the natural environment as a whole*»¹⁴⁷. Una volta assegnata valenza giuridica a tutto il vivente, il riconoscimento dei diritti della natura colora e permea una prospettiva più radicale rispetto all'approccio consueto del diritto ambientale, perché quei diritti attribuiscono un valore autonomo alla natura stessa, che finalmente si sgancia dai lacci antropocentrici e invoca protezione a ragione di ciò che è, piuttosto di ciò che produce come conseguenza dei suoi rapporti con gli uomini¹⁴⁸.

Se natura e ambiente, malgrado usati di sovente come sinonimi, sono concetti distinti per origine, contenuto e ambito di interpretazione - «*El ambiente nació como un concepto que permitía describir el entorno físico que rodeaba a las personas, incorporaba a la Naturaleza pero solo en la medida en que ésta servía a los seres humanos*»¹⁴⁹ - allora certamente i diritti della natura non coincidono con i diritti ambientali. Ma, altrettanto certamente, i diritti ad un ambiente sano non potranno essere garantiti se i diritti della natura non verranno rispettati: di qui la necessità di stabilire un legame concreto e funzionale tra diritti umani e diritti della natura, senza trascurare il bisogno «di ridiscutere le certezze narrative del diritto ambientale, evidenziandone eventuali limiti applicativi, giacché gli spazi epistemici ed euristici dei diritti della

¹⁴⁶ A. Pisanò, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future*, Milano, 2012, p. 3.

¹⁴⁷ C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 1972.

¹⁴⁸ Sul punto, M. Hautereau-Boutonnet, *La biodiversité saisie par le droit de la responsabilité civile, des valeurs instrumentales et non instrumentales solidaristes*, in M. Hautereau-Boutonnet - È. Truilhé Marengo (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité*, Paris, 2017, p. 297 ss.

¹⁴⁹ E. Martínez – A. Acosta, *Los Derechos de la Naturaleza*, cit., p. 2930.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

natura non sempre coincidono con quelli antropocentrici del diritto ambientale»¹⁵⁰. Un diritto che, mirando a garantire il benessere riservato agli esseri umani, protegge e considera la natura dal versante funzionale¹⁵¹, e anche quando riconosce l'ambiente come bene giuridico, il protagonista dei diritti resta l'essere umano perché si associa al concetto di beni collettivi, che rimandano a loro volta ai diritti umani.

Nonostante ciò, quando il vento cambia, e cambia a favore della natura, che inaugura il proprio ingresso ufficiale e formale nell'arena giuridico-normativa, l'abbandono della concezione antropocentrica dei diritti diventa opzione possibile e, forse, anche inevitabile. Perentoria diventa, altresì, l'adesione ad una visione biocentrica, il cui obiettivo primordiale è la tutela della vita stessa e non già di una specie particolare: traiettoria espressa nella Carta fondamentale ecuadoriana, come evidenziato, laddove riconosce i diritti della natura come autonomi rispetto a quelli dell'essere umano.

Nella virata biocentrica la natura è connotata come persona giuridica speciale, che possiede una concreta esistenza, dalla quale dipende la vita stessa: «*se trata de una persona jurídica de Derecho Público que puede asimilarse a una “Fundación para la Vida”, la cual ha sido creada por sí misma (o ha sido creada, si se quiere, por un Creador) para hacer del planeta tierra la morada de un universo de seres vivientes*»¹⁵²; e, come qualsiasi entità giuridica, richiede la garanzia dei propri diritti attraverso l'azione dei rappresentanti¹⁵³ con la differenza

¹⁵⁰ M. Carducci, *Natura (diritti della)*, cit., p. 490.

¹⁵¹ Così N. Cafferata, *Derecho, medio ambiente y desarrollo*, in Aa. Vv., *Encuentro Internacional de Derecho ambiental. Memorias*, México, 2007, p. 72: «*El derecho ambiental es el conjunto de normas que regulan relaciones de derecho público o privado tendentes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, para lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida*».

¹⁵² G. Stutzin, *Un imperativo ecológico*, cit., p. 105.

¹⁵³ Come afferma R. Ávila, *El derecho de la naturaleza*, cit., p. 201: «*La naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrazan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración*».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

che «*sos defensores no deberán demostrar que talar los árboles significa una pérdida económica o afecta la propiedad privada, sino que podrán defenderlos desde la necesidad de asegurar la sobrevivencia y permanencia como especie*»¹⁵⁴.

Provando a tirare le somme, possiamo rintracciare, a sostegno della tesi del riconoscimento della natura come soggetto di diritti, almeno quattro fondamenti che giustificano siffatto *trattamento* giuridico: utilitaristico, essenzialista, animista e politico. Anzitutto, un movente utilitaristico, per il quale riconoscere la natura come soggetto di diritti rappresenta una strada per ottenere un certo stato di cose, pertanto, il suo valore risulta collegato al raggiungimento di determinati obiettivi. Il cambiamento dello status giuridico non solo porterebbe ad una migliore e maggiore protezione dell'ambiente, ma garantirebbe, altresì, uno sviluppo sostenibile «*que no amenace la existencia de los ecosistemas, garantizando así, que las futuras generaciones puedan disfrutar, de la misma manera que nosotros, de la naturaleza y sus beneficios*»¹⁵⁵.

A questo livello, lo spostamento paradigmatico non ha lo scopo di proteggere un bene prezioso in sé, ma di evitare le imprevedibili conseguenze della sua distruzione. Il presupposto essenzialista, o la giustificazione del valore intrinseco, si basa sulla consapevolezza che quando si riconoscono i diritti della Natura, si stanno anche ammettendo i suoi valori propri ed intrinseci; l'attribuzione di un diritto, riconoscendo un'essenza, conferisce un valore oggettivo indipendentemente dall'utilità, dalle relazioni e dalle valutazioni esterne ad esso: «*el derecho se limita a reconocer jurídicamente algo que es valioso con independencia de lo jurídico*»¹⁵⁶.

Ne deriva che il riconoscimento della Natura come *soggetto di diritti* diventa un compito di civiltà «*que implica su “desmercantilización”, para ello los objetivos económicos deben estar subordinados a las leyes del funcionamiento de los sistemas naturales,*

¹⁵⁴ E. Gudynas, *Derechos de la naturaleza*, cit., p. 276.

¹⁵⁵ T.A. Linzey, *Aportes sobre los Derechos de la Naturaleza*, in A. Acosta – E. Martínez (eds), *Los derechos de la Naturaleza. El Futuro es Ahora*, Quito, 2009, p. 109.

¹⁵⁶ F.S. Campana, *Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?*, in *Iuris Dictio*, 13(15), 2013, p. 13 ss.

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

sin perder de vista el respeto a la dignidad humana, siempre procurando asegurar la calidad de vida de las personas. Por ello los derechos de la naturaleza tienen un componente político: constituyen un llamado al mundo entero para iniciar un cambio urgente»¹⁵⁷; un riconoscimento che non precluderà la soddisfazione dei bisogni vitali umani «pues la vida es un continuo en que todos sobrevivimos, pero excluye la crueldad por simple comodidad y el abuso superfluo e innecesario»¹⁵⁸.

Sebbene la costituzionalizzazione della Natura come *soggetto di diritti* abbia suscitato qualche timido entusiasmo nel mondo giuridico, la reazione favorevole non è unanime: esistono voci differenti per le quali mancherebbe un reale e sostanziale impatto pratico o, in altri casi, si tratterebbe di formulazione retorica, essendo possibile raggiungere gli stessi obiettivi migliorando le norme di protezione dell'ambiente. Peraltro, «siamo ben consapevoli che riconoscere a soggetti “non umani” lo status di soggetto di diritti pone non poche difficoltà nell'immaginare un “altro” diritto possibile che includa la natura come soggetto di diritto nel diritto costituzionale»¹⁵⁹.

Eppure, nessun margine di dubbio può attraversare l'interprete riguardo alla novità sopraggiunta nel mondo dei diritti, *qualcosa* che

¹⁵⁷ Ivi, p. 23. Sul punto si veda anche J.A. Roa, *La irrupción del biocentrismo jurídico. Los derechos de la naturaleza en america latina y sus desafíos*, in *Ambiente y Sostenibilidad*, 2016, p. 66: «Una nueva interpretación y relegitimación de la naturaleza como sostén de la vida y de la especie humana, no doblegada a la dinámica globalizadora, surge con fuerza desde el tercer mundo y sienta un precedente normativo que en últimas constituye uno de los mayores desafíos al orden legal imperante. La naturaleza como sujeto jurídico, no puede seguir siendo víctima de la lógica capitalista y del afán de consumo contemporáneo; sus derechos son equiparables a los de cualquier ser humano y este reconocimiento no se queda en el papel, sino que es puesto en obra y materializado a través de fallos judiciales».

¹⁵⁸ R. Zaffaroni, *La naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Quito, 2011, p. 82.

¹⁵⁹ A.M. Russo, *Democrazie illiberali*, cit., p. 4099. Peraltro, nelle parole di R. Zaffaroni, *La Pachama y el humano*, Buenos Aires, 2011, p. 130: «Las normas constitucionales son preceptos; como tales no se realizan automática ni menos mecánicamente, son instrumentos que deben actuarse, herramientas para que las personas ejerzan y reclamen sus derechos. Por supuesto que esto no le quita importancia, pero no debe confundirse el deber ser normativo con el ser que debe alcanzarse y, en este caso no es nada sencillo».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

possiede la forza di innervare implicazioni rilevanti in molti aspetti della vita sociale e di rafforzare le misure di tutela ambientale, di là dal valore emotivo-simbolico emerso dal riconoscimento costituzionale. Sono esperienze, queste, che dimostrano quanto sia obiettivamente complicato, ma imprescindibile ragionare intorno al rapporto tra ecologia e Costituzione, valutare le connessioni tra natura e regole giuridiche costitutive, «ovvero tra approccio ecosistemico e approccio giuridico, nella sfida di configurare la transizione ecologica del 'diritto fossile' verso una ecologia costituzionale»¹⁶⁰.

Introdurre un paradigma centrato sulla natura nei nostri sistemi giuridici rappresenterebbe un passo senza precedenti per l'effettiva integrazione ed applicazione dei diritti della natura, pur trattandosi di un processo in fase incipiente, ancora pervaso da incertezza e nebbiosità, costellato da blocchi stradali, dilemmi e domande irrisolte. Ma *teniamo a mente* che la vita degli umani, la nostra vita, non può sopravvivere rinunciando alla natura; per questo il *sumak kawsay* include il concetto di *Pachamama* e la concepisce come madre che dà e organizza la vita. Si tratta, in ultima analisi, di riorganizzare l'intera nostra esistenza e le regole che governano e decidono il nostro destino, e quello delle future generazioni, di recuperare altre chiavi per aprire, aprirci a rinnovate dimensioni di senso e, perché no, vagliare anche quelle disvelate dalla cosmovisione indigena¹⁶¹.

¹⁶⁰ *Ibid.* Sulla proposta di una ecologia costituzionale capace di revisionare i concetti e le categorie giuridiche, si veda M. Carducci, *Le premesse di una "ecologia costituzionale"*, in *Veredas do Direito*, <http://revista.domhelder.edu.br>, 2020.

¹⁶¹ Così condivisibilmente N. Pacari, *Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas*, in A. Acosta – E. Martínez (eds.), *Derechos de la Naturaleza*, cit. p. 33 ss.: «Según la cosmovisión indígena, todos los seres de la naturaleza están investidos de energía que es el SAMAI y, en consecuencia, son seres que tienen vida: una piedra, un río (agua), la montaña, el Sol, las plantas, todos los seres tienen vida y ellos también disfrutan de una familia, de alegrías y tristezas al igual que el ser humano. [...] en el mundo de los pueblos indígenas La Tierra no es sino allpa-mama que, según la traducción literal, significa madre-tierra. ¿Por qué esto de allpa-mama? Primero, hay una identidad de género: es mujer. Segundo, es lo más grande y sagrado, es la generadora de vida y producción; sin ella, caemos en la nada, simplemente somos la nada o no somos nadie, como dicen nuestros abuelos».

Virgilio D'Antonio – Angela Iacovino
*Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia:
quali diritti per quale natura?*

ABSTRACT: The article analyzes the characters and peculiarities of the ecological model in Ecuador and Bolivia, in the context of the new Latin American constitutionalism. In particular, it examines the new norms on the recognition and protection of the rights of nature and the legal implications of this recognition, which has resulted in a shift in the focus of constitutional action from the anthropocentric vision of liberal ideology to a cosmocentric approach where the Earth ecosystem becomes the holder of constitutionally protected rights and the number of fundamental rights is expanded as never before.

KEYWORDS: new Latin American constitutionalism – Andean biocentric ecology – Pachamama – Buen Vivir – rights of nature

Virgilio D'Antonio – Professore ordinario di Diritto privato comparato, Dipartimento di Scienze Politiche e della Comunicazione, Università degli Studi di Salerno (vdantonio@unisa.it)

Angela Iacovino - Ricercatrice confermata in Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze Politiche e della Comunicazione, Università degli Studi di Salerno (aiacovino@unisa.it)

La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*

Gianpiero Gioia

SOMMARIO: Premessa. - 1. La condizionalità nella gestione del supporto finanziario a livello internazionale. - 2. La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. - 2.1 La sua comparsa nell'ordinamento europeo nel processo di allargamento ai Paesi terzi e nelle procedure di salvataggio di Lettonia, Romania e Ungheria. - 2.2. L'affermazione di una condizionalità economica. - 3. La condizionalità e la *rule of law*. - 4. Cenni conclusivi.

Premessa

Il 16 dicembre 2020 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato il regolamento n. 2092/2020, il quale istituisce un “regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione”

¹. L'intervento si inserisce nel contesto delle misure di contrasto alla crisi pandemica, ma affonda le sue radici in una crisi più risalente, e cioè quella dello stato di diritto in alcuni dei Paesi membri. Difatti, il percorso che ha portato all'approvazione del Regolamento ha avuto inizio nel 2018, quando - sulla scia delle prime reazioni delle istituzioni europee alle vicende costituzionali polacche e ungheresi - la Commissione ha presentato una proposta di regolamento con l'intenzione di limitare l'accesso ai fondi europei da parte di quei Paesi nei quali non fosse garantita la tutela dello stato di diritto. Dalla proposta del 2018 alla versione finale del 2020, molteplici sono le modifiche introdotte, le quali hanno portato diversi commentatori a rilevare un generale assestamento su soluzioni di compromesso: si è

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

¹ Regolamento (UE) n. 2092/2020 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

passati dalle potenzialità di uno strumento teso a difendere il nucleo duro del patrimonio costituzionale europeo, e con ciò la *rule of law* (concetto tradotto usualmente con l'espressione "Stato di diritto"), alla realtà di un Regolamento caratterizzato dalle incertezze che vedremo.

Dei differenti profili suscettibili di analisi, da quelli più propriamente attinenti al diritto dell'Unione europea all'attenzione alle condizioni dello stato di diritto in Polonia e Ungheria, in questo contributo si cercherà di analizzare il ruolo della condizionalità in quanto strumento giuridico aperto a virtualità multiple. A questo fine, si ripercorrerà l'evoluzione storica dell'uso della condizionalità dalla sua affermazione nel contesto internazionale alle sue varianti emerse nel contesto dell'Unione europea, fino all'ultima forma disponibile all'attenzione degli studiosi, e cioè quella disegnata dal Regolamento richiamato *supra*.

1. *La condizionalità nella gestione del supporto finanziario a livello internazionale*

L'utilizzo della condizionalità si è affermato per la prima volta nel contesto degli interventi del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale con la funzione di facilitare o agevolare riforme di natura economica ritenute necessarie affinché i Paesi destinatari del supporto finanziario potessero avviare percorsi di crescita e stabilità².

² Come rileva C. Pinelli, *Conditionality and economic constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2018, p. 24, i vincoli della condizionalità rispetto agli interventi di sostegno del FMI furono affermati già nel 1979 con le *Guidelines on conditionality* (sul punto v. IMF, *Guidelines on conditionality*, 30 aprile 2019, *Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund* 40, 284, par. A, p. 1: «*Conditionality - that is, program-related conditions - is intended to ensure that Fund resources are provided to members to assist them in resolving their balance of payments problems in a manner that is consistent with the Fund's Articles and that establishes adequate safeguards for the temporary use of the Fund's resources*». Vedi anche G. Bird, *The effectiveness of conditionality and the political economy of policy reform: is it simply a matter of political will?*, in *The Journal of Policy Reform*, 2(1), 1998, p. 89; A. Dreher, *Does the IMF Influence Fiscal and Monetary Policy?*, in *The Journal of Policy Reform*, 8(3), 2005, p. 225; C. Pinelli, *Conditionality*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2013, p. 1; W.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

In generale, si può affermare che la condizionalità rappresenta uno dei principali meccanismi di gestione del supporto finanziario fornito da specifiche organizzazioni al fine di controllare e promuovere percorsi di sviluppo del Paese destinatario: «*Both the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank have become increasingly involved in the conditionality business as they have provided resources to an ever larger number of countries and have applied conditionality to a widening range of policy and performance criteria. The typical IMF-supported program will, for example, now have two or three preconditions alongside as many as eight or nine performance criteria. These elements constitute the hard core of conditionality [tondo mio]*».³

Uno dei problemi principali dell'applicazione delle clausole di condizionalità ha riguardato la loro capacità effettiva di guidare i processi di riforma concordati⁴, dovendosi registrare una percentuale consistente di casi nei quali gli obiettivi non sono stati raggiunti, vuoi per l'intervento di fattori economici destabilizzanti e non previsti nei programmi d'intesa (ad es. crisi economiche improvvise), vuoi per la mancanza di volontà degli attori politici⁵.

Tuttavia, ai fini del presente contributo, quel che più rileva non è la capacità effettiva della condizionalità di garantire il raggiungimento degli obiettivi fissati negli accordi tra, ad esempio, il soggetto finanziatore e il paese destinatario, bensì il grado di fiducia nella condizionalità in quanto strumento giuridico di *soft law*⁶ particolarmente capace di incidere sugli indirizzi di politica economica e di bilancio dei Paesi destinatari, in special modo quando questi ultimi

Jacoby-J. Hopkin, *From lever to club? Conditionality in the European Union during the financial crisis*, in *Journal of European Public Policy*, 27(8), 2020, p. 1158.

³ G. Bird, *op. cit.*, p. 90.

⁴ Sul punto v. S. Schadler-A. Bennett-M. Carkovic-L. Dicks-Mireaux-M. Mecagni-J. John-M. A Savastano, *IMF Conditionality: Experience Under Stand-By and Extended Arrangements, Part I: Key Issues and Findings, and Part 11: Background Papers*, IMF Occasional Papers, N. 128, 1995.

⁵ G. Bird, *op. cit.*

⁶ Sulla relazione tra *soft-law* e condizionalità v. V. Viță, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, p. 118 ss.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

presentino un sufficiente tasso di instabilità politica interna⁷ e stiano attraversando una crisi economica⁸.

Ciò considerato, al Paese cui è offerto il supporto finanziario è generalmente rimessa la valutazione sui costi ed i benefici derivanti dalla stipula dell'accordo; con particolare riguardo alle condizionalità contenute, una valutazione imprescindibile è quella riferita alla loro effettiva vincolatività, avendo in conto l'impatto del trascorrere del tempo. Difatti, si è osservato che - così come in altri settori - anche in questo caso valgono le regole del c.d. "effetto annuncio", vale cioè la considerazione per cui «*most of the benefits associated with IFI-supported programs come with their announcement*»⁹. Siglando l'accordo e semplicemente accettando formalmente le condizionalità ivi riportate, il Paese destinatario raggiunge gli obiettivi che avrebbe dovuto conseguire attraverso un percorso di riforme teso al raggiungimento degli obiettivi concordati.

In tal modo emergono due caratteri utili per considerare gli sviluppi dell'applicazione della condizionalità: da una parte il carattere della promozionalità¹⁰, e cioè la fiducia - seppur talvolta mal riposta -

⁷ G. Bird, *op. cit.*, p. 93, il quale teorizza l'assunto partendo dalla necessità di una bipolarizzazione instabile affinché l'uso dei meccanismi di condizionalità trovi la propria ragion d'essere: «*The marginal benefit of conditionality thus depends on the relative strengths of 'technocrats' and 'populists' within government. With either technocrats or populists dominant, conditionality will tend to achieve relatively little. In the former case similar policies could be expected in any event, whereas in the latter case they will be rejected, certainly in the long run. It is in the intermediate circumstances, where different and opposed factions are vying for control, that conditionality may be strategically significant in tipping the balance towards the technocrats who favor greater macroeconomic discipline*».

⁸ L'intervento di una crisi economica viene apprezzato come elemento capace di squadrare gli indirizzi di politica economica nazionale e rendere il Paese destinatario più naturalmente propenso ad accettare le riforme suggerite in cambio del supporto finanziario.

⁹ G. Bird, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰ Sul punto il riferimento è a N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 26, per promozionalità si intende quella «tecnica dell'incoraggiamento [che] mira non soltanto a tutelare ma anche a provocare l'esercizio degli atti conformi, spareggiando nel caso di atti permessi la possibilità di fare con quella di non fare, rendendo particolarmente allettanti gli atti obbligatori e particolarmente ripugnanti quelli proibiti».

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

della parte forte (il soggetto che fornisce il supporto finanziario) nel fatto che i meccanismi di condizionalità possano essere un mezzo efficace per indirizzare le scelte politiche della parte debole (il soggetto che riceve il supporto finanziario), dall'altra il notevole tasso di inefficacia della condizionalità stessa, derivante dal contesto applicativo riconducibile alle dinamiche del diritto internazionale, laddove chi avrebbe interesse a sorvegliare la realizzazione delle condizioni è sprovvisto di qualsivoglia strumento di controllo e dei necessari mezzi di acquisizione delle informazioni¹¹.

2. La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea

2.1. La sua comparsa nell'ordinamento europeo nel processo di allargamento ai Paesi terzi e nelle procedure di salvataggio di Lettonia, Romania e Ungheria

La condizionalità si affaccia nel processo di integrazione europea sotto due forme: una prima, legata all'allargamento dell'Unione stessa, una seconda, di stampo più prettamente macroeconomico.

Nella storia dell'Unione europea, la condizionalità ha svolto inizialmente una funzione diversa dal sostegno finanziario fornito dalle organizzazioni internazionali, avendo come obiettivo la tutela dei diritti umani e della democrazia, specialmente nei processi di riconoscimento rispetto ai Paesi dell'Europa orientale all'indomani del crollo dei regimi comunisti e nelle procedure di allargamento dell'Unione stessa¹². Sotto questa veste la condizionalità ha svelato un ruolo promotore importante poiché si è dimostrata strumento idoneo a sostenere l'avviamento di processi di democratizzazione e, più in generale, a rafforzare il processo di integrazione europea¹³. Questa versione applicativa della condizionalità rappresenta - sebbene non da sola - l'esperienza principale sulla base della quale gli attori politici europei hanno sviluppato una particolare fiducia nei confronti di questo strumento

¹¹ A. Dreher, *op. cit.*, p. 235.

¹² Sul tema vedi C. Pinelli, *Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments*, in *European Law Journal*, 10(3), 2004, pp. 354-362.

¹³ *Ivi*, p. 359.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

catalizzatore, capace di promuovere percorsi di avvicinamento e adeguamento rispetto a principi e valori ritenuti essenziali alla partecipazione al progetto politico europeo. Infatti, una ricostruzione diversa - che non tenesse dunque debitamente conto della positività dell'esperienza avuta durante il processo di allargamento dell'Unione europea - finirebbe per giustificare la attuale fiducia nella condizionalità esclusivamente sulla base del suo utilizzo nel contesto degli interventi del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale, e cioè su esempi che hanno dimostrato un basso tasso di coerenza tra obiettivi prefissati e risultati raggiunti¹⁴.

Sembra possibile affermare che - a differenza dei programmi del FMI - le condizionalità imposte ai fini dell'accesso all'Unione difficilmente hanno coinvolto la libertà di scelta nel campo della finanza pubblica¹⁵ basandosi piuttosto su un modello di cooperazione "obbligata" data dalla volontà del Paese candidato di avere accesso all'Unione¹⁶. Si è trattato, inoltre, di una condizionalità operante *ex post*: prima il Paese raggiungeva i requisiti necessari, e solo dopo avrebbe ottenuto l'ingresso nell'Unione. Nel processo di integrazione, dunque, la condizionalità si affaccia come modalità di gestione dei rapporti (ancora) esterni, e non invece tra Paesi già membri. Attraverso

¹⁴ Sulla capacità della condizionalità nel contesto degli interventi del Fondo monetario internazionale e della Banca Mondiale v. quanto affermato *supra* e, diffusamente, G. Bird, *op. cit.*

¹⁵ W. Jacoby-J. Hopkin, *op. cit.*, p. 1160: «*Conditionality toward CEE states in the late 1990s and early 2000s (top row) promoted institutional convergence on EU-15 practices. [...] If we focus on the 33 policy 'chapters' in the Commission's screening process, many were surely very important – free movement, energy, environment, public procurement. But almost none involved the basic structures of constitutional democracy and few centrally affected sensitive core state functions of citizenship, defence and foreign policy, or economic choices about fiscal, social, and labour market policy*».

¹⁶ *Ibid.* Sul punto, tuttavia, occorre precisare come la politicità dei c.d. criteri di Copenaghen e la loro qualità di precondizione all'apertura dei negoziati (v. E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2015, pp. 101-102) siano stati considerati da parte della dottrina anche come strumento di opacizzazione del processo decisionale rispetto all'accesso o meno del Paese candidato (v. ad es. W. Sadurski, *Charter and Enlargement*, in *European Law Journal*, 8(3), 2008, p. 344: «*The human rights criteria are so malleable and vague that can serve as a very handy device for refusing entry*».

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

aiuti condizionati, controlli periodici, programmi di riforma per la mitigazione delle differenze incompatibili con i principi dell'Unione e rapporti annuali della Commissione su ciascun Paese candidato, gli attori politici europei avevano maturato l'idea che attraverso la condizionalità si sarebbe potuto raggiungere qualsiasi obiettivo di indirizzo, supervisione e controllo¹⁷.

Quanto alla seconda forma di manifestazione della condizionalità, questa rappresenta probabilmente il primo esempio di utilizzo macroeconomico della condizionalità nel contesto europeo. Nel 2008 una delle prime ripercussioni della crisi dei mutui *sub-prime* fu rappresentata dal problema della bilancia dei pagamenti di tre Paesi membri¹⁸ (Lettonia, Romania e Ungheria). In questa occasione l'Unione europea sperimenta per la prima volta la condizionalità sul modello del FMI - fuori dal contesto dell'Eurozona, è bene sottolinearlo - con risultati positivi. Grazie agli accordi ed al sostegno congiunto dell'Unione europea e del FMI, i tre Paesi escono dalla crisi nel giro di pochi anni¹⁹.

2.2. *L'affermazione di una condizionalità economica*

Come noto, nel corso del 2008 ha avuto luogo l'emersione di una grave crisi economica e finanziaria, rispetto alla quale la vicenda legata ai mutui *subprime* e al mercato finanziario d'oltre oceano ha rappresentato soltanto il primordio. Difatti, nonostante le iniziali previsioni che vedevano la crisi come fenomeno legato solo alla finanza statunitense²⁰, il clima di diffusa sfiducia ha raggiunto ben presto anche l'Eurozona, provocando gravi ripercussioni sulle finanze pubbliche dei cosiddetti "paesi periferici" (Grecia, Italia, Portogallo, Spagna e Irlanda), riassumibili sostanzialmente nell'aumento dei tassi di interesse

¹⁷ Ivi, p. 1163.

¹⁸ Le procedure di salvataggio rientravano nell'ambito degli interventi previsti dall'art. 143 del TFUE.

¹⁹ D. M. Woodruff, *Governing by panic*, in *Politics & Society*, 44(1), 2016, p. 81 ss.

²⁰ Di questo tenore le dichiarazioni rese il 25 settembre 2008 del Ministro delle finanze tedesco, Peer Steinbrück, al Parlamento tedesco.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

e nella conseguente difficoltà nel mantenere sostenibile il debito nazionale.

La crisi, dunque, ha subito riversato i propri effetti sulla finanza pubblica di Paesi appartenenti ad un'area - l'Eurozona - potenzialmente e teoricamente capace di rispondere in maniera efficace a questo tipo di shock²¹. Tuttavia, al contrario, ben presto sono emerse le difficoltà nel fronteggiare l'eccezionale momento storico con i mezzi ordinari e le risorse disponibili.

Nella molteplicità degli interventi intrapresi a livello sovranazionale, internazionale²² e nazionale²³, in questa sede corre l'obbligo di fermare l'attenzione sui modi in cui - in questo contesto - si è affermata una nuova versione della condizionalità²⁴. A questo fine occorre ripercorrere, seppur brevemente, le modalità con cui si è arrivati alla riforma dell'art. 136 del TFUE, con l'introduzione di un terzo paragrafo che prevede la rigorosa condizionalità rispetto a qualsiasi forma di assistenza finanziaria.

²¹ Come noto, il progetto europeo - con specifico riferimento alla costruzione della moneta unica - fonda le proprie basi sulla teoria delle aree valutarie ottimali (v. R. Mundell, *A Theory of Optimum Currency Areas*, in *American Economic Review*, 51, 1961, n. 4). In estrema sintesi, per la teoria economica, un'area valutaria ottimale rappresenta, fra gli altri, un'area costituita da Paesi scarsamente propensi a subire shock asimmetrici e capaci di tornare in equilibrio automaticamente dopo lo shock stesso. Le economie di tali Paesi dovrebbero essere caratterizzate dall'essere molto simili tra di loro, con tassi d'inflazione molto vicini, capaci di buona flessibilità dei salari e dei capitali (N. Boccella-F. Orlando-A. Rinaldi, *Macroeconomia*, Milano, 2014, p. 247).

²² Fra tutti, il c.d. *six pack* (direttiva 2011/85/UE, regolamenti UE n. 1173, n. 1174, n. 1175, n. 1176, n. 1177 del 2011), il c.d. *two pack* (regolamenti UE n. 472 e n. 473 del 2013), il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal compact*), il Meccanismo europeo di stabilità (MES).

²³ Macroscopicamente, si pensi alla riforma dell'art. 81 della Costituzione italiana, al percorso che ha portato a tale risultato e alle conseguenze in termini strutturali rispetto alla procedura di bilancio.

²⁴ Sulla condizionalità economica nel contesto dell'Unione europea in prospettiva comparata v. A. Baraggia, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

Nel 2010 l'Eurozona sperimenta una prima forma di condizionalità economica - sotto il cappello dell'art. 122 del TFUE²⁵ - nel contesto dell'intervento di salvataggio della Grecia²⁶, la quale, a differenza di quella adoperata negli interventi a favore di Lettonia, Romania e Ungheria, aveva la finalità di intervenire su di un terreno differente (*quella* riguardava aspetti direttamente monetari, *questa* la sostenibilità e solvibilità del debito pubblico unite al deterioramento del sistema bancario nazionale²⁷) e, soprattutto, coinvolgeva il cuore della sovranità statale, veicolando riforme riguardanti «i diritti sociali, in particolare sanità, educazione, sistema previdenziale, salari dei lavoratori, misure per la disoccupazione [...] ambiti, che come già aveva affermato il Bundesverfassungsgericht nella sentenza Lissabon costituiscono il nucleo duro della sovranità»²⁸.

²⁵ «1. Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia. 2. Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa».

²⁶ A. Baraggia, *La condizionalità economica nella giurisprudenza della crisi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2019, p. 41: «Nonostante la condizionalità fosse già stata applicata, ai sensi dell'art. 143 TFEU ad Ungheria, Lettonia e Romania, è solo con il primo *Greek Loan Agreement* che le misure di condizionalità vengono impiegate per fornire assistenza ad un membro dell'Eurozona. Nel caso greco si trattava di accordi di prestito bilaterali tra gli Stati membri dell'Eurozona e la Grecia, sottoposti al rispetto di rigorose condizioni, stabilite ex ante in un *Memorandum of Understanding* e in una Decisione del Consiglio, la n. 2010/320/EU16. Nella dichiarazione dell'Eurogruppo dell'aprile 2010, si prevedeva che la Commissione avrebbe lavorato insieme alla Banca Centrale e al Fondo Monetario internazionale sul programma di assistenza. Il rispetto delle condizioni da parte dello Stato beneficiario sarebbe poi stato vagliato dagli stati membri dell'Eurozona, sentito il parere della BCE e sulla base di una valutazione della Commissione».

²⁷ M. Blyth, *After the Brits have gone and the trumpets have sounded: Turning a drama into a crisis that will not go to waste*, in *Intereconomics*, 51(6), 2016, p. 330.

²⁸ A. Baraggia, *La condizionalità economica nella giurisprudenza della crisi*, cit., p. 43; v. pure A. Fisher Lescano, *Human Rights in Times of Austerity Policy*, in

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

Ora, se è vero che per mezzo dei *Memoranda of Understanding (MoUs)*²⁹ la c.d. Troika proponeva - e lo Stato richiedente comunque accettava - le condizioni essenziali ai fini dell'erogazione del prestito, e cioè in un contesto di formale parità, è d'uopo considerare il contesto culturale e politico in cui questi negoziati sono avvenuti.

In tale contesto, infatti, risultava necessario superare le reticenze, soprattutto tedesche e dei Paesi nordeuropei³⁰, rispetto al fatto che aiuti troppo incondizionati potessero favorire fenomeni di *moral hazard*. In questo modo, con l'influenza di quell'approccio ordoliberalista espressione di una certa cultura tedesca, avviene la trasformazione della condizionalità da strumento di *leverage* a strumento di *punishment*³¹. Nei tre salvataggi che hanno riguardato la Grecia (2010, 2011, 2015) si è registrato un aumento costante della durezza delle richieste di riforma - dal mercato del lavoro al sistema pensionistico e all'amministrazione statale - aventi effetti rilevanti sulle scelte di spesa del Paese, culminata nella reazione greca dell'indizione del referendum circa l'utilizzo

Nomos, 4, 2014, riprendendo M. Netteshieim «*Crisis periods are periods in which national sovereignty comes to the fore*».

²⁹ Più approfonditamente sui *Memoranda of Understanding* v. A. Fisher Lescano, *op. cit.*, pp. 32-36. Sui problemi derivanti dal deficit democratico insito nelle modalità di conclusione dei *MoUs* v. J. Habermas, *The Crisis of European Union. A response*, Cambridge, 2012, 130.

³⁰ W. Jacoby-J. Hopkin, *op. cit.*, p. 1165.

³¹ *Ibid.*, gli Autori descrivono chiaramente questo passaggio: «*Conditionality would therefore move beyond the 'leverage' characteristic of the enlargement process to become a more coercive instrument for disciplining member state governments: a 'club' rather than a 'lever'. The €110 billion May 2010 Greek bailout agreed by the Troika had to overcome a good deal of political resistance, and this explains some of its harshness. European elites felt a tension between avoiding broader contagion and creating moral hazard. They also were constrained by Article 125 of the Lisbon Treaty that outlawed direct bailouts of indebted EMU governments or debt monetization. The Troika lent Greece the money, but on condition that it implement drastic austerity measures to reduce its debt and introduce politically contentious structural reforms. By imposing harsh conditions on Greece, it was thought that moral hazard would be attenuated. And the more unpleasant the conditions, the more it would signal that bailouts would not be an easy option for profligate Eurozone governments*». Sulle critiche rispetto all'eccessiva durezza degli interventi v. L. Wroughton-H. Schneider-D. Kyriakidou, *Technocrats in crisis. How the IMF's misadventure in Greece is changing the fund*, Reuters, 28 agosto 2015.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

dell'assistenza fornita MES³². Sulla portata punitiva di questo modello di condizionalità macroeconomica è evocativo lo stralcio di un intervento del Segretario del Tesoro statunitense Timothy Geithner laddove riporta l'atmosfera dei suoi *meeting* europei: «*the Europeans came into that meeting basically saying: "We're going to teach the Greeks a lesson. They are really terrible. They lied to us. They suck and they were profligate and took advantage of the whole basic thing and we're going to crush them," was their basic attitude, all of them...*»³³.

Sulla scia di questo approccio, con il timore che ulteriori interventi *ex art.* 122 del TFUE potessero aprire ad un'interpretazione poco ortodossa dei Trattati³⁴, il Consiglio europeo ha approvato - tramite procedura di revisione semplificata - la modifica dell'art. 136 del TFUE, attraverso l'aggiunta di un terzo paragrafo, il quale recita: «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità».

Rigorosa condizionalità la quale - oltre ad essere l'ovvia base di legittimazione del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES) - si è confermata, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Bundesverfassungsgericht³⁵, elemento giustificativo

³² Cfr. W. Schelkle, *The Political Economy of Monetary Solidarity: Understanding the Euro Experiment*, Oxford, 2017.

³³ P. Spiegel, *Draghi's ECB management: the leaked Geithner files*, in *Financial Times*, 11 novembre 2014. Sul tema v. anche T. Geithner, *Stress Test. Reflections on financial crisis*, New York, 2014.

³⁴ L. Gianniti, *Il meccanismo di stabilità e la revisione semplificata del Trattato di Lisbona: un'ipoteca tedesca sul processo di integrazione?*, in *Documenti IAI 1102*, 1: «decisiva è stata la pressione della Germania che ha voluto mettere nero su bianco (risulta chiaro dalle conclusioni del Consiglio europeo del dicembre 2010) che l'utilizzo dell'art. 122 del Trattato [...] è stato ammesso solo in via del tutto eccezionale: un'eccezione che, come si dice in Italia, "non fa precedente". Per sigillare un'interpretazione restrittiva dei Trattati, rispetto alla fuga in avanti imposta dalla crisi, "i Capi di Stato e di Governo hanno convenuto - così recitano le conclusioni del Consiglio europeo di dicembre - che questo articolo non debba essere usato per tali fini". È passata quindi una lettura riduttiva dei Trattati [...]».

³⁵ Sul dettaglio e sulla complessità delle implicazioni legate all'attività delle Corti nell'epoca della crisi v. *ex multis* A. Baraggia, *La condizionalità economica nella*

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

degli interventi di sostegno finanziario a livello europeo, sia dal punto di vista della politica economica che da quello della politica monetaria, quando non strumento essenziale alla prosecuzione del processo di integrazione europea³⁶.

Sotto questa prospettiva, il primo caso a venire all'attenzione è quello relativo alla celebre sentenza *Pringle*³⁷, con la quale la Corte risponde sostanzialmente a due quesiti: a) quello relativo alla legittimità del ricorso alla procedura semplificata per riformare l'art. 136 TFUE al

giurisprudenza della crisi, cit.; C. Pinelli, *Le corti europee (nella crisi dell'Unione)*, www.europeanrights.eu; C. Pinelli, *Are Courts Engaged in a "Dialogue" on Financial Matters?*, in M. Belov (eds.), *Judicial Dialogue*, The Hague, 2019; N. Lupo, *The advantage of having the "first word" in the composite european constitution*, in *IJPL*, 2/2018, 186 ss.; G. Zaccaroni, *The Good, the Bad, and the Ugly: national constitutional judges and the EU constitutional identity*, in *IJPL*, 2, 2018, p. 421 ss.; C. Fasone, *Do Constitutional Courts Care About Parliaments In The Euro-Crisis? On The Precedence of The "Constitutional Identity Review"*, in *IJPL*, 2/2018, p. 205 ss.; P. Ridola, *"Karlsruhe locuta causa finita?" Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *federalismi.it*, 18/2012.; A. Di Martino, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul meccanismo europeo di stabilità e sul fiscal compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *federalismi.it*, 18/2012; M. Bonini, *Giudice delle leggi o "signore dei trattati"? Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell'"identità costituzionale"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016. Da ultimo, merita attenzione uno degli ultimi approdi della giurisprudenza del BVerfG sul Public Sector Purchase Programme (PSPP), al riguardo v. L. F. Pace, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *federalismi.it*, 16/2020, p. 299 ss.; M. Bursi, *La sentenza del BVerfG sul Public Sector Purchase Programme: un'Europa sempre più difficile*, in *Consulta Online*, II/2019, p. 385 ss.

³⁶ M. Everson-C. Joerges, *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, in *LEQS Paper* n. 63, 2013, p. 21, definiscono la condizionalità come «*the glue that keeps the transnational actors together*».

³⁷ Corte giust, 27 novembre 2012, C-370/12 *Pringle v. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*. Sull'importanza della pronuncia v. P. Craig, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20(1), 2013: «*Not all cases are equally important; they are not equally interesting intellectually and they are not of equal significance in terms of political relevance. Nor indeed is there any guarantee that these features will coalesce in a single case. They did however come together in the Pringle case. The challenge to the European Stability Mechanism (ESM) ticked all these boxes, especially because its judicial invalidation could well have sent nervous financial markets into a further downward spiral*».

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

fine di aggiungere un terzo paragrafo in cui prevedere la *strictly conditionality*, b) quello legato alla compatibilità tra il Trattato istitutivo del MES e la complessiva architettura dell'Unione.

La risposta della Corte di Giustizia ha dichiarato compatibili sia la procedura di revisione che il Trattato istitutivo del MES, e lo ha fatto fondando la propria argomentazione sul ruolo fondamentale della condizionalità³⁸.

Quanto al primo profilo, la legittimità della procedura di revisione ex art. 48 TUE viene giustificata alla luce di un'interpretazione che vede le misure adottate sotto *strictly conditionality* afferenti al campo della politica economica e non a quello della politica monetaria: a differenza di quanto sostenuto da *Mr. Pringle*, la norma rientra nell'alveo della parte terza del Trattato³⁹. Come afferma la Corte: «la rigorosa condizionalità cui il meccanismo di stabilità subordina la concessione di un'assistenza finanziaria in forza del paragrafo 3 dell'articolo 136 TFUE, il quale costituisce la disposizione su cui verte la revisione del Trattato FUE, è diretta a garantire che, nel suo funzionamento, tale meccanismo rispetti il diritto dell'Unione, comprese le misure adottate dall'Unione nell'ambito del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri» (par. 69)⁴⁰

³⁸ Al punto che M. Everson-C. Joerges, *op.cit.*, p. 21, affermano che «*wherever the court responds to objections about the legality of the new regime, it merely parrots the orthodoxy of "conditionality" as a justification*».

³⁹ Vedi art. 48 TUE, par. 6: «Il governo di qualsiasi Stato membro, il Parlamento europeo o la Commissione possono sottoporre al Consiglio europeo progetti intesi a modificare in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relative alle politiche e azioni interne dell'Unione.

Il Consiglio europeo può adottare una decisione che modifica in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione e, in caso di modifiche istituzionali nel settore monetario, della Banca centrale europea. Tale decisione entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

La decisione di cui al secondo comma non può estendere le competenze attribuite all'Unione nei trattati».

⁴⁰ Occorre comunque sottolineare come, nonostante la rilevata legittimità, il problema circa queste misure non sia risolto sul piano della loro opportunità politica,

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

E ancora nella condizionalità viene rinvenuto il motivo di compatibilità tra l'operato del MES e la clausola di *no bail-out* di cui all'art. 125 del TFUE⁴¹:

«[A]lla luce di tale obiettivo perseguito dall'articolo 125 TFUE occorre considerare che tale disposizione vieta all'Unione e agli Stati membri la concessione di un'assistenza finanziaria che avrebbe l'effetto di pregiudicare lo stimolo dello Stato membro beneficiario di tale assistenza a condurre una politica di bilancio virtuosa. Come emerge dal punto 5 del parere della BCE sul progetto di decisione del Consiglio europeo che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, l'attivazione di un'assistenza finanziaria ai sensi di un meccanismo di stabilità come il MES è compatibile con l'articolo 125 TFUE solo qualora essa risulti indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e sia soggetta a condizioni rigorose». (par. 136)

In sintesi, si afferma che: «la rigorosa condizionalità cui è subordinato qualsiasi sostegno alla stabilità fornito dal MES mira a garantire il rispetto, da parte del MES e degli Stati membri beneficiari, delle misure adottate dall'Unione in particolare nel settore del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, le quali, dal canto loro, mirano segnatamente a garantire il perseguimento di una politica di bilancio virtuosa da parte degli Stati membri». (par. 143)

la quale certamente non può essere valutata dalla CGUE. Sul tema vedi L. Pierdominici, *The Jurisprudence of the Crisis: The Uncertain Place of European Law Between Pluralism and Unity*, in *IJPL*, 2/2018, p. 328: «As authoritatively stated by the Court of Justice in *Pringle*, this does not amount to a legal technical problem of compatibility with EU law: but the question remains open regarding the political convenience of such a phenomenon and its consequences for the constitutional development of the Union, for its institutional balance».

⁴¹ Art. 125 TFUE, par. 1: «L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico».

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

Per ciò che rileva ai fini del nostro studio, è eloquente il modo in cui la Corte provveda a legittimare l'inserimento nella costituzione economica europea di una versione dalla condizionalità che opera non solo quantitativamente, indicando ad esempio i parametri di "salute fiscale" idonei a permettere l'apertura di linee di credito, bensì anche qualitativamente definendo quali settori debbano subire interventi di risanamento. In tal modo si produce una intromissione considerevole nella capacità dello Stato beneficiario di gestire autonomamente le proprie scelte di finanza pubblica e, in generale, in tutti quegli interventi che implicano effetti finanziari⁴².

Su questo tracciato si inserisce la successiva sentenza della CGUE sul caso *Gauweiler*⁴³. La vicenda giudiziaria prende le mosse dal rinvio pregiudiziale effettuato dal Bundesverfassungsgericht⁴⁴ col quale si lamenta l'illegittimità del programma OMT⁴⁵ rispetto ai Trattati. Nel rinvio la Corte di Karlsruhe qualifica il programma OMT come atto *ultra vires* in quanto atto di politica economica e in quanto tale estraneo alle competenze di natura strettamente monetaria della BCE (artt. 119, 123, 127 TFUE e artt. da 17 a 24 del Protocollo sul SEBC), oltre a ritenere l'intervento della Banca centrale europea illegittimo rispetto al divieto di finanziamento monetario di cui all'art. 123 TFUE.

Sul caso, la CGUE si è pronunciata respingendo l'interpretazione del BVerfG poiché il programma OMT andrebbe valutato alla luce della considerazione che il TFUE definisce gli obiettivi della politica monetaria (primo fra tutti, la stabilità dei prezzi) e che in tale ottica il

⁴² V. C. Pinelli, *Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2019, p. 30: «the very Court's admission that the additional paragraph to Article 136 TFEU was introduced with the aim of legitimizing a mechanism whose legal basis were strongly disputed under EU law proves that it consisted in establishing an emergency rule, such as that of making financial support dependent on loan agreements specifying not only the level of cuts to be made, but also in what areas they are to be made by a Member State».

⁴³ Corte giust., 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*.

⁴⁴ Sul ruolo del Tribunale costituzionale federale tedesco v. F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016; P. Faraguna, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti comparati*, 1, 2016.

⁴⁵ V. il comunicato stampa della BCE del 6 settembre 2012, *Technical Features of Outright Monetary Transactions*, in www.ecb.europa.eu.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

programma rientra a pieno nel sistema di razionalità che ammette la possibilità di attivare meccanismi di trasmissione capaci di promanare dal mercato finanziario ai vari settori dell'economia: «l'idoneità del SEBC ad influire sull'evoluzione dei prezzi mediante le sue decisioni di politica monetaria dipende, in larga misura, dalla trasmissione degli impulsi che esso emette sul mercato monetario ai vari settori dell'economia. Di conseguenza, un funzionamento deteriorato del meccanismo di trasmissione della politica monetaria può rendere inoperanti le decisioni del SEBC in una parte della zona euro e mettere così in discussione l'unicità della politica monetaria. Inoltre, poiché un funzionamento deteriorato del meccanismo di trasmissione altera l'efficacia delle misure adottate dal SEBC, la capacità di quest'ultimo di garantire la stabilità dei prezzi ne risulta necessariamente pregiudicata. Pertanto, le misure intese a preservare tale meccanismo di trasmissione possono essere ricondotte all'obiettivo principale definito all'articolo 127, paragrafo 1, TFUE». (par. 50).

In secondo luogo - e qui deve cadere ancora il nostro interesse - la CGUE dichiara la legittimità del programma OMT rispetto al divieto di assistenza finanziaria *ex art. 123 TFUE*; qui la condizionalità gioca di nuovo un ruolo fondamentale - come nel caso *Pringle* - poiché è grazie ad essa che si evita la violazione del divieto di cui all'art. 123 TFUE. Quest'ultimo è diretto a evitare fenomeni di *moral hazard* e indirizzare i Paesi membri ad avviare percorsi di risanamento delle finanze pubbliche escludendo la possibilità del finanziamento monetario del debito e di un accesso privilegiato al mercato finanziario al fine di finanziare il deficit. In questo contesto, la condizionalità di cui sono forniti gli interventi del programma OMT esclude che quest'ultimo possa porsi come violazione dell'art. 123 TFUE, infatti:

«la subordinazione dell'acquisto di titoli di Stato al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento strutturale ai quali sono sottoposti gli Stati membri interessati esclude che un programma come quello annunciato nel comunicato stampa possa incitare tali Stati a rinunciare al risanamento delle loro finanze pubbliche fondandosi sulle facilitazioni di finanziamento che potrebbero derivare dall'attuazione di un programma siffatto» (par. 120)

In altre parole, la condizionalità, il rispetto pedissequo dei programmi, divengono il pilastro su cui far poggiare la legittimità di una

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

delle misure più importanti tra quelle adottate durante la crisi dell'Eurozona. Queste conclusioni sembrano far emergere la condizionalità ed il suo uso nella gestione della crisi come cartina al tornasole delle molte difficoltà degli Stati dell'Eurozona nell'instaurare un dialogo proficuo sui temi economici, in un contesto in cui la parità stessa tra i Paesi membri sembra venire a mancare⁴⁶: si sarebbe abbandonata, insomma, l'idea di un processo di integrazione basata sul confronto in favore della preferenza per meccanismi *command-and-control*⁴⁷.

3. Condizionalità e rule of law

Anche dopo l'uscita dalle fasi più acute della crisi dei debiti sovrani, la condizionalità rimane al centro del dibattito europeo. Infatti,

⁴⁶ C. Pinelli, *Le corti europee*, cit., p. 6, rileva che l'attivismo del Tribunale di Karlsruhe finisce per mettere in piedi una contraddizione giuridica insuperabile quando afferma la necessità della consultazione del Bundestag a discapito delle Assemblee rappresentative degli altri Paesi membri; v. L. F. Pace, *op. cit.*, p. 304, sul rapporto tra BVerfG e CGUE nella vicenda che ha riguardato la legittimità del PSPP: «In altri termini, pervenire a conclusioni divergenti da parte del BVerfG rispetto ad una sentenza di interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia avrebbe questa conseguenza; significherebbe non solo violare un obbligo in capo agli Stati membri dell'Unione, ma anche far "scoppiare" una "bomba nucleare" a seguito della quale vi sarebbero solo sconfitti e l'inizio del (probabile) lento sfaldamento del quadro legale dell'Unione. Ed infatti, la violazione di un principio così centrale per l'esistenza stessa dell'Unione da parte di uno Stato membro così importante, come la Germania, farebbe sollevare dubbi sul futuro dell'esperienza del processo d'integrazione europea. L'esercizio degli istituti a tutela della legalità dell'Unione per contrastare tale "sensazione" potrebbe fare ben poco. Come sottolineato dalla Corte di giustizia nel già citato comunicato stampa, questo avrebbe come primo effetto la violazione del principio di uguaglianza tra Stati creato dall'ordinamento dell'Unione. Non bisogna dimenticare che il rispetto di tale principio è condizione essenziale ai sensi dell'art. 11 Cost. affinché l'Italia possa partecipare ad "un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia" e che preveda "limitazioni di sovranità" [...]».

⁴⁷ C. Joerges, *Comments on the Draft Treaty on the Democratization of the Governance of the Euro Area*, in *European Papers*, 3, 2018, p. 2: «the praxis of conditionality [is] irreconcilable with the foundational values of the European project. Europe is not to transform the principles of equality, mutual respect and co-operation in-to command-and-control relationship».

nel 2018 la Commissione avanzava una proposta di regolamento avente ad oggetto la «tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri»⁴⁸. Il regolamento si proponeva di tutelare la spesa dell'Unione dagli effetti derivanti dalla violazione della *rule of law*, e doveva farlo sostanzialmente attraverso la sospensione dell'erogazione dei fondi europei⁴⁹. Tuttavia, ai fini dell'applicazione dell'appena citato meccanismo di condizionalità, non si riteneva di dare rilevanza ad una qualsiasi «carezza generalizzata riguardante lo Stato di diritto», bensì soltanto quelle che compromettevano o rischiavano «di compromettere i principi di una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione»⁵⁰; venivano in ogni caso considerate carenze

⁴⁸ COM (2018) 324, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52018PC0324>.

⁴⁹ Art. 4, par. 1, della proposta di Regolamento: «Possono essere adottate una o più delle seguenti opportune misure:

(a) quando la Commissione esegue il bilancio dell'Unione in gestione diretta o indiretta a norma dell'articolo 62, lettere a) e c), del regolamento finanziario, e il beneficiario è un soggetto pubblico: (1) sospensione dei pagamenti o dell'esecuzione dell'impegno giuridico o risoluzione dell'impegno giuridico a norma dell'articolo [131, paragrafo 3,] del regolamento finanziario; (2) divieto di sottoscrivere nuovi impegni giuridici; (b) quando la Commissione esegue il bilancio dell'Unione in regime di gestione concorrente ai sensi [dell'articolo 62, lettera b,] del regolamento finanziario: (1) sospensione dell'approvazione di uno o più programmi o di una loro modifica; (2) sospensione degli impegni; (3) riduzione degli impegni, anche attraverso rettifiche finanziarie o storni verso altri programmi di spesa; (4) riduzione dei prefinanziamenti; (5) interruzione dei termini di pagamento; (6) sospensione dei pagamenti».

⁵⁰ L'art. 3, par. 1, del Regolamento le identifica come: «(a) il corretto funzionamento delle autorità di tale Stato membro che eseguono il bilancio dell'Unione, in particolare nel contesto delle procedure di aggiudicazione degli appalti o di concessione delle sovvenzioni, nonché nell'esercizio del monitoraggio e del controllo; (b) il corretto funzionamento dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale nella repressione delle frodi, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione; (c) l'effettivo controllo giurisdizionale, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni od omissioni compiute dalle autorità di cui alle lettere a) e b); (d) la prevenzione e la repressione delle frodi, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione, nonché l'imposizione di sanzioni effettive e dissuasive ai beneficiari da parte degli organi giurisdizionali nazionali o delle autorità amministrative; (e) il recupero dei fondi

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

generalizzate «(a) le minacce all'indipendenza della magistratura; (b) l'omessa prevenzione, rettifica e sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità incaricate dell'applicazione della legge, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro buon funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; (c) il ridimensionamento della disponibilità e dell'efficacia delle vie di ricorso, ad esempio attraverso norme procedurali restrittive, la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazione della legge»⁵¹.

Come evidente, la proposta di regolamento affondava le proprie ragioni in un contesto differente rispetto a quello affrontato nel paragrafo precedente: non più la crisi finanziaria dell'Eurozona bensì il processo di erosione della *rule of law* in alcuni Paesi membri dell'Unione. Il riferimento è soprattutto alle note vicende polacche e ungheresi a mezzo delle quali è progressivamente una deriva illiberale incompatibile con l'art. 2 del TUE e in specie con il valore della *rule of law*⁵². Da anni, infatti, nei due Paesi si assiste al progressivo

indebitamente versati; (f) l'effettiva e tempestiva collaborazione con l'Ufficio europeo per la lotta antifrode e con la Procura europea nelle loro indagini o azioni penali conformemente ai rispettivi atti giuridici e al principio di leale cooperazione».

⁵¹ Art. 3, par. 2, della proposta di Regolamento.

⁵² Sulla definizione di *rule of law* si veda innanzitutto A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitutions*, London, 1979, p. 183 ss.

Sebbene la sovrapposibilità tra *rule of law* e Stato di diritto non sia del tutto pacifica (sul punto v. R. Bin, *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, p. 1149 ss.; P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, p. 128 ss.) sembra comunque possibile individuare un nucleo concettuale comune ad entrambi, laddove si concordi con D. Zolo, *The Rule of Law: A Critical Reappraisal*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht, 2007, p. 3 ss. il quale si dimostra come - a differenza della estrema varietà delle applicazioni dei concetti di *rule of law* e Stato di diritto - si tratti di un oggetto che dal punto di vista filosofico, giuridico e politico possiede una grande unitarietà di fondo, specie nel suo essere una struttura normativa ed istituzionale comune tipica dello modello di Stato europeo moderno, espressione della necessità di tutelare i diritti individuali limitando le tendenze del potere politico ad espandersi e ad agire arbitrariamente.

Fondamentale poi, da una prospettiva più istituzionale, la Rule of Law Checklist (Study No. 711/2013) predisposta dalla Commissione di Venezia, con la quale si è fornita una serie di parametri (principio di legalità, certezza della legge,

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

smantellamento delle garanzie costituzionali e legislative poste a difesa dell'indipendenza della magistratura e della tutela giurisdizionale dei diritti⁵³. Tale spettro che si aggira per l'Unione, oltre a portare con sé le

prevenzione degli abusi di potere, eguaglianza dinnanzi alla legge e divieto di discriminazione, accesso alla giustizia, giusto processo, giustizia costituzionale) attraverso cui poter analizzare un determinato ordinamento ai fini della verifica del rispetto della *rule of law*. A questa deve aggiungersi, nel contesto dell'Unione, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio (COM)2014 158, nella quale la Commissione individua nei principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, indipendenza e imparzialità del giudice, controllo giurisdizionale effettivo, uguaglianza davanti alla legge, i contenuti della *rule of law*.

⁵³ Sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria e sulle reazioni dell'Unione europea v. *ex multis* M. Taborowski, *The European Commission Launches Art. 7 TEU Proceedings against Poland for breach of Rule of Law*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, p. 225 ss.; S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, p. 295 ss.; G. Halmai, *How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, p. 313 ss.; C. Pinelli, *Violazioni sistemiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia fra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High Court d'Irlanda*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, p. 507 ss.; A. Von Bogdandy-P. Bogdanowicz-I. Canor-G. Rügge-M. Schmidt-M. Taborowski, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, p. 855 ss.; G. Halmai, *Launching Article 7 TEU against the Hungarian Government*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, p. 912 ss.; L. Besselink-K. Tuori-G. Halmai-C. Pinelli, *The rule of law crisis in Europe*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, p. 267 ss.; J. Sawicki, *La Polonia dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2019; A. Di Gregorio (con la collaborazione di A. Angeli e J. Sawicki), *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in A. Di Gregorio (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020. Sugli sviluppi più recenti v. P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 8, 2020, p. 166 ss. Per una prospettiva di carattere sistematico v. C. Pinelli, *Illiberal regimes in the perspective of comparative constitutionalism*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2017, 3 ss. Da ultimo, v. il recente lavoro monografico di E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021, spec. capitolo III.

Suggestivo, poi, rispetto ai casi della Polonia e dell'Ungheria, come il legame tra crisi dello Stato di diritto e affermazione del populismo ribalti completamente

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

ovvie preoccupazioni relative allo stato di salute della democrazia nei due Paesi⁵⁴, ha costretto gli studiosi a porre l'attenzione sulla delicatezza del momento che vive da almeno un decennio il costituzionalismo europeo⁵⁵, a causa di irricevibili tentativi di difendere l'identità nazionale⁵⁶ i quali finiscono per disconoscere i valori dell'art.

l'assunto habermasiano della separazione discorsiva fra momento fondativo e momento applicativo delle norme giuridiche: «*Da un lato*, “fondazione” e “applicazione” delle norme sottostanno a logiche argomentative diverse, che si rispecchiano nella diversità dei discorsi fondativi e applicativi (i quali dovranno così assumere una forma istituzionale diversa). Nei discorsi applicativi si tratta di decidere quale norma - tra quelle presupposte come valide - sia adeguata [*angemessen*] al caso in questione, descritto il più completamente possibile nelle sue caratteristiche rilevanti. Questo tipo di discorso richiede una speciale costellazione di ruoli: le parti in causa (eventualmente anche un pubblico ministero incaricato dallo Stato) devono poter esporre tutti gli aspetti controversi del caso a un giudice, fungente da imparziale rappresentante della comunità giuridica. Occorre inoltre una speciale distribuzione delle competenze, nel senso che il tribunale deve fondare la sua sentenza agli occhi di una sfera pubblica giuridica in linea di principio illimitata. Per contro, nei discorsi fondativi tutti - in linea di principio - sono parimenti partecipi. *Dall'altro lato*, per imporre le sue decisioni (e dare esecuzione al diritto) il potere giudiziario fa uso dei mezzi repressivi dell'apparato statale, disponendo direttamente di potere amministrativo. Per questa ragione al potere giudiziario, tenuto separato dalla legislazione, dev'essere impedito di autoprogrammarsi», J. Habermas, *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari, 2013 (ed. or. 1992), p. 194.

⁵⁴ Sull'(in)opportuno uso della categoria della democrazia per definire il regime attualmente vigente in Polonia e Ungheria si veda J. H.H. Weiler, *Not on Bread Alone Doth Man Liveth (Deut. 8:3; Mat 4:4): Some Iconoclastic Views on Populism, Democracy, the Rule of Law and the Polish Circumstance*, in A. von Bogdandy-P. Bogdanowicz-I. Canor-C. Grabenwarter-M. Taborowski-M. Schmidt (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Dordrecht, 2021, p. 5: «*The 'Holy Trinity' of the liberal order are Democracy (free elections and majoritarian rule), Human Rights and the Rule of Law. I use the term 'Holy Trinity' only with limited irony. Since, like the real Holy Trinity, the three are one: Majority governance without the constraints of human rights and the rule of law is but a tyranny of the majority. Human rights without effective rule of law are but slogans. The rule of law, outside a democracy is simply the most effective instrument of authoritarianism and worse. That is why so called 'illiberal democracy' is an oxymoron. It is no democracy at all.*

⁵⁵ Sul tema v. *ex multis* C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 7(1), 2011, p. 5 ss.

⁵⁶ D'altra parte, non si può non essere d'accordo con quanto rileva S. Bartole, *op. cit.*, 309: «Si potrebbe obiettare che vi sono elementi ed aspetti del

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

2 del TUE. Se, come si è affermato, il processo di integrazione è fondato su presupposizioni quale quella relativa al rispetto dello Stato di diritto in ciascun Paese membro⁵⁷, e se tale principio riveste una posizione fondamentale ai fini dell'esistenza stessa dell'Unione in quanto comunità di diritto⁵⁸, allora le violazioni esistenti in Ungheria e Polonia rappresentano davvero una questione da affrontare con la risolutezza e fermezza richieste dal caso.

Ad ogni modo, questa situazione - unita da un lato al dato di fatto per cui proprio la Polonia e l'Ungheria fossero i maggiori destinatari dei fondi dell'Unione, e dall'altro alla difficoltà di gestire la crisi dello Stato di diritto per mezzo degli strumenti ordinari messi a disposizione dai Trattati⁵⁹ - è stata alla base di una condivisa necessità di regolare

costituzionalismo europeo occidentale in cui Paesi come la Polonia e l'Ungheria hanno difficoltà a riconoscersi. [Tuttavia] quando, dopo la caduta del muro di Berlino e la dissoluzione dell'Unione sovietica e della Repubblica federale di Jugoslavia i Paesi dell'Europa centrale ed orientale chiesero di essere ammessi, prima, al Consiglio d'Europa e, poi, all'Unione europea accettandone principi e valori costituzionali, essi riconobbero che i ritardi del loro sviluppo costituzionale andavano addebitati ad eventi storici che li avevano estraniati dalle vicende dell'Europa occidentale. Nessuno ravvisò in quella mossa una lesione di quella storica identità che - oggi, si dice - va salvaguardata. Solo il ritorno dell'autoritarismo può spiegare le presenti doglianze». Sull'irricevibilità di una siffatta difesa dell'identità nazionale v. pure G. Della Cananea, *The Rule of Law in Europe: a Contested, but Essential Concept*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2020, p. 133 ss.

⁵⁷ A. Von Bogdandy-M. Ioannidis, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common market law review*, 2014, pp. 59-60.

⁵⁸ Ivi, pp. 62-65. Sul punto cfr. la storica sentenza "*Le Verts*" della Corte di Giustizia dell'Unione europea, C-294/83, 23 aprile 1986.

⁵⁹ Prima dell'entrata in vigore del Regolamento oggetto di questo lavoro, l'Unione ha potuto fronteggiare le minacce derivanti dalle vicende ungheresi e polacche attraverso due vie. La prima è stata quella giudiziaria - per mezzo del ricorso alla procedura di cui all'art. 258 TFUE - con la quale, a partire dal 2012, la Commissione europea ha aperto diverse procedure d'infrazione a carico di entrambi i Paesi; la seconda è stata quella "politica" attraverso il ricorso alla procedura di cui al par. 1 dell'art. 7 del TUE. Tuttavia, entrambi gli strumenti si sono rivelati armi spuntate: da una parte, le sentenze della Corte di Giustizia che hanno accertato la presenza di violazioni di norme che esprimono i principi e i valori dello Stato di diritto hanno potuto solo in piccola parte fare sì che le violazioni stesse cessassero (sulla inefficacia di un intervento solo giudiziario ai fini della difesa dello Stato di diritto v. M. Cartabia, *Editorial*, in *IJPL*, n. 1, 2018, 8 e segg.); dall'altra, l'avvio di due

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

l'accesso a questi ultimi e soprattutto a garantire che il bilancio UE non finisse per sostenere l'affermazione di regimi illiberali.

Ciò che interessa in questa sede è, tuttavia, la circostanza per cui si ritenne che il perseguimento di tale fine potesse procedere per mezzo dell'applicazione di un meccanismo di condizionalità operante in una direzione diversa rispetto a quella utilizzata nella gestione del supporto finanziario durante la crisi dei debiti sovrani. Una condizionalità, cioè, che fondasse la propria razionalità non solo sul principio della buona gestione finanziaria ma, andando oltre, legasse quest'ultima alla tutela dello Stato di diritto. Una prospettiva, questa, che rappresentava in qualche modo anche una evoluzione delle *fiscal rules* sul piano della loro funzione all'interno dell'ordinamento dell'Unione e rispetto agli effetti prodotti sul singolo Paese membro.

Se si parte dal presupposto sostenuto al paragrafo precedente, e cioè dalla funzionalità afflittiva della condizionalità macroeconomica come emersa dall'esperienza legata al Meccanismo europeo di stabilità, si può notare come le finalità della Proposta di Regolamento si aprivano alla tutela di valori non soltanto economici, e con impatti potenzialmente importanti sugli equilibri istituzionali e politici del Paese membro sottoposto alle misure di sospensione. Infatti, come è stato sostenuto, il vincolo dell'erogazione dei fondi europei al rispetto dei criteri definiti avrebbe potuto avere una portata costituzionalmente rilevante nella misura in cui l'impatto di una sospensione del finanziamento significava mettere i governi dei Paesi interessati di fronte alle proprie responsabilità rispetto ai cittadini stessi. La promozione, insomma, di una sensibilità costituzionale in contesti nei

procedure di cui al par. 1 dell'art. 7 del TUE (una nei confronti della Polonia e una nei confronti dell'Ungheria, entrambe avviate dopo le inascoltate raccomandazioni della Commissione previste dal Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM/2014/0158 adottato dalla stessa Commissione) si è scontrato con il sostanziale immobilismo del Consiglio, il quale non ha - ad oggi - adottato raccomandazioni formali.

Per una ricostruzione dettagliata delle vicende sul versante degli interventi della CGUE v. P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria*, op. cit.; sulle caratteristiche del meccanismo di cui all'art. 7 del TUE v. L. Besselink, *The Bite, the Bark, and the Howl. Art. 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in *Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper Series* 2016 - 01.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

quali per ragioni storiche ed istituzionali questa non sia, per certi versi, ancora del tutto assimilabile a quella comune europea⁶⁰.

La proposta di Regolamento si poneva, quindi, come una possibile via - certamente non l'unica - per riportare entro condizioni meno preoccupanti la crisi dello Stato di diritto.

Nel 2020, tuttavia, tutto ciò ha dovuto fare i conti con l'irrompere dell'emergenza pandemica legata al COVID-19. In tale rinnovato contesto, se da una parte le vicende ungheresi e polacche non hanno smesso di preoccupare gli osservatori, dall'altra la necessità che l'Unione agisse prontamente ed efficacemente per contrastare gli effetti economici della pandemia ha portato a riaccendere l'attenzione sulla proposta della Commissione del 2018. Così, il 16 dicembre 2020 - seguendo le Conclusioni del Consiglio europeo dell'11 dicembre - il Parlamento europeo ha approvato il Regolamento n. 2092/2020, con il quale si istituisce un «regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione». Diverse sono le differenze rispetto alla proposta originale, come si vedrà *infra*. Nel complesso, quello che viene osservato è un generale indebolimento dello strumento nella sua funzione di «mezzo di contenimento delle spinte illiberali nei paesi membri»⁶¹, lasciando perciò emergere le difficoltà politiche ed

⁶⁰ Questo è l'approccio di G. Halmai, *The possibility and desirability of economic sanction: Rule of law conditionality requirements against illiberal EU Member States*, in *EUI Working Paper, LAW*, n. 6, 2018. Dello stesso Autore, sul punto, v. L. Besselink-K. Tuori-G. Halmai-C. Pinelli, *op. cit.*, pp. 279-280: «According to an opinion poll conducted after the European Parliament's decision on 12 September on triggering Article 7 56% of those who were asked in Hungary agreed with the main findings of the so called Sargentini report; and also the majority of those who were asked shared the opinion that the decision hasn't been taken against the Hungarian people or the Hungarian nation in general, as Victor Orbán has said during the plenary session before the decision, but against Orbán's government. This also means that there is a chance that the serious threat of the economic sanctions would force the government to comply with the EU values, or if they won't the voters at the next election will blame the government for the lost support. All in all, while I am pretty pessimistic about the impact of all the traditional toolkits of the EU, including infringement actions and the Article 7, I have some hope that rule of law conditionality and economic sanctions attached to it, may have an impact».

⁶¹ C. Fasone, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, p. 215.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

istituzionali di un processo che - quando vuole promuovere il rispetto di un valore come quello della *rule of law* anche per mezzo della protezione del bilancio UE - deve sicuramente fare i conti con le modalità decisionali dell'Unione e quindi anche con i problemi derivanti dal metodo intergovernativo⁶².

Come appena affermato, le differenze rispetto alla proposta emergono sin dall'intitolazione del regolamento, la quale perde il riferimento alle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto ed evidenzia invece il legame con il meccanismo di condizionalità ivi stabilito e la tutela del bilancio dell'Unione; quest'ultimo è da intendersi esposto a pregiudizi nei casi in cui alcuni fatti ritenuti indicativi di una violazione dei principi dello Stato di diritto⁶³ compromettano o rischino seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana

⁶² Sul punto molto critico è stato il commento di K. L. Scheppele-L. Pech-S. Platon, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 13 dicembre 2020, disponibile a <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>. Sul prevedibile epilogo v. K. L. Scheppele-L. Pech-R. D. Kelemen, *Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission's EU budget-related rule of law mechanism*, in *Verfassungsblog*, 12 novembre 2018, disponibile a <https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism/>. È da considerare, poi, anche la posizione di chi ritiene di dover leggere il risultato raggiunto con il Regolamento nel complesso delle misure adottate dall'Unione per contrastare la crisi (su tutte, quella di emettere debito comune), e quindi nel senso di un sostanziale passo in avanti nel processo di integrazione; sul punto P. Lindseth-C. Fasone, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization - the Foundations of a Genuinely 'Constitutional' EU?*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020, disponibile a <https://verfassungsblog.de/rule-of-law-conditionality-and-resource-mobilization-the-foundations-of-a-genuinely-constitutional-eu/>.

⁶³ Art. 3 del Regolamento: «Ai fini del presente regolamento, possono essere indicativi di violazioni dei principi dello Stato di diritto: a) le minacce all'indipendenza della magistratura; b) l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; c) la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto».

gestione del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi dell'Unione⁶⁴.

Da parte loro, le misure adottabili non differiscono da quanto previsto dalla Commissione con la Proposta del 2018, viene però affermato il carattere residuale della tutela offerta dallo strumento⁶⁵, da adoperare solo quando siano indisponibili strumenti maggiormente efficienti ai fini della protezione del bilancio; sempre le misure, inoltre, devono essere proporzionate all'impatto della violazione sulla "sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o sui suoi interessi finanziari" (art. 5, comma 3).

⁶⁴ Alla rubrica "Condizioni per l'adozione delle misure", l'art. 4, par. 2, del Regolamento elenca gli aspetti per cui, ai fini dell'applicazione delle misure, una violazione dei principi dello Stato di diritto è rilevante: «a) il corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio dell'Unione, compresi i prestiti e altri strumenti garantiti dal bilancio dell'Unione, in particolare nell'ambito delle procedure di appalto pubblico o di concessione di sovvenzioni; b) il corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie; c) il corretto funzionamento dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale nelle indagini e nel perseguimento delle frodi, comprese le frodi fiscali, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione; d) l'effettivo controllo giurisdizionale, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni od omissioni compiute dalle autorità di cui alle lettere a), b) e c); e) la prevenzione e la sanzione delle frodi, comprese le frodi fiscali, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari, nonché l'imposizione di sanzioni effettive e dissuasive nei confronti di destinatari da parte degli organi giurisdizionali nazionali o delle autorità amministrative; f) il recupero dei fondi indebitamente versati; g) l'effettiva e tempestiva collaborazione con l'OLAF e, se lo Stato membro interessato vi aderisce, con la EPPO ai sensi degli atti dell'Unione applicabili e conformemente al principio di sincera cooperazione; h) altre situazioni o condotta di autorità rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari».

⁶⁵ Art. 6, comma 1: «Se conclude che vi sono motivi fondati per ritenere che le condizioni di cui all'articolo 4 siano soddisfatte, la Commissione, a meno che non ritenga che altre procedure previste dalla legislazione dell'Unione le consentano di proteggere più efficacemente il bilancio dell'Unione, trasmette allo Stato membro interessato una notifica scritta in cui espone gli elementi di fatto e i motivi specifici sui quali ha fondato la propria conclusione».

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

Il ruolo stesso della Commissione viene inoltre indebolito, poiché l'art. 6 del Regolamento prevede - a differenza della Proposta, la quale stabiliva per il Consiglio un ruolo oppositivo, potendo evitare l'approvazione per mezzo di un voto a maggioranza qualificata invertita - che la decisione di esecuzione sia adottata dal Consiglio ed eventualmente modificata a maggioranza qualificata.

Ulteriore profilo di interesse appaiono, inoltre, gli effetti derivanti dall'eventuale adozione delle misure. Il problema sembra porsi essenzialmente su due piani.

Il primo riguarda l'impatto della decisione sul Paese che la subisce: l'art. 7, comma 3, stabilisce infatti che «gli impegni sospesi dell'anno n non possono essere iscritti in bilancio oltre l'anno n+2»; ciò implica che lo Stato destinatario della sospensione abbia a disposizione sostanzialmente due anni per ottenere la revoca della sospensione (art. 7, comma 2). Trascorso questo lasso di tempo, la somma corrispondente a quella sospesa viene riassorbita nel bilancio dell'Unione, divenendo definitivamente indisponibile per il Paese beneficiario. Tale circostanza lascia affermare che - tenuto conto della presumibile difficoltà nel superare i problemi alla radice della sospensione stessa, nel caso di specie il mancato rispetto dei principi dello Stato di diritto - è altamente probabile che una eventuale sospensione diventi una perdita definitiva del finanziamento specifico.

Il secondo attiene alla tutela dei soggetti beneficiari dei programmi finanziati o cofinanziati. A questo fine l'art. 5, comma 2 del Regolamento prevede che, «[s]alvo se altrimenti disposto nella decisione che adotta le misure, l'imposizione di opportune misure non pregiudica gli obblighi per i soggetti pubblici [...] di attuare il programma o il fondo interessati dalla misura e, in particolare, i loro obblighi nei confronti dei destinatari finali o dei beneficiari, compreso l'obbligo di effettuare i pagamenti a norma del presente regolamento e della normativa settoriale o finanziaria applicabile». Sostanzialmente si afferma l'obbligo per lo Stato colpevole della violazione dei principi dello Stato di diritto di tenere comunque i destinatari finali dei programmi immuni dalle conseguenze della sospensione.

Ora, se lo spirito è sicuramente condivisibile, è difficile immaginare le modalità concrete di tutela, allorquando il Regolamento nulla disponga se non la predisposizione di un canale comunicativo tra

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

beneficiari e Commissione (art. 5, comma 4) ed un generico impegno volto a «garantire che qualsiasi importo dovuto sia effettivamente versato» (art. 5, comma 5).

Ad ogni modo, al di là dei profili critici presentati⁶⁶, il meccanismo di condizionalità appena illustrato è pure costretto a fare i conti con le conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020⁶⁷. Quest'ultimo - oltre a sottolineare che «il regolamento dovrà essere applicato nel pieno rispetto dell'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, segnatamente dell'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, del principio di attribuzione, nonché dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri» nell'ottica di garantire una «soluzione reciprocamente soddisfacente» - prevede che le misure contenute nel Regolamento non potranno essere proposte dalla Commissione fino a che questa non abbia definito le linee guida relative all'applicazione del Regolamento stesso; le linee guida, inoltre, in caso di ricorso per l'annullamento del Regolamento, non potranno essere definite prima della sentenza della Corte di giustizia⁶⁸.

Il Consiglio provvede pure a ribadire il carattere sussidiario del Regolamento, da applicare solo nel caso in cui altre procedure previste dal diritto dell'Unione non possano proteggere in maniera più efficace il bilancio dell'Unione. Di più, con riferimento espresso alla versione del Regolamento contenuta nella proposta della Commissione del 2018, il Consiglio esplicita che «[i]l regolamento non riguarda carenze generalizzate» e che l'elenco delle condizioni per l'adozione delle

⁶⁶ Per un ulteriore approfondimento sui problemi applicativi, v. B. Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus Rivista*, 27 settembre 2021, disponibile a <http://rivista.eurojus.it/>.

⁶⁷ Disponibili a <https://www.consilium.europa.eu>.

⁶⁸ «[L]a Commissione intende elaborare e adottare linee guida sulle modalità con cui applicherà il regolamento, compresa una metodologia per effettuare la propria valutazione. Tali linee guida saranno elaborate in stretta consultazione con gli Stati membri. Qualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia, in modo da incorporarvi eventuali elementi pertinenti derivanti da detta sentenza».

misure è da intendersi come catalogo chiuso non suscettibile di espansione.

In sostanza, il Consiglio “blinda” in via interpretativa l’operatività del Regolamento, facendo sì che la tutela dei principi dello Stato di diritto finisca in secondo piano rispetto alla primaria tutela del bilancio. Da questo punto di vista, l’allontanamento dalla proposta della Commissione del 2018 appare particolarmente evidente; non a caso è proprio su questo aspetto - insieme ai profili di compatibilità di tali Conclusioni con lo stesso diritto dell’Unione - che si sono concentrate le maggiori critiche dei commentatori. Difatti, quello che è avvenuto nel passaggio dal testo della proposta del 2018 a quello approvato nel dicembre 2020 è uno slittamento da un regolamento finalizzato a tutelare lo Stato di diritto - sebbene nella misura in cui le violazioni allo stesso ponessero in pericolo, finanche potenzialmente, il bilancio dell’Unione - ad un regolamento espressione di un approccio formalistico⁶⁹ e che si pone come obiettivo una sorta di tutela contro l’affermazione di fenomeni corruttivi⁷⁰.

4. Cenni conclusivi

Tale ultima constatazione è importante perché ci aiuta a fare un punto su di uno strumento - la condizionalità - la cui pluralità di usi

⁶⁹ C. Pinelli, *Common values, rule of law conditionality and the state of democracy in Europe*, in *Studies in honor of Leonard Besselink*, in corso di pubblicazione.

⁷⁰ Sul Regolamento come strumento teso a limitare la corruzione v. A. Jakab-L. Kirchmair, *How to Quantify a Proportionate Financial Punishment in the New EU Rule of Law Mechanism?*, in *Verfassungsblog*, 22 dicembre 2020, disponibile a <https://verfassungsblog.de/how-to-quantify-a-proportionate-financial-punishment-in-the-new-eu-rule-of-law-mechanism/>; sulla modifica degli obiettivi di fondo K. L. Scheppele-L. Pech-S. Platon, *op. cit.*, p. 2: «*the rule of law is no longer the point. The Conditionality Regulation was once designed primarily for that purpose but now appears primarily designed to protect the budget because it can only be triggered when funds have already been misspent. That was already hardwired into the earlier compromises which even took “the rule of law” out of the title of the Regulation*». Più in generale sulle criticità del Regolamento v. A. Dimitrovs-H. Droste, *Conditionality Mechanism: What’s In It?*, in *Verfassungsblog*, 30 dicembre 2020, disponibile a <https://verfassungsblog.de/conditionality-mechanism-whats-in-it/>.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

dimostra come questa possa rivelare un tasso di efficacia molto diverso a seconda dei casi, nonché servire all'affermazione di valori anche fra loro potenzialmente confliggenti. È evidente, d'altronde, come la versione della condizionalità presente nel Regolamento sia certamente differente da quella della proposta del 2018; laddove la seconda si poneva come potenziale strumento di tutela dello Stato di diritto, la prima conferma sostanzialmente lo *status quo*, venendo alla luce come soluzione di compromesso in reazione al veto minacciato da Ungheria e Polonia sull'approvazione del bilancio pluriennale dell'Unione. Il Regolamento n. 2092/2020 si pone, dunque, come sintomo di un'Unione che, se da una parte riconosce l'evidente drammaticità di un problema come la protezione di un valore fondamentale quale lo Stato di diritto, dall'altra si ritrova nella condizione di non riuscire ad adottare reazioni adeguate.

Acclarato il pericolo per la prosecuzione del processo di integrazione che deriva dalle vicende polacche ed ungheresi, e resasi altrettanto evidente la necessità di accompagnare alle misure adottate sino ad ora in tale contesto - sostanzialmente le procedure d'infrazione, tenuto conto dello stallo relativo ai procedimenti *ex art. 7 TUE* - uno strumento capace di spingere i due Paesi interessati al ripristino delle garanzie dello Stato di diritto per il tramite della minaccia del mancato finanziamento, l'Unione si è ritrovata vittima dei meccanismi che invece hanno fatto la fortuna delle precedenti versioni della condizionalità, e cioè quella relativa all'accesso dei Paesi dell'Est e quella macroeconomica utilizzata durante la crisi dell'Eurozona. Nel caso della condizionalità preposta alla protezione dello Stato di diritto così come emergente dal Regolamento n. 2092/2020 si è potuto osservare come proprio il momento intergovernativo sia stato l'occasione con la quale depotenziare l'effetto utile delle misure predisposte, attraverso un sostanziale rinvio del momento di integrazione dell'efficacia del Regolamento stesso, diversamente da quanto avvenuto a seguito della crisi del 2008, nella misura in cui le risposte adottate in quel contesto fondarono la propria efficacia proprio sul metodo intergovernativo. Difatti, se si procede ad una comparazione con le versioni di condizionalità utilizzate in precedenza - con particolare riferimento alla condizionalità macroeconomica - diventa ben evidente come, in quel caso, fu proprio il rapporto di forze presente in seno al Consiglio -

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

espressione di una ben precisa impostazione politico culturale riconducibile all'ordoliberalismo tedesco⁷¹ - a garantire che il supporto finanziario dell'Unione fosse rigorosamente condizionato al rispetto di alcuni principi d'ordine, primo fra tutti quello di sana gestione finanziaria⁷².

Orbene, ciò considerato - e sempre senza ignorare la tendenza di tali meccanismi a favorire l'affermazione di regole e automatismi in sfavore di una discussione dialettica tipica dei regimi democratici - appare possibile affermare che la condizionalità si mostra come strumento giuridicamente neutrale, la cui efficacia risiede nella volontà e nella forza espressa dal soggetto che la pone. Questo elemento soggettivo, poi, dal canto suo, costringe a spostare il fuoco dell'attenzione dalla condizionalità *in sé* alla capacità dell'Unione di tutelare i valori su cui è fondato l'intero processo di integrazione. La riflessione obbligata è, in breve, sulla circostanza che quella vissuta a partire dal 2008 in ambito finanziario è stata una crisi a cui l'Unione - attraverso la condizionalità - ha risposto in maniera certamente efficace, almeno dal punto di vista dei soggetti politici che quelle regole avevano posto, e che al contrario, rispetto alla crisi della *rule of law*, le potenzialità della condizionalità sono state nettamente limitate, nella misura in cui la violazione dello Stato di diritto, al momento, pare non costituire motivo per la sospensione dell'erogazione dei finanziamenti.

Il dubbio che quindi sorge è se tale diversità di reazioni possa considerarsi espressione di alcuni orientamenti di fondo, i quali, allo stato, rinvergono nel principio di sana gestione finanziaria un valore la cui capacità fondativa sia pari - se non superiore - ai valori di cui all'art. 2 TUE⁷³. In tal caso, non potrebbe nascondersi una preoccupazione duplice. Dal punto di vista dell'Unione, infatti, si tratterebbe di una

⁷¹ V. *supra*, p. 8 ss.

⁷² L'impatto critico dei meccanismi decisionali dell'Unione sulla possibilità di adottare misure volte a tutelare i suoi valori fondanti pare analoga a quella che ha caratterizzato l'approdo all'attuale disciplina dei c.d. partiti politici europei (regolamento (UE) n. 1141/2014). Sul tema v. G. Grasso-R. Perrone, *European Political Parties and the Respect for the Values on Which the European Union Is Founded Between the European Legislation and the National Laws*, in *European Public Law*, 25(4), 2019, p. 665 ss.

⁷³ C. Pinelli, *Common values, rule of law conditionality and the state of democracy in Europe*, op. cit., 4.

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

ricomposizione dell'intero impianto fondativo dell'esperienza europea; dal punto di vista dei Paesi membri, d'altro canto, verrebbero meno le condizioni fondamentali su cui sono state giustificate le cessioni di ampi spazi di sovranità.

In questo senso, il Regolamento n. 2092/2020 appare come il segno di un momento fondamentale del processo di integrazione. In esso convergono molte delle contraddizioni e difficoltà che hanno caratterizzato il cammino dell'Unione fino a questo punto. Se è vero che qualsiasi processo politico debba basarsi sull'apertura al compromesso, appare altrettanto vero che tale apertura non possa allargarsi anche ad una trattativa sui valori fondanti di una comunità. L'Unione, in questo caso, cadendo nel ricatto del veto ungherese e polacco ha legittimato una situazione di fatto - data per pacifica l'esistenza di violazioni dello Stato di diritto nell'ambito del suo ordinamento - in virtù della necessità di superare i problemi derivanti dalle attuali regole che presiedono alla formazione delle decisioni fondamentali, nel caso di specie l'unanimità per l'approvazione delle decisioni sulle risorse proprie e sul quadro finanziario pluriennale.

Tutto ciò porta ad una domanda fondamentale sul significato che è dato desumere da questa nuova forma di condizionalità e dal contesto nel quale è stata elaborata, poiché - se davvero questa dovesse confermarsi come la legittimazione di un percorso di integrazione da svolgersi *anche* al di fuori del patrimonio comune dei valori costituzionali - allora saremmo di fronte ad una criticità dall'impatto strutturale sul significato del progetto europeo, per lo meno dalla prospettiva del costituzionalista.

ABSTRACT: The paper analyzes the various uses of conditionality in the experience of the European Union - from that relating to the access of third countries to the macroeconomic version that followed the crisis of 2008 - to focus on the mechanism of conditionality contained in EU Regulation no. 2092/2020, originally intended to

Gianpiero Gioia

*La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea.
Protezione del bilancio e valori costituzionali*

protect the rule of law and used instead to protect the financial interests of the Union.

KEYWORDS: condizionalità - Unione europea - bilancio - costituzionalismo europeo - stato di diritto.

Gianpiero Gioia - Dottorando di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale, Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici, Università di Roma – “La Sapienza” (gianpiero.gioia@uniroma1.it)

Adozione sociale *versus* surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*

Francesca Angelini

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'inquadramento della questione. - 2. Ordine pubblico internazionale e interesse del minore nel caso della omogenitorialità adottiva. - 3. Le SU della Cassazione e la ricerca della coerenza sistematica con la Corte costituzionale: le sentenze nn. 32 e 33 del 2021. - 4. Conclusioni: soluzioni possibili fra esigenze da bilanciare.

1. Introduzione: l'inquadramento della questione

Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione tornano ad occuparsi di omogenitorialità (in questo caso maschile) e limite dell'ordine pubblico internazionale¹; il tema, come è noto, ha riguardato negli ultimi anni più pronunce, anche della Corte di Cassazione², ma soprattutto è stato al centro, recentemente, di una

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

¹ La bibliografia sulla nozione di ordine pubblico (interno e internazionale) è ampia e risalente, ci si limita a rinviare ad alcune trattazioni monografiche pubblicate negli ultimi anni che tuttavia testimoniano la centralità che la nozione ha assunto in ambiti disciplinari diversi: F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 103 ss.; F. Caroccia, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, p. 175 ss.; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 9 ss.; P. Lotti, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*; G. Perlingieri – G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 15 ss.

² In particolare, è la sentenza della Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599 ad aver inaugurato un nuovo filone interpretativo sul limite dell'ordine pubblico internazionale e omogenitorialità ampiamente ripreso dai giudici di merito in pronunce successive. La sentenza riguardava la richiesta di trascrizione, in Italia,

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

dell'atto di nascita di un bambino nato, all'interno di una relazione omoaffettiva fra due donne, in Spagna, Paese dove la coppia aveva contratto matrimonio. Le due donne avevano realizzato il progetto procreativo ricorrendo ad una Pma di tipo eterologo, nella quale una delle due aveva portato a termine una gravidanza con l'ovocita della compagna, risultando, così, una la madre naturale e l'altra la madre genetica del bambino. Il rilievo della pronuncia è duplice, da una parte, infatti, si considera la genitorialità omoaffettiva non contraria all'ordine pubblico internazionale, in favore dell'interesse superiore del bambino alla continuità di *status*, e, dall'altra, si afferma che il principio contenuto nell'art. 269 c.c. in base al quale madre è colei che partorisce, non solo non coincide con un principio di ordine pubblico – come, invece, era stato affermato dalla stessa sez. I civ. della Corte di Cassazione nella sentenza n. 24001 del 16 settembre 2014 –, ma si pone per di più in contrapposizione con l'interesse del minore, a tutela del quale, lo si sottolinea, non si chiedeva di sostituire nell'atto di nascita il nome della madre naturale con quello della madre genetica, ma solo di aggiungere accanto al nome della madre naturale, comunque tutelato dal principio *mater sempre certa est*, quello della madre anche genetica. Della contrapposizione tra le due sentenze del 2014 e del 2016 della Corte di Cassazione, sez. I civ., danno conto: F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. Nicolai - E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, p. 31 ss.; C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, ivi, p. 119 ss.; J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, ivi, p. 145 ss. Sul concetto di ordine pubblico proprio in relazione alla giurisprudenza sull'omogenitorialità, si veda l'accurata trattazione di A. Lorenzetti, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, p. 6 ss.

Pur non riguardando una surrogazione di maternità, le argomentazioni della sentenza n. 19599 del 2016, soprattutto in relazione ai due profili richiamati, sono state, tuttavia, ampiamente e discutibilmente riprese della giurisprudenza di merito relativa a casi di surrogazione di maternità; si vedano a titolo esemplificativo: Corte d'appello di Milano, ord. del 25 luglio 2016, n. 273, che ha portato alla prima ampia decisione della Corte costituzionale in materia di surrogazione di maternità, la sent. 272/2017; Corte d'appello di Milano, decreto del 28 ottobre 2016; Corte d'appello di Trento, ord. del 23 febbraio 2017, che ha portato all'importante sentenza della Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, sulla quale cfr. la nota successiva; Tribunale di Roma, decreto dell'11 maggio 2018.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

decisione di grande rilievo proprio delle Sezioni Unite, la sentenza n. 12193 del 2019³, peraltro ampiamente richiamata. La novità della decisione in commento, rispetto ai precedenti, riguardanti casi di surrogazione di maternità, è rappresentata dal fatto che si chiede il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giudiziario di adozione c.d. legittimante, assimilabile ad un'adozione internazionale.

Nel dettaglio l'oggetto della domanda è il riconoscimento dell'adoption order, emesso dalla Surrogate Court dello Stato di New York, che ha attribuito alla coppia di padri ricorrenti lo status di genitori adottivi di un minore, dopo aver acquisito il consenso del padre e della madre naturali del bambino e dopo aver valutato, attraverso un'indagine svolta secondo le prescrizioni normative dello Stato di New York, «l'idoneità della coppia adottante al fine di verificare la conformità del provvedimento da assumere al *best interest of the child*»⁴. Alla luce di quanto precisato, il sindacato giurisdizionale è rivolto, come sottolineato dalle Sezioni Unite, a verificare «la compatibilità dello status genitoriale, di natura intrinsecamente adottiva, acquisito da una coppia omogenitoriale maschile con i

³ Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193; la rilevante decisione ha rappresentato l'occasione per le Sezioni Unite non solo per fare finalmente chiarezza sulla nozione di ordine pubblico internazionale in relazione al tema della surrogazione di maternità e ai limiti posti al riconoscimento dei suoi effetti nel bilanciamento con il c.d. l'interesse superiore del bambino, ma ha offerto, più in generale, un importante quadro interpretativo sulla stessa nozione di ordine pubblico internazionale, sempre più al centro di conflitti inter-ordinamentali, in relazione al suo ruolo difensivo o promozionale. Per un quadro ricostruttivo delle complesse questioni poste a premessa della decisione, si rinvia a F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020, p. 226 ss., part. p. 234 ss.; la decisione è stata ampiamente commentata in dottrina, *ex multis*, cfr.: V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2, 2019, p. 19 ss.; M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2019, p. 667 ss.; G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, *ivi*, p. 677 ss.; B. Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2019, p. 197 ss.; si veda inoltre l'ampio *Focus* dal titolo *L'interesse del minore e esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/19*, in *GenIUS*, 2, 2019, p. 6 ss.

⁴ Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

principi attualmente costituenti l'ordine pubblico internazionale»⁵. La delimitazione dell'oggetto serve al giudice per sottolineare proprio la diversità della questione rispetto alla citata sentenza sempre delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in relazione alla valutazione della sussistenza del limite di ordine pubblico.

Nella decisione del 2019, così come in altre, oggetto del controllo di compatibilità con i principi di ordine pubblico dell'ordinamento era il riconoscimento dello status genitoriale costituito all'estero attraverso un contratto di gestazione per altri; vi era, dunque, come sottolineato dalle Sezioni Unite, uno status genitoriale fondato su un accordo di surrogazione di maternità «penalmente vietata nel nostro ordinamento e per tale ragione ritenuta contraria ai principi vigenti di ordine pubblico»⁶. La domanda rivolta al giudice era finalizzata, inoltre, al riconoscimento diretto del rapporto di filiazione di due padri (normalmente biologico e d'intenzione), tramite trascrizione dell'atto di nascita del bambino redatto all'estero che, non contemplando il nome della madre biologica, rimuove, in tali casi, la verità di parto.

Nella sentenza in commento invece oggetto della valutazione è la compatibilità degli effetti prodotti dall'atto giudiziario, coincidenti con l'attribuzione dello status di genitore adottivo «con i limiti non oltrepasabili» di ordine pubblico costituiti: «dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori»; dal principio del preminente interesse del minore; dal principio di non discriminazione, riferito sia allo status filiale dei minori sia a non limitare la genitorialità «esclusivamente sull'orientamento sessuale»⁷; infine, dal principio solidaristico che è alla base della genitorialità adottiva e della l. n. 184 del 1983.

2. Ordine pubblico internazionale e interesse del minore nel caso della omogenitorialità adottiva

La prima questione posta appare, dunque, riferita chiaramente al contenuto dei principi di ordine pubblico internazionale. La nozione

⁵ *Ibid.*, mio il corsivo nel testo.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

proposta riprende adesivamente quella elaborata sempre dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 16601 del 2017⁸ e ribadita da ultimo nella sentenza n. 12193 del 2019. In base a tale nozione il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, oltre ad esprimere principi generalmente condivisi a livello sovranazionale e internazionale, non può essere confinato all'esclusivo parametro dei soli principi fondamentali della Costituzione, ma deve tener conto anche dei principi desumibili dalle leggi ordinarie quando «inverano l'ordinamento costituzionale»⁹. Tale nozione mira ad integrare le due funzioni proprie dell'ordine pubblico internazionale. La prima funzione, quella di "limite", risponde alle esigenze interne di protezione dell'ordinamento dall'eventuale applicazione della legge straniera ad esso contrario; la seconda funzione, considerata "promozionale", risponde invece all'aspirazione universalistica dell'ordinamento che si apre ai principi provenienti dal diritto dell'Ue e delle Convenzioni internazionali sui diritti umani.

Riassunte le questioni riferite al contenuto e alle funzioni del limite dell'ordine pubblico internazionale, nelle argomentazioni delle Sezioni Unite emerge chiaramente, nel confronto con la precedente giurisprudenza in materia omogenitorialità basata su contratti di surrogazione di maternità, non solo che l'interesse del minore in questo caso non si contrappone, nella ricerca di un difficile bilanciamento, ai principi di ordine pubblico¹⁰, ma ne costituisce un parametro fondamentale, integrandone in contenuto. In particolare, fra i «limiti non oltrepassabili» dei principi di ordine pubblico troviamo i «principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore»¹¹, che non sono violati o messi in discussione da una genitorialità adottiva; a differenza, infatti, di quanto avviene con la surrogazione di maternità, in cui la nascita di un bambino è gravata ab origine dalle condizioni di un accordo che nega la libertà del bambino, nel momento in cui viene

⁸ Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601. La pronuncia ha valutato la compatibilità dell'istituto, di origine statunitense, dei danni punitivi con l'ordinamento italiano, escludendone un'incompatibilità ontologica.

⁹ *Ibid.*, ma nello stesso senso anche Cass. civ., sez. un., sent. 12193/2019.

¹⁰ Come è avvenuto in altri casi, cfr. Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, ma anche le sentenze Corte EDU, *Paridiso e Campanelli c. Italia*, del 25 gennaio 2015 e Grande Camera del 24 gennaio 2017.

¹¹ Cass. civ., sez. un., sent. 9006/2021.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

al mondo, sottraendolo alla relazione materna, nel caso in studio la scelta genitoriale è stata motivata dal principio di solidarietà verso un minore dichiarato adottabile dei genitori biologici.

La genitorialità adottiva, infatti, a differenza dalla genitorialità surrogata, pone a suo fondamento la conciliazione fra desiderio di diventare genitori e «principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale»¹² disciplinata dalla l. n. 184 del 1983 sulle adozioni; in altre parole, vi è, nella genitorialità adottiva, non solo un'idea sociale e solidale di famiglia che si contrappone al mero desiderio, spesso egoistico, del figlio a tutti i costi - anche ricorrendo ad un accordo con una persona estranea alla coppia -, ma vengono meno, rispetto alla genitorialità conseguente alla surrogazione di maternità, tutte quelle ragioni che configurano quest'ultima uno strumento di sostanziale aggiramento della legge sulle adozioni e di tutti gli interessi ad essa connessi¹³.

Entrando nel dettaglio della fattispecie, le Sezioni Unite verificano i profili di compatibilità della omogenitorialità ai principi di ordine pubblico internazionale, come desunti anche dalla legislazione interna in tema di accesso all'adozione legittimante (art. 6, della l. n. 184 del 1983). Nel ripercorrere il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento, il giudice rileva che, sebbene la c.d. adozione legittimante per le coppie omosessuali sia esclusa dalla

¹² *Ibid.*

¹³ Si vedano ancora le sentenze: Cass. civ., sez. I., n. 24001/2014, nella quale si ribadisce che l'unica forma di genitorialità non biologica riconosciuta dal nostro ordinamento è quella affidata all'adozione, istituto basato sull'interesse preminente del minore e non limitato al mero accordo fra le parti come avviene nella surrogazione di maternità; Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., nella quale proprio l'assenza di legame biologico del bambino con i genitori d'intenzione ha configurato nella sostanza un aggiramento della normativa internazionale sull'adozione. Anche la dottrina non ha mancato di evidenziare la netta differenza fra genitorialità adottiva e genitorialità da surrogazione di maternità; si è sottolineato, infatti, che l'istituto dell'adozione, pur privando il minore definitivamente del legame con i genitori biologici, «è pensato per rimediare ad una situazione di crisi già esistente e a trasformare uno stato negativo, data da un ambiente familiare inidoneo, in uno positivo»: L. D'Avack, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Diritto e famiglia*, 2, 2000, p. 706; si è anche evidenziata la «superiorità morale dei genitori adottivi» che sono spinti dalla generosità, «essi fanno passare la realizzazione del loro desiderio attraverso le esigenze pressanti di altri esseri umani», così L. Muraro, *L'anima de corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016, 70.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

legislazione del 1983 e anche dalla l. n. 76 del 2016, l'art. 1, co. 20, di quest'ultima legge, ha lasciato aperta la strada del ricorso, per via giudiziale, all'adozione in casi particolari per le famiglie omoaffettive. Inoltre, sia la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con particolare riferimento alla sentenza n. 12193 del 2019, che la giurisprudenza della Corte costituzionale, con sentenza n. 272 del 2017¹⁴, hanno basato la valutazione sulla compatibilità degli status genitoriali considerati (omosessuali o eterosessuali) con i principi di ordine pubblico internazionale avendo riguardo al limite incomprimibile della dignità dei soggetti coinvolti nella pratica della surrogazione di maternità, senza mai includere, dunque, nel perimetro dei principi di ordine pubblico le norme della legislazione interna che escludono l'accesso delle coppie omoaffettive all'adozione legittimante¹⁵.

3. Le SU della Cassazione e la ricerca della coerenza sistematica con la Corte costituzionale sull'adozione omogenitoriale: le sentenze nn. 32 e 33 del 2021

Da ultimo, tali argomenti sono stati confermati, come sottolineato dalle Sezioni Unite, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021 che, nel riaffermare il divieto legislativo di surrogazione di maternità quale principio di ordine pubblico dell'ordinamento, ha

¹⁴ Con la quale, per la prima volta, il giudice costituzionale si esprime indirettamente sulla surrogazione di maternità considerandola una pratica alla quale il nostro ordinamento riconnette «un elevato grado di disvalore». A commento della sentenza, si rinvia a: F. Angelini, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, p. 148 ss.; G. Matucci, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (nota a sent. corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 15 febbraio 2018; S. Niccolai, *La regola di giudizio. Un invito dalla Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2990 ss.; E. Olivito, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018.

¹⁵ Per una critica a tale lettura, si rinvia a: S. Curreri, *Quali sono i limiti dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" del giudice ordinario? Riflessioni a margine dell'apertura della Cassazione alle adozioni delle coppie "omoaffettive"*, in *www.lacostituzione.info*, 20 aprile 2021.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

anche rilevato l'esigenza che sia affidata alla discrezionalità del legislatore l'individuazione di un sistema di tutela più efficace del minore, nato da surrogazione di maternità, che vanti una vita familiare consolidata con i genitori sociali, rispetto a quella oggi garantita dall'adozione in casi particolari, valutata «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»¹⁶. Appare chiaro, dal tenore della sentenza, come «il modello adottivo gradato [sia] esclusivamente conseguenza del grave disvalore ricondotto» delle Sezioni Unite e dalla Corte costituzionale «alla scelta della gestazione per altri e alla necessità di trovare un bilanciamento che tenga conto di questa valutazione»¹⁷.

Tali considerazioni sono ulteriormente avvalorate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2021¹⁸, relativa in realtà ad un caso di omogenitorialità femminile, ma nella quale la Corte – pur preferendo la strada dell'inammissibilità della questione – evidenzia come l'elusione del limite di accesso alla Pma delle coppie omosessuali (femminili), previsto dall'art. 5 della l. n. 40 del 2004, «non evoca scenari di contrasto con i principi e valori costituzionali» dato che la scelta espressa dal legislatore in quella disposizione rimane «aperta a soluzioni si segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale»¹⁹ e ribadisce in maniera molto chiara che «non è configurabile

¹⁶ Corte cost., sent. 33/2021.

¹⁷ Cass. civ., sez. un., sent. 9006/2021.

¹⁸ Per due primi commenti congiunti alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte cost. si vedano: G. D'Amico, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2021, p. 930 ss.; I. Rivera, *Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, p. 336 ss.

¹⁹ Corte cost., sent. 221/2019, sulla quale si rinvia a M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 2613 ss. e C. Tripodina, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, ivi, p. 2626 ss., ma nello stesso senso anche la sent. 230/2020, a commento della quale si vedano A. Di Martino, *La Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in *Diritti comparati*, 19 novembre 2020 ed E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella*

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina»²⁰.

È il divieto di surrogazione di maternità quindi ad essere riconosciuto principio di ordine pubblico. Tale pratica, infatti, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²¹; il divieto previsto dall'art. 12, co. 6, della l. 40 del 2004 si pone, dunque, come limite al riconoscimento di forme di genitorialità sia omosessuale maschile che eterosessuale. Alla

sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021, p. 137 ss.

²⁰ Corte cost., sent. 32/2021. Il principio affermato dalla Consulta è stato, da ultimo, applicato dalla Cass. civ., sez. I., nella recentissima sentenza del 23 agosto 2021, n. 23319, nella quale si è ammessa la trascrizione dell'atto di nascita redatto in Gran Bretagna di un bambino nato da Pma eterologa realizzata da una coppia lesbica; si è così riconosciuta la legittimità della genitorialità della madre d'intenzione, accanto a quella della madre biologica, in quanto ritenuta non contraria ai principi di ordine pubblico internazionale, ma nel caso del bambino "nato all'estero". Diversamente, nel caso del bambino nato in Italia, non si potrebbe redigere un atto di nascita con l'indicazione delle due mamme in quanto si dovrebbe far valere, secondo la Corte di Cassazione, la contrarietà ai principi di ordine pubblico interno. La differenziazione sulla trascrivibilità o meno dell'atto di nascita in base al luogo di nascita che rinvia essenzialmente a contenuti differenti dell'ordine pubblico internazionale e dell'ordine pubblico interno appare poco convincente. Chi scrive ha avuto modo in altra sede (cfr. F. Angelini, *ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 105 ss.) di precisare che la differenza fra le due nozioni di ordine pubblico non attiene al "contenuto", che è riferito sempre ai principi e valori fondamentali dell'ordinamento nazionale, quanto alla "funzione"; in tal senso l'ordine pubblico interno rappresenta il limite, all'interno dell'ordinamento, posto all'autonomia dei privati al rispetto dei principi fondamentali dello Stato, mentre l'ordine pubblico internazionale indica il limite posto all'ingresso di fonti o atti stranieri, ma ci si riferisce «in entrambi i casi a concetti necessariamente propri del diritto interno» (G. Perlingeri, G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 55). La tesi qui sostenuta sembra avallata anche dalla Corte costituzionale, che nella sentenza n. 221/2019, in riferimento all'atto straniero attestante la nascita di un bambino da due donne, esclude che la sua trascrizione in Italia «si ponga in contrasto con l'ordine pubblico interno» e non internazionale (punto 13.2 del considerato in diritto; mio il corsivo). Sull'esigenza di superare la contrapposizione fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale nelle questioni che riguardano la trascrizione dell'atto di nascita di minori, si rinvia alle condivisibili considerazioni di M. Farina, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*, in *Famiglia e diritto*, 8-9, 2015, p. 825 ss.

²¹ Corte cost., sentenze nn. 272/2017 e 33/2021.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

luce della giurisprudenza esaminata, non risultano, invece, inclusi nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale «né le norme interne che escludono l'accesso alla Pma alle coppie omoaffettive né quelli che introducono il medesimo limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio»²². Non ci sono, dunque, principi di ordine pubblico che possano opporsi al riconoscimento degli effetti dell'atto estero che attribuisce lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante a una coppia omoaffettiva e che permetta di tutelare pienamente l'interesse del minore a mantenere la vita familiare e lo *status filiationis* in conformità, peraltro, alla recente riforma che ha affermato il principio della parità di trattamento dei figli riconoscendo uno status unico di figlio (l. n. 291 del 2012 e d.lgs. n. 154 del 2013)²³.

Questo ultimo accenno conduce alla vera questione di rilievo posta dalla lettura integrata della decisione in commento con le recenti sentenze della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021. Le tre sentenze, infatti, fanno sistema nell'indicare soluzioni possibili all'intervento del legislatore chiamato a dare tutela all'interesse concreto del minore alla conservazione dello status familiare con i genitori d'intenzione, all'interno di progetti genitoriali o di coppie omosessuali femminili o derivanti da contratti di surrogazione di maternità di coppie omosessuali maschili o eterosessuali.

Il primo dato ricavabile da questa giurisprudenza, e in particolare dalla sentenza n. 32 del 2021, riguarda la peculiare situazione delle coppie omosessuali femminili²⁴ rispetto alle quali, come dice il giudice delle leggi, non c'è alcun «divieto costituzionale» ad accogliere figli. Nonostante ciò, la decisione evidenzia «che i nati a seguito di Pma eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto

²² Cass. civ., sez. un., sent. 9006/2021.

²³ Sulla legge n. 219/2012 e sul riconoscimento di uno *status* unico di figlio nel nostro ordinamento si vedano: E. Frontoni, *Genitori e figli tra giudici e legislatore*, Napoli, 2019, p. 84 ss.; F. Paterniti, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, p. 87 ss.

²⁴ Sulla quale fondamentale appare il contributo di S. Niccolai, *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

procreativo»; che spetta al «legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità» «colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori», individuando «le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore»; ma in questo caso, riguardando due donne «in via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione»²⁵.

Il secondo dato ha riguardo alle coppie che hanno posto in essere un progetto genitoriale ricorrendo alla surrogazione di maternità. La sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021 affida ugualmente alla discrezionalità del legislatore il compito di tutelare gli interessi del minore, sottolineando, tuttavia, che tali interessi dovranno essere comunque «bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità penalmente sanzionato dal legislatore». Questo punto di bilanciamento non sembra poter essere affidato, in questo caso, alla «trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti», né alla trascrivibilità «a fortiori dell'originario atto di nascita, che indich(i) quale genitore del bambino il “padre d'intenzione”»²⁶.

4. Conclusioni: soluzioni possibili fra esigenze da bilanciare

La strada che sembrerebbe essere suggerita dalla Corte costituzionale appare, dunque, quella di una forma di adozione, diversa da quella in casi particolari – che costituisce una forma di tutela del bambino «significativa, ma ancora non del tutto adeguata» –, ma che

²⁵ Le parti virgolettate sono della Corte cost., sent. 32/2021, mio il corsivo nel testo.

²⁶ Per le parti fra virgolette sono ancora della Corte cost., sent. 33/2021.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

sia in grado di salvaguardare la «legittima finalità di disincentivare il ricorso» alla pratica surrogatoria²⁷.

Le soluzioni prospettate dal Giudice delle leggi sembrano, dunque, andare verso la differenziazione della genitorialità omosessuale. Nel caso della coppia femminile, non essendoci alcuna pratica da disincentivare, la madre intenzionale potrebbe veder riconosciuta la propria genitorialità anche attraverso la semplice trascrizione dell'atto di nascita²⁸ o del provvedimento giudiziale o essere affidata all'adozione piena. Nel caso della genitorialità della coppia maschile, ma anche di quella eterosessuale, che abbia fatto ricorso alla surrogazione di maternità, il giudice costituzionale sembrerebbe prospettare al legislatore esclusivamente una forma di adozione. In tali casi, tuttavia, al fine di rendere effettive le forme di dissuasione verso la pratica della surrogazione di maternità, l'adozione dovrebbe essere subordinata all'esistenza di relazioni familiari concretamente consolidate con il minore, affidate a modalità di attestazione del suo benessere da parte del giudice; si dovrebbe, inoltre, prevedere l'introduzione, come suggerito dalla dottrina, di test che mirino a rendere «operativo il favor per il legame materno, con la verifica del non anonimato della madre di nascita e della garanzia per il minore di conoscerla e intrattenere relazioni con lei»²⁹, misure che restituirebbero effettività non solo alla valorizzazione della relazione materna, ma anche al divieto di maternità surrogata previsto dalla legge.

Infine, l'ultimo elemento di rilievo utile, a parere di chi scrive, a configurare soluzioni per dare risposta al desiderio di genitorialità omoaffettiva si ricava dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento. La Suprema corte sembra indicare al legislatore la strada dell'apertura, anche per le coppie omoaffettive, dell'adozione sociale. Tale possibilità avrebbe certamente il pregio di consentire la realizzazione di desideri e progettualità familiari nel pieno rispetto dei principi costituzionali e in primis del principio di solidarietà. Certamente questa soluzione implicherebbe un'impegnativa revisione della disciplina delle adozioni, finalizzata a ripensare le scelte fondamentali che l'hanno ispirata a

²⁷ *Ibid.*

²⁸ In tal senso, da ultimo, si veda Cass. civ., sez. I., sent. 23319/2021.

²⁹ S. Niccolai, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 1179.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

cominciare dal riconsiderare proprio i soggetti ammessi all'adozione che, oltre alle famiglie omoaffettive, potrebbero ben ricomprendere anche i single. Si tratterebbe di una riforma impegnativa per il legislatore, ma che certamente sarebbe in grado di restituire senso alla funzione sociale della famiglia e al valore costituzionale della solidarietà.

ABSTRACT: The article comments judgment n. 9006 of 2021 of the Italian Court of Cassation in its highest composition, regarding the effectiveness of a judicial decision concerning so-called legitimizing adoption by a homosexual couple. The article draws upon judgments n. 32 and 33 of 2021 of the Italian Constitutional Court, also regarding cases of homosexual couples. The systematic interpretation of the three decisions indicates possible solutions to lawmakers, who are called upon to protect the best interest of the child within parenthood projects arising from surrogacy (in cases of male homosexual and heterosexual couples) and from assisted procreation in cases of female homosexual couples.

KEYWORDS: homosexual parenthood - adoption - public order - surrogacy - best interest of the child

Francesca Angelini – Professoressa associata confermata di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma – “La Sapienza” (francesca.angelini@uniroma1.it)

Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al *Bundesverfassungsgericht*: un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

Andrea Conzutti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso NGEU: l'*Hängebeschluss* del 26 marzo 2021. – 3. (segue:) L'ordinanza cautelare del 15 aprile 2021. – 4. La *governance* economica europea alla luce della giurisprudenza di Karlsruhe. – 5. Osservazioni provvisorie: per una lettura “propulsiva” della decisione.

1. *Introduzione*

Nel corso degli ultimi anni, in Germania, si è progressivamente intensificata la tendenza alla “giurisdizionalizzazione” dei vari passaggi del tormentato processo di integrazione europea¹. Il crescente malessere, spesso proveniente dalle frange più euro-scettiche dell'opinione pubblica tedesca e collegato all'avanzare di politiche economico-monetarie comuni, ha, infatti, iniziato ad esprimersi in forme giuridicamente rilevanti, attraverso il ricorso al Tribunale Costituzionale federale con gli strumenti della *Verfassungsbeschwerde* e dell'*Organstreit*². Questo perché la Corte di Karlsruhe non ha mai

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

¹ Per un'analisi degli aspetti spesso contraddittori che hanno interessato, e continuano tuttora ad interessare, il processo di integrazione europea, si rinvia a G. Amato, *L'integrazione europea come problema costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2018, p. 561 ss.; A. Guazzarotti, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2020, p. 8 ss.

² La *Verfassungsbeschwerde* riconosce la possibilità per i singoli di ricorrere direttamente ed individualmente al Tribunale costituzionale, qualora lamentino una violazione dei loro diritti fondamentali perpetrata da un pubblico potere; l'*Organstreit* designa un procedimento in contraddittorio, solo parzialmente assimilabile al conflitto di attribuzione tra organi previsto in Italia, in cui la Corte di Karlsruhe viene chiamata a decidere sulle controversie sorte tra due organi

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

mancato di evidenziare il rilievo dirimente che, nell'*iter* di adesione della Repubblica federale alla "Costituzione macroeconomica"³ dell'Unione europea, assume il principio democratico e, dunque, la centralità del collegamento tra rappresentati e rappresentanti in seno al circuito parlamentare, al punto che la tutela della posizione giuridica dei primi meriti sempre la possibilità di attivare un effettivo controllo giurisdizionale⁴.

È nello scenario delineato che, mentre la situazione economica europea nel suo complesso è andata sempre più peggiorando a causa della crisi finanziaria legata ai mutui c.d. *subprime*, prima, e della pandemia da COVID-19, poi, il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), complice anche l'innegabile ruolo di *leadership* assunto dalla Germania, si è nel tempo imposto come il principale interlocutore delle istituzioni europee e degli altri Stati membri dell'Unione. L'effetto del marcato attivismo di questo «egemone non riluttante»⁵ è stato,

costituzionali che abbiano ad oggetto i rispettivi diritti e doveri. Su queste due vie di accesso alla giurisdizione del BVerfG si vedano, rispettivamente, i contributi di F. Saitto e S. Filippi, contenuti nel volume G. Repetto – F. Saitto (a cura di), *Temie problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020.

Preme, peraltro, precisare che solamente il Tribunale costituzionale, e non altri giudici interni, federali o federati, è stato artefice della tendenza a "giurisdizionalizzare" i diversi passaggi del processo di integrazione europea, che si tenterà di ricostruire in queste pagine. Su questa tendenza riflette U. Karpen, *Demokratie und parlamentarische Kontrolle der Entscheidungen im Europäischen Stabilitäts-Mechanismus und Fiskalpakt*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 44(3), 2013, p. 645 ss.

³ Le virgolette sono d'obbligo poiché in Europa non esisterebbe una "Costituzione macroeconomica" in senso proprio, posto che il termine "Costituzione" competerebbe, a rigore, solo ad entità statali e non anche ad organizzazioni internazionali, seppur peculiari, come l'Unione europea. Lo argomenta O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, *passim*.

⁴ F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015, p. 286.

⁵ Cfr. P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, in G. Repetto – F. Saitto (a cura di), *op. cit.*, p. 191, il quale sottolinea che, se alla Repubblica federale tedesca è stata, con efficacia, attribuita l'etichetta della riluttanza nell'esercizio della sua egemonia all'interno dell'Unione europea, lo stesso non può dirsi per il BVerfG che ha, quantomeno in parte, riempito il vuoto di *leadership* che le istituzioni politiche tedesche non hanno voluto o saputo

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

soprattutto, quello di imprimere la direzione che – dalla prospettiva tedesca – il processo di ripresa dalla crisi economica avrebbe dovuto seguire per evitare di pregiudicare le prerogative sovrane dei singoli Stati, tradendo, così, il nucleo essenziale dell'originario progetto europeo⁶.

Non è, allora, un caso che la Corte di Karlsruhe abbia preso posizione anche su un ulteriore passaggio nevralgico per la *governance* dell'Eurozona: lo "storico" accordo sullo strumento di rilancio temporaneo, evocativamente definito *Next Generation Eu* (NGEU)⁷. La pronuncia in commento rappresenta, in effetti, l'epifenomeno di un orientamento più generale, che segna una sorta di subordinazione della politica economica europea a canoni giuridici predeterminati, sul cui rispetto finisce per vigilare, di fatto, il Tribunale costituzionale tedesco⁸. Tant'è che ci si è chiesti se, considerata questa peculiare centralità del BVerfG, il vero "motore dell'Unione", il reale "legislatore europeo", non sia, a ben vedere, proprio quest'ultimo⁹.

esercitare. Per un analogo ordine di idee si vedano, già, W. Streeck, *L'egemonia tedesca che la Germania non vuole*, in *Il Mulino*, 4, 2015, p. 601 ss.; G.E. Rusconi, *Egemonia vulnerabile. La Germania e la sindrome Bismarck*, Bologna, 2016.

⁶ In proposito, cfr. almeno C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2014, p. 1 ss., il quale sottolinea come la tipologia delle misure di risposta alla crisi dell'Eurozona abbia comportato un depotenziamento del Parlamento europeo ed un contemporaneo rafforzamento dei parlamenti nazionali, *in primis* del Bundestag, in seno ai processi decisionali dell'Unione economica e monetaria.

⁷ Sulla reazione delle istituzioni europee di fronte alla pandemia, per tutti, A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, 2, 2020, p. 406 ss.

⁸ R. Bin – P. Caretti – G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Bologna, 2015, p. 322, che discorrono espressamente di «germanizzazione» della gestione dell'Eurozona.

⁹ In questo senso T.M.J. Möllers – K. Redcay, *Das Bundesverfassungsgericht als europäischer Gesetzgeber oder als Motor der Union?*, in *Europarecht*, 2013, p. 409 ss. Sulla "politicalità" del BVerfG riflette anche G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, 2002, p. 363 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

2. Il caso NGEU: l'Hängebeschluss del 26 marzo 2021

Nell'ambito del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, a seguito di un intenso periodo di estenuanti trattative, i capi di Stato e di Governo dei vari Paesi membri dell'Unione riuscivano finalmente a concordare il programma speciale del NGEU¹⁰. Vale a dire un piano che, strettamente collegato al Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) per il 2021-2027, mira a contenere e mitigare il grave impatto economico e sociale causato dalla pandemia da COVID-19, mettendo a disposizione degli Stati membri duramente colpiti dall'epidemia le risorse necessarie per consentire lo stimolo dell'economia reale. In quest'ottica di ripresa, la nuova decisione sul sistema delle risorse proprie del Consiglio dell'Unione del 14 dicembre 2020, autorizzando la Commissione europea a contrarre eccezionalmente prestiti sui mercati di capitali fino a 750 miliardi di euro, si pone come perno fondamentale per il finanziamento di tali misure¹¹.

Stando ai Trattati (art. 311(2) TFUE), però, la decisione sulle nuove risorse proprie, dopo essere stata adottata all'unanimità dal Consiglio dell'Unione, previa consultazione del Parlamento europeo, richiede anche, per poter dispiegare i propri effetti, una specifica approvazione da parte dei singoli Stati membri, conformemente alle rispettive previsioni costituzionali¹². Di tal che, a fine marzo, tanto il

¹⁰ Su cui, seppur criticamente, F. Salmoni, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Padova, 2021.

¹¹ Ci si riferisce alla decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 15 dicembre 2020, L 424, p. 1 ss. Per un'analisi dei lineamenti fondamentali della decisione sulle risorse proprie v. A. Somma, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in *DPCE Online*, 4, 2018, p. 873 ss.

¹² Questo perché, come noto, il sistema di finanziamento dell'Unione si radica ancora in un meccanismo di tipo sostanzialmente intergovernativo. Si veda, a tale riguardo, C. Pinelli, *La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi nelle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali*, in *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale (Giornate italo-ispano-brasiliane di Diritto costituzionale, settembre 2012)*, www.gruppodipisa.it, p. 7, che evidenzia come l'uscita dalla crisi economica, in Europa, sia stata affidata a procedure dal carattere tecnocratico ed intergovernativo. Sulla medesima lunghezza d'onda cfr. anche L. Gianniti, *La riforma del Trattato*

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

Bundestag quanto il Bundesrat, all'esito di un acceso dibattito, ma con una larghissima maggioranza, recepiamo la decisione del Consiglio approvando l'*Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz (ERatG)*¹³. Per completare l'*iter* di ratifica occorre, pertanto, solamente la firma e la conseguente promulgazione ad opera del Presidente federale. Senonché, *medio tempore*, circa 2300 cittadini tedeschi, organizzati nell'associazione "*Bündnis Bürgerwille*" e guidati dall'economista Bernd Lücke – Professore di Macroeconomia presso l'Università di Amburgo e fondatore, nel 2013, del partito euroscettico "*Alternativ für Deutschland*" –, sollevavano davanti al BVerfG un ricorso diretto di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*) contro la legge appena adottata¹⁴. In particolare, ad avviso dei ricorrenti l'*ERatG* sarebbe incompatibile con la Legge fondamentale (*Grundgesetz* o *GG*) per due principali ordini di ragioni, tra loro saldamente connesse.

Innanzitutto, la decisione censurata si configurerebbe come un atto *ultra vires*: le istituzioni europee avrebbero, cioè, palesemente ecceduto rispetto ai poteri loro attribuiti dai Trattati, violando così il principio di attribuzione¹⁵. Nello specifico, quello preso a prestito dall'Unione non sarebbe capitale proprio, laddove la formulazione dell'articolo 311 TFUE, prevedendo che il bilancio sia finanziato integralmente tramite risorse proprie, escluderebbe categoricamente il

istitutivo del MES e la governance economica dell'eurozona, in *Diritto pubblico*, 1, 2020, p. 314 ss.

¹³ Nel Bundestag si erano registrati 495 voti a favore, 95 contrari e 72 astensioni, mentre nel Bundesrat il voto era stato reso all'unanimità.

¹⁴ Cfr. M. Kottmann, *Kein vorbeugender Rechtsschutz gegen EU-Eigenmittelbeschlüsse*, in *Verfassungsblog*, 23 marzo 2021.

Più in generale, sul ruolo che il ricorso individuale diretto ha svolto in tempi recenti nel portare questioni europee al sindacato del BVerfG, v. almeno G. Repetto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, p. 349, il quale rimarca come in Italia la forma di accesso incidentale al sindacato della Corte costituzionale abbia, invece, fortemente condizionato lo spazio di manovra di quest'ultima sulle questioni legate all'integrazione europea. Per un approfondimento sul funzionamento del giudizio incidentale nel sistema italiano, ancora, G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazione e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017.

¹⁵ O. Chessa, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 2741 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

ricorso all'indebitamento¹⁶. Per di più, la decisione del Consiglio, introducendo un sistema di responsabilità solidale degli Stati nell'ipotesi in cui uno dei Paesi beneficiari divenisse insolvente, risulterebbe incompatibile anche con la *no bail out clause*, iscritta nell'art. 125(1) TFUE, che vieta categoricamente all'Unione e agli Stati membri di farsi carico delle obbligazioni finanziarie assunte da qualsiasi autorità pubblica di un altro Stato membro¹⁷.

Inoltre, sarebbe ravvisabile una lesione dell'identità costituzionale tedesca (*Verfassungsidentität*), poiché le nuove forme di indebitamento sovranazionale esproprierebbero il Bundestag di un controllo effettivo sulle decisioni fondamentali di bilancio¹⁸. Questo, dal momento che la decisione europea consentirebbe alla Commissione di stabilire, in assoluta autonomia, quali Stati membri chiamare a rispondere dei debiti da essa contratti sul mercato dei capitali. Sicché, astrattamente, la Germania stessa potrebbe essere tenuta a farsi carico dell'intera somma presa a prestito a livello europeo, facendo, così, gravare la restituzione di tutti i 750 miliardi di euro sul bilancio federale¹⁹.

I ricorrenti, peraltro, presentavano, assieme al ricorso diretto di costituzionalità, volto ad ottenere una pronuncia di incompatibilità della legge federale di ratifica con il *GG*, anche un'apposita domanda cautelare finalizzata ad impedire al Presidente federale, fino alla futura decisione del giudizio di merito da parte del Tribunale costituzionale, la promulgazione dell'*ERatG*²⁰. Nel quadro di questi ricorsi, ancora una

¹⁶ Sul punto, I. Vega Mocoora, *Il sistema delle risorse proprie nell'UE post-Brexit: un'occasione per la riforma*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2019, p. 29 ss.

¹⁷ In generale sul principio del *no bail-out*, M.L. Tufano, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 3, 2002, p. 505 ss. Sul ruolo svolto da tale clausola nel contesto della crisi economico-finanziaria, si vedano Id., *Commento art. 125*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1324 ss.; J.V. De Louis, *The No-Bailout Clause and Rescue Packages*, in *Common Market Law Review*, 47(4), 2010, p. 971 ss.

¹⁸ In merito, da ultimo, P. Faraguna, *On the Identity Clause and Its Abuses: 'Back to the Treaty'*, in *European Public Law*, 17(3), 2021, p. 427 ss.

¹⁹ BVerfG, 2 BvR 547/21, 26 marzo 2021.

²⁰ Un analogo provvedimento cautelare era stato richiesto con riferimento alla legge relativa alla stabilizzazione dell'euro (c.d. *EuroStabilisierungsmechanismus*

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

volta introdotti all'attenzione del BVerfG mediante un utilizzo "disinvolto" dello strumento della *Beschwerde*²¹, la Corte tedesca si pronunciava, una prima volta, con decisione del 26 marzo 2021, emettendo un'"ordinanza di protezione provvisoria anticipata" (*Hängebeschluss*)²². Vale a dire una pronuncia interinale, prevista per

Gesetz), approvata in occasione della crisi finanziaria che aveva colpito la Grecia. Cfr. in proposito BVerfG, 2 BvR 1099/10, 9 giugno 2010.

²¹ In linea di principio, infatti, la *Verfassungsbeschwerde* rappresenta un rimedio residuale il cui accesso è consentito solamente dopo aver superato delle rigorose strettoie in sede di ammissibilità. Tuttavia, la Corte tedesca, in riferimento alle "questioni europee", ha significativamente rilassato gli stringenti criteri di ammissibilità – i quali presuppongono, tra le altre cose, di trovarsi dinanzi al pericolo di una lesione attuale (*gegenwärtig*) e diretta (*unmittelbar*) di un diritto fondamentale – che vengono invece applicati in maniera rigorosa ai ricorsi individuali diretti con portata meramente interna. Il che è avvenuto attraverso una peculiare evoluzione interpretativa che ha consentito al BVerfG di accentuare i profili soggettivi inscritti nel principio democratico, ricavando dal diritto di voto dei cittadini tedeschi, riconosciuto dall'art. 38.1 GG, un vero e proprio "*Grundrecht auf Demokratie*", la cui difesa risulta azionabile direttamente dai singoli a presidio degli artt. 20.1 e 2, 79.3 GG. In questo senso, espressamente, P. Faraguna, *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di giustizia e tribunali costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2017, p. 584. Sul vaglio di ammissibilità particolarmente rilassato che il Tribunale costituzionale tedesco ha concesso in relazione al diritto europeo si soffermano anche R. Lehner, *Die "Integrationsverfassungsbeschwerde" nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, 4, 2013, p. 535 ss.; F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, p. 46 ss. Si veda, altresì, la ricostruzione contenuta in BVerfG, 2BvR 2728/13, 21 giugno 2016, par. 165 ss.

²² Per delle primissime notazioni su questa pronuncia si rinvia a B. Riedl, *Der Corona-Aufbaufonds, die Fiskalunion und das Bundesverfassungsgericht*, in *Verfassungsblog*, 27 marzo 2021, Id., *Corona Reconstruction Fund stopped for the time being*, in *europeanlawblog.eu*, 14 aprile 2021; R. Repasi, *Analysis: "Karlsruhe, again: The interim-interim relief of the German Constitutional Court regarding Next Generation EU"*, in *eulawlive.com*, 29 marzo 2021; J. Liboreiro – S. Dabbous, *'Time is of the essence': EU budget chief urges countries to ratify recovery fund*, in *www.euronews.com*, 14 aprile 2021; J.L. Da Cruz Vilaça, *The German Constitutional Court calls into question the Recovery and Resilience Plan*, in *Ceridap*, 2, 2021, p. 150 ss.; A. Zei, *Karlsruhe e Next generation EU: la decisione del 26 marzo 2021*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2021, p. 1 ss.; S. Fabbrini, *L'Europa e i ritardi del programma Next Generation EU*, in *Luiss Open*, 7 aprile 2021; M. Castellaneta, *Bundesverfassungsgericht, ombelico del sovranismo o volano per un'Europa*

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

casi particolarmente urgenti, con cui i giudici tedeschi si limitavano a stabilire che il Presidente della Repubblica non avrebbe potuto procedere alla promulgazione della legge impugnata fintanto che la Corte costituzionale stessa non avesse avuto modo di pronunciarsi sulla domanda cautelare²³. In questo modo il Tribunale costituzionale, attraverso un dispositivo piuttosto irrituale²⁴, inibiva, seppur temporaneamente, l'ultimo passo previsto dal *GG* prima dell'entrata in vigore della legge a seguito della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale (*Bundesgesetzblatt*), scongiurando, così, il rischio che la pronuncia sulla richiesta di sospensiva potesse intervenire quando il provvedimento impugnato fosse già entrato in vigore e stesse producendo effetti pregiudizievoli, ormai irreversibili²⁵.

solidale?, in *Giustizia Insieme*, 8 aprile 2021; M. Bursi, *Tutte le strade portano a Karlsruhe*, in *lavoce.info*, 9 aprile 2021; nonché, se si vuole, ad A. Conzutti, *Next Generation Eu al vaglio di Karlsruhe*, in *AmbienteDiritto.it*, 2, 2021, p. 251 ss.

²³ Questa tipologia di dispositivo, definita anche “decisione pendente”, tutt'altro che infrequente nell'ambito della giustizia amministrativa tedesca, rappresenta uno strumento cui il BVerfG formalmente non ricorre. Si tratta, nello specifico, di un istituto non espressamente previsto dalla legge sul Tribunale costituzionale federale, che trova, però, un fondamento implicito nella garanzia della tutela giurisdizionale contemplata dall'art. 19.4 *GG*, quale declinazione dei canoni di elasticità ed atipicità della tutela cautelare. Sul punto si rinvia a S. Krull, *Der “Hängebeschluss” im System des vorläufigen Rechtsschutzes der Verwaltungsgerichtsordnung*, Hamburg, 2016.

²⁴ In questo senso, A. Zei, *L'ombra lunga di Karlsruhe sul sogno di un “momento hamiltoniano” per l'UE*, in *Nomos. Le attualità del diritto, Cronache costituzionali dall'estero*, 1, 2021, p. 2, la quale ricorda che «In passato, la promulgazione delle leggi impuginate era stata senz'altro procrastinata dal Presidente federale nelle more del giudizio, senza ulteriori formalità, e semmai era stata accompagnata da un comunicato stampa della Presidenza che nel sospendere la promulgazione si richiamava ad “una prassi istituzionale seguita costantemente dagli organi costituzionali e nel rispetto nei confronti del Tribunale costituzionale federale”». Proprio per tale ragione, la decisione del 26 marzo 2021, limitandosi ad anticipare una decisione successiva sulla richiesta di una misura cautelare e contravvenendo, così, a consolidate regole di “galateo istituzionale”, è apparsa piuttosto singolare e forse «celava una qualche “incomprensione” con gli Uffici della Presidenza federale».

²⁵ Così A. De Petris, *Gli strumenti europei di finanziamento dell'emergenza COVID all'esame di Karlsruhe*, in *Diritti comparati*, 6 maggio 2021.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

3. (segue:) *L'ordinanza cautelare del 15 aprile 2021*

Dopo aver “abbaiato” con la citata pronuncia *ad interim*, il BVerfG non ha, però, morso con la successiva decisione cautelare²⁶. Con ordinanza del 15 aprile 2021²⁷, il Secondo Senato (*Zweiter Senat*) del Tribunale costituzionale federale, tornato a pronunciarsi sulla questione delle risorse proprie dell'Unione, ha, infatti, respinto la richiesta di sospensiva dell'*ERatG*, superando il proprio precedente

²⁶ C. Schmid, *All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's 'Banana Decision'*, in *European Law Journal*, 7(1), 2001, p. 95 ss.

²⁷ BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 aprile 2021. Tra i primi commenti alla pronuncia si vedano M. Nettesheim, *Größe und Tragik: Zum Eilbeschluss des Bundesverfassungsgerichts zu "Next Generation EU"*, in *Verfassungsblog*, 21 aprile 2021; Id, *Greatness and Tragedy: On the Interim Decision of the German Federal Constitutional Court in the Constitutional Complaint Procedure against the New EU Own Resources Decision*, in *Verfassungsblog*, 23 aprile 2021; H. Kube, *Eine erleichternde Entscheidung: Der Eigenmittelbeschluss im Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *Verfassungsblog*, 22 aprile 2021; Id, *A Relieving Decision: The Interim Decision of the German Federal Constitutional Court in the Procedure against the 2020 Own Resources Decision*, in *Verfassungsblog*, 27 aprile 2021; C. Walter – P. Nedelcu, *Die Relativierung der ultra-vires-Kontrolle im Eilrechtsschutz: Eine verfassungsprozessuale Analyse der Entscheidung in Sachen "Next Generation EU"*, in *Verfassungsblog*, 23 aprile 2021; L. Lionell, *Green light from Karlsruhe for the ratification of new EU own resources decision. First fractures in the prohibition of fiscal integration?*, in *European Law Blog*, 3 maggio 2021; M. Wendel, *Next-generation EU and the German Federal Constitutional Court. The decision on Preliminary Injunctions of 15 April 2021*, in *Bridge – The Bridge Network*, 17 maggio 2021; M. Bonini, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e la legge federale di ratifica della «Decisione sulle Risorse Proprie» dell'Unione europea: ancora una volta, una pronuncia problematica nel nome del sindacato sugli atti ultra vires?*, in *DPCE Online*, 1, 2021, p. 2759 ss.; Id, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco, giudice "delle leggi" o "del destino" dell'integrazione europea? Prime considerazioni sulla pronuncia del 15 aprile 2021 del Tribunale costituzionale federale tedesco – 2 BvR 547/21*, in *Ceridap*, 2, 2021, p. 140 ss.; A. Zei, *L'ombra lunga di Karlsruhe sul sogno di un "momento hamiltoniano" per l'UE*, cit., p. 1 ss.; A. De Petris, *Gli strumenti europei di finanziamento dell'emergenza COVID all'esame di Karlsruhe*, cit.; G.L. Tosato, *Via libera da Karlsruhe: rimossi gli ostacoli a Next Generation EU*, in *AffarInternazionali*, 22 aprile 2021; M. Simoncini, *Le scelte chiave sul futuro dell'Europa. Il Next Generation EU alla prova della Corte costituzionale tedesca*, in *Luiss Open*, 6 maggio 2021; D. Congedi, *Il rigetto della Corte Costituzionale tedesca al ricorso contro la decisione sulle risorse proprie*, in *Iusinitinere.it*, 19 maggio 2021; M. Castellaneta, *La Corte costituzionale tedesca non ostacola la ratifica della decisione sulle risorse proprie. Until the next time?*, in *Giustizia Insieme*, 11 giugno 2021.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

Hängebeschluss. Si è, così, consentito al Presidente Federale di firmare la legge di ratifica e alla Germania di aderire al nuovo sistema di finanziamento europeo.

In via preliminare la Corte tedesca, nel vagliare la ricorrenza dei rigorosi requisiti richiesti dall'art. 32 della legge sul Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o *BVerfGG*) per l'emissione di un provvedimento cautelare, ricorda come, di regola, l'esame debba limitarsi ad accertare il *periculum in mora* e non estendersi financo al *fumus boni iuris*²⁸. Nel caso di specie, tuttavia, il Tribunale, facendo leva sul fatto che la decisione sulle risorse proprie risulta sostanzialmente equiparabile ad un accordo internazionale, ritiene di dover offrire anche una valutazione della fondatezza del ricorso *prima facie*. E questo per scongiurare il pericolo che la Repubblica federale assuma obblighi esterni incompatibili con il *GG* che, non potendo essere per tale ragione rispettati, determinino l'insorgere di una responsabilità dello Stato²⁹.

Con l'assimilazione della decisione sulle risorse proprie ai Trattati internazionali si sarebbe aperta la strada per effettuare un giudizio prognostico sul possibile esito dei ricorsi principali, eppure, il *BVerfG* non prosegue su questo versante, introducendo una differenziazione. La Corte distingue, cioè, tra *Identitätskontrolle*, da un lato, e *Ultra-vires-Kontrolle*, dall'altro, delimitando l'oggetto del suo scrutinio sommario (*summarische Prüfung*) e concentrandolo, esclusivamente, su possibili violazioni dell'identità costituzionale ai sensi del combinato disposto degli artt. 23 *GG* (l'*Europa-Artikel* che dispone il principio di apertura della Legge fondamentale al diritto europeo) e 79.3 *GG* (recante la cd. clausola di eternità, che sottrae a qualunque potere costituito la possibilità di intervenire su determinati principi

²⁸ J. Berkemann, § 32, in D.C. Umbach – T. Clemens (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, 1992, p. 565 ss.; K. Graßhof, § 32, in T. Maunz (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, 2002, p. 42 ss.

²⁹ In merito alle decisioni cautelari del *BVerfG*, si rinvia a M. D'Amico – N. Fiano, *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, in G. Repetto – F. Saitto (a cura di), *op. cit.*, p. 182 ss. Più in generale, sul *Normenkontrolle* (controllo sulle leggi) del *BVerfG*, per tutti, G. Repetto, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. Repetto – F. Saitto (a cura di), *op. cit.*, p. 8 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

costituzionali, fondativi della Repubblica federale)³⁰. I giudici tedeschi non ritengono, per converso, necessaria una delibazione della questione di costituzionalità «nella misura in cui a venire in discussione sia la qualificazione di un provvedimento di organi, istituzioni e altri organismi dell'Unione europea quale atto *ultra vires*», poiché, a tale proposito, una dichiarazione di nullità ad opera della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ovvero di inapplicabilità in Germania da parte della medesima Corte federale rimarrebbe pur sempre possibile anche in una fase successiva³¹. In questo modo il BVerfG finisce per tenersi aperto nel procedimento principale, per quanto attiene al controllo *ultra vires*, uno spazio decisionale notevolmente più ampio rispetto a quello relativo all'identità costituzionale che viene, invece, anticipato, quantomeno per sommi capi, già nel giudizio cautelare³².

Svolta questa necessaria premessa, il Tribunale di Karlsruhe passa ad occuparsi specificamente della *Verfassungsidentität* tedesca, rammentando come la responsabilità di bilancio del Bundestag rappresenti un profilo inviolabile del diritto alla democrazia, tutelato dal combinato disposto degli artt. 20.1 e 2, 38.1 e 79.3 *GG*³³. Più nel dettaglio, viene evocato l'assunto risalente al *Lissabon-Urteil*³⁴, secondo cui le «decisioni fondamentali su entrate ed uscite» costituiscono parte irrinunciabile della capacità dello Stato di determinarsi democraticamente, al quale si affianca altresì il richiamo alla dottrina, elaborata a partire dalla giurisprudenza sulle misure di salvataggio dell'euro³⁵, che esclude la possibilità per la Repubblica federale di aderire a «meccanismi permanenti che equivalgano ad un'assunzione di

³⁰ BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 aprile 2021, par. 70.

³¹ Ivi, par. 72.

³² Si tratta di una rilevante innovazione in tema di cognizione cautelare. Del resto, è stato osservato che ogni capitolo «degnò di nota nella saga europea del BVerfG traccia qualche novità procedimentale». Così, testualmente, P. Faraguna – D. Messineo, *Il Bundesverfassungsgericht salva (con riserva) l'Unione bancaria*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, p. 929.

³³ In proposito, L. Muzi, *La tutela della democrazia tedesca di fronte al processo di integrazione Ue: una rassegna sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2013, spec. p. 2 ss.

³⁴ BVerfG, 2 BvR, 2/2008, 30 giugno 2009, par. 252.

³⁵ Sul punto vedi *infra* § 4.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

responsabilità per le decisioni di altri Stati, specialmente laddove queste siano associate a conseguenze difficili da calcolare»³⁶.

Ciò detto, nel corso dell'esame cautelare, i giudici tedeschi operano un'apprezzabile sintesi di istanze tra loro contrapposte. Da un lato, riprendendo ampiamente le osservazioni dei ricorrenti che evidenziano come il rischio massimo di responsabilità per il bilancio federale ammonti a circa 770 miliardi di euro, ossia un impegno finanziario che si estende ben oltre l'attuale QFP, riconoscono la «possibilità» di una violazione dell'identità costituzionale tedesca da parte della decisione sulle risorse proprie³⁷. D'altra parte, però, giungono alla conclusione che, nel quadro di uno scrutinio sommario, non sia ravvisabile un'«alta probabilità» di violazione della predetta identità costituzionale. In questa cornice, il BVerfG soggiunge, difatti, che una lesione della *Verfassungsidentität* sussisterebbe solamente laddove l'autonomia di bilancio fosse non già limitata per un periodo di tempo significativo, bensì *tout court* abolita. La qual cosa, come rimarca correttamente la Corte, non si verifica nel caso di specie, considerato che la responsabilità della Repubblica federale, ai sensi della decisione europea, rimane senz'altro subordinata a quella dell'Unione, limitata a quote proporzionali quantificabili, oltre che circoscritta nell'importo massimo assoluto e temporalmente definita³⁸.

La peculiare enfasi posta sulla *limitazione* del regime di responsabilità proprio della Repubblica federale pare, per la verità, aprire uno scenario in cui, quando il Tribunale di Karlsruhe sarà chiamato a decidere in via definitiva sull'eventuale violazione dell'identità costituzionale tedesca, se, per un verso, difficilmente la constaterà, per l'altro, potrebbe ragionevolmente porre l'accento, nel solco di quanto già avvenuto per il Trattato sul MES e i precedenti fondi salva-Stati, sulla necessità di garantire idonei meccanismi procedurali

³⁶ BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 aprile 2021, par. 85.

³⁷ L'entità delle passività potenzialmente gravanti a carico del bilancio federale comprende il volume totale dell'indebitamento contratto dall'Unione europea cui vanno sottratti le sovvenzioni e i prestiti riconosciuti alla Germania.

³⁸ Ivi, par. 98 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

affinché il Bundestag possa esercitare, in via continuativa, un controllo parlamentare adeguato sul programma di ripresa europeo³⁹.

Quanto invece al sindacato *ultra vires* la Corte rimane, come detto, molto più aperta, lasciando del tutto impregiudicata la questione e rinunciando ad un vaglio sommario sotto questo delicato profilo. Il BVerfG si limita a riprendere gli argomenti avanzati dai ricorrenti a questo proposito, senza ulteriori specificazioni, ritenendoli «sufficienti» dal punto di vista della loro ricevibilità⁴⁰. Per sciogliere tale nodo occorrerà dunque attendere, non senza una certa trepidazione, l'esito del giudizio di merito. Del resto, l'eventuale dubbio sulla natura *ultra vires* della decisione europea potrebbe segnare il punto di partenza per un nuovo dialogo con la CGUE, attraverso una richiesta di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE⁴¹.

A questo punto i giudici costituzionali, dopo aver escluso la manifesta inammissibilità ovvero infondatezza dei ricorsi, realizzano una condivisibile ponderazione delle conseguenze, ricorrendo alla tecnica decisoria dell'*Abwägungsmodell*⁴². Si tratta, come risaputo, di un percorso argomentativo, elaborato per la decisione delle istanze cautelari, che si serve della formulazione di due ipotesi opposte (*Doppelhypothese*): la sospensione della legge e la non sospensione della medesima. Il Tribunale federale valuta le conseguenze derivanti, secondo la teoria della causalità adeguata, dai due differenti scenari delineati, concedendo il provvedimento conservativo solamente laddove la permanenza dell'efficacia della legge impugnata produca

³⁹ Lo sostiene A. Guazzarotti, *Germania e Next Generation EU: più che la Corte costituzionale, preoccupano i membri tedeschi della BCE*, in *LaCostituzione.info*, 28 marzo 2021.

⁴⁰ BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 aprile 2021, par. 92 ss.

⁴¹ Così M. Bonini, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e la legge federale di ratifica della «Decisione sulle Risorse Proprie» dell'Unione europea: ancora una volta, una pronuncia problematica nel nome del sindacato sugli atti ultra vires?*, cit., p. 2767.

⁴² Sul quale si vedano diffusamente J. Luther, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in J. Luther – R. Romboli – R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Torino, 2000, p. 178 ss.; A. Gragnani, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, p. 157 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

effetti pregiudizievoli maggiori rispetto alla sua temporanea sospensione⁴³.

Così ragionando, il BVerfG rileva che, se accogliesse l'istanza d'urgenza, le conseguenze che si produrrebbero sarebbero di certo negative. In effetti, il procedimento principale, potendo comportare financo un'eventuale pronuncia pregiudiziale della CGUE, *apertis verbis* considerata dalla Corte nella parte motiva, potrebbe richiedere un periodo di tempo piuttosto cospicuo, pari ad «un totale di due o tre anni»⁴⁴. All'eventuale sospensione della ratifica per un lasso temporale anche molto ampio si contrappone, però, la necessità di attuare tempestivamente il programma europeo di aiuti finanziari a fronte di una grave epidemia che richiede risposte immediate. Un ritardo nell'entrata in vigore della decisione sulle risorse proprie comprometterebbe, infatti, in maniera irreversibile, gli obiettivi di politica economica sottesi al NGEU. In particolare, occorre sottolineare come il Tribunale federale tenga in debita considerazione, tra gli svantaggi di un'entrata in vigore ritardata della decisione, anche le serie conseguenze che originerebbero per la Germania sul piano delle relazioni estere ed europee. I giudici tedeschi prendono espressamente in esame il rapporto franco-tedesco su impulso del quale è stato dato l'avvio al NGEU ed il conseguente pericolo di pregiudizio che si produrrebbe per la credibilità della Repubblica federale, nel contesto diplomatico europeo, qualora la tutela *ante causam* fosse concessa⁴⁵.

⁴³ È appena il caso di rilevare come quello evidenziato nel testo rappresenti uno schema argomentativo che, dopo le sollecitazioni in tal senso di parte della dottrina, anche la Corte costituzionale italiana era sembrata voler sostanzialmente mutuare. Sull'auspicio dell'applicazione, da parte del Giudice costituzionale italiano, del modello summenzionato, si rinvia a P. Vipiana, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2008, p. 42. Ma si veda recentemente *contra* Corte cost., ord. 4, 2021, che si segnala per il mancato impiego dell'*Abwägungsmodell*. Su quest'ultima pronuncia cfr., per tutti, P. Giangaspero, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2021, p. 2 ss.

⁴⁴ BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 aprile 2021, par. 105 ss.

⁴⁵ Ivi, par. 107, ove si discorre espressamente di «minaccia alla coesione tra gli Stati membri dell'Unione europea».

In effetti, l'idea di realizzare un fondo per la ripresa nell'ambito del bilancio dell'Unione europea, da finanziare attraverso il ricorso all'indebitamento, al fine di fronteggiare le conseguenze negative dell'epidemia da COVID-19, aveva preso forma

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

Al contrario, gli svantaggi che si verificherebbero laddove la misura cautelare non venisse emanata, ma l'*ERatG* si rivelasse in seguito incostituzionale, risulterebbero molto meno gravi e senz'altro reversibili. In questa seconda ipotesi, difatti, la decisione sulle risorse proprie, a seguito della ratifica di tutti gli Stati membri, potrebbe entrare in vigore e la Commissione europea sarebbe autorizzata a raccogliere fondi fino a 750 miliardi di euro sui mercati dei capitali, sfruttando il proprio eccellente *rating*⁴⁶. Per il bilancio federale tutto ciò potrebbe comportare oneri aggiuntivi esclusivamente nell'improbabile scenario in cui il sistema delle risorse proprie dell'Unione non si rivelasse sufficiente, l'Unione non fosse, a sua volta, in grado di generare liquidità attraverso misure diverse e tutti gli altri Paesi membri non onorassero il proprio obbligo di versare contributi aggiuntivi.

Peraltro – e qui riposa il vero *punctum crucis* del condivisibile ragionamento seguito dalla Corte di Karlsruhe –, laddove nel corso del giudizio principale la decisione europea dovesse rivelarsi un atto *ultra vires*, la CGUE, che dovrebbe essere adita in via pregiudiziale, ben potrebbe procedere al suo annullamento. D'altra parte, se il Secondo Senato ravvisasse una violazione manifesta delle competenze attribuite dai Trattati ovvero se, contrariamente allo scrutinio sommario effettuato in sede cautelare, riconoscesse una violazione dell'identità costituzionale della Repubblica federale, gli organi costituzionali (Bund, Bundestag e Bundesrat) potrebbero, e dovrebbero, opporsi all'ulteriore attuazione in Germania del NGEU, assumendo tutte le misure a loro disposizione per ristabilire l'ordine costituzionale violato.

Orbene, una volta così soppesate le diverse conseguenze (la c.d. *Folgenabwägung*) di un'eventuale sospensiva, al BVerfG non rimane che respingere l'istanza cautelare promossa.

in seguito ad una dichiarazione congiunta del Presidente francese Emmanuel Macron e del Cancelliere tedesco Angela Merkel, resa il 18 maggio 2020.

⁴⁶ Senza poter dare adeguatamente conto della letteratura sull'argomento, sia qui sufficiente richiamare G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; C. Pinelli, *Le agenzie di rating nei mercati finanziari globalizzati*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2012, p. 2 ss. Sul punto v. anche M. Bussani, *Credit Rating Agencies' Accountability: Short Notes on a Global Issue*, in *Global Jurist*, 10(1), 2010, p. 1 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

4. *La governance economica europea alla luce della giurisprudenza di Karlsruhe*

La recente decisione del BVerfG, che aggiunge un altro tassello in ordine al modo in cui il Tribunale federale concepisce il processo integrativo europeo, deve sicuramente essere considerata nel più ampio quadro della giurisprudenza costituzionale tedesca formatasi dinanzi alla crisi dell'Eurozona⁴⁷. In effetti, la pronuncia che si annota non nasce all'improvviso, come Minerva dalla testa di Giove, ma si inserisce nell'ambito del risalente "cammino comunitario"⁴⁸ di Karlsruhe, segnato, in tempi recenti, da pronunce piuttosto innovative ed impegnate, a più riprese, sul versante degli strumenti posti in essere a livello dell'Unione per far fronte alla crisi finanziaria⁴⁹. Sono, in

⁴⁷ Per un quadro d'insieme v. C. Pinelli, *La crisi finanziaria e l'Unione europea. Le prime reazioni*, in G. Amato (a cura di), *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Firenze, 2009, p. 317 ss.; E. Olivito – G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'U.E. in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, p. 6 ss., i quali mettono in luce le aporie e le debolezze della strategia europea di gestione della crisi economica che ha finito per esasperare le asimmetrie già esistenti tra gli Stati membri.

Occorre, peraltro, precisare che, nel momento in cui si scriveva, il BVerfG non aveva ancora adottato due ulteriori decisioni rilevanti in tema di *governance* economica europea (BVerfG, 2 BvE 4/15, 27 aprile 2021; BVerfG, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 29 aprile 2021) e la Commissione europea non aveva ancora avviato la procedura d'infrazione nei confronti della Germania a causa della violazione, originata dalla sentenza del 5 maggio 2020 della Corte di Karlsruhe, di una serie di principi giuridici sovranazionali (Commissione europea, *Comunicato ufficiale*, 9 giugno 2021). Per tale ragione i predetti sviluppi verranno solo brevemente accennati in nota, assieme ad alcuni riferimenti bibliografici, riservando ad altra sede una loro più compiuta trattazione.

⁴⁸ Si mutua, qui, la fortunata espressione di P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2406 ss., il quale l'aveva coniata con riferimento al "percorso europeo" della Corte costituzionale italiana.

⁴⁹ Per la verità, già nel c.d. *Euro-Beschluss* del 1998, in cui il BVerfG aveva valutato l'adesione tedesca all'Unione monetaria, si può rinvenire *in nuce* una delle linee argomentative che verranno riprese dalla giurisprudenza successiva: ossia il fatto che al Governo e al Parlamento debbano, in ogni caso, spettare degli adeguati spazi prognostici di decisione economica e politica. Cfr., in proposito, BVerfG, 2 BvR 1877/97 e 2 BvR 50/98, 31 marzo 1998. In quest'ottica, un'analisi critica delle implicazioni derivanti dall'adozione della moneta unica si può leggere in G.U. Rescigno, *Moneta e Stato*, in *Diritto pubblico*, 2, 2017, p. 330 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

particolare, quattro i precedenti piuttosto significativi che preme qui sinteticamente richiamare per meglio comprendere le linee di resistenza, rinvenibili anche nelle pieghe argomentative della decisione in commento, che il GG, o, meglio, il suo interprete supremo, il Tribunale costituzionale tedesco, oppone al governo dell'economia in Europa⁵⁰.

Con una prima pronuncia⁵¹ sulla normativa europea introdotta per fronteggiare l'eurocrisi, la Corte di Karlsruhe scrutinava le censure mosse contro due leggi del Bundestag adottate nel quadro del primo piano di aiuti finanziari alla Grecia (Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria, c.d. FESF). I ricorrenti assumevano la lesione del loro diritto di voto, declinato nel diritto, espressione del principio democratico, di eleggere un Parlamento dotato di una sufficiente autonomia di bilancio. In quell'occasione il Tribunale costituzionale, facendo ricorso alla tecnica, piuttosto frequente nelle decisioni in materia europea, del c.d. "*ja, aber*"⁵², respingeva i ricorsi, ritenendo non

⁵⁰ Sull'imprescindibile ruolo finora giocato dalle Corti costituzionali, e in particolare da quella tedesca, rispetto alle politiche anticrisi adottate dalla *governance* europea v., *ex multis*, A. Guazzarotti, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Diritto pubblico*, 3, 2013, p. 1012 ss.

⁵¹ BVerfG, 2 BvR 987/10, 7 settembre 2011. Per approfondire la decisione si rinvia a M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 48(6), 2011, p. 1777 ss.; G.L. Tosato, *La Corte costituzionale tedesca e il futuro dell'euro*, in *AffarInternazionali*, 19 settembre 2011; P. Faraguna, *Da Lisbona alla Grecia, passando per Karlsruhe*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2011, p. 935 ss.; R. Bifulco, *Il custode della democrazia parlamentare*, in *Rivista AIC*, 3, 2011, p. 1 ss.; A. Zei, *Il dodicesimo cammello. Cronache dalla Germania, 2010-2011*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2012, p. 1 ss.; M. Bonini, *Status dei parlamentari e European Financial Stability Facility: controllo democratico e indebitamento pubblico nella giurisprudenza del BverfG*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, p. 12 ss.; L. Muzi, *La tutela della democrazia tedesca di fronte al procedimento di integrazione UE: una rassegna sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2013, p. 2 ss.; G. Beck, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, in *European Public Law*, 20(3), 2014, p. 539 ss.

⁵² Si tratta di un approccio argomentativo ben noto ai giudici di Karlsruhe, almeno a partire dal *Lissabon-Urteil*, che segue uno schema dialettico in parte assimilabile alle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale italiana. Lo osserva F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nelle garanzie dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, p. 5.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

ravvisabile una violazione del divieto di espropriare il legislatore della sua autonomia fiscale. Tuttavia, i giudici tedeschi, ribadendo la propria competenza a giudicare gli sviluppi dell'integrazione europea, evidenziavano come nessun automatismo potesse operare nell'ambito dell'assistenza finanziaria e che, pertanto, ogni singola disposizione di stampo solidaristico posta in essere dal Bund avrebbe dovuto essere sottoposta, volta per volta, alla previa approvazione del Bundestag.

A circa un anno di distanza, la Corte di Karlsruhe tornava ad occuparsi delle politiche di salvataggio e di riorganizzazione dell'Eurozona, ponendosi al centro dell'attenzione di un dibattito che, complice anche lo scoppio della crisi dei debiti sovrani, si era fatto sempre più acceso⁵³. Il BVerfG veniva investito, sia mediante un conflitto tra Organi che tramite la via del ricorso individuale diretto, di una serie articolata di questioni riguardanti tanto la legge di ratifica del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES) quanto la legge di ratifica del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* economica e monetaria (*Fiscal compact*). La pressione, considerato il difficile contesto politico ed economico dell'eurocrisi, era enorme e il Tribunale costituzionale si pronunciava ritenendo che né il Trattato sul MES né quello sul *Fiscal compact* fossero incompatibili con il GG⁵⁴. Anche qui la Corte federale, servendosi di un impianto

⁵³ La Corte tedesca si è pronunciata sulla questione, dapprima in sede cautelare (BVerfG, 2 BvR 1390/12, 12 settembre 2012) e, successivamente, in quella definitiva (BVerfG, 2 BvR 1390/12, 18 marzo 2014).

⁵⁴ Cfr. almeno C. Pinelli, *Le corti europee (nella crisi dell'Unione)*, in www.europeanrights.eu; P. Ridola, "Karlsruhe locuta causa finita?" *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *Federalismi.it*, 18, 2012, p. 1 ss.; A. Di Martino, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *Federalismi.it*, 18, 2012, p. 1 ss.; M. Bonini, *Il "BVerfG", giudice costituzionale o "signore dei trattati"?* Fondo "salva - stati", *democrazia parlamentare e rinvio pregiudiziale nella sentenza del 12 settembre 2012*, in *Rivista AIC*, 4, 2012, p. 2 ss.; F. Pedrini, *Le «cautele» di Karlsruhe in ordine al Fondo «salva Stati» (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale del 12 settembre 2012)*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2012, p. 894 ss.; A. De Petris, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una guida alla lettura*, in *Federalismi.it*, 18, 2012, p. 1 ss.; M. Wendel, *Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012*, in *German Law Journal*, 14(1), 2013, p. 21 ss.; Id,

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

motivazionale nel quale venivano ampiamente riprese le linee argomentative già percorse dalla precedente giurisprudenza, rimarcava la necessità di preservare in capo al Bundestag un margine decisionale sostanziale sulle decisioni di bilancio, consacrando il principio dell'incostituzionalità di autorizzazioni "in bianco" a futuri piani di salvataggio. Si puntualizzava, così, il divieto per il Governo tedesco di accettare meccanismi permanenti di solidarietà economica il cui impatto finanziario non fosse *ex ante* prevedibile. Sulla scorta di tale ragionamento, il MES veniva considerato compatibile con il principio democratico, in quanto avrebbe comportato, per la Repubblica federale, una *responsabilità limitata* alla sola quota di sottoscrizione. Il Tribunale costituzionale non si esimeva, però, dal porre alcune condizioni alla ratifica:

1) l'impegno finanziario assunto dalla Germania non avrebbe potuto eccedere la quota di capitale sottoscritta (c.d. *liability ceiling*, nel caso di specie corrispondente a 190 miliardi di euro), se non in forza di un voto espresso del Bundestag che autorizzasse specificamente il superamento di detta soglia;

2) gli obblighi preposti a tutela della riservatezza dei documenti e dell'inviolabilità del segreto professionale, di cui al Trattato sul MES, non sarebbero stati opponibili al Parlamento tedesco, il quale avrebbe dovuto essere sempre previamente informato⁵⁵.

Più recentemente l'attenzione della Corte di Karlsruhe si rivolgeva, come noto, nei confronti delle misure non convenzionali adottate dalla Banca centrale europea (BCE), la quale, con tutta evidenza, ha giocato – e continua attualmente a giocare – il ruolo più

Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH, in *ZaöRV*, 2014, p. 615 ss.; G. Rivoecchi, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità e il Fiscal Compact tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2014, p. 425 ss.

⁵⁵ Si tratta, d'altronde, di un profilo ribadito dal BVerfG anche in una recente decisione relativa all'obbligo del Governo federale di informare il Parlamento sul terzo pacchetto di aiuti economici alla Grecia. Cfr., in proposito, BVerfG, 2 BvE 4/15, 27 aprile 2021. Per un primissimo commento alla pronuncia v. M.T. Roerig, *Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 27 aprile 2021 (2 BvE 4/15), sull'obbligo di informazione del Governo federale nei confronti del Bundestag riguardo al terzo pacchetto di salvataggio per la Grecia*, *Servizio Studi. Area di Diritto Comparato*, in www.cortecostituzionale.it, 27 maggio 2021.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

esposto di fronte alla crisi economica europea⁵⁶. I primi dubbi sulla conciliabilità con i Trattati del nuovo ruolo assunto dalla BCE venivano gettati già in sede di trattazione orale del procedimento principale nella causa MES, tenutasi nel giugno 2013, tant'è che il BVerfG veniva sollecitato a valutare la compatibilità con il *GG* anche del programma di acquisiti straordinari c.d. “*Outright Monetary Transactions*” (noto con l'acronimo OMT), nel frattempo annunciato dal consiglio direttivo della BCE⁵⁷. Considerata la portata delle novità introdotte, i giudici tedeschi decidevano di separare le questioni principali aventi ad oggetto il Trattato sul MES da quelle concernenti il piano OMT. Mentre le prime venivano decise nel giro di qualche mese, dalle seconde si ripartiva un ulteriore ed autonomo ramo processuale che dava origine alla nota saga giurisprudenziale Gauweiler/OMT⁵⁸.

In particolare, i ricorrenti dei giudizi da cui traeva le mosse la complessa vicenda giurisdizionale, che si ritenevano lesi nel loro diritto fondamentale alla democrazia (*Grundrecht auf Demokratie*), contestavano la legittimità del programma in questione sia perché esorbitante dalle attribuzioni della BCE, qualificandosi quale misura non già di politica monetaria, bensì economica (artt. 119, 123(1), 127(1) e (2) TFUE, nonché artt. 17 e 24 del Protocollo sullo Statuto del SEBC),

⁵⁶ Per un quadro delle operazioni di politica monetaria non convenzionale della BCE, cfr. E. Mostacci, *Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione*, in *DPCE*, 1, 2015, p. 221 ss.; F. Bassan, *Il parametro di legittimità delle misure non convenzionali della BCE*, in *Banca impresa società*, 2, 2015, p. 173 ss.; A. Canepa, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, spec. p. 10 ss. Sul punto, recentemente, anche T. Favaro, *Gli interventi delle banche centrali sul mercato. Dalla regolazione al governo dell'economia*, in *Ianus diritto e finanza*, 2020, p. 1 ss.

⁵⁷ In merito v. le riflessioni di F. Bilancia, *op. cit.*, p. 7 ss., il quale evidenzia le rilevanti asimmetrie prodotte dalla trasmissione della politica monetaria europea.

⁵⁸ Cfr. P. Faraguna, *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di giustizia e tribunali costituzionali*, cit., p. 567 ss., che mette in adeguata luce il “diritto all'ultima parola”, spesso rivendicato dal Tribunale di Karlsruhe, soprattutto rispetto alla Corte di Giustizia.

La saga si compone, specificamente, di tre pronunce: la decisione del BVerfG di promuovere il rinvio pregiudiziale alla CGUE: BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014; la decisione della CGUE sul rinvio pregiudiziale: CGUE, 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler ed altri c. Deutscher Bundestag*, in causa C-62/14; ed infine la decisione definitiva del BVerfG: BVerfG, 2BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

sia perché elusivo del divieto di finanziamento monetario del bilancio degli Stati membri (art. 123 TFUE).

Il BVerfG decideva, così, di sottoporre la questione alla CGUE, la quale, posta di fronte al non facile dilemma tra la scelta di delegittimare la BCE e quella di scatenare una dura reazione della Corte tedesca, riconosceva come il piano di acquisti straordinari rientrasse nel novero delle azioni di politica monetaria. I giudici di Lussemburgo precisavano, però, concedendo molto alle ragioni del rimettente, che le OMT avrebbero consentito esclusivamente acquisti di titoli di Stati membri aventi accesso al mercato e solamente per il tempo e la misura strettamente necessari a preservare il meccanismo della trasmissione della politica monetaria e l'unicità della stessa. In questo modo la CGUE, dimostrandosi disponibile a riconoscere che il programma censurato avrebbe dovuto rispettare le stringenti condizioni evocate dal BVerfG nel suo rinvio pregiudiziale, riusciva abilmente a minimizzare il rischio di innescare un possibile conflitto con il rimettente, evitando di offrire a Karlsruhe il destro per dichiarare *ultra vires* il piano di acquisti europeo⁵⁹. Di tal che il Tribunale costituzionale, nel momento in cui tornava a pronunciarsi in via definitiva sulla questione, con decisione del 21 giugno 2016, ritenendo sufficienti le rassicurazioni puntualmente fornite dalla CGUE, si limitava ad adottare una sentenza mista di inammissibilità e rigetto dei ricorsi sollevati con *Verfassungsbeschwerde* e conflitto tra poteri⁶⁰.

⁵⁹ Le opposte esigenze sottese alla pronuncia della CGUE sono evidenziate da L.F. Pace, *The OMT case, the "intergovernmental drift" of the Eurozone crisis and the (inevitable) rectification of the BVerfG jurisprudence in light of the ECJ's Gauweiler judgment*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1, 2017, p. 155 ss.

⁶⁰ La letteratura su questa saga giurisprudenziale è ormai sterminata. Per limitarsi ad alcuni riferimenti A. Di Martino, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in *Federalismi.it*, 4, 2014, p. 1 ss.; J. Luther, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2014, p. 422 ss.; M. Bonini, *Dichiarare ammissibili i ricorsi diretti di costituzionalità e sul conflitto tra poteri dello Stato per ottenere la revisione dei Trattati sovranazionali? Dal Meccanismo europeo di Stabilità alle Outright Monetary Transactions, attraverso una imprevedibile giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2014, p. 1 ss.; A. Cardone, *L'obliterazione dello stato di crisi: la Corte Ue ri(con)duce le misure "non convenzionali" della Bce al diritto "ordinario" dei Trattati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2015, p. 1533 ss.; D. Rossano, *Legittimo il programma OMT: la Corte di Giustizia dà ragione alla BCE*, in *Riv. Trim. dir. Ec.*, 2, 2015, p. 52 ss.; F. Montanaro, *Whatever it takes: le Outright*

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

Chiusa la saga Gauweiler/OMT con una decisione tutto sommato “conciliante” della Corte tedesca, un nuovo capitolo prendeva l’avvio con il varo, ad opera della BCE, del “*Public Sector Purchase Programme*” (PSPP), meglio noto come “*Quantitative Easing*” (QE). Detto programma straordinario, posto in essere da Francoforte per fronteggiare la crisi economica europea, prevedeva massicci acquisti di titoli di Stato nonché di obbligazioni, da parte del SEBC, motivati dall’intento di stimolare l’inflazione per riportarla all’obiettivo del 2 %⁶¹. Diversi ricorsi diretti venivano, però, sollevati dinanzi al Tribunale federale per far dichiarare, da un lato, la non applicabilità del PSPP da parte della Bundesbank, e, dall’altro, l’obbligo per i pubblici poteri tedeschi di farsi parte attiva nell’impedirne l’applicazione in Germania. Ad avviso dei ricorrenti, infatti, il programma censurato violava il divieto di finanziamento monetario (art. 123 TFUE), eccedendo gli stringenti limiti del mandato conferito alla BCE e al SEBC (artt. 119 e 127 TFUE, nonché artt. 17 e 24 del Protocollo n. 4 allegato allo Statuto della BCE)⁶². Da qui, ancora una volta, come già nell’ipotesi delle OMT,

Monetary Transactions al vaglio della Corte di Giustizia”, in *DPCE Online*, 3, 2015, p. 251 ss.; P. Faraguna, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti comparati*, 1, 2016, p. 1 ss.; F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, cit., p. 23 ss.; A. De Petris, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale costituzionale federale tedesco alla sentenza della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *Federalismi.it*, 13, 2016, p. 2 ss.; R. Ibrido, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *Federalismi.it*, 5, 2017, p. 2 ss.

⁶¹ In merito alla garanzia di stabilità dei prezzi quale fine istituzionale della BCE, cfr. G. Repetto, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. Azzariti (a cura di), *La responsabilità politica nell’era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, p. 299. Ma sul punto già C. Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, p. 60, il quale osservava come l’obiettivo della stabilità, certamente destinato a prevalere nel breve periodo, si sarebbe, nel lungo periodo, rivelato servente rispetto alle finalità contemplate dall’(allora) art. 2 TCE.

⁶² Anche qui la saga si compone di tre pronunce: la decisione del BVerfG di promuovere il rinvio pregiudiziale alla CGUE: BVerfG, 2 BvR 859/15, 18 luglio 2017; la risposta della CGUE sul rinvio pregiudiziale: CGUE, 11 dicembre 2018, *Weiss e a.*, in causa C-493/17; ed infine la decisione del BVerfG che ha definito la questione: BVerfG, 2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16, 5 maggio 2020.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

la lesione del diritto individuale alla democrazia dell'elettore tedesco e dunque il pregiudizio per l'identità costituzionale della Repubblica federale.

In questa cornice il BVerfG chiamava nuovamente in causa la CGUE, la quale rispondeva riconoscendo una patente di legittimità all'operato della BCE ed escludendo che quel programma violasse il diritto dell'Unione europea. Senonché, a seguito della riassunzione del giudizio all'esito del rinvio pregiudiziale, con sentenza del 5 maggio 2020, i giudici tedeschi, opinando in senso opposto a quanto accertato dal giudice dell'Unione, sorprendentemente ritenevano che tanto il piano PSPP quanto la stessa sentenza *Weiß* della Corte di Giustizia, che lo aveva ritenuto compatibile con i Trattati, travalicassero in maniera grave e manifesta i poteri degli organi che li avevano adottati⁶³.

⁶³ La vicenda culminata nella sentenza del 5 maggio 2020 è stata ampiamente commentata, sia qui sufficiente rinviare ad A. Ciancio, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's Public Sector Purchase Programme: An Attempt to "Break the Toy" or a New Starting for the Eurozone?*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 44 ss.; A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020, p. 1 ss.; J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *AISDUE*, 1, 2020, p. 1 ss.; O. Chessa, *Il paradosso di Karlsruhe. Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica*, in *Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 7 luglio 2020, p. 1 ss.; G. Scaccia, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 2857 ss.; A. Guazzarotti, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2020; P. Faraguna, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, p. 429 ss.; M. Picchi, *La pronuncia del Bundesverfassungsgericht sul Public Sector Purchase Programme: quando da una "prova di forza" possono scaturire le premesse per un necessario "cambio di passo"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2020; p. 796 ss.; F. Salmoni, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta online*, 2, 2020, p. 289 ss.; A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 2869 ss.; D.U. Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, p. 166 ss.; L.F. Pace, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della*

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

Questa decisione dalla portata dirimpente, definendo, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale tedesca, atti di istituzioni europee *ultra vires*, e come tali non vincolanti per gli organi pubblici della Repubblica federale, segnava un momento di forte tensione – se non di vera e propria rottura – nei rapporti tra la Corte di Karlsruhe e l'ordinamento europeo, sebbene gli sviluppi successivi abbiano, per la verità, progressivamente condotto, anche grazie ad un determinante contributo della politica, ad un certo raffreddamento della temperatura di un conflitto senza precedenti⁶⁴.

5. Osservazioni provvisorie: per una lettura “propulsiva” della decisione

“crisi istituzionale” annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 299 ss.

⁶⁴ Il BVerfG, in particolare, contestava, sia alla BCE che alla CGUE, un grave difetto di motivazione che impediva un sindacato giurisdizionale sul rispetto del principio di proporzionalità, assegnando un periodo transitorio di tre mesi entro il quale porre rimedio al vizio rilevato. Di tal che, entro il termine fissato dalla Corte di Karlsruhe, la BCE provvedeva, attraverso l'invio confidenziale di appositi documenti, a fornire ulteriori motivazioni sulla proporzionalità delle misure adottate. Motivazioni, queste, che venivano ritenute sufficienti dal Bundestag, il quale, pronunciandosi in tal senso con una mozione approvata a larga maggioranza, aveva contribuito a disinnescare il conflitto costituzionale. Eppure, proprio recentemente, il 9 giugno 2021, a più di un anno di distanza dalla summenzionata decisione del Tribunale costituzionale, la Commissione europea – dopo che già precedentemente aveva reso noto l'intendimento di considerare l'avvio di una procedura d'infrazione a carico della Repubblica federale – ha deciso di inviare una lettera di costituzione in mora alla Germania per violazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione e, segnatamente, dei principi di autonomia, primato, effettività e applicazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché del rispetto della giurisdizione della Corte di giustizia. Per la decisione in questione si rinvia a Commissione europea, *Pacchetto infrazioni di giugno*, consultabile all'indirizzo <https://bit.ly/3FFziFZ>; per dei primissimi approfondimenti in merito cfr. F. Fabbrini, *Salvare la Corte costituzionale tedesca da sé stessa*, in *Centro Studi sul Federalismo*, Commento n. 223, 14 giugno 2021; D.U. Galetta – J. Ziller, *C'était la moindre des choses... A propos de la procédure d'infraction contre l'Allemagne en relation avec la décision de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire Weiss-PSPP*, in *Blogdroiteuropéen*, 15 giugno 2021; P. Faraguna, *C'è un giudice per Berlino? La Commissione mette in mora la Germania per la sentenza Weiss*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*. Quanto agli aspetti legati all'apertura di un simile scenario v. S. Poli – R. Cisotta, *The German Federal Constitutional Court's Exercise of Ultra Vires Review and the Possibility to Open an Infringement Action for the Commission*, in *German Law Journal*, 21(5), 2020, p. 1078 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

L'articolato percorso, sin qui ricostruito, seguito dal BVerfG in materia di crisi economica, ha svolto un ruolo nevralgico nel tracciare spazi e limiti di legittimazione delle politiche e degli assetti propri della *governance* economica europea. In questo filone giurisprudenziale, ormai piuttosto ricco, la Corte tedesca, a partire dal *Maastricht-Urteil*, ha più volte esaltato una peculiare concezione di "Costituzione economica" europea, sottolineando come l'Unione sia, e debba continuare ad essere, una *Stabilitätsgemeinschaft* (Comunità di stabilità), concettualmente contrapposta alla *Solidargemeinschaft* (Comunità di solidarietà) tedesca⁶⁵.

L'architrave dei Trattati, che presuppone una condizione di *dominance* della politica monetaria su quella fiscale, converge, infatti, verso il fine ultimo di garantire la stabilità della moneta unica, tenendo sotto controllo le dinamiche inflazionistiche e non riconoscendo alcuna specifica valenza prescrittiva alla *solidarietà*⁶⁶. Al contrario, uno dei pilastri che reggono l'insieme delle norme dirette a regolare il governo dell'economia in Europa è proprio l'esclusione di interventi perequativi con l'obiettivo di evitare condotte di c.d. *moral hazard*, che il divieto di *bail out*, di cui all'art. 125 TFUE, intende espressamente scongiurare⁶⁷. In altri termini, la costruzione comune europea pare disinteressarsi di qualsivoglia forma di condivisione di responsabilità attuata attraverso misure di stampo redistributivo⁶⁸. Di tal che la "fuga" dalla solidarietà finisce per costituire un dato che connota in modo strutturale

⁶⁵ Contrapposizione su cui riflette F. Saitto, *Stabilitätsgemeinschaft, prerogative parlamentari e politiche di bilancio: Karlsruhe precisa i poteri e le responsabilità del Bundestag mentre parla all'Europa*, in *Diritti comparati*, 18 ottobre 2012, p. 1 ss.

⁶⁶ Sul rilievo giuridico del principio di solidarietà nell'Unione europea si soffermano P. Gussone, *Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und Seine Grenzen*, Berlin, 2006, spec. 52 ss.; M. Lais, *Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, Baden Baden, 2007, spec. 91 ss.

⁶⁷ Cfr. G. Pitruzzella, *Come cambia la Costituzione economica europea tra condivisione dei rischi e moral hazard*, in *Diritto costituzionale*, 2, 2018, p. 31 ss.

⁶⁸ M. Picchi, *La pronuncia del Bundesverfassungsgericht sul Public Sector Purchase Programme: quando da una "prova di forza" possono scaturire le premesse per un necessario "cambio di passo"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2020, p. 796 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

l'architettura giuridica dell'Unione economica e monetaria (UEM), tanto da rappresentarne un'evidente premessa assiologica⁶⁹.

E tuttavia, si iniziano a intravedere i primi segnali di alcuni mutamenti, se non proprio della "Costituzione economica" europea, quantomeno del modo in cui questa viene interpretata nei suoi tratti essenziali. Basti pensare, sul piano della politica monetaria, al profondo impatto delle c.d. *unconventional monetary policies*, con cui la BCE, più o meno direttamente, anche per effetto di un'interpretazione estesa del suo mandato, oltre che dei suoi "*implied powers*", fornita dalla CGUE, ha contribuito a limitare fortemente le conseguenze dell'eurocrisi⁷⁰. Mentre, sul versante della politica fiscale, si segnalano l'allentamento senza precedenti di numerosi vincoli normativi⁷¹, la mobilitazione di tutti i fondi già esistenti nel bilancio europeo, una piena flessibilità nell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato, ma soprattutto lo strumento del NGEU, legato, come già detto, alla decisione, su spinta franco-tedesca, di reperire fondi aggiuntivi, presi a prestito sui mercati finanziari, da utilizzare per il sostegno a lungo termine agli Stati, anche tramite sussidi a fondo perduto⁷².

Seppur si tratti, per la maggior parte, di misure legate alla gestione di fasi emergenziali, dunque congiunturali e non strutturali, non pare, in ogni caso, negabile l'affiorare di una *governance* economica e monetaria almeno in parte aliena rispetto a quel "paradigma della stabilità", sposato a partire dal Trattato di Maastricht, che, nel

⁶⁹ Quanto al problema della compatibilità tra la "Costituzione economica" italiana e i principi di mercato propri del diritto dell'Unione europea, per tutti, C. Pinelli, *Sulla compatibilità fra gli enunciati costituzionali sui rapporti economico-sociali e il diritto dell'Unione europea*, in *Astrid Rassegna*, 91, 2009, p. 1 ss.

⁷⁰ Espressione di questa tendenza è senz'altro il recente varo, ad opera della BCE, del "*Pandemic Emergency Purchase Programme*" (PEPP), che prosegue la politica monetaria non convenzionale inaugurata dalla Presidenza Draghi nel 2012. Per un'analisi dei possibili riflessi sul PEPP della decisione del 5 maggio 2020 del BVerfG si rimanda a P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, p. 307 ss.

⁷¹ Tra cui la sospensione dello *Stability and Growth Pact* tramite l'attivazione della *general escape clause* che, esentando temporaneamente gli Stati dal rispetto degli obiettivi macroeconomici concordati per l'anno in corso, consente il ricorso a politiche di *deficit spending*.

⁷² O. Chessa, *La "governance" economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, 3, 2020, p. 409 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

procedimento di revisione dei Trattati, si è mantenuto – quantomeno formalmente – immutato sino ad oggi⁷³. Sembra, effettivamente, che in questo modo l'Eurozona possa gradualmente imboccare un percorso inedito, non più ancorato a mere logiche di rigore ed austerità, frutto di spinte di ispirazione neoliberale, bensì improntato anche allo sviluppo di misure espansive, con effetti allocativi e redistributivi, che siano in grado di temperare, seppur parzialmente, il precetto per cui ogni Stato è responsabile esclusivamente per sé stesso⁷⁴.

Da tale angolo visuale, la pronuncia in commento va salutata con favore per alcuni suoi accenti dai tratti costruttivi, che contribuiscono a segnare, anche nei toni, una certa soluzione di continuità rispetto all'”ingombrante” precedente del 5 maggio 2020, non fosse altro per il fatto che oggi a presiedere l'organo costituzionale non è più l'”intransigente” giudice Andreas Voßkuhle⁷⁵. La Corte tedesca, difatti, pur rimanendo ferma nel ribadire come la decisione sulle risorse proprie non consenta un'estensione delle competenze dell'Unione, rigorosamente delimitate dal principio di attribuzione, nella misura in

⁷³ Cfr. G. Della Cananea, *L'Unione europea, oltre la stabilizzazione dei conti Pubblici*, in *Diritto pubblico*, 1, 2020, p. 166 ss., il quale sottopone ad un rigoroso vaglio critico l'opzione, caldeggiata da molti, di un'evoluzione dell'UE da Unione di disciplina fiscale ad Unione finanziaria, con un bilancio più consistente e configurato in modo da perseguire politiche di tipo distributivo.

⁷⁴ Sulla visione neoliberale recentemente C. Pinelli, *What Comes After Neoliberalism? Contribution to the online symposium on Poul F. Kjær (ed.), The Law of Political Economy: Transformations in the Function of Law (CUP 2020)*, in *Verfassungsblog*, 3 settembre 2020. Per un'analisi critica della dottrina macroeconomica *mainstream*, di tipo neoliberale e ordoliberal, si veda anche O. Chessa, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Bilancio, comunità, persona*, 1, 2021, p. 96 ss.

⁷⁵ In questo senso F. Saitto, *«Tanto peggio per i fatti». Sipario sulla Presidenza Voßkuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritti comparati*, 7 maggio 2020.

Un segnale di progressiva distensione dell'approccio del BVerfG, in parziale antitesi rispetto alla pronuncia del 5 maggio 2020, sembra potersi intravedere anche nella recente decisione con cui la Corte di Karlsruhe ha dichiarato inammissibili e infondati alcuni ricorsi aventi ad oggetto, ancora una volta, il programma PSPP della BCE. Cfr., in proposito, BVerfG, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 29 aprile 2021, su cui v. M. Bonini, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e il programma PSPP: dalla sentenza «Weiss» alla procedura di infrazione della Commissione, attraverso il percorso accidentato del sindacato nazionale sugli atti ultra vires dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, 2, 2021, p. 277 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

cui esclude un'elevata probabilità di incompatibilità tra la legge federale di ratifica e l'identità costituzionale tedesca, e dunque tra *EU-Finanzverfassung* ("Costituzione economica" europea) e *D-Finanzverfassung* ("Costituzione economica" tedesca), pare, in controtelaio, accreditare una peculiare lettura "propulsiva" del significato letterale della disciplina incorporata nel diritto primario dell'Unione⁷⁶. Ossia un'interpretazione ampia del margine di scelta che l'attuale assetto dei Trattati assegna alle istituzioni dell'Unione ai sensi dell'art. 311 TFUE e, al contempo, restrittiva del divieto di agevolazione creditizia e di salvataggio di cui all'art. 125 TFUE, che, nonostante la pendenza di un giudizio di merito ancora aperto e tutt'altro che scontato, sortisce l'effetto di legittimare, almeno per il momento, forme di indebitamento sovranazionale con fini perequativi, preordinate a ricomporre le asimmetrie causate dal comune evento pandemico⁷⁷. Il che risulta degno di ancor maggiore rilievo se si considera che i giudici di Karlsruhe sono sempre rimasti tra i più fermi oppositori dell'idea che, in ragione della crisi economica, fosse lecito derogare il tenore testuale dei Trattati, inteso come il frutto di un faticoso compromesso, ribadendo come l'unica via per il superamento

⁷⁶ In effetti, il BVerfG, individuando nel combinato disposto degli art. 311(3) e 122 TFUE, contemplati dalla legge di ratifica, un'idonea base giuridica per la decisione sulle risorse proprie, esclude espressamente che questa comporti un trasferimento di diritti sovrani ai sensi dell'art. 23.1 GG.

Quanto al controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani (*formelle Übertragungskontrolle*) che, a seguito della pronuncia del BVerfG, 2 BvR 739/17, sembrerebbe essersi aggiunto alle ipotesi tradizionali di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali (delineato nella saga *Solange*), sugli atti *ultra vires* (teorizzato nel *Maastricht-Urteil*) e sull'identità costituzionale (definito nel *Lissabon-Urteil*), cfr. G. Delle Donne, *Il controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani: un ulteriore arricchimento dello strumentario del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, p. 442 ss. Si tratta di vari modelli di sindacato costituzionale, che esprimono fronti diversi di riserve costituzionali cui nel linguaggio del diritto costituzionale italiano ci si riferisce genericamente con il lemma "controlimiti". Su questi ultimi, per tutti, G.P. Dolso, *I controlimiti "comunitari" tra passato e presente*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2017, p. 1088 ss.

⁷⁷ Sul problema dell'auto-interpretazione dei Trattati si rinvia a J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe* (1999), trad. it. *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 398 ss.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

della *Stabilitätarchitektur* dell'Unione fosse una modifica espressa degli stessi, per il tramite delle procedure di revisione all'uopo previste⁷⁸.

Insomma, nell'attesa che maturino le condizioni politiche per definire una più compiuta integrazione economica, che non potrà non passare attraverso l'edificazione di un'Unione fiscale con un'espressa capacità redistributiva facente perno su un vero principio di solidarietà europea, non resta che affidarsi, ancora una volta, alla forza trainante delle Corti e all'effetto d'impulso cui un eventuale "dialogo" tra esse, anche considerata l'intrinseca virtuosità che lo strumento del rinvio pregiudiziale sottende, saprà sicuramente condurre⁷⁹. L'impressione, perciò, è che a livello europeo finisca per imporsi un'accezione ampia di "Costituzione economica", che non si fonda esclusivamente sugli istituti appartenenti al diritto scritto, ma va oltre, allargando lo sguardo fino a ricomprendere i mutamenti dell'interpretazione che dei paradigmi economici viene fornita dalla giurisprudenza dei Tribunali costituzionali⁸⁰.

ABSTRACT: The essay analyses the Bundesverfassungsgericht's case law about the European economic integration process, focusing on the NGEU judgment and highlighting its relevance and complexity. The author illustrates the steps marked by the Federal Constitutional Court in its interim decision of 15 April 2021, by which the Court rejected an application for a preliminary injunction directed against the Act Ratifying the EU Own Resources Decision. In particular, the decision, taking into account the protection of the budgetary

⁷⁸ M. Kumm, *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might Do About It*, in *German Law Journal*, 15(2), 2014, p. 207 ss.

⁷⁹ Cfr., in merito, la visione di M. Simoncini, *op. cit.*, a detta della quale «Le scelte chiave sul futuro dell'Europa non dovrebbero dipendere reattivamente da censure giurisdizionali e l'ordinanza del *Bundesverfassungsgericht* deve, quindi, suonare come un campanello di allarme per richiamare la politica alle proprie responsabilità».

⁸⁰ In relazione ai vari significati dell'espressione "Costituzione economica" v. S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, p. 3.

Andrea Conzutti

*Le sfide dell'integrazione economica europea di fronte al Bundesverfassungsgericht:
un confronto (ormai) ineludibile alla luce del caso NGEU*

sovereignty of the German Parliament and the safeguarding of the Parliament's overall budgetary responsibility, stated that the cost of blocking the ratification process far exceeds the risks, including for the international reputation of the German Government. In doing so, the Court opened the door to the NGEU, a 750 billion Euro temporary stimulus instrument, which represents Europe's economic response to the COVID-19 pandemic

KEYWORDS: German Constitutional Court – Next Generation EU – Own Resources Decision – European Economic Integration – Economic Constitution

Andrea Conzutti – Dottorando di ricerca e cultore della materia in Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione, Università degli Studi di Trieste, sede convenzionata dell'Università degli Studi di Udine (andrea.conzutti@phd.units.it)

**“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”.
Sui limiti del *Meccanismo per lo Stato di diritto* alla luce del
caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della
Commissione***

Giovanni Guerra

SOMMARIO: 1. La Bulgaria e il *Meccanismo di Cooperazione e Verifica* (MCV): il monitoraggio post-adesione quale “precursore” *ad hoc* del *Meccanismo per lo Stato di diritto*? - 2. La relazione MCV del 2016: a proposito di Procuratori Generali “onnipotenti” e delle tensioni a cui è sottoposto il principio dell’indipendenza del potere giudiziario. - 3. Le relazioni MCV del 2018 e del 2019: dall’indulgenza alla complicità il passo è breve. - 4. La relazione sullo Stato di diritto del 2020: la Commissione e quelle (brutte) abitudini dure da abbandonare. - 5. Osservazioni conclusive. Strumenti velleitari e accondiscendenza come non si contrasta la crisi dello Stato diritto

1. *La Bulgaria e il Meccanismo di Cooperazione e Verifica (MCV): il monitoraggio post-adesione quale “precursore” ad hoc del Meccanismo per lo Stato di diritto?*

“Basta un poco di zucchero e la pillola va giù”. *Si parva licet*, si potrebbero commentare così – con una *boutade* si intende – le condizioni in cui versa lo Stato di diritto in Bulgaria alla luce della pubblicazione, il 30 settembre 2020, del primo *report* annuale sullo stato della *rule of law* all’interno dell’Unione europea, con la doverosa precisazione che non sempre la scelta di “indorare la pillola” genera effetti benefici. Di certo, come si intende dimostrare, ostinarsi a praticare tale terapia alla lunga “nuoce (gravemente) alla salute”.

La relazione di cui si discorre si inserisce nell’ambito del *Meccanismo per lo Stato di diritto* (MSD), ossia l’ultimo strumento creato dall’Unione europea per promuovere la *rule of law* e prevenire l’insorgenza o l’aggravarsi di eventuali problematiche in questo campo a livello domestico. Il MSD costituisce uno dei principali approdi del programma finalizzato al rafforzamento dello Stato di diritto che la

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

Commissione ha elaborato ed illustrato attraverso due comunicazioni pubblicate tra la primavera e l'estate del 2019¹.

Con la prima comunicazione, dedicata allo stato dell'arte circa gli strumenti a disposizione dell'Unione europea per garantire lo Stato di diritto, è stato fatto un bilancio dell'esperienza maturata sino a quel momento ed è stata contemplata la possibilità di intraprendere nuove iniziative nell'ambito di quelli che sono stati indicati come i tre pilastri su cui poter impostare un'efficace azione a questo riguardo, ossia «promozione, prevenzione e reazione»².

Con la seconda comunicazione la Commissione ha poi presentato il suo piano d'azione, descrivendo le proposte da mettere concretamente in campo. Tra queste, con riferimento alle misure di prevenzione concepite al fine di accrescere «la capacità della Commissione di individuare i rischi per lo Stato di diritto, elaborare possibili soluzioni e fornire tempestivamente un supporto mirato», spiccava l'idea di istituire un «ciclo di esame annuale sullo Stato di diritto»³, il MSD per l'appunto. In sostanza, veniva immaginata la creazione di un sistema di monitoraggio di portata generale, fondato su un processo continuo di raccolta di informazioni e di dialogo con le autorità nazionali e i portatori di interessi riguardo gli sviluppi dei profili più salienti dello Stato di diritto, e cioè: i problemi sistemici

* Il presente contributo è una rielaborazione dell'intervento tenuto nell'ambito del ciclo di *webinar* su “La Rule of Law in Europa” organizzato dall'unità di Pisa (Responsabile Prof. Rolando Tarchi) inclusa nel Progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN 2017) su “*Framing and Diagnosing the Constitutional Degradation: a Comparative Perspective*” (Principal Investigator Prof.ssa Tania Groppi – Università di Siena). L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Commissione europea, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, COM (2019) 163 final, Bruxelles, 03.04.2019 e *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma di azione*, COM (2019) 343 final, Bruxelles, 17.07.2019. Per un primo commento si vedano L. Pech – D. Kochenov – B. Grabowska Moroz – J. Grogan, *The Commission's Rule of Law Blueprint for Action: Opportunity to Fully Confront Legal Hooliganism*, in *VerfBlog*, 5 settembre 2019 e G. Michelini, *Stato di diritto e condizionalità nell'Unione europea. Gli strumenti di conoscenza della Commissione*, in *Quest. giust.*, 20 gennaio 2021.

² Commissione europea, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, cit., p. 11 ss.

³ Commissione europea, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma di azione*, cit., p. 10.

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

inerenti al processo legislativo, l’assenza di una tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, il mancato rispetto della separazione dei poteri, la capacità degli Stati membri di combattere la corruzione e, infine, il pluralismo nel settore dei media e in materia elettorale⁴. Oltre a tracciarne l’ambito di applicazione, la comunicazione dell’estate 2019 specificava che i risultati di tale ciclo di monitoraggio sarebbero stati riassunti ed esposti in una relazione, redatta annualmente dalla Commissione, contenente un capitolo dedicato alle condizioni dello Stato di diritto di ciascuno Stato membro⁵.

Se per la stragrande maggioranza dei Paesi dell’Unione europea il MSD rappresenta un che di inedito, lo stesso non può dirsi con riferimento alla Bulgaria e alla Romania. Infatti, le due Repubbliche dei Balcani orientali sono soggette dal 2007, anno in cui sono divenuti formalmente parte integrante dell’Unione europea, ad un particolare meccanismo che, quanto a natura e funzionamento, condivide numerose affinità con il MSD. Trattasi del *Meccanismo di Cooperazione e Verifica* (MCV), uno strumento di carattere transitorio concepito appositamente per aiutare i Governi di Sofia e Bucarest a rimediare alle carenze ravvisate sotto il profilo dell’osservanza di alcuni dei parametri di accesso al circolo eurounitario, i celebri “criteri di Copenaghen”.

Definiti nel corso del Consiglio europeo svoltosi nel giugno del 1993 nella capitale del Regno di Danimarca, dalla quale traggono la loro denominazione, i criteri di Copenaghen individuano le condizioni fondamentali che gli Stati intenzionati ad entrare a far parte dell’Unione europea sono tenuti a rispettare. Stando ai criteri in questione, così come perfezionati in occasione del Consiglio europeo di Madrid del dicembre 1995, per aderire all’Unione europea è necessario che lo Stato che ha presentato domanda: risulti dotato di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell’uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela (criteri politici); si basi su di un’economia di mercato affidabile, mostrando di possedere la preparazione per far fronte alle forze del mercato e alla pressione concorrenziale all’interno dell’Unione (criteri economici); abbia infine

⁴ Cfr. *ivi*, p. 10 ss.

⁵ Cfr. *ivi*, p. 11.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

la capacità necessaria per accettare gli obblighi derivanti dall’adesione, assicurando l’efficace attuazione delle norme, delle regole e delle politiche che formano il corpo della legislazione dell’UE, nonché il conseguimento degli obiettivi connessi all’Unione politica, economica e monetaria (criteri dell’*acquis*).

Nell’ambito di questi tre gruppi, i criteri politici - ripresi pressoché testualmente dall’art. 2 TUE, a cui si deve la loro elevazione a valori fondanti della stessa UE - hanno col tempo assunto un carattere prioritario. Questo almeno a partire dal Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997 e quello di Helsinki del 1999, quando è stato stabilito e poi ribadito che il relativo rispetto costituisce una condizione preliminare all’avvio dei negoziati di adesione⁶, come peraltro attualmente prescritto dall’art. 49 TUE, che però, oltre a richiederne l’osservanza, ne esige anche la promozione. I criteri afferenti alla dimensione economica e quelli relativi all’*acquis* sono sempre stati oggetto di valutazione, sin dal quando, nel 1961, il Regno Unito ha presentato domanda di ammissione⁷. All’opposto, il requisito del rispetto di taluni criteri politici di marca democratica è emerso sulla base di una prassi evolutiva frutto di una serie di prese di posizione che gli organi delle Comunità europee in generale, ma, soprattutto, l’Assemblea di Strasburgo (si prenda il c.d. *Birkelbach Report* del 1962⁸) e alcuni Parlamenti nazionali, hanno assunto nei confronti delle proposte di associazione *ex art. 238 TCEE* formulate dalla Grecia dei colonnelli e dalla Spagna franchista⁹.

La previsione contenuta all’art. 116, par. I, del progetto del Trattato del 1953, poi abbandonato, sulla creazione di una Comunità politica europea parrebbe far propendere, a prima vista, per la tesi secondo cui il tema della *membership* sia da sempre stato legato

⁶ Cfr., sul punto, R. Basso, *La procedura per l’accesso di nuovi Stati membri: l’Unione europea alla ricerca della propria identità*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2003, p. 539 ss.

⁷ Si veda L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all’Unione europea*, in *Forum di Quad. cost.*, 2006, p. 2 s.

⁸ Cfr. W. Birkelbach, *Report on behalf of the Political Committee on the political and institutional aspects of accession or association to the Community*, EP Working Documents 1961-1962, Document n. 122, 16 January 1962.

⁹ Cfr. R. Janse, *The Evolution of the Political Criteria for Accession to the European Community 1957-1973*, in *Eur. Law J.*, 24(1), 2018, p. 57 ss.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

all’osservanza di specifici criteri politici, ovverosia, secondo quanto previsto dall’articolo sopracitato, «la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali»¹⁰. Ad ogni modo, la mancata trasposizione di questa disposizione all’interno del Trattato di Roma 1957, solo parzialmente compensata da un riferimento quanto mai generico alla “libertà” inserito nel Preambolo del TCEE, oltre a testimoniare l’assunzione da parte dei sei Stati fondatori di una logica prevalentemente funzionalista, resa esplicita dalla volontà che gli stessi hanno manifestato di dare vita ad un’organizzazione avente come scopo principale quello di promuovere la creazione di un mercato comune attraverso la libera circolazione di merci, lavoratori, capitali e servizi, sembra avvalorare l’opinione di quanti hanno ritenuto che, almeno durante i primi anni del processo integrativo, la questione della *membership* non fosse collegata a stringenti requisiti politici¹¹.

In questo senso, i criteri di Copenaghen hanno rappresentato una svolta. Innanzitutto perché mediante la loro esplicita formalizzazione si è giunti ad una più chiara e uniforme specificazione dei requisiti politici che bisogna necessariamente soddisfare per poter accedere all’UE, tra i quali è stato annoverato, per la prima volta, il fondamentale criterio della tutela delle minoranze. In secondo luogo, perché il soddisfacimento di tali requisiti è stato assunto come lo specifico fine di quella politica strategica di pre-adesione, annunciata nel corso del Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 e lanciata formalmente durante il Consiglio europeo di Essen del 1994, rivolta a realizzare, tramite la combinazione di un’opera di progressiva puntualizzazione e di monitoraggio costante di determinati *target* da parte della Commissione, il più vasto allargamento che l’Unione europea abbia mai sperimentato e che l’ha condotta ad accogliere al suo interno la stragrande maggioranza dei Paesi collocati nell’area dell’Europa centrale ed orientale, individuati come i principali destinatari di tale processo di ampliamento¹².

¹⁰ Così G. de Búrca, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, in *Am. J. Int. Law*, 105(4), 2011, p. 664 ss.

¹¹ Cfr., *ex multis*, D.C. Thomas, *Constitutionalization through Enlargement. The Contested origins of the EU’s democratic identity*, in *J. Eur. Public Policy*, 13(8), 2006, p. 1190 ss.

¹² Sul punto, si veda *funditus* R. Janse, *Is the European Commission a Credible Guardian of the Values? A Revisionist Account of the Copenhagen Political Criteria*

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

A livello cronologico, le due Repubbliche balcaniche sono gli ultimi Stati ad aver completato l’*iter* di adesione all’epoca del quinto allargamento¹³. Bulgaria e Romania hanno avanzato domanda di adesione rispettivamente il 14 dicembre 1995 e il 22 giugno 1995, mentre i negoziati sono stati avviati con entrambi i Paesi nel corso del Consiglio europeo di Helsinki del 15 febbraio 2000, assieme all’apertura di quelli con Lettonia, Lituania, Slovacchia e Malta. Tale percorso parallelo era però destinato ad arrestarsi presto. Le prime avvisaglie si sono avute in occasione della pubblicazione delle Conclusioni del Consiglio europeo di Laeken del 14 - 15 dicembre 2001, che hanno certificato per la prima volta l’esistenza di un *gap* significativo tra Bulgaria e Romania, da un lato, e gli altri dieci Stati coinvolti nel cosiddetto *big bang enlargement*, dall’altro, sul piano dell’avanzamento lungo la *road map* dei progressi da conseguire perché si potesse giungere alla positiva conclusione delle trattative. Ad ogni modo, è all’esito del Consiglio europeo di Copenaghen del 12 - 13 dicembre 2002 che si è proceduto a «disaccoppiare»¹⁴ i negoziati di Bulgaria e Romania da quelli condotti con i restanti Stati coinvolti nel quinto allargamento¹⁵. Con riferimento alle tempistiche, i Capi di Stato e di Governo dell’epoca si auguravano che le due Repubbliche balcaniche

during the *Big Bang Enlargement*, in *I•CON*, 17(2), 2019, p. 47, ad opinione del quale la Commissione avrebbe assolto in maniera soddisfacente al compito assegnatole. Al contrario, sulla debolezza dei criteri politici di Copenaghen, dovuta agli *standard* niente affatto elevati concretamente adottati dalla Commissione, rea di aver effettuato valutazioni non sempre complete, coerenti e imparziali circa il loro rispetto, si vedano criticamente D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-Accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Alphen aan den Rijn, 2008 e G. Halmai, *Second-Grade Constitutionalism? The Cases of Hungary and Poland*, in I. Motoc – P. Pinto de Albuquerque – K. Wojtyczek (eds.), *New Developments in Constitutional Law. Essays in Honor of A. Sajó*, The Hague, 2018, p. 158 ss.

¹³ Con il primo allargamento (1973), agli originali sei Stati membri si sono aggiunti la Danimarca, l’Irlanda e il Regno Unito (primo stato ad aver receduto dall’Unione europea all’esito della c.d. *Brexit*, ufficialmente conclusasi il 31 gennaio 2020. Con il secondo allargamento (1981) ha fatto il suo ingresso la Grecia. Con il terzo allargamento (1986) ad aver ottenuto la *membership* sono stati Spagna e Portogallo, seguiti nell’ambito del quarto allargamento (1995) da Austria, Finlandia e Svezia.

¹⁴ E. Gateva, *European Enlargement Conditionality*, London, 2015, p. 90.

¹⁵ I Paesi in questione sono Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia e Polonia.

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

avrebbero ottenuto la *membership* tre anni dopo gli altri Stati candidati, per i quali era già stata previsto, nel corso del già ricordato Consiglio europeo di Laecken, che avrebbero assunto lo *status* di Paesi membri in tempo utile per riuscire a partecipare alle elezioni per il Parlamento europeo del 2004. La scelta di posporre l'ingresso di Bulgaria e Romania era dovuta alle significative carenze ravvisate sul piano degli obblighi da soddisfare per poter completare con successo l'*iter* di adesione. Nello specifico, veniva sottolineata l'importanza di realizzare una riforma giudiziaria e amministrativa che contribuisse a far progredire la preparazione complessiva di Bulgaria e Romania, ritenuta ancora insufficiente.

Siccome tali criticità si sono protratte anche nel prosieguo delle negoziazioni¹⁶, nel Trattato di adesione sono state inseriti alcune clausole inedite, che mai erano comparse prima in un trattato sancente l'ammissione di un nuovo Stato membro (artt. 37 - 39)¹⁷. Tra queste, un posto speciale è occupato dalla clausola c.d. di «super-salvaguardia»¹⁸ con la quale l'Unione europea si era garantita la facoltà di posticipare di un anno, e cioè al 1° gennaio 2008, il formale ingresso di Bulgaria e Romania. Si prevedeva che tale clausola avrebbe potuto essere attivata qualora il costante controllo da parte della Commissione degli impegni assunti da Sofia e da Bucarest nell'ambito dei negoziati di adesione e, in particolare, le relazioni di verifica che la stessa andava regolarmente elaborando dal 1998 sulla Bulgaria e la Romania, così come sugli altri

¹⁶ Nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 16 - 17 dicembre 2004, mentre la Presidenza si rallegrava dell'avvenuto completamento dei negoziati con i due Paesi dei Balcani orientali, si dichiarava al contempo che la Bulgaria sarebbe stata in grado di assumersi tutti gli obblighi incombenti su uno Stato membro alla data prevista per l'adesione a condizione che avesse continuato ad esplicitare il suo impegno a tal fine e che avesse proceduto a completare tempestivamente e positivamente tutte le riforme necessarie, adempiendo alla totalità degli impegni concordati (punto 7). Inoltre, veniva precisato che qualora si fossero presentati problemi gravi prima dell'adesione o nei tre anni successivi sarebbero state previste misure di salvaguardia (punti 7 e 11).

¹⁷ Si veda, sul punto, D. Phinnemore, *From Negotiations to Accession: Lessons from 2007 Enlargement*, in C. Chiva - D. Phinnemore (eds.), *The European Union's 2007 Enlargement*, Abingdon - New York, 2012, p. 96.

¹⁸ D. Papadimitrou - D. Phinnemore, *Romania - Uneven Europeanization*, in S. Bulmer - C. Lequesne (eds.), *The Member States of the European Union*, II ed., Oxford, 2013, p. 240.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

applicants dell'epoca, allo scopo di fornire una base, nel contesto del Consiglio, per lo conduzione delle trattative, avessero mostrato chiaramente che lo stato dei preparativi per l'adozione e l'attuazione dell'*acquis* fosse tale da far sorgere il serio rischio che uno di questi Stati sarebbe risultato manifestamente impreparato a soddisfare i requisiti previsti in alcuni importanti settori entro la data stabilita per l'acquisizione della *membership* (art. 39, par. I)¹⁹. L'ultima relazione di controllo sui progressi effettuati, compilata pochi mesi prima che sopraggiungesse il fatidico giorno dell'ufficiale ingresso delle due Repubbliche dei Balcani orientali, è esemplificativa dei dubbi e delle ansie circa il loro stato di preparazione che circolavano nelle stanze di Palazzo *Berlaymont*²⁰.

È per tali motivi che la Commissione ha proceduto ad istituire un dispositivo di monitoraggio post-adesione sino ad allora mai sperimentato (e mai più riproposto in seguito), che ha poi assunto la denominazione che oggi conosciamo. Si fa riferimento al *Meccanismo di Cooperazione e Verifica*, uno strumento di controllo dialogico fondato, da un lato, sull'obbligo degli Stati di riferire in modo costante sui progressi compiuti e, dall'altro, sulla pubblicazione con cadenza periodica da parte della Commissione di una relazione contenente la valutazione delle iniziative assunte per riuscire a soddisfare i parametri di riferimento²¹. Veniva inoltre espressamente previsto che il MCV avrebbe cessato di operare soltanto una volta che i *benchmarks* identificati fossero stati pienamente soddisfatti²². Per quanto concerne la Bulgaria, le questioni in sospeso individuate dalla Commissione erano essenzialmente le seguenti: la realizzazione di una riforma costituzionale avente ad oggetto il sistema giudiziario nell'ottica di un rafforzamento dell'indipendenza, della responsabilità e dell'efficienza della magistratura; l'adozione di misure volte a prevenire e contrastare

¹⁹ L'art. 39, par. I, del Trattato di adesione di Bulgaria e Romania affidava la decisione di posporre l'ingresso dei due Stati balcanici al Consiglio, che avrebbe dovuto esprimersi all'unanimità sulla base di una raccomandazione della Commissione.

²⁰ Cfr. Commissione europea, *Relazione di verifica del grado di preparazione della Bulgaria e della Romania in vista della loro adesione all'Unione europea*, COM (2006) 549 final, Bruxelles, 26. 09. 2006, p. 1.

²¹ Cfr. *ivi*, p. 10.

²² Cfr. *ibid.*

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

il fenomeno della corruzione e, infine, l’attuazione di una strategia efficace nel combattere la criminalità organizzata²³.

Sono numerose le difficoltà riscontrate dallo Stato bulgaro nell’ottenere significativi miglioramenti in questi ambiti e, più in generale, sul piano della tutela dello Stato diritto. Come si cercherà di argomentare a partire dall’analisi dei rapporti MCV redatti dal 2016 ad oggi e della relazione sullo Stato di diritto del 2020, il decadimento della *rule of law* in Bulgaria nel corso degli ultimi anni pare essere stato “sottovalutato”, volendo usare un eufemismo, dall’Unione europea, la quale ha assunto un atteggiamento decisamente ambiguo, a metà tra l’accondiscendente e il complice²⁴. Questo vale soprattutto per la Commissione, in quanto autrice delle relazioni periodiche in cui si sostanzia il monitoraggio realizzato tramite il MCV e, d’ora in avanti, del *report* annuale sulle condizioni dello Stato di diritto all’interno dei Paesi membri, oltre che – giova ricordarlo – istituzione posta a guardia del rispetto dei Trattati (art. 17 TUE) e, dunque, della *rule of law*, su cui l’Unione europea ufficialmente si fonda (art. 2 TUE).

Procedendo in tal modo, si ritiene di poter fornire elementi utili ad approfondire alcuni temi cruciali concernenti la crisi dello Stato di diritto nell’Unione europea: da un lato, i motivi per cui il nuovo il MSD risulta inadatto a fronteggiare il fenomeno del c.d. «*rule of law backsliding*»²⁵ in corso in alcuni Stati membri, come, ad esempio, la Polonia e l’Ungheria, rischiando anzi di contribuire al suo aggravamento, proprio come accaduto con riferimento all’esperienza del MCV applicato alla Bulgaria, che costituisce una specie di “antesignano” del MSD; dall’altro, quale sia il reale posto occupato

²³ Cfr. *ivi*, p. 10 ss.

²⁴ In questo senso, con riguardo ai rapporti MCV dedicati alla Bulgaria, si veda l’approfondita ricostruzione fornita da R. Vassileva, *Threats to the Rule of Law: The Pitfalls of Cooperation and Verification Mechanism*, in *European Public Law*, 26(3), 2020, p. 741 ss.

²⁵ Per lo svolgimento di tale nozione e un’accurata analisi del fenomeno si rinvia a L. Pech – K. L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearb. Eur. Leg. Stud.*, 19, 2017, p. 3 ss. e D. Kochenov – P. Bárd, *The Last Soldier Standing? Courts vs Politicians and the Rule of Law Crisis in New Member States of the EU*, in E. H. Ballin – G. van der Schyff – M. Strenler (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2019. Judicial Power: Safeguards and the Limits in a Democratic Society*, Cham – The Hague, 2020, p. 243 ss.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

dallo Stato di diritto all’interno di quella che potremmo definire la “gerarchia” dei valori eurounitaria.

2. La relazione MCV del 2016: a proposito di Procuratori Generali “onnipotenti” e delle tensioni a cui è sottoposto il principio dell’indipendenza del potere giudiziario

Nonostante i progressi compiuti non fossero stati ritenuti convincenti e permanessero diverse criticità a cui ovviare²⁶, trascorso un anno da quando la Bulgaria era ormai divenuta a pieno titolo uno Stato membro dell’Unione europea, la Commissione «ha preferito la carota al bastone»²⁷. Nella relazione MCV pubblicata nel luglio del 2008, la Commissione dichiarava che, in considerazione del fondamentale ruolo giocato dalla cooperazione, il sostegno fosse più efficace delle sanzioni e che, per tale ragione, rinunciava ad invocare le disposizioni di salvaguardia contenute nel Tratto di adesione. Al contempo, sottolineava però che il MCV avrebbe dovuto essere mantenuto ancora in funzione²⁸.

Sono trascorsi diversi anni da allora e il MCV non ha ancora ufficialmente smesso di operare. In questo periodo i rapporti sulla Romania sono parsi molto più ottimisti di quelli dedicati alla Bulgaria, tanto che, nel 2016, l’ex Presidente della Commissione Juncker ha sostenuto a più riprese che la Romania sarebbe stata presto in grado di soddisfare le condizioni per il cui raggiungimento il MCV era stato istituito, potendo dunque finalmente sottrarsi al regolare monitoraggio *ad hoc* a cui era stata sottoposta²⁹, suscitando seri interrogativi all’interno della comunità accademica e della società civile bulgare a

²⁶ Si vedano Commissione europea, *Progressi compiuti dalla Bulgaria dopo l’adesione in materia di misure di accompagnamento*, COM (2007) 377 final e COM (2008) 63 final, Bruxelles, 27.06.2007 e 4.02.2008.

²⁷ R. Vassileva, *Threats to the Rule of Law*, cit., p. 745.

²⁸ Commissione europea, *Progressi compiuti dalla Bulgaria dopo l’adesione in materia di misure di accompagnamento*, COM (2008) 495 final, Bruxelles, 23.07.2008, p. 6.

²⁹ Si vedano i seguenti resoconti: <https://www.romania-insider.com/cooperation-and-verification-mechanism-for-romania-may-end/>; <https://www.euractiv.com/section/central-europe/news/juncker-romania-can-see-its-monitoring-lifted-before-bulgaria/>.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

proposito del se, del quando e del come la Bulgaria sarebbe stata capace grado di ottenere simili progressi³⁰.

È vero che da quando questo meccanismo è entrato in funzione si potrebbe essere tentati di affermare che i rapporti redatti nell’ambito del CMV sono da sempre stati “indorati”. In fondo, non è una novità che la Commissione cerchi di segnalare il conseguimento di qualche avanzamento o tenda comunque a giudicare in modo positivo alcune delle riforme poste in essere dagli Stati membri nei settori ricadenti sotto il suo monitoraggio, trascurando magari determinati aspetti controversi e certi loro preoccupanti sviluppi. Se al tempo però tale atteggiamento diplomatico poteva essere “perdonato” in considerazione dello spirito di euforia che dominava all’epoca del *big bang enlargement* e dell’effettivo ottenimento di qualche successo, seppur modesto, attraverso questa strategia, le relazioni MCV dell’ultimo quadriennio e il *Rule of Law report* del 2020 costituiscono invece un esempio emblematico del fallimento dell’Unione europea nel contribuire alla tutela di quell’alto patrimonio di valori fondanti proclamato *in apicibus* dal TUE, racchiuso nella formula “Stato di diritto”, e, in particolar modo, della poca credibilità della Commissione nell’esercitare il ruolo di loro guardiano.

Il dubbio che le valutazioni offerte dalla Commissione delle vicende bulgare con riferimento alla garanzia dello Stato di diritto non corrispondessero più alla realtà dei fatti ha incominciato a serpeggiare in occasione della pubblicazione della relazione MCV del 2016. L’anno precedente, l’ex Ministro della Giustizia del II Governo Borrisov, Hirsto Ivanov, aveva sottoposto all’Assemblea nazionale, il Parlamento monocamerale bulgaro, un’ambiziosa proposta di riforma della Costituzione finalizzata a rafforzare l’indipendenza del potere giudiziario. Nello specifico si mirava a limitare l’eccessiva influenza esercitata dal Procuratore Generale (PG) sul Consiglio Supremo di Giustizia (CSG), ossia l’organo collegiale di autogoverno della magistratura, competente a decidere sulle progressioni di carriera dei magistrati e sulla nomina dei vertici di tribunali e procure, così come sulle valutazioni circa la professionalità e sulla comminazione di sanzioni disciplinari. Il 9 dicembre 2015 il Parlamento approvava la

³⁰ Cfr., ad esempio, E. Gateva, *On Different Tracks: Bulgaria and Romania under the Cooperation and Verification Mechanism*, in *LSE Blog*, 2 marzo 2016.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

versione definitiva del progetto di riforma, apportando però al testo proposto al *Plenum* alcuni emendamenti di contenuto estraneo al progetto avanzato e altri modificativi degli aspetti più innovativi. Lo stesso giorno, di tutta risposta, Hirsto Ivanov si dimetteva dalla carica di Ministro.

A seguito della neutralizzazione dei profili più incisivi della riforma, la *Bulgarian Judges Association* pubblicava un’accurata lettera rivolta a tutta la cittadinanza per richiamare l’attenzione sulla gravità di quanto accaduto. In particolare, nella missiva veniva sottolineato che le proposte originariamente formulate avrebbero potuto rappresentare una grande *chance* per dar vita ad un sistema giudiziario realmente indipendente, ma che, purtroppo, la maggior parte di queste era stata accantonata dal testo del disegno di legge costituzionale approvato in via definitiva. La lettera terminava con osservazioni tanto eloquenti quanto impietose: la riforma così introdotta «non può sortire alcun cambiamento effettivo; non fornisce alcuna garanzia circa il rispetto dello Stato di diritto e non elimina l’ampiamente sospetta dipendenza del potere giudiziario da quello politico»³¹.

In effetti, la riforma del 2015 ha prodotto un solo risvolto positivo, da considerarsi in linea con i più elevati *standard* europei ed internazionali, ossia la suddivisione del CSG in due sezioni: il Collegio dei procuratori e il Collegio dei giudici. L’obiettivo alla base di questo intervento, sicuramente in sé apprezzabile, era scongiurare i rischi derivanti da possibili interferenze ad opera dei pubblici ministeri sulle nomine, sugli avanzamenti di carriera e sulla valutazione dell’operato e della responsabilità disciplinare dei giudici. Anche volendo tralasciare il fatto che la competenza a decidere su alcune questioni di assoluto rilievo risulta essere ancora assegnata al *Plenum* del CSG (ed esempio, il profilo del bilancio e quelli della geografia e della *governance* giudiziaria)³², è difficile comprendere come sia possibile che la Commissione abbia potuto ritenere che, sebbene gli emendamenti approvati abbiano comportato «alcune modifiche significative del testo

³¹ Bulgarian Judges Association, *Open Letter. In relate on to the vote by the National Assembly on 09. 12.2015 for the Law for Amendment and annexation of the Constitution of the Republic of Bulgaria*, 10 December 2015, <https://www.rechtersvoorrechters.nl/media/bulgarije/OpenLetterBJA.pdf>.

³² Cfr. E. Baksanova, *Lo Stato di diritto in Bulgaria: una “Fata Morgana”?*, in *Quest. Giust.*, 13 marzo 2020.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

originariamente proposto, la loro adozione rappresenti comunque un importante passo avanti»³³.

Com'è stato rilevato, nel complesso, la riforma condotta a termine si è rivelata essere puramente «cosmetica»³⁴, visto che non è stata capace di porre fine al problema del predominio del PG in seno al CSG. Lo si evince dall'attuale composizione del CSG, che possiamo trarre dalla lettura congiunta dell'art. 130 Cost., così come emendato nel 2015, e della legge sull'ordinamento giudiziario. Sono 25 i membri in totale. Di questi, undici sono eletti dal Parlamento nella c.d. “quota politica” e vanno ad integrare, rispettivamente in misura pari a sei e a cinque, metà della composizione del Collegio dei giudici e del Collegio dei procuratori. Del primo fanno parte altri sei componenti eletti dai loro pari, mentre il secondo consta di cinque ulteriori componenti, ossia quattro procuratori e un giudice istruttore, sempre eletti dai loro pari. Infine, gli altri tre membri del CSG, e cioè il Procuratore Generale, il Presidente della Corte Suprema di Cassazione (CSC) e il Presidente della Corte Suprema Amministrativa (CSA), sono componenti *ex officio* nominati dal *Plenum*.

Gli elementi critici sono molti. Innanzitutto, in opposizione allo *standard* minimo individuato dalla raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 2010³⁵, i membri del Collegio dei giudici eletti dai loro pari sono meno della metà dei componenti complessivi dell'organo. In secondo luogo, l'intero Collegio dei procuratori si ritrova alle strette dipendenze del PG. Il mandato del PG scade dopo sette anni, mentre quello dei restanti membri del Collegio dei procuratori dura cinque anni, sicché, com'è stato osservato, «tutti i procuratori entrati a far parte del Consiglio dovranno, a un dato momento e mentre il PG è ancora in carica, fare ritorno all'ufficio della Procura, nell'ambito del quale sono suoi subordinati quanto basta per

³³ Commissione europea, *Relazione sui progressi compiuti dalla Bulgaria in base al Meccanismo di Cooperazione e Verifica*, COM (2016) 40 final, Bruxelles, 27.01.2016, p. 10 ss.

³⁴ R. Vassileva, *Threats to the Rule of Law*, cit., p. 576.

³⁵ Si veda il capo IV del punto 27 della CM/Rec (2010) n. 12, che recita testualmente: «Non meno della metà dei membri di ciascun Consiglio dovrà essere formato da giudici eletti dai loro pari a tutti i livelli del sistema giudiziario».

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

costringerli a una posizione di obbedienza al fine di evitare possibili ritorsioni»³⁶.

Se poi guardiamo all’operato dell’Assemblea nazionale bulgara quando ha proceduto ad eleggere i componenti del CSG rientranti nella quota riservata, è forte l’impressione che si sia conformata a criteri che, considerando i profili personali dei candidati scelti nel tempo, hanno più a che vedere con il gradimento da parte del Governo anziché con la loro qualità tecnica e l’etica professionale. È questo il caso di Bojan Magdalincev, il quale, pur essendo stato coinvolto in una serie di scandali concernenti l’assegnazione non casuale di pratiche e fascicoli e la manipolazione della composizione di alcuni collegi giudicanti, è stato comunque considerato meritevole di essere designato al CSG dal Parlamento³⁷.

Lo stato di sudditanza patito dai componenti del CSG nei confronti dell’Esecutivo e delle serie tensioni a cui è sottoposto il principio di separazione dei poteri è ben testimoniato dall’astensione del CSG bulgaro nell’ambito delle votazioni tenutesi il 17 settembre 2018 sulla sospensione della partecipazione dei membri del Consiglio Nazionale di Giustizia polacco (*Krajowa Rada Sadownictwa - KRS*) dall’*European Network of Councils for the Judiciary*. Come emerge dal resoconto integrale della riunione del CSG del 13 settembre 2018, una volta aperta la discussione sulla Polonia, il Presidente della seduta Magdalincev riferiva di aver già espressamente richiesto al Ministro della Giustizia e al Ministro degli Affari Esteri di esprimere la loro opinione riguardo alla posizione che il CSG avrebbe dovuto sostenere in relazione alla proposta di sospensione del KRS (sic!), assumendo un’iniziativa palesemente contrastante con quanto stabilito dall’art 117, co. II, Cost., a norma del quale dovrebbe essere assicurata l’indipendenza delle autorità giudiziarie dall’Esecutivo e i giudici, al pari dei procuratori, dovrebbero essere vincolati solamente al rispetto della legge. Come prevedibile, nella risposta, pervenuta per iscritto, i

³⁶ Così E. Baksanova, *Lo Stato di diritto in Bulgaria*, cit.

³⁷ Cfr. R. Vassileva, *Capturing Bulgaria’s Judicial System: The Homestretch*, in *VerfBlog*, 1 settembre 2019.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

due Ministri hanno espresso la loro contrarietà alla sospensione, chiudendo così la questione³⁸.

La figura ed i poteri del PG bulgaro costituiscono un corpo estraneo alla tradizione dello Stato di diritto a noi più vicina, con i suoi corollari in materia di separazione di poteri e di *checks and balances*. Le parole pronunciate nel 1990 da Ivan Tatarchev, che due anni dopo sarebbe poi diventato il primo PG della Bulgaria post-sovietica, ben esemplificano quale sia il contesto culturale nel quale tale figura è calata: “Sopra di me soltanto Dio”. Quasi trent’anni dopo sembra essere cambiato ben poco, almeno stando alle dichiarazioni rilasciate nel 2018 dall’attuale PG Ivan Geshev, che risultano animate dallo stesso delirio di onnipotenza: «sono uno strumento nelle mani di Dio»³⁹. Queste esternazioni non sono un che di accidentale, ma costituiscono il portato di un preciso quadro normativo, grazie al quale il PG può disporre di poteri pressoché illimitati e beneficiare in concreto di uno stato di irresponsabilità totale⁴⁰. Come osservato dalla Corte Edu nel celebre (e assai macabro) caso *Kolev*⁴¹, per effetto della spiccata

³⁸ Per una ricostruzione della vicenda si rinvia a R. Vassileva, *The Polish Judicial Council v The Bulgarian Judicial Council: Can You Spot the Difference?*, in *VerfBlog*, 27 settembre 2018.

³⁹ Entrambe le citazioni sono tratte da T. Petrova, *The General Prosecutor Unbound. The Recent Raiding of the President’s Office Show How Vulnerable Rule of Law in Bulgaria Is*, in *VerfBlog*, 12 luglio 2020.

⁴⁰ Cfr., in questi termini, E. Baksanova, *Lo Stato di diritto in Bulgaria*, cit.

⁴¹ I fatti alla base del caso *Kolev* ricordano molto la trama di un film *thriller*. Il Procuratore Kolev era preoccupato che Filchev, PG della Bulgaria fino al 2006, avesse agito in violazione della legge aprendo immotivatamente una serie procedimenti penali basati su accuse confezionate *ad hoc*. Kolev ha reso pubblici i suoi timori inoltrando diverse lettere di denuncia a numerose istituzioni nazionali. Il PG, di tutta risposta, ha instaurato un procedimento penale a suo carico. Nel maggio 2001 Kolev avrebbe appreso dell’esistenza di un piano ordito dal PG per farlo arrestare: l’idea era di far sì che alcuni agenti della polizia lo scovassero in possesso di sostanze stupefacenti. A questo punto, Kolev ha deciso di rivolgersi al Ministro della Giustizia e al Consiglio Supremo di Giustizia, ma non ha ricevuto risposta. Alla fine, nel giugno 2001, Kolev è stato arrestato, proprio sulla base dell’accusa di essere stato rinvenuto in possesso di sostanze stupefacenti, che le autorità di polizia bulgare avrebbe trovato nelle sue tasche e all’interno dell’abitacolo della sua automobile. L’ufficio del PG ha chiesto e ottenuto dalla Corte della Città di Sofia che Kolev fosse mantenuto in stato di custodia cautelare fino all’avvio del processo. Dopo una lunga battaglia legale, la Corte Suprema di Cassazione bulgara ha dichiarato il procedimento aperto contro Kolev inammissibile fin dall’inizio. Nel dicembre 2001 Kolev ha fatto

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

verticalità delle strutture gerarchiche in cui sono organizzate le procure e dei metodi operativi adottati al loro interno, «nessun procuratore è in grado a muovere un'accusa nei suoi confronti del PG»⁴², il quale, avendo «il pieno controllo su qualsiasi indagine nel Paese»⁴³, può respingere o chiudere *arbitrio suo* ogni indagine che lo riguardi. Inoltre, il PG può essere rimosso dal proprio incarico solamente per decisione del CSG, in larga parte composto - come si è già ricordato - da suoi sottoposti⁴⁴.

Stante tale quadro, viene da chiedersi come mai la Commissione abbia speso parole di elogio in relazione ad una riforma che non solo non ha in ridimensionato lo strapotere del PG, ma lo ha addirittura aiutato in concreto a consolidare ulteriormente la propria posizione di predominio. Infatti, con il suo *placet*, la Commissione sta avvallando un uso sconsiderato dei poteri riconosciuti al PG, garantendogli la possibilità di continuare a metter in atto impunemente intimidazioni nei confronti dei giudici meno propensi a piegarsi alla sua volontà o a quella del Governo, a cui la figura del PG è legato.

Per parafrasare Bagehot, si potrebbe affermare che il segreto dell'(in)efficacia della Costituzione bulgara risiede nella “fusione” tra il giudiziario e l'esecutivo, o meglio, tra il PG e il Presidente del Consiglio dei Ministri, anziché nella separazione tra i due poteri (e le due figure). Sono tanti gli esempi che possono essere menzionati a tale riguardo e che ben illustrano le illecite relazioni intessute nel tempo tra il PG e il Presidente del Consiglio dei Ministri. Si pensi allo scandalo esplosivo quando, nel 2013, alcuni media hanno trasmesso le registrazioni di una conversazione coinvolgente il Primo Ministro Borissov, il Ministro dell'Agricoltura del tempo, Miroslav Naydenov, e un ex Procuratore capo della Città di Sofia, nella quale quest'ultimo, parlando del nuovo PG appena nominato, Sotir Tsatsarov, si era rivolto a Borissov dicendo:

ricorso alla Corte Edu, dichiarando di temere per la sua incolumità. Un anno più tardi Kolev è stato brutalmente assassinato di fronte all'ingresso della propria abitazione. La Corte Edu ha poi condannato la Bulgaria per violazione del diritto alla libertà (art. 5 CEDU), in relazione alla detenzione ingiustamente subita da Kolev, e per violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU), in relazione al mancato avvio di indagini per far luce sul caso.

⁴² Corte Edu, *Kolevi c. Bulgaria*, ric. N. 1108/02, 5 novembre 2009, par. 209.

⁴³ *Ivi*, par. 205.

⁴⁴ *Ivi*, par. 207.

Giovanni Guerra

«(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute». Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

«Non ridere: lo hai scelto (tu)»⁴⁵. Oppure, si consideri il c.d. *Yaneva Gate*, scoppiato quando, nel 2015, sono state pubblicate *online* le registrazioni di un colloquio intrattenuto tra il Presidente della Corte di Sofia ed un altro giudice, dalle quali era emerso che il Primo Ministro Borissov e l'ex PG Tsatsarov avevano impartito ad alcuni giudici del Tribunale della capitale precise istruzioni su come decidere certi casi giudiziari che più li interessavano⁴⁶.

Quest'ultimo episodio, particolarmente eclatante, non è passato inosservato agli occhi della Commissione, la quale, nella relazione tecnica di accompagnamento al rapporto MCV del 2016, ha invitato le autorità bulgare ad avviare di un'indagine su tali gravi fatti, specificando che avrebbe monitorato gli sviluppi della vicenda⁴⁷. Sfortunatamente va ricordato che la Commissione non ha affatto mantenuto fede a questo impegno, visto che nelle relazioni MCV degli anni seguenti ha omesso di fare riferimento alla questione, scegliendo di fatto di non reagire al disinteresse mostrato dallo Stato bulgaro nell'approfondire il caso.

3. Le relazioni MCV del 2018 e del 2019: dall'indulgenza alla complicità il passo è breve

È il 2018 l'anno in cui è definitivamente maturato il sospetto che l'accondiscendenza della Commissione si stesse trasformando in vera e propria complicità. Non potrebbe dirsi altrimenti visto che nella relazione MCV pubblicata nel novembre di quell'anno sono stati dichiarati "provvisoriamente soddisfatti" i seguenti *benchmarks* identificati nel 2006: (I) indipendenza della magistratura, (II) quadro giuridico e (III) lotta al crimine organizzato⁴⁸. Addirittura,

⁴⁵<https://www.mediapool.bg/kokinov-kam-borisov-za-tsatsarov-ne-mi-se-podsmihvai-ti-si-go-izbira-news205766.html>.

⁴⁶<https://bivol.bg/badapples-talking-season-1.html>.

⁴⁷European Commission, *Technical Report accompanying the document Report from the Commission on Progress in Bulgaria under Cooperation and Verification Mechanism*, SWD (2016) 15, Brussels, 27.01.2016.

⁴⁸European Commission, *Report from the Commission on Progress in Bulgaria under Cooperation and Verification Mechanism*, COM (2018) 850 final, Bruxelles, 13.11.2018, p. 4, 5, 11.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

commentando i risultati della relazione MCV del 2018, il Vice Presidente della Commissione e al tempo Commissario per lo Stato di diritto Timmermans dichiarava che, qualora il *trend* positivo instaurato e i progressi compiuti fino a quel momento fossero sati mantenuti, egli era assolutamente fiducioso che la Bulgaria avrebbe cessato di essere sottoposta al MCV prima del termine del mandato di Juncker⁴⁹.

Quanto al primo profilo, che le valutazioni dell'ex Commissario per lo Stato di diritto risultino quantomeno discutibili lo prova il disperato appello lanciato dal Presidente della CSC Lozan Panov nell'estate 2018 (dunque diversi mesi prima dell'annuale pubblicazione del rapporto MCV da parte della Commissione) per denunciare pubblicamente le precarie condizioni nelle quali versa il potere giudiziario in Bulgaria⁵⁰. Nel suo discorso il Presidente della CSC ha sostenuto che i torbidi ed illeciti collegamenti tra Governo e magistratura non erano stati affatto limitati e che gli attacchi contro i giudici che si erano rifiutati di scendere a patti con l'Esecutivo si erano fatti vieppiù insistenti. Inoltre, si lamentava delle pressioni che erano state esercitate su di lui e la sua famiglia a causa della contrarietà che egli aveva manifestato in passato ad attenersi agli “ordini” (politici) del PG. Viene spontaneo chiedersi come mai di questa denuncia non vi sia traccia nella relazione MCV del 2018. È davvero possibile credere che l'eco della vicenda non sia giunto fino a Bruxelles?

Quanto al secondo profilo, la dimostrazione di quanto il giudizio espresso della Commissione sia inconsistente è offerta dagli emendamenti che sono stati di recente apportati al Codice di Procedura Penale. Anziché suscitare l'approvazione da parte di Palazzo *Berlaymont*, le modifiche introdotte avrebbero meritato di essere censurate, come non ha infatti mancato di fare la *Bulgarian Judges Association*, denunciandone l'incompatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, in ragione dell'incremento dei già sproporzionati poteri di cui gode la pubblica accusa bulgara e della

⁴⁹ European Commission, *European Commission Reports on the Progress in Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism*, Press release, Strasbourg, 13.11.2018, p. 1.

⁵⁰ Si veda R. Vassileva, *The Disheartening Speech by the President of Bulgaria's Supreme Court Which Nobody in Brussels Note*, in *VerfBlog*, 11 luglio 2018.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

messa a repentaglio del principio della “parità delle armi” nei giudizi penali a cui questa riforma ha condotto⁵¹.

Sempre con riferimento a tale ambito, va segnalata la triste sorte a cui è andata incontro il recepimento della direttiva 2013/48/EU sul “diritto all’assistenza legale”. Il tema appare di massima rilevanza, in quanto, come sottolineato dal rapporto redatto dal Comitato contro la Tortura della Nazioni Unite del 15 dicembre 2017, «oltre il settanta per cento delle persone detenute in Bulgaria non ha potuto godere dell’assistenza di un avvocato sin dall’inizio dell’avvio di procedimenti penali contro di loro»⁵². Similmente, nella primavera del 2018, il Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d’Europa si rammaricava nel constatare che non fosse stato compiuto alcun passo avanti sul piano della tutela contro le ipotesi di *ill-treatment*, specificando che tra le garanzie più colpite vi fosse proprio il diritto all’assistenza di un difensore⁵³. Insomma, dalla Bulgaria si attendeva un serio cambio di passo, ma così non è stato. Infatti, la direttiva in questione, oltre ad essere stata attuata in ritardo di due anni rispetto alla scadenza fissata, è stata implementata in modo decisamente perverso, perseguendo finalità opposte a quelle sottese all’atto europeo da attuare. Sfruttando quanto previsto dall’art. 5, co. III, lett. a) e b) della direttiva, che consente agli Stati membri, in presenza di determinate situazioni, di derogare nei confronti degli indagati e degli imputati che sono privati della libertà personale al diritto di informare senza indebito ritardo terze parti della propria condizione, il Governo ha trasformato queste eccezioni nell’attuale art. 64, co. II, del Codice di Procedura Penale, a norma del quale una persona ben potrebbe essere detenuta per tre giorni prima di essere condotta dinanzi ad un giudice, senza poter avvisare nessuno delle proprie condizioni, che si tratti del difensore o di un semplice congiunto, per le prime quarantotto ore.

⁵¹ Cfr. R. Vassileva, *Sweet Like Sugar, Bitter like a Lemon: Bulgaria’s CMV Report*, in *VerfBlog*, 16 novembre 2018.

⁵² UN Committee Against Torture, *Concluding Observations on the Six Periodic Report of Bulgaria* CAT/C/BGR/CO/6, 15.12. dicembre 2017, p. 3.

⁵³ Council of Europe Committee for the Prevention of the Torture, *Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* CPT/inf (2018) 15, 15.05.2018, p. 5.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

Quanto all’ultimo profilo, le valutazioni contenute all’interno della relazione MCV del 2018 non possono che rivelarsi davvero grossolane. Non è un mistero che la Bulgaria rappresenti la “pecora nera” dell’Unione europea nel campo della lotta alla corruzione. I punteggi ottenuti dal Paese balcanico nell’ambito delle misurazioni condotte da *Transparency International* attraverso il *Corruption Perceptions Index*, in base al quale la Bulgaria si ritrova ad occupare la posizione di fanalino di coda in Europa e la sessantanovesima a livello mondiale⁵⁴, parlano chiaro.

Nel dicembre 2018 l’associazione *Magistrats Européens Pour la la Démocratie et les Libertés* pubblicava sul proprio portale una dura lettera indirizzata all’allora presidente della Commissione Juncker (PPE) e alla Commissaria per la Giustizia del tempo Jourová (ALDE) nella quale venivano stigmatizzate le conclusioni contenute nel *report* MCV pubblicato il mese precedente⁵⁵. Nello specifico, si esprimeva sincera preoccupazione per la scarsa indipendenza di cui gode la magistratura e si criticava la mancata realizzazione di una seria riforma dell’ufficio e dei poteri del PG. Tra l’altro, veniva rimproverato alla Commissione di non aver prestato minimamente attenzione alle gravi intimidazioni subite dal Presidente della CSC Panov.

Nella primavera del 2019 Timmermans si è recato a Sofia per incontrare Tsatstarov, il PG dell’epoca. Il Vice-Presidente della Commissione, al termine della visita, si è detto molto soddisfatto del colloquio, dichiarando di aver ottenuto dal PG la rassicurazione che questi si sarebbe dedicato con impegno ad attuare le raccomandazioni contenute nell’ultima relazione MCV⁵⁶. A queste affermazioni ha fatto seguito l’annuncio da parte di Tsatsarov che, nel corso dell’incontro appena tenutosi, avrebbe avuto conferma del forte supporto da parte

⁵⁴ Transparency International, *Corruption Perceptions Index*, <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/bgr>.

⁵⁵ Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL), *Letter to the President of the EU Commission and to the EU Commissioner of Justice about the CVM Report on Bulgaria and Romania*, 18 December 2018, <https://medelnet.eu/index.php/news/europe/483-medel-letter-to-the-president-of-the-eu-commission-and-to-the-eu-commissioner-of-justice-about-the-cvm-report-on-bulgaria-and-romania>.

⁵⁶ <https://www.novinite.com/articles/196474/Bulgaria's+Chief+Prosecutor+M+et+with+EC+First+Vice-President+Timmermans>.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

della Commissione nei confronti del progetto di istituire speciali procedure investigative per le tre figure di vertice del sistema giudiziario bulgaro, ossia il PG, il Presidente della CSC e il Presidente della CSA⁵⁷. Tale proposta è stata veemente criticata dalla dottrina, che l’ha giudicata un «attacco occulto all’indipendenza dei giudici mascherato da attuazione del MCV»⁵⁸. Infatti, non sussiste un problema di irresponsabilità coinvolgente i Presidenti della CSC e della CSA. Il grande nodo rimane sempre lo stesso: l’impossibilità di svolgere efficacemente un’indagine penale contro il PG e la necessità di limitarne lo strapotere.

Nonostante l’esacerbarsi della crisi dello Stato di diritto in Bulgaria, la Commissione non è comunque ritornata sui suoi passi. Stando a quanto riportato nel rapporto MCV del 22 ottobre 2019, la Bulgaria è stata nuovamente lodata per i continui avanzamenti realizzati lungo il processo di riforma richiesto. Non solo, la Commissione si è spinta fino al punto di sostenere che i progressi conseguiti dal Paese balcanico sotto il MCV sarebbero stati di tale portata che avrebbero potuto presto dirsi pienamente rispettate tutte le condizioni rimaste in sospeso al momento dell’ingresso della Bulgaria nell’Unione europea. Si pianificava dunque di prendere in esame le osservazioni dell’Assemblea di Strasburgo e del Consiglio dell’Unione europea prima di assumere una decisione finale con riguardo ad un’eventuale chiusura del MCV, percepita oramai come prossima⁵⁹.

Rebus sic stantibus, non si può fare a meno di concordare con chi ha scritto che il MCV si è progressivamente trasformato in un pericoloso «esercizio adulatorio»⁶⁰, il cui unico esito effettivo è stato permettere al Governo bulgaro di sfruttare le raccomandazioni ricevute come un

⁵⁷<https://euelectionsbulgaria.com/fact-check-is-the-chief-prosecutor-lying-about-the-judicial-reform/>

⁵⁸ S. Stoychev, *This is How Bulgarian Judicial Independence Ends Not with a Bang but a Whimper*, in *VerfBlog*, 3 giugno 2019.

⁵⁹ Cfr. European Commission, *Commission Report on the Progress in Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism*, Press release, Brussels, 22.10.2019, p. 1.

⁶⁰ Così R. Vassileva, *Is Bulgaria’s Rule of Law about to Die under the European Commission’s Nose? The Country’s Highest-Ranking Judge Fears So*, in *VerfBlog*, 23 aprile 2019.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

pretesto dietro cui nascondersi per vulnerare ancor di più lo Stato di diritto⁶¹.

4. *La relazione sullo Stato di diritto del 2020: la Commissione e quelle (brutte) abitudini dure da abbandonare*

È questo lo sconcertante scenario nel quale si è trovata la Bulgaria alla vigilia del battesimo del MSD. Lo scoppio dell'emergenza sanitaria causata dalla rapida diffusione del virus Covid-19 ha avuto ovunque pesanti ripercussioni. In tutti i Paesi del mondo si è assistito all'adozione di misure emergenziali restrittive dei diritti fondamentali. Lo stesso è avvenuto in Bulgaria, ove, in data 13 marzo 2020, per contrastare l'aumento dei contagi, l'Assemblea nazionale ha dichiarato, su proposta del Presidente del Consiglio, l'instaurazione dello “stato di emergenza” (*iznvunredno polojenie*)⁶². Come si è notato in dottrina, la disciplina del tema dell'emergenza offerta dall'ordinamento giuridico bulgaro risulta alquanto vaga e caotica, per cui sarebbe relativamente facile per il legislatore abusarne⁶³. Quanto recentemente accaduto pare esserne la conferma.

Per quanto concerne il livello costituzionale, l'art. 84, co. XII, Cost. stabilisce che il Parlamento, su proposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ha il potere di introdurre la “legge marziale” o lo “stato di emergenza” in determinate parti del territorio nazionale. Tale disposizione deve essere letta in combinazione con l'art 57, co. III, della Costituzione, a norma del quale, in caso di proclamazione dell'entrata in guerra, della dichiarazione dello stato di emergenza o di applicazione della legge marziale, possono essere varate leggi limitative dei diritti dei cittadini, eccezion fatta per il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposti a tortura o ad altri trattamenti degradanti, il diritto ad un giusto processo e il diritto alla vita privata.

⁶¹ Cfr. L. Pech – D. Kochenov, *Strengthening the Rule of Law within the European Union: Diagnoses, Recommendations, and What to Avoid*, RECONNECT Policy Brief, June 2019, p. 8.

⁶² <https://www.parliament.bg/bg/desision/ID/157374>.

⁶³ R. Vassileva, *Bulgaria: COVID-19 as an Excuse to Solidify Autocracy?*, in *VerfBlog*, 10 aprile 2020.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

Passando al piano delle fonti primarie, la *Legge sulla Difesa e le Forze Armate*, contenente la disciplina attuativa del dettato costituzionale in tema di legge marziale e stato di emergenza, sembra concepire la nozione di “stato di emergenza” come una questione legata ad eventi bellici o, comunque, di carattere militare. Infatti, l’art. 122 stabilisce che il Parlamento può dichiarare lo “stato di emergenza” solamente in caso di “rischio” che il Paese venga coinvolto «in una crisi politico-militare o in un conflitto armato»⁶⁴. Se consideriamo invece la *Legge sul contrasto alle calamità*⁶⁵, notiamo che all’art. 2 è contenuta una definizione, quella di “disastro”, che parrebbe attagliarsi meglio agli interventi richiesti per far fronte ad un’emergenza come quella scatenatasi lo scorso anno con la pandemia. La normativa in parola però pone limiti assai stringenti agli interventi che le istituzioni possono assumere in caso di dichiarazione dello stato di emergenza a fronte di un disastro naturale, il c.d. “stato di calamità” (*bedstveno polojenie*), e cioè lo strumentano normalmente impiegato dalle autorità bulgare per affrontare le emergenze innescate da fenomeni naturali, quali inondazioni, alluvioni, siccità, ecc... È molto probabile che proprio al fine di eludere i puntuali limiti alle misure che possono essere varate in caso di dichiarazione dello “stato di calamità”, il Governo abbia alla fine preferito optare per la diversa formula sopramenzionata, che gli ha garantito poteri più ampi e incisivi.

La dichiarazione *de qua* ha consentito al Governo di far passare in Parlamento, il 23 marzo 2020, la *Legge sulle misure e sulle azioni da assumere durante stato di emergenza*, la quale, pur essendo stata presentata dal Presidente del Consiglio Borissov come un atto legislativo riguardante esclusivamente la gestione dell’emergenza sanitaria, in realtà finiva per incidere in modo permanente su altre leggi, tra cui la *Legge sulle telecomunicazioni*.⁶⁶ Con gli emendamenti introdotti si attribuiva alla polizia giudiziaria un diritto di accesso immediato e sostanzialmente sconfinato sul traffico degli utenti, senza la necessità di ottenere una previa autorizzazione del giudice. Avverso alle modifiche relative alle disposizioni contenute nella *Legge sulle telecomunicazioni* si sono attivati i parlamentari del *Partito socialista*

⁶⁴ <https://www.lex.bg/laws/ldoc/2135540282>.

⁶⁵ <https://www.lex.bg/laws/ldoc/2135540282>.

⁶⁶ <https://www.lex.bg/laws/ldoc/213553187>.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

bulgaro, che sono riusciti a far scattare le soglia minima di un quinto dei membri dell’Assemblea nazionale necessaria per poter ricorrere alla Corte costituzionale (art. 150 Cost.), la quale ha poi accolto le censure avanzate, dichiarando incostituzionali gli emendamenti approvati (sent. n. 15 del 17 settembre 2020).

Chissà quali altre controverse iniziative il Governo bulgaro avrebbe potuto assumere se nel luglio 2020 il Paese non fosse stato sconvolto da una massiccia ondata di proteste sollevatesi dopo lo scoppio di nuovi casi di corruzione che hanno visto coinvolto, con sempre maggior frequenza, il Presidente del Consiglio Borissov⁶⁷. Il malcontento è definitivamente esploso a seguito del *raid* messo in atto lo scorso 9 luglio da alcuni agenti appartenenti al corpo di polizia specializzata alle dipendenze del PG all’interno del Palazzo della Presidenza della Repubblica. Le perquisizioni degli uffici presidenziali hanno condotto all’immediato arresto del Segretario agli Affari legali della Presidenza, dietro l’accusa di essere responsabile della fuga di notizie riservate e di abuso di potere. Com’è stato scritto, il *blitz* della scorsa estate ha rappresentato un autentico «attacco alle fondamenta costituzionali stesse dello Stato»⁶⁸, posto in essere in violazione di quanto stabilito dall’art. 103, co. IV, Cost., a norma del quale «nessuno [...] può avviare un indagine penale nei confronti del Presidente della Repubblica». Com’è evidente, è irragionevole interpretare restrittivamente l’immunità sancita dalla disposizione costituzionale appena citata: a beneficiarne non è soltanto la figura della Presidenza della Repubblica in quanto persona, bensì anche i pubblici funzionari assegnati al suo ufficio.

Questo è solo l’ultimo atto di uno scontro che procede senza sconti dalla fine del 2019, che ha visto il Presidente della Repubblica, l’ultimo vero baluardo istituzionale contro il deperimento dello Stato di diritto in Bulgaria, venir accusato dal neoeletto PG Geshev di esser coinvolto in attività criminali e di aver fatto un uso improprio dei propri poteri. Un tale atteggiamento da parte del PG non lascia di certo esterrefatti, se si considera che il Presidente della Repubblica aveva in

⁶⁷<https://neweasterneurope.eu/2020/07/13/bulgaria-will-borissovs-government-survive-this-summer/>.

⁶⁸ T. Petrova, *The General Prosecutor Unbound. The Recent Raiding of the President’s Office*, cit.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

un primo momento rifiuto di nominare Geshev, sull’onda delle partecipate manifestazioni organizzate dai cittadini bulgari per denunciare l’inadeguatezza ad assumere l’incarico di PG da parte di quello che era l’unico candidato a ricoprire tale ufficio⁶⁹.

Nel tentativo di sedare le proteste, il Presidente del Consiglio Borissov ha invano provato a percorrere la strada del rimpasto della compagine ministeriale, per poi annunciare, nella speranza di guadagnare tempo, la presentazione del progetto di adozione di una nuova Costituzione⁷⁰. I contenuti principali della proposta avanzata rendono bene l’idea di quale sia il valore che Borissov e la formazione da lui guidata, il *Partito dei cittadini per lo sviluppo della Bulgaria* (GERB), accordano ai *checks and balances* e allo Stato di diritto: il dimezzamento del numero dei parlamentari (da 240 a 120); l’eliminazione dal testo della Costituzione del Preambolo nel quale è sancita la natura di principio supremo della dignità umana all’interno dell’ordinamento bulgaro, nonché lo spostamento dell’attuale Capitolo II della Costituzione, dedicato ai diritti fondamentali, al Capitolo IX, e cioè in fondo al testo.

Dopo mesi di assordante silenzio, in seguito all’intensificarsi delle manifestazioni e all’inasprimento della repressione ordinata dal Governo, l’Unione europea è stata alla fine costretta a prendere una posizione. A ben vedere però le risposte fornite da Strasburgo e da Bruxelles sono state opposte. Infatti, mentre il Parlamento europeo si è riunito in plenaria nei primi di ottobre per discutere delle proteste in corso nel Paese balcanico e ha adottato una risoluzione con la quale ha espresso «l’inequivocabile sostegno alle legittime richieste del popolo e alle aspirazioni che esso nutre in materia di giustizia, trasparenza, assunzione di responsabilità e democrazia», condannando risolutamente «l’intervento violento e sproporzionato della polizia»⁷¹, la Commissione ha invece dato di nuovo cattiva prova di sé. Solo che questa volta le sue prese di posizione hanno assunto un che di kafkiano.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Cfr. R. Vassileva, *A Grand National Assembly or Grand Bulgarian Chicanery? Boyko Borissov’s Proposal for a New Constitution*, in *VerfBlog*, 19 agosto 2020.

⁷¹ Parlamento europeo, *Risoluzione sullo Stato di diritto e i diritti fondamentali in Bulgaria* (2020/2793 (RSP)), 2.10.2020.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

Durante la conferenza stampa dell’8 agosto 2020, il portavoce della Commissione, incalzato dalle domande dei giornalisti sul deterioramento dello Stato di diritto in Bulgaria e sulle manifestazioni che continuavano ad animare le strade di Sofia, era parso visibilmente imbarazzato⁷². Si pensava che ciò potesse essere il segnale che la Commissione avrebbe presto abbandonato l’eccessiva mitezza mostrata in passato nei riguardi di Borissov e della figura del PG. Ma le dichiarazioni rilasciate il 10 settembre 2020 dalla Vice-Presidente della Commissione Jourová durante la riunione del “Comitato sulle libertà civili, la giustizia e gli affari interni” del Parlamento europeo hanno provato esattamente il contrario. In questa occasione, non solo non sono stati sconfessati i giudizi lusinghieri espressi nelle relazioni che si è fin qui esaminato, ma è stata persino manifestata apertamente l’idea di sostituire il MCV con il MSD⁷³ (e visto che non è stata stilata alcuna relazione MCV né nel 2020, né tantomeno nel 2021, è sensato ritenere che non si sia trattato solamente di un annuncio)⁷⁴.

Orbene, ma se il MCV è stato concepito come un meccanismo dalla durata temporanea, destinato a cessare di operare automaticamente nel momento in cui la Bulgaria fosse stata in grado di soddisfare tutti quei requisiti in assenza dei quali – conviene ribadirlo – non è di norma consentito ottenere la *membership*, è alquanto strano che si sia pensato di rimpiazzarlo con un altro dispositivo. Forse la Bulgaria ha rimediato a tutte le lacune identificate nel 2006? Non pare essere questo il caso. Allora si deve per forza concludere che il MSD è stato ritenuto dalla Commissione uno strumento idoneo, da un punto di vista funzionale, ad assolvere agli stessi scopi per cui è stato istituito il MCV. A questo proposito però sorge spontaneo chiedersi come si possa pensare che il MSD possa fornire un aiuto decisivo nell’affrontare in maniera risoluta i fenomeni di regressione dello Stato di diritto che si stanno diffondendo in Europa. Come può infatti il MSD avere

⁷² Il video della conferenza stampa è reperibile al seguente indirizzo: <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-193971?lg=OR>.

⁷³ La registrazione della riunione è reperibile al seguente indirizzo: https://multimedia.europarl.europa.eu/en/committee-on-civil-liberties-justice-and-home-affairs_20200910-0830-COMMITTEE-LIBE_vd.

⁷⁴ È tuttavia doveroso segnalare che nelle more della stesura definitiva del presente articolo è stata pubblicata la relazione MCV del 2021 relativa alla Romania, ma non quella riguardante la Bulgaria.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

successo laddove il suo “antesignano” non soltanto ha mancato largamente l’obiettivo, ma sembra persino aver aggravato la situazione, contribuendo a legittimare riforme e comportamenti lesivi dello Stato di diritto? È sufficiente prendere in esame il contenuto del *report* sullo Stato di diritto del 2020 per rendersi conto che non è ragionevole riporre tante aspettative nel MSD.

Così come nel recente passato la Commissione ha evitato accuratamente di fare riferimento a diversi episodi compromettenti che hanno riguardato il Presidente del Consiglio e il PG, anche questa volta si è preferito glissare su queste figure. Le manifestazioni della scorsa estate sono sì richiamate nel documento che qui si commenta, ma, secondo Palazzo *Berlaymont*, il loro erompere testimonierebbe soltanto l’esistenza di «un malcontento presente nella società a causa della mancanza di progressi nell’efficace lotta alla corruzione»⁷⁵. Il quadro offerto dalla Commissione è assolutamente parziale, perché anche se è indubbio che le proteste di cui si è detto siano state innescate dall’alto tasso di corruzione presente nel Paese, occorre sottolineare che le proteste miravano al contempo ad ottenere un risultato più specifico: costringere alle dimissioni il Presidente del Consiglio Borrisov e il PG Geshev⁷⁶. Come se non bastasse, non si fa alcuna menzione delle perquisizioni avvenute negli uffici del Presidente della Repubblica che sono state ordinate dal PG nell’estate del 2020.

È vero che nella relazione sullo Stato di diritto del 2020, la Commissione ha rilevato che «l’impossibilità di svolgere un’indagine penale efficace nei confronti del PG è un problema di vecchia data»⁷⁷, ma, come si è tentato di ricostruire, Palazzo *Berlaymont* non ha di certamente fatto del proprio meglio in questi anni per far fronte a questo problema. E se può essere salutato favorevolmente il fatto che

⁷⁵ Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Bulgaria*, SWD (2020) 301 final, Bruxelles, 30.09.2020, p. 12.

⁷⁶ Cfr. A. Krasteva, *Voice, Not Exit. Portraits of Protesters. Who Are the Bulgarian Citizens in the Streets, Aspiring to Reconquer a State Captured by Post-Democratic Elites?*, in *OpenDemocracy*, 17 agosto 2020, <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/voice-not-exit-portraits-protesters/>.

⁷⁷ Cfr. Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Bulgaria*, cit., p. 5.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

nel rapporto che qui si commenta è stata segnalata l’esistenza di un «rischio per l’indipendenza della magistratura, evidenziato dal numero di giudici soggetti ad attacchi»⁷⁸, va rilevato che la Commissione non ha lasciato intendere di voler ritirare il giudizio espresso nella relazione MCV del 2019, con la quale era stato dichiarato provvisoriamente soddisfatto il *benchmark* relativo all’indipendenza del potere giudiziario.

La riprova che la Commissione non ha in realtà abbandonato l’ambiguo atteggiamento mostrato in passato sotto il MCV lo si ricava dal passaggio della relazione in cui Palazzo *Berlaymont* è arrivato nientemeno che a “compatire” il PG⁷⁹, condividendo le preoccupazioni da questi manifestate a proposito delle scarsità delle risorse finanziarie a disposizione per poter svolgere in maniera efficace il proprio lavoro⁸⁰.

Da ultimo, merita di essere sottolineata l’indifferenza riservata dalla Commissione a tutta una serie di vicende che, in considerazione della loro gravità, avrebbero certamente meritato di essere prese in esame nel momento in cui si è posto mano alla stesura di quella che è stata presentata come un’analisi completa sullo Stato di diritto di ciascun Paese. Da tempo in Bulgaria la diffusione di sentimenti razzisti e xenofobi ha raggiunto livelli preoccupanti e questo anche causa del supporto che simili pulsioni hanno ricevuto, e continuano a ricevere, da alcuni esponenti politici. Tra i tanti incresciosi episodi, un notevole scalpore ha suscitato quello che ha coinvolto il Consiglio comunale della città di Sofia nel marzo 2019, quando alcuni consiglieri del GERB hanno votato contro la proposta di vietare lo svolgimento dell’annuale marcia neo-nazista e antisemita dedicata a Lukov⁸¹, il luogotenente bulgaro che nel corso della Seconda Guerra mondiale è stato uno dei principali alleati del Terzo *Reich* nei Balcani. Al medesimo desolante orizzonte sono riconducibili le (aberranti) dichiarazioni rilasciate dell’ex Vice Presidente del Consiglio e Ministro della Difesa

⁷⁸ Cfr. *ivi*, p. 7.

⁷⁹ Cfr., in questi termini, R. Vassileva, *Borissov’s Latest Plan to Avoid True Reforms. On Bad Habits, the CVM, and the New Rule of Law Mechanism*, in *VerfBlog*, 7 dicembre 2020.

⁸⁰ Cfr. Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Bulgaria*, cit., p. 11.

⁸¹ Sull’episodio si rinvia a R. Vassileva, *Is Bulgaria’s Rule of Law about to Die under the European Commission’s Nose?*, cit.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

Karakachanov, il quale ha più volte fatto riferimento alla necessità di trovare una «soluzione finale alla questione degli zingari»⁸². Ebbene, mentre il Parlamento europeo, con la relazione dell'ottobre 2020 a cui si è già fatto riferimento, non ha esitato a condannare l'odio, la discriminazione e l'ostilità riservata in questi anni alle persone di origine romani e ad altri gruppi minoritari in Bulgaria, la Commissione, come anticipato, non ha purtroppo ritenuto di dover assumere alcuna posizione su queste tematiche.

5. Conclusioni. Strumenti velleitari e accondiscendenza come non si contrasta la crisi dello Stato diritto

Le conclusioni di questo saggio non possono che essere amare. L'analisi dei rapporti MCV dell'ultimo periodo e del capitolo bulgaro contenuto nella prima relazione annuale sulle condizioni dello Stato di diritto nell'Unione europea paiono suffragare l'ipotesi che il MSD abbia ereditato tutte le carenze e i difetti del MCV. In sostanza, ci troveremmo di fronte a due strumenti dalla dubbia utilità nell'assicurare il rispetto dello Stato di diritto e questo per almeno due ragioni: la natura dei dispositivi analizzati e l'atteggiamento di malcelata accondiscendenza, per non dire complice, tenuto dalla Commissione.

Quanto alla prima ragione, è assolutamente risibile l'idea di fare affidamento su strumenti che si fondano sul dialogo per reagire a situazioni di deliberata e reiterata aggressione allo Stato di diritto. Come non si è mancato di rilevare in dottrina, è chiaro che i «meccanismi ispirati su un approccio discorsivo [...] risultano del tutto velleitari nei confronti di governi che consapevolmente hanno deciso di non rispettare i valori fondamentali»⁸³ e di certo non sarà la redazione di

⁸²<https://www.dw.com/bg/каракачанов-и-окончателното-решение-на-циганския-въпрос/a-47407269>.

⁸³ Così M. Dani, *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 213 e D. Kochenov, *Elephants in the Room: The European Commission's 2019 Communication on the Rule of Law*, in *Hague J. Rule Law*, 11, 2019, p. 430.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

qualche «*toothless report*»⁸⁴ che riuscirà ad impensierire Orbán e Morawiecki.

Con riferimento al secondo aspetto, si deve prendere atto che, a prescindere dallo strumento prescelto, qualsiasi iniziativa in questo campo è destinata all’insuccesso fintantoché la Commissione non interpreterà in maniera credibile il ruolo di guardiano dello Stato di diritto che il TUE gli affida. Come si è provato a mettere in risalto analizzando il caso bulgaro, non soltanto la Commissione si è ben guardata dal censurare molti interventi controversi, ma è giunta persino a certificarne la bontà con il suo “timbro”, finendo così per consolidare, tramite le sue relazioni “edulcorate”, la periclitante situazione attuale.

Prima facie, la benevolenza riservata dalla Commissione all’operato del Governo guidato Borissov potrebbe apparire incomprensibile. Però, il senso di stranezza evapora se guardiamo al pragmatismo a cui è stata sino a qui improntata la strategia adottata dalla Commissione nel rapportarsi con i Paesi del Gruppo di Visegrád. In altri termini, è assai probabile che gli encomi di Bruxelles siano da ricollegarsi al ruolo di *partner* strategico che la Commissione ha voluto cucire addosso alla Bulgaria nel fronteggiare la crisi dello Stato di diritto in corso nell’Europa centro-orientale. Non a caso, nel 2018, durante la presidenza semestrale bulgara del Consiglio dell’Unione europea, Borissov è stato chiamato da Juncker a partecipare attivamente alle iniziative di contrasto alla crisi dello Stato di diritto in Polonia⁸⁵.

Allo stesso tempo, non sarebbe poi così azzardato sostenere che gli apprezzamenti rivolti dalla Commissione a Borissov e al suo Governo mirassero ad ottenere il supporto dello Stato bulgaro all’agenda portata avanti dalla Commissione e dalla parte più significativa della “maggioranza” a suo supporto, il PPE, che risulta essere la componente più compromessa, tra tutte le famiglie politiche rappresentate all’interno dell’Assemblea di Strasburgo, con le “democrazie illiberali”. Infatti, al pari del precedente e dell’attuale Presidente della Commissione europea, anche Borissov è membro del PPE. I parlamentari bulgari del gruppo dei popolari europei che

⁸⁴ R. Kelemen, *You Can’t Fight Autocracy with Toothless Reports*, in *EU Law Live*, 6 ottobre 2020.

⁸⁵ Cfr. R. Vassileva, *So Why Don’t We Just Call the Whole Rule of Law Thing Off, Then? On Tomatoes, Tomatoes, and Bulgaria’s Cooperation and Verification Mechanism*, in *VerfBlog*, 24 ottobre 2019.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

appartengono al partito di Borissov si sono inoltre opposti all’attivazione dell’art. 7 nei confronti dell’Ungheria. In più, i delegati del GERB hanno espresso il loro sostegno in favore di Weber – considerato uno dei maggiori alleati di Orbán e dimostratosi contrario, fino a quando gli è stato possibile, a sanzionare l’Ungheria⁸⁶ – quale *Spitzenkandidat* del PPE al Congresso del partito che si è tenuto ad Helsinki nel 2018.

Rispetto ai Governi di Ungheria e Polonia, il profilo che contraddistingue maggiormente le condotte dei rappresentanti bulgari in sede sovranazionale risiede nell’approccio “europeista” da questi tendenzialmente assunto, grazie al quale sono riusciti abilmente ad evitare lo scontro frontale con Bruxelles. Oltre a tale elemento, permangono ulteriori sensibili differenze tra gli ordinamenti e le recenti vicende politico-istituzionali di questi Paesi, che conviene riassumere sommariamente.

Per la prima volta dopo dieci anni, se si eccettuano la brevi parentesi degli esecutivi *ad interim* guidati da Raykov (2013), Bliznashki (2014) e Gerdzhikov (2017) e di quello “tecnico” di Oresharky (2013), Borissov ha perso le redini del Governo. Alle elezioni parlamentari della primavera del 2021 il GERB è sì riuscito a mantenere la maggioranza relativa, ma ha visto comunque calare sensibilmente i suoi consensi, il che ha impedito a Borissov di dare vita ad un nuovo governo di colazione, come era accaduto nel 2014, quando si era alleato ad altre piccole formazioni di orientamento popolare e conservatore raggruppatesi sotto la sigla *Blocco Riformatore*, e nel 2017, quando era riuscito a trovare un accordo con la destra nazionalista. Diversamente, in Ungheria, il Presidente del Consiglio e il suo partito, FIDESZ, si trovano ininterrottamente al Governo dal 2010, in coalizione con una piccola formazione “satellite”, il *Partito Popolare Cristiano Democratico* (KDNP), potendo contare su una maggioranza vastissima, pari ai due terzi dei seggi disponibili presso il Parlamento di Budapest. Forte di tali numeri, assicurati da un sistema elettorale misto, ma assai distorsivo, Orbán e la sua maggioranza hanno potuto varare in solitudine una nuova Legge Fondamentale, oltre che realizzare una serie di interventi significativi, mediante l’impegno dello

⁸⁶ Cfr. G. Halmai *The Fall of the Rule of Law in Hungary and the Complicity of the EU*, in *Ital. J. Public Law*, 12(2), 2020, p. 211.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

strumento delle leggi organiche, denominate “cardinali”, grazie ai quali è riuscita a consolidare la propria posizione di partito dominante. Ad esempio, si è proceduto a ridurre in misura consistente le dimensioni dell’Assemblea nazionale (da 386 a 199 parlamentari) ed è stato modificato il sistema elettorale aumentando il peso della componente maggioritaria a discapito di quella proporzionale⁸⁷. A ciò si aggiunga che sono stati ridisegnati i collegi uninominali, con un’operazione che ben si presta ad essere inquadrata come un tentativo di *gerrymandering*⁸⁸.

Da questa prospettiva, si può affermare che mentre in Ungheria il potere è totalmente concentrato nelle mani di Orbán e di FIDESZ, oramai in maniera pressoché completa, in Bulgaria non è riscontrabile un simile accentramento, anche in ragione delle differenti forme di governo in vigore nei due Paesi. In Ungheria, che si caratterizza per l’adozione di una forma di governo di tipo parlamentare, il Capo dello Stato è eletto dalla *Országgyűlés*, il Parlamento monocamerale magiaro, e non svolge un ruolo politico di spessore. In Bulgaria, invece, che risulta dotata di una forma di governo semipresidenziale⁸⁹, il Presidente della Repubblica è eletto direttamente dal corpo elettorale ed è inoltre investito di una serie di attribuzioni assai rilevanti, assicurategli direttamente dalla Costituzione. Si pensi al potere di rinvio delle leggi all’Assemblea nazionale, per il cui superamento è richiesto che si esprima in senso favorevole la maggioranza assoluta dei parlamentari (art. 101 Cost.). Si consideri poi la facoltà di richiedere al Tribunale costituzionale di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle leggi e dei trattati internazionali prima della loro ratifica (art. 149 Cost.). Certamente degno di nota è infine il potere di ricorrere alla nomina di un *takecare government*, con contestuale scioglimento dell’Assemblea

⁸⁷ Cfr. G. Milani, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l’esperienza ungherese*, in *DPCE Online*, 4, 2019, p. 2925.

⁸⁸ Cfr. M. A. Orlandi, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1, 2019, p. 209.

⁸⁹ Di questo avviso è F. Duranti, *I Governi tecnici in Europa*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Como – 20 novembre 2015, Napoli, 2016, p. 231, il quale riconduce la forma di governo bulgara al sottotipo del semipresidenzialismo «parlamentarizzato». Si veda però S. Ceccanti, *Semipresidenzialismo: analisi delle esperienze europee*, Bologna, 1996, p. 240, che fa riferimento ad un semipresidenzialismo soltanto «apparente».

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

nazionale (artt. 99 Cost.), nel caso in cui risulti impossibile procedere alla formazione di un Governo secondo le ordinarie procedure costituzionali.

Benché non assimilabili, appaiono maggiori le similitudini con la Polonia, dove, nonostante l'*illiberal turn* in atto, si possono rinvenire ancora una pluralità di centri di potere. Come il Parlamento di Sofia, anche la Camera bassa polacca è eletta sulla base di sistema elettorale proporzionale, il quale, benché temperato dalla previsione di soglie di sbarramento, ha impedito alla formazione *Diritto e Giustizia* (PiS) di ottenere più della maggioranza assoluta dei saggi aggiudicabili presso il *Sejm*. Va tenuto poi a mente che, in seguito alle elezioni parlamentari dell'ottobre 2019, il PiS non controlla più il Senato, per la cui elezione si segue invece il sistema *first-past-the-post*. La scelta dei blocchi di opposizione (*Coalizione Civica, Partito Popolare Polacco e Alleanza della Sinistra Democratica*) di coordinare le rispettive campagne elettorali in relazione alle consultazioni per la Camera alta, evitando di far correre i propri candidati l'uno contro l'altro nei collegi uninominali, si è dimostrata lungimirante⁹⁰. Questo non è un aspetto di poco conto. Visto che il Senato è coinvolto in una posizione di pari grado con la Camera bassa lungo il processo di revisione costituzionale, Morawiecki, a differenza di Orbán, non ha attualmente a disposizione i voti necessari a far scattare i *quorum* previsti per riformare la Costituzione⁹¹, ovvero sia la maggioranza dei due terzi dei componenti del *Sejm* e la maggioranza assoluta dei membri della Camera alta (art. 235 Cost.). Inoltre, esistono molteplici previsioni costituzionali che garantiscono al Presidente della Repubblica, eletto a suffragio universale e diretto, alcune importanti prerogative (ad esempio, secondo quanto previsto dall'art. 122 Cost., la facoltà di opporre il veto sospensivo alle delibere legislative), le quali gli consentirebbero, almeno in linea teorica, di assurgere a potenziale contropotere⁹².

⁹⁰ Cfr., sul punto, R. Markowski, *Plurality Support for the Democratic Decay: the 2019 Polish Parliamentary Election*, in *West Eur. Polit.*, 43(7), 2020, p. 1519.

⁹¹ Insistono su questo aspetto E. Bakke – N. Sitter, *The EU's Enfants Terribles: Democratic Backsliding in Europe since 2010*, in *Perspect. Polit.*, 2020, p. 1.

⁹² Cfr., in tal senso, G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020, p. 4407 ss.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

Per quanto concerne, invece, il profilo della “cattura” degli organi giurisdizionali ad opera dell’Esecutivo, il caso bulgaro si configura come del tutto eccezionale in considerazione della natura *sui generis* che connota l’ufficio del PG, alla luce della quale il suo titolare si ritrova a partecipare direttamente all’agone politico. Infatti, i poteri attribuitigli, l’effettività incapaci di svolgere un’indagine così come di muovere un’accusa nei suoi confronti e il carattere rigidamente gerarchico, oltre che accentrato, della Procura rendono l’ufficio del PG talmente potente che, di fatto, «chiunque ne “abbia le chiavi” possiede il controllo dell’intero apparato statale»⁹³. Pertanto, se in Ungheria e in Polonia assistiamo da tempo ad una contrapposizione tra il potere politico (*id est*: il Governo) e il potere giudiziario *tout court*, in Bulgaria tale conflitto è più difficile da decifrare, dato che si manifesta lungo un asse più frastagliato⁹⁴.

Giunti a questo punto, pare doveroso sviluppare un’ultima riflessione conclusiva. L’azione dell’Unione europea in materia di promozione e protezione dello Stato di diritto non è stata in grado di dare i frutti sperati e il grande allargamento ad Est, spentosi l’entusiasmo iniziale, è divenuto sempre più oggetto di rivalutazione critica⁹⁵. L’indulgenza che ha generalmente contraddistinto le valutazioni delle istituzioni sovranazionali riguardo le continue lesioni arrecate all’indipendenza del potere giudiziario, al sistema dei *checks and balances* e alla tutela dei diritti fondamentali in molti dei Paesi collocati in quell’area getta un’ombra scura sul futuro dello Stato di diritto nell’Unione europea. Trattasi di valori irrinunciabili, senza la cui effettiva garanzia, qualora si volesse prendere sul serio quanto statuito all’art. 2 TUE, non potrebbe dirsi esistente una vera democrazia in Europa.

Di certo l’Unione europea nel suo complesso non si è adoperata al massimo delle proprie capacità per contribuire all’avvento di quel

⁹³ E. Baksanova, *Lo Stato di diritto in Bulgaria*, cit.

⁹⁴ Cfr., in questi termini, F. Vecchio, *Pericolo populista e riforme della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell’obbligatorietà dell’azione penale*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, p. 72.

⁹⁵ A tal riguardo si leggano le disincantate considerazioni di W. Sadurski, *Guest Editorial. That Other Anniversary*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 13(3), 2017, p. 417 ss.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

momento tanto atteso di «autorigenerazione»⁹⁶ degli Stati membri sul versante della *rule of law*. Tuttavia, non si può fare a meno di evidenziare che molto è dipeso dall’atteggiamento assai poco rigoroso assunto dagli inquilini di Palazzo *Berlaymont*, i quali sono rimasti per lungo tempo inerti⁹⁷. Nello specifico, sulla Commissione grava la responsabilità di aver procrastinato ingiustificatamente l’assunzione di iniziative *ex art. 7*, par. 1, TUE contro l’Ungheria⁹⁸. Si rammenta infatti che la deriva illiberale orbaniana era già in atto da più di un anno quando il Presidente dell’epoca Barroso preferiva attestarsi su una linea attendista, adducendo come giustificazione che il ricorso all’art. 7 TUE rappresentasse addirittura una “*nuclear option*”⁹⁹. Gli effetti deleteri di quell’infelice presa di posizione sono oggi visibili a tutti.

Per converso, la Commissione si è rivelata molto meno comprensiva e flessibile quando, nel corso della crisi economica e finanziaria che investì l’Europa sul finire del primo decennio degli anni Duemila, ha deciso di sostenere con fermezza l’inderogabilità di principi che, a modesto parere di chi scrive, l’Unione europea avrebbe dovuto accantonare. Il riferimento va ovviamente alle politiche di *austerità* “promosse” (*rectius*: dettate) attraverso i dispositivi di stretta condizionalità previsti dalla nuova *governance* economica europea. Non dobbiamo dimenticarci che la Grecia, oltre ad essersi vista «imporre unilateralmente tutte le decisioni di aiuto»¹⁰⁰, è stata punita con una severità inaudita per aver osato sfidare i «*diktat* neoliberalisti»¹⁰¹ della *Troika*, finendo per essere sottoposta ad un processo di

⁹⁶ A. von Bogdandy – P. Bogdanowicz – I. Canor – G. Ruge – M. Schmidt – M. Taborowski, *Un possibile “momento costituzionale” per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quad. cost.*, 4, 2018, p. 872.

⁹⁷ Cfr. L. Besselink - K. Tuori - G. Halmai - C. Pinelli, *The Rule of Law Crisis in Europe*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 268.

⁹⁸ Cfr., in questo senso, D. Kochenov – L. Pech, *Better Late than Never? On the European Commission’s Rule of Law Framework and its First Activation*, in *J. Common Mark. Stud.*, 54(5), 2016, p. 1071 s. e G. Halmai, *How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, p. 327.

⁹⁹ Cfr. J. Barroso, *State of the Union 2012 Address*, Plenary Session of the European Parliament, Speech 12/596, 12.09.2012, p. 10.

¹⁰⁰ G. Grasso, *Il referendum greco e la questione democratica nella (ri)costruzione del soggetto politico europeo*, in *Oss. AIC*, 2, 2015, p. 10.

¹⁰¹ G. Aravantinou Leonidi, *La sfida di Atene all’Europa dell’austerità: il referendum del 5 luglio 2015*, in *Federalismi.it*, 14, 2015, p. 14.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto *alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione*

«decostruzione costituzionale»¹⁰² così virulento da aver rasentato la *debellatio*¹⁰³. Come mai, invece, Ungheria, Polonia e Bulgaria sono state trattate per lo più con un occhio di riguardo ogni volta che non hanno mantenuto fede agli impegni in materia di Stato di diritto? L’idea secondo cui tale diversità di trattamento sia da ricondursi al fatto che, nell’opinione della Commissione, i valori (economici) dei conti pubblici in pareggio e della competitività rivestono un’importanza maggiore di quelli (politici) inerenti alla *rule of law* e alla democrazia, nonostante le altisonanti dichiarazioni di cui all’art. 2 TUE, è ben più di un semplice timore.

ABSTRACT: Bulgaria represents a little-explored case of rule of law backsliding. This paper seeks to examine the European Union’s unsuccessful attempt to deal with it through the analysis of the last reports drafted by the European Commission under the Cooperation and Verification Mechanism (CVM) and the new Rule of Law Mechanism (RLM), which work in a very similar manner. The first one is the *ad hoc* monitoring system set up in order to assist Sofia’s authorities in fulfilling the political Copenhagen criteria not yet met when Bulgaria joined the European Union. The second one is the last European tool established to promote the rule of law and prevent challenges from emerging or deteriorating further at domestic level. The aim is to demonstrate that, because of the dialogical nature of these two instruments and the ambiguous European Commission’s way of acting in exerting its role of guardian of the values enshrined in Article 2 TEU, CMV and RLM do not seem able to cope with the ongoing rule of law crisis in Europe.

¹⁰² A. I. Marketou, *Greece: Constitutional Deconstruction and the Loss of National Sovereignty*, in T. Beukers – B. de Witte – C. Kilpatrick (eds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis*, Cambridge, 2017, p. 179 ss.

¹⁰³ Sulla quale si veda G. Balladore Pallieri, *Diritto bellico*, Padova, 1954, p. 132 ss.

Giovanni Guerra

“(Continuare a) indorare la pillola nuoce alla salute”. Sui limiti del Meccanismo per lo Stato di diritto alla luce del caso bulgaro tra accondiscendenza e complicità della Commissione

KEYWORDS: Bulgaria – Rule of Law Mechanism – Cooperation and Verification Mechanism – rule of law backsliding – European Commission

Giovanni Guerra – Dottorando in Scienze giuridiche, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Siena (giovanniguerra105@gmail.com)

The Hong Kong electoral law reforms: the end of democracy?*

Stefano Trancossi

TABLE OF CONTENTS: Introduction. – 1. Overview of the PRC-Hong Kong relations. – 2. The events leading to the reform. – 3. Previous political system. – 3.1. Legislative Council. – 3.2. Chief Executive. – 3.3. District Councils. – 4. Notes on Far-Eastern constitutionalism. – 4.1 Issues in Chinese constitutionalism: the role of the CCP and the meaning of “democracy”. – 4.1.1 The role of the CCP in Chinese constitutionalism. – 4.1.2 The meaning of “democracy”. – 4.2 The clash between Western and Chinese constitutionalism in Hong Kong. – 5. The amendments to the electoral law. – 5.1. Analysis. – 5.1.1 Candidate vetting. – 5.1.2 Electoral formula. – 5.1.3 Institutional checks and balances. – 6. Conclusions.

Introduction

On Thursday, 11 March, 2021 the Chinese National People's Congress (NPC) passed, with 2895 votes in favor, one abstention and no votes against, the draft proposal for a complete overhaul of the Hong Kong electoral system, eventually approved on 30 March. The changes mainly affect the composition and election of the city's Legislative Council and the Chief Executive selection process. As required by the Basic Law of Hong Kong, the authorities of the city have implemented the changes into local law in April¹. This development represents, by far, the greatest change on the Hong Kong political scene since its handover by the British Government and could well mean the end of democracy in the city, but it is also revealing of the peculiar concept of Far-Eastern constitutionalism, especially in its Chinese variant. In order to understand the depth of the roots, as well as of the implications, of the momentous events of the last two years, this essay will also briefly

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

¹ See *Improving Electoral System (Consolidated Amendments) Bill 2021*, passed by the Executive Council on 13 April 2021, <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20212598e/es32021259817.pdf>.

recap the main background features of the People's Republic of China-Hong Kong relationship, the concept of Chinese constitutionalism and the previous political system in the former British colony; it will then focus on the amendments to the city's election law and its consequences for the effectiveness of democratic control in the Hong Kong Special Autonomous Region (hereinafter, HKSAR).

1. *Overview of the PRC-Hong Kong relations*

Hong Kong first became subject of international interest when the United Kingdom forced² the Qing Empire to surrender the control of the island of Hong Kong³, the Kowloon peninsula and Stonecutter Island⁴, and, in 1898, to lease the northern New Territories to the British government for 99 years⁵. Under British rule, the colony recorded a very strong economic development, especially after the Second World War, the establishment of the People's Republic of China (PRC) and, more recently, the creation of the Shenzhen Special Economic Zone in 1980.

The looming expiry of the lease led to five years of negotiations between the PRC and the UK on the status, privileges and rights of the city and its citizens after the handover to China, which would have included the entirety of the colony. Eventually, the two sides agreed on the principle of "One Country, Two Systems", whereby, after the departure of the British governor on 1 July 1997, the city would have maintained its capitalist, liberal-democratic system, based on the rule of law, while the PRC central government would have taken control of foreign policy and defense. The terms of the agreement were enshrined

² Despite the formal appearance of international conventions, the so-called "unequal treaties" between European powers and China were as colonial in nature as African or American-style direct invasions.

³ Treaty of Nanking, 1842, at the end of the First Opium War.

⁴ First Convention of Peking, 1860, at the end of the Second Opium War.

⁵ In 1898, Her Majesty's Government negotiated the lease to almost double the size of the colony. See J. Carrol, *A Concise History of Hong Kong*, 2007, and I. Scott, *Political Change and the Crisis of Legitimacy in Hong Kong*, University of Hawaii, 1989, chapter IV.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

into the 1984 Sino-British Declaration⁶, a treaty between the soon-to-be former colonial power and the future new sovereign of Hong Kong, which listed the main policies that the People's Republic of China committed to maintain unchanged for 50 years after the handover⁷. These policies, ranging from freedom of movement for goods and capital to airline regulation, included a local autonomous government⁸, with legislative, executive and judicial branches set up by a Basic Law⁹, but under the direct control of the central government in Beijing¹⁰. In particular, the PCR State Council¹¹ would have appointed the Chief Executive of Hong Kong, while the National People Congress (China's national Parliament) could amend or interpret the Basic Law, reject locally approved laws and impose legislation on certain matters¹²; the military garrison of the People's Liberation Army (PLA) to be stationed in the city could not "interfere in the internal affairs of the [HKSAR]"¹³. Finally – and crucially for this paper's purposes – Section XIII of Annex I kept in force the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights, as ratified by the UK and consequently applied in the city.

⁶ Joint Declaration on the question of Hong Kong (with annexes). Signed at Beijing on 19 December 1984, UNTS 23391, vol. 1339.

⁷ *Id.*, Section I, Annex I.

⁸ Technically, a "Special Administrative Region" (SAR), which is permitted under art. 31 of the PRC Constitution.

⁹ Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region, adopted at the Third Session of the Seventh National People's Congress of the People's Republic of China on 4 April 1990 and issued by Decree of the President of the People's Republic of China no. 26 of 4 April 1990.

¹⁰ Technically, therefore, the entire HKSAR has been established to manage the direct sovereignty of China over Hong Kong, under the terms of the Declaration, but without any meaningful way to ensure that the PRC government respects the provision in it, except general public international law methods.

¹¹ Which, under the Chinese constitution, «is the executive body of the highest organ of state power; it is the highest organ of state administration», basically corresponding to the Cabinet in Anglo-Saxon systems. See PRC Constitution, Chapter III, Section 3, arts. 85-92.

¹² Listed in the infamous Annex III to the Basic Law. The list, which dealt only with national emblems, anthems, flags, citizenship and typical international issues (sea shelf, consular and diplomatic immunities...), was extended to national security in 2020.

¹³ Joint Declaration on Hong Kong, cit., Annex I, sec. XII

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

The first contentious issues between the PRC and the newly constituted HKSAR arose almost immediately: in 1999 the city's Court of Final Appeal struck down¹⁴ a local ordinance restricting the right of abode in the region, but the Chief Executive appealed to the Standing Committee of National People's Congress (NPCSC) in Beijing to issue the first "interpretation" of the Basic Law¹⁵, that the Court agreed to follow¹⁶. This move, however, caused part of the citizenry to feel disenfranchised and led to marches in protest, despite the fact that the

¹⁴ *Ng Ka Ling and Another v. Director of Immigration* [1999] HKCFA 72; [1999] 1 HKLRD 315; (1999) 2 HKCFAR 4; [1999] 1 HKC 291; FACV 14/1998 (29 January 1999). This case had the potential to create a *Marbury*-like precedent, because the Court unanimously held that «Like other constitutions, [the Basic Law] distributes and delimits powers, as well as providing for fundamental rights and freedoms. As with other constitutions, laws which are inconsistent with the Basic Law are of no effect and are invalid. Under it, the courts of the Region have independent judicial power within the high degree of autonomy conferred on the Region. It is for the courts of the Region to determine questions of inconsistency and invalidity when they arise. It is therefore for the courts of the Region to determine whether an act of the National People's Congress or its Standing Committee is inconsistent with the Basic Law, subject of course to the provisions of the Basic Law itself». It has to be noted that the relevant provision of the Basic Law was a direct reference to Section XIV, Annex I, of the Joint Declaration.

¹⁵ Interestingly, the Legislative Council was briefed by the Executive in a remarkably honest paper (*Right of Abode: The Solution*, <https://www.legco.gov.hk/yr98-99/english/hc/papers/roa-e.pdf>), in which it suggested to have the Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC) in Beijing interpret the Basic Law in order to overrule the Court of Final Appeal (CFA) judgment. However, it also noted that «NPCSC's interpretation of the Basic Law may be regarded by common law jurisdictions and some people in Hong Kong as undermining the rule of law and CFA's power of final adjudication, as well as interference with the judicial independence and jeopardizing Hong Kong's autonomy. These perceptions may attract negative criticisms on NPCSC's interpretation and the HKSAR Government».

¹⁶ See *Lau Kong Yung & Others v Director of Immigration* (1992) 2 HKCFAR 300 and, later, *Director of Immigration v Chong Fung Yuen* (2001) 4 HKCFAR 234. In both cases, the CFA stated that the NPCSC power to interpret the Basic Law was «in general and unqualified terms» and that HKSAR courts were bound to follow it, regardless whether the interpretation had been solicited by the Chief Executive or by Hong Kong courts, or the NPCSC had acted independently under art. 158 of the Basic Law.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

struck-down law was generally popular among Hongkongers, who began to distrust the national government as well as their own¹⁷.

Four years later, the HKSAR government tried to give effect to art. 23 of the Basic Law, which requires the city to pass a “national security law” to protect the interests of the PRC in Hong Kong. Massive protests ensued and the proposal was withdrawn¹⁸.

In 2012, the government announced a plan to implement “national, moral and civic education” in every non-international school, in order to foster “national identity awareness and nurture patriotism towards China”, due to a perceived lack of Chinese identity in the HKSAR scholastic curricula¹⁹. Again, the population took to the streets and forced Chief Executive Leung to make the program facultative for schools, but his successor Carrie Lam has repeatedly stressed the importance of this issue²⁰.

Political intimidation and the use of authoritarian practices were made public in the 2015 “Causeway Bay booksellers” case: five Hongkongers working at Causeway Bay Books, an independent publisher, were abducted by PRC security forces and detained in mainland China, in blatant violation of the Basic Law. The idea that Hong Kong citizens were not protected against being deported to the mainland was met with anger and preoccupation in the city and internationally²¹.

¹⁷ The story of this important case is summarized in C. Buddle, *We're living in a Hong Kong shaped by a landmark 1999 ruling*, in *The South China Morning Post*, 29 January 2019.

¹⁸ See A. Gunia, *A Brief History of Protest in Post-Handover Hong Kong*, in *The Time*, 20 June 2019.

¹⁹ The plan is available in its amended form, *Moral and National Education Curriculum Guide (Primary 1 to Secondary 6)*, available at [https://www.edb.gov.hk/attachment/en/curriculum-development/moral-national-edu/MNE%20Guide%20\(ENG\)%20Final_remark_09102012.pdf](https://www.edb.gov.hk/attachment/en/curriculum-development/moral-national-edu/MNE%20Guide%20(ENG)%20Final_remark_09102012.pdf).

²⁰ *A Brief History of Protest in Post-Handover Hong Kong*, cit.

²¹ See A.W. Palmer, *The Case of Hong Kong's Missing Booksellers*, in *The New York Times Magazine*, 3 April 2018.

2. *The events leading to the reform*

In order to understand the reasons behind the HKSAR electoral reform, it is necessary to recap briefly the political events that led to the democratic crisis of the last decade.

When the central government in Beijing reneged on its commitment to grant universal suffrage by 2012²², democratic activist began to push for reform through different means: for example, in 2010, five democratic members of the Legislative Council (LegCo) resigned simultaneously, thereby triggering five by-elections to be held at the same time in the entire HKSAR, in what became known as the “Five Constituencies Referendum”²³. Later that year, the LegCo approved a reform package that raised the members of the Electoral Committee from 800 to 1200 and the members of the LegCo from 60 to 70, adding five legislators from the geographic constituencies and five to the District Council (Second) Functional Constituency²⁴.

In 2014, however, the NPCSC issued a Decision²⁵ concerning the election of the Chief Executive (CE), which stated that «the principle

²² On December 29, 2007, the National People Congress Standing Committee decided that the Chief Executive was to be elected directly in 2017, while other reforms could be proposed by the LegCo with a two-thirds majority. See “Decision of The Standing Committee of The National People’s Congress on Issues Relating to The Methods for Selecting the Chief Executive of The Hong Kong Special Administrative Region and for Forming the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region in the Year 2012 and on Issues Relating to Universal Suffrage (Adopted by the Standing Committee of the Tenth National People’s Congress at its Thirty-First Session on 29 December 2007)”, available at <https://web.archive.org/web/20081223214014/http://www.hklii.org/hk/legis/en/orid/2211/longtitle.html>.

²³ The vote was boycotted by almost all non-pan democratic candidates and voters, resulting in less than 20% turnout and the reelection of all the five incumbent members of the LegCo.

²⁴ See Amendment to Annex II to the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China Concerning the Method for the Formation of the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region and Its Voting Procedures, Recorded at the Sixteenth Session of the Standing Committee of the Eleventh National People’s Congress on 28 August 2010.

²⁵ “Decision of the Standing Committee of the National People’s Congress on Issues Relating to the Selection of the Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region by Universal Suffrage and on the Method for Forming the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region in the Year

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

that the Chief Executive has to be a person who loves the country and loves Hong Kong must be upheld», paving the way to an even more penetrating screening of future CE candidates by the central government. The decision caused an uproar in the city, especially among the students, who organized in a series of mass protests, collectively known as the “Umbrella Movement”.

The calls for reform led the central government to back a proposal that would have introduced universal suffrage in the election of the Chief Executive, in exchange for a limitation to two or three candidates, with the approval of more than half of the Election Committee; the vote overwhelmingly failed in the LegCo²⁶. Consequently, the 2016 LegCo elections and the 2017 CE elections went forward with the same rules as the previous time, but with a much stricter candidate screening by the Electoral Affairs Commission, which prevented several pro-democracy politicians from running, on the basis of their supposed “unconstitutional” views²⁷.

The political restrictions did not stop after the elections, though. On 17 July 2018, the Hong Kong National Party was officially disbanded on national security ground for advocating in favor of Hong Kong independence. The move was particularly unexpected also because, despite a pending regular legal challenge to the police action, the Security Secretary John Lee proceeded to the ban anyway²⁸.

The new – and current – Chief Executive, Carrie Lam, was then involved into the latest stages of the democratic crisis in the HKSAR, which were ignited again in February 2019 by a government-backed proposal to amend the extradition laws, in order to allow HKSAR

2016”, available at <http://www.2017.gov.hk/filemanager/template/en/doc/20140831b.pdf>.

²⁶ The democratic opposition had the votes to stop the measure anyway (a two-thirds majority was required), but, because of a poorly-timed walkout of the pro-Beijing LegCo members, the motion failed 8-28.

²⁷ See A. Ramzy - A. Wong, *Hong Kong Restricts Election Candidates, Renewing Fears of Lost Rights*, in *The New York Times*, 3 August 2016. The main problem with the excluded candidates appeared to be their reluctance to acknowledge that, as art. 1 of the Basic Law stipulates, the HKSAR is an «inalienable part» of China.

²⁸ See T. Cheung – J. Lam, *Ban on Hong Kong National Party over ‘armed revolution’ call met with both cheers and fear*, in *The South China Morning Post*, 24 September 2018.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

residents to be exceptionally extradited to other jurisdictions, such as mainland China, without a specific extradition agreement²⁹. After massive internal and external³⁰ protests in March and April, the proposal was greatly reduced in scope and eventually withdrawn, but physical confrontation between protesters, lawmakers (some of whom – all from the democratic camp – were briefly detained by the police) and security forces led to very dramatic moments and widespread chaos during the summer, when some activists, mainly from the Beijing camp, resorted to violence without particular police reaction³¹.

The increasing politicization of society, especially the youth³², led to the landslide victory for the democratic camp in the November 2019 District Council elections, but also to more protests and consequent violent reaction by the police, who began systematically arresting pro-democracy activists and lawmakers. The confusion and instability took their toll on the economy of the city, which registered the first recession since 2009, in a period of overall global economic expansion³³.

The central government in Beijing concluded that the situation in the city was out of control and, having lost the faith in Ms. Lam ability to restore the peace, moved to overtake HKSAR authorities by proposing a new National Security Law³⁴, while the city was in a

²⁹ The government exploited the case of an 18-years old Taiwanese man who murdered his pregnant girlfriend and escaped to the HKSAR: Taiwanese authorities could not have him extradited because of the lack of an extradition treaty between the two countries.

³⁰ Politicians from around the globe, especially from the United States, Canada and the European Union, formally asked the government to reconsider its position.

³¹ See, for example, J. Pomfret - D. Kwok, *Hong Kong police criticized over failure to stop attacks on protesters*, in *Reuters*, available at <https://www.reuters.com/article/us-hongkong-extradition-idUSKCN1UH02O>.

³² Often left behind in society by the combination effect of housing and job policies. See, for example, T. Peter, *Inside Hong Kong's youth housing crisis*, in *The Independent*, 24 July 2019, available at <https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/photography/hong-kong-youth-housing-crisis-protests-china-living-costs-a8994976.html>.

³³ See "GDP Growth, annual – Hong Kong HKSAR, China", World Bank, available at <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2019&location=HK&start=1962&view=chart>.

³⁴ See "The Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region" available at

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

lockdown due to the Covid-19 pandemic. The bill criminalized many forms of expression and political activity until then protected by the Basic Law³⁵, on the pretense to fight «secession, subversion, terrorism and foreign interference». The National People's Congress swiftly approved the law in May 2020, a few days after a debate in the LegCo on a proposal to make it a crime to disrespect the national anthem became a brawl in which several lawmakers were injured and removed from the building³⁶. The new National Security Law was quickly used to silence many prominent opposition figures, including politicians, journalists, professors and businesspeople.

Predictably, the tension rose, but the simultaneous effects of Covid-related restrictions to public gatherings and beefed-up police reaction led to a period of precarious peace in the streets. LegCo elections, originally scheduled in early September 2020, were delayed by a year³⁷, while the authorities targeted potential and nominated democratic candidates³⁸, even disqualifying four incumbent members of the LegCo on July 30th. These same four lawmakers were then removed from the LegCo when the NPCSC passed a decision to ban any member who supported, even in the past, Hong Kong independence

[https://www.elegislation.gov.hk/fwddoc/hk/a406/eng_translation_\(a406\)_en.pdf](https://www.elegislation.gov.hk/fwddoc/hk/a406/eng_translation_(a406)_en.pdf). It must be noted that such a law is actually required by art. 23 of the Basic Law, that orders the HKSAR to «enact laws on its own to prohibit any act of treason, secession, sedition, subversion against the Central People's Government, or theft of state secrets, to prohibit foreign political organizations or bodies from conducting political activities in the Region, and to prohibit political organizations or bodies of the Region from establishing ties with foreign political organizations or bodies», but an attempt to pass it in the LegCo failed in 2003 due to public protests; it must also be noted that nothing in the Basic Law allows the NPC to surrogate the LegCo in the enactment of such laws.

³⁵ Such as «freedom of speech, of the press and of publication; freedom of association, of assembly, of procession and of demonstration; and the right and freedom to form and join trade unions, and to strike», Basic Law of the HKSAR, art. 27, or the *habeas corpus* provision in art. 28.

³⁶ See *Hong Kong: Lawmakers carried out during parliament mayhem*, in *BBC*, 18 May 2020, available at <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-52702076>.

³⁷ The current scheduled date is 19 December 2021.

³⁸ In particular, after the pro-democracy bloc held primaries in July 2020, the first in the HKSAR history. However, many of the winning candidates were disqualified by the election authorities.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

from the PRC³⁹. This decision caused the mass resignation of all 15 remaining⁴⁰ opposition lawmakers on December 1st: as of today, there is virtually no organized political opposition to the pro-Beijing forces in the LegCo.

3. Previous political system

Since its handover to China by the British government in 1997, the Hong Kong Special Administrative Region has enjoyed a peculiar form of limited democracy, under the famous “One Country, Two Systems” model. The system envisioned by the Basic Law granted an island of rule of law, democracy, basic human rights and capitalist economic system near the biggest one-party autocratic regime of the world. The oddity of this situation has led, with time, to a progressively bigger chasm between the mainland and the city, in a conflict that turned violent in recent years. It is therefore understandable that the political authorities of Beijing tried to bridle the most prominent institutional mechanism that granted Hongkongers the exercise of the very rights China does not recognize for its citizens.

However, in order to understand the deep changes proposed by the NPC, it is fundamental to briefly recap the previous system of government of the HKSAR, beginning with the institutional role and

³⁹ «A member of the LegCo of the HKSAR does not fulfill the legal requirements and conditions on upholding the Basic Law of the HKSAR of the People's Republic of China and pledging allegiance to the HKSAR of the People's Republic of China if the member advocates or supports “Hong Kong independence”, refuses to recognise the People's Republic of China's sovereignty over Hong Kong and the exercise of the sovereignty, solicits intervention by foreign or external forces in the HKSAR's affairs, or carries out other activities endangering national security. When the member is so decided in accordance with law, he or she is immediately disqualified from being a LegCo member». NPCSC Decision on the qualification of members of the Legislative Council (LegCo) of the Hong Kong Special Administrative Region, 11 November 2020.

⁴⁰ Six democratic members had already been disqualified in 2016 and 2017 due to the infamous “oath-taking controversy”, especially after the NPCSC issued an “interpretation” of art. 104 of the Basic Law, which required lawmakers to swear allegiance to the HKSAR with due solemnity and sincerity.

electoral norms of its three main government institutions: the Legislative Council, the Chief Executive and the District Councils.

3.1. *Legislative Council*

«The Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region shall be constituted by election.

The method for forming the Legislative Council shall be specified in the light of the actual situation in the Hong Kong Special Administrative Region and in accordance with the principle of gradual and orderly progress. The ultimate aim is the election of all the members of the Legislative Council by universal suffrage.

The specific method for forming the Legislative Council and its procedures for voting on bills and motions are prescribed in Annex II: “Method for the Formation of the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region and Its Voting Procedures”⁴¹.

Under the former system, the 70-member unicameral legislature of the HKSAR was elected for a 4-years term in, at least, three different ways, a convoluted procedure that reflects (or, at least, should reflect) the progressive path towards «the election of all the members of the Legislative Council by universal suffrage».

Firstly, 35 members were elected directly by the people, with proportional representation based on the Hare quota (largest remainder method) and medium-to-small-sized, multimember, geographical constituencies⁴² (GCs). The implicit electoral threshold, especially in Kowloon East, was high⁴³ and allowed only parties with a relatively strong support overall or a small but localized voter base to obtain seats. These elections used to be actually contested and participated by numerous parties, both pro-democracy and pro-Beijing.

⁴¹ Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region, art. 68.

⁴² In the 2016 elections, the New Territories (East and West) elected 9 representatives each, Hong Kong Island 6, Kowloon East 5 and Kowloon West 6. The allocation is based on the resident population of each zone.

⁴³ Under Hare quota, with only five seats to distribute, the implicit threshold is above 10%. Case in point, in the 2016 Kowloon East elections, the successful candidate with the fewest votes got 13,80% of the total.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

Secondly, 30 members were (and are) elected by 28 Functional Constituencies (FCs), which do not have a geographical, but rather a professional identity; moreover, the franchise is not necessarily attributed to people, but it is often granted to organizations, such as corporations or unions (for example, about 70,000 teachers voted in the Education FC, but just 121 banks had the right to vote in the Finance FC). 27 FCs elect a single representative, in most of the cases through a simple FPTP method. The Labour constituency, which represents trade unions, elects three representatives with a plurality-at-large method⁴⁴.

It is apparent that, since each FC has a different number of members (ranging from a couple of hundreds to tenths of thousands of voters) and much of the voting power is channeled through the administrators of corporations, there is an enormous disproportion in voting power benefitting the business community, which overwhelmingly supports the central government in Beijing.

Finally, despite technically being the last Functional Constituency, the District Council (Second) FC, created in 2010, presented a unique system: the candidates could only be current district councilors, while the voters were all Hong Kong citizens who were not already voting in another FC. This rule allowed almost 3.5 million Hongkongers to vote for 5 more legislators without geographical limitations and proportional representation.

The last election, held on 4 September 2016, recorded the following results:

⁴⁴ The three candidates with the most votes win. Every voter has three votes.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

	Pro-democracy	Localist ⁴⁵	Pro-Beijing	Independents	Total seats
Hong Kong Island	2	1	3	0	6
Kowloon East	2	0	3	0	5
Kowloon West	2	2	2	0	6
New Territories East	5	1	3	0	9
New Territories West	2	2	5	0	9
Geographical Constituencies	13	6	16	0	35
Functional Constituencies	7	0	22	1	30
District Council (Second)	3	0	2	0	5
Total by camp	23	6	40	1	70

2016 LegCo Elections - Total by camp



This quick overview of the LegCo electoral system shows that the norms were already blatantly skewed in favor of the pro-Beijing camp,

⁴⁵ Localist forces have greatly risen in popularity in the last decade, thanks to a more direct appeal to local issues, quite relevant in the GCs. They align for the most part with the pro-democracy camp. See Y.H. Kwong, *The Growth of "Localism" in Hong Kong: A New Path for the Democracy Movement?*, in *China Perspectives*, 3, 2016, p. 63 ss.

which could safely count on almost half of the seats thanks to the FCs and was well represented in the GCs by the current relative majority party, the Democratic Alliance for the Betterment and Development of Hong Kong (DAB).

3.2. *Chief Executive*

«The Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region shall be selected by election or through consultations held locally and be appointed by the Central People's Government.

The method for selecting the Chief Executive shall be specified in the light of the actual situation in the Hong Kong Special Administrative Region and in accordance with the principle of gradual and orderly progress. The ultimate aim is the selection of the Chief Executive by universal suffrage upon nomination by a broadly representative nominating committee in accordance with democratic procedures».⁴⁶

If the election of the Legislative Council allowed, at least, a quota of direct democracy, not a single step of the election of the Chief Executive of the HKSAR, heir to the British Governor of Hong Kong, can be described as democratic in nature.

The Chief Executive was – and still is – the head of the government of the city and was appointed by the State Council in Beijing upon the results of an election/nomination process performed by the Elections Committee, a 1200-member-strong electoral college, whose member were elected by 38 groups, known as “Subsector”, grouped in 4 Sectors⁴⁷, each one electing 300 people. The 38 Subsectors

⁴⁶ Basic Law of the HKSAR, art. 45.

⁴⁷ «(I) Industrial, commercial and financial sectors; (II) The professions; (III) Labour, social services, religious and other sectors; (IV) Members of the Legislative Council, representatives of members of the District Councils, representatives of the Heung Yee Kuk, Hong Kong deputies to the National People's Congress, and representatives of Hong Kong members of the National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference». See Amendment to Annex I to the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China Concerning the Method for the Selection of the Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region (Approved at the Sixteenth Session of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress on 28 August 2010).

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

broadly corresponded, in membership and scope, to the FCs, therefore some of them had few hundreds of eligible voters, others tens of thousands, while others gave the franchise only to corporations. The Elections Committee has always had a strong presence of business-related member, but it also comprises representatives from religious, sports and social institutions.

Once the Elections Committee convened, it voted on candidates who had received the endorsement of, at least, 150 members of the same Committee. A majority (601 votes) was necessary to win; if no candidate reached the threshold, a runoff was held.

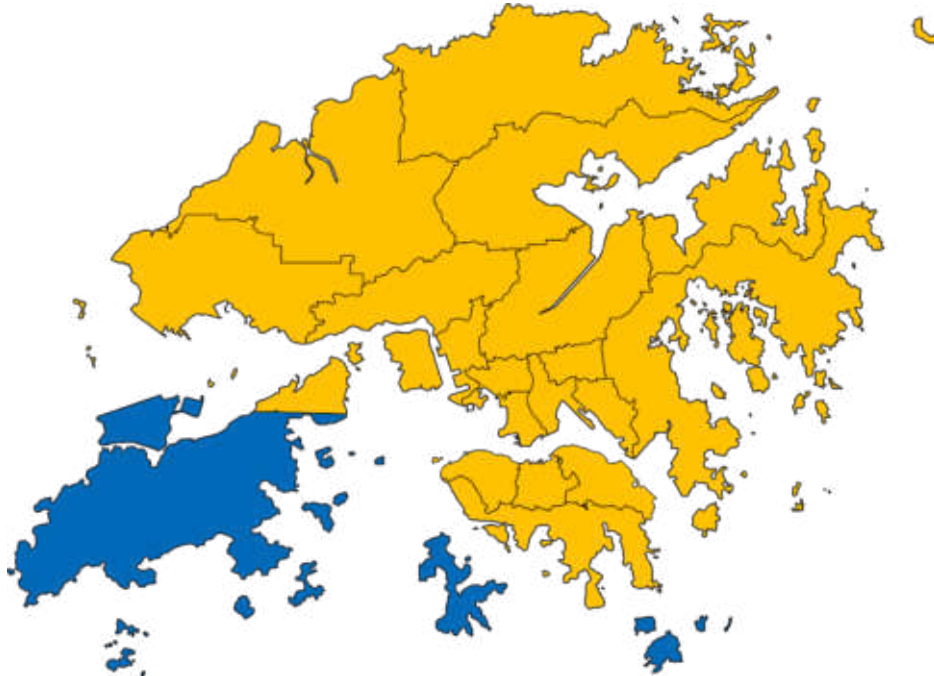
3.3 District Councils

The territory of the HKSAR is divided into 18 districts, whose inhabitants directly elect a District Council every four years. The size of each District Council depends on the population of the district, ranging from 42 members in Sha Tin District to just 13 councilors in Wan Chai. With the exception of the 27 members appointed by the Chief Executive as rural committee chairmen, the remaining 452 councilors are elected via FPTP in single-seats constituencies.

Unsurprisingly, given the relative fairness of the electoral game (but despite the potentially disproportionate effects of the FPTP system), the District Council elections were not arranged so that they inevitably return a pro-Beijing majority and, in 2019, registered an outright landslide in favor of the pro-democracy camp (yellow), which gained 265 seats and the control of 17 out of 18 Councils⁴⁸.

⁴⁸ Thanks to Momocalbee - Own work, CC BY-SA 4.0, <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=84514870> for the map.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*



4. Notes on Far-Eastern constitutionalism

Before moving on to the analysis of the electoral reform imposed on Hong Kong, it could be expedient to give appropriate, though condensed, mention to the ever-developing concept of constitutionalism in Far East Asia, because it may be misleading and detrimental to the scientific purpose of this paper to assume that the idea of constitutionalism which is deeply entrenched in Western legal culture has absolute and unquestionable application throughout the world. As a fundamental initial disclaimer, this paper will refer to “Western” constitutionalism as the one dating back to 17-18th century Western Europe and generally considered to be hypostatized by the text of art. 16 of the Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789): «Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution»⁴⁹. The two

⁴⁹ «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution, Déclaration of the rights

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

main prongs of Western constitutionalism, i.e. the guarantee of individual rights and the separation of powers, are widely considered – among Western scholars – to be inescapable features of any governmental organization that aspires to be “constitutional”, together with their logical consequences in both the economic (free market capitalism) and political (democracy) fields. Moreover, after the fall of the Berlin Wall, the Western paradigm of liberal-democratic constitutionalism has been virtually unchallenged on the world stage, in the infamous “end of history” mindset that has proven as correct as long-lived⁵⁰. Constitutionalism, however, has taken different paths in Eastern Asia, whose legal culture and history has consistently diverged from that of the West; its idea of what constitutionalism means is particularly relevant for a number of reasons⁵¹.

First of all, as far as the descriptive meaning of “constitutionalism” is concerned, the Far East, especially China, boasts probably the most ancient, complex and somewhat uninterrupted constitutional system in human history. The basic tenets about the functioning of the State and the authority of the Emperor have been in place for more than two thousand years⁵².

Secondly, whereas Western constitutionalism is deeply connected to the idea of natural (later, human) individual rights that the government ought not to interfere with, Eastern constitutionalism,

of the man and of the citizen», text available at <https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>.

⁵⁰ See, of course, F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992, and, critically, L. Harris, *China's Constitutionalism*, in H. Fu - L. Harris – S. N. M. Young (eds.), *Interpreting Hong Kong's Basic Law: The Struggle for Coherence*, New York, 2007, p. 243-244.

⁵¹ For another perspective on the issue of the differences between Western and Chinese constitutionalism, see *Political but incontestable: A review of 'political constitutionalism' in China*, in *Global Constitutionalism*, 10(1), March 2021, p. 10 ss.

⁵² If we assume the Aristotelian meaning of *politeia*, there is no conceivable State-like organization without some form of constitution. See T. Ginsburg, *Constitutionalism: East Asian Antecedents*, in *Chicago-Kent Law Review*, 11, 2012. See also Z. Han, *Modern Constitutionalism in China and the Fundamental Structure*, in *The Constitutional Identity of Contemporary China*, 2019, p. 27. Just to give an example, the Qin dynasty, which ruled China in the 3rd century BC, already had a complex bureaucratic system known as “Three Lords and Nine Ministers”.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

under different philosophical influences (e.g., Confucianism)⁵³, has championed the value of societal benefit over individual satisfaction, the importance of rule by the elderly/sages, but also the ruler's duty to pursue the welfare of the ruled⁵⁴. However, since absolute divine monarchies have been the norm in East Asia until the XIX century, the idea of a restriction of the sovereign power of the Emperor was never taken into serious consideration⁵⁵.

Thirdly, constitutionalism in Far East Asia has in itself taken very different routes: the countries which recorded a strong economic and political development after WWII (Japan, South Korea, Taiwan) under US influence adopted Western-style constitutions and embraced Western constitutionalism, though with some peculiarities⁵⁶. Conversely, China lives under the pervasive influence of Marxist ideology, which has momentous effects on the Chinese constitutional debate. In particular, the interaction of Marxism (*rectius*, Maoism or Sino-Marxism) with concepts like the rule of law entails two main consequences⁵⁷: on one hand, the law is seen as part of the "superstructure" (much like culture, religion, family values, etc.), which depends on the dynamics of the economic "structure"; therefore, the law has no particular value as the "general will"⁵⁸ of the people, but

⁵³ On this topic, see B. Ngoc Son, *Confucian Constitutionalism in East Asia*, New York-London, 2016 and T. Ginsburg, *op. cit.*

⁵⁴ A significant example of this approach can be detected in arts. 33-51 of the Chinese Constitution: after a long list of rights and privileges granted to Chinese citizens, among which freedom of expression, freedom of religion, right to social assistance, protection from unlawful search and seizures, even the right to "lawful" private property, art. 51 puts the entire enumeration into question, by subordinating the exercise of these rights to the «interests of the state, society or collective».

⁵⁵ There are, however, some examples of self-imposed limits to central government authority (such as a ban on forced labor during farming season in China) or political compromises limiting such power (such as the shogunate in Japan). See T. Ginsburg, *op. cit.*

⁵⁶ On the specific features of constitutionalism in these countries, see J-R. Yeh - C. Wen-Chen, *The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison*, in *The American Journal of Comparative Law*, 59(3), 2011, p. 805 ss.

⁵⁷ For an in-depth analysis, please refer to the numerous materials cited in P. Renniger, *Chinese (Anti-) Constitutionalism: Sino-Marxism, Xi Jinping Thought, and Hong Kong*, in *Verfassungsblog*, 28 November 2019, available at <https://verfassungsblog.de/chinese-anti-constitutionalism>.

⁵⁸ Again, from the *Déclaration*, art. 6.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

only as a reflection of the current stage of the economic relationship (and struggle) between different parts of Chinese society, in a series of contradictions that the law is called to solve according to the needs and perspectives of the time⁵⁹. On the other hand, given the supreme status accorded by Sino-Marxism to the political aims of the Communist movement, law is inevitably dependent on, and interpreted according to, the political priorities as enunciated by the leadership of the Chinese Communist Party (CCP). The law – constitution included – is not binding by itself or by authoritative fiat, but only because and insofar as it suits the objectives of the CCP, as if all legal theory amounted only to “factualistic positivism”⁶⁰ and the law was deprived of any meaningful normativity beyond what the Party wants⁶¹.

Having presented some caveats about trying to apply the schemes of (Western) constitutionalism on a fundamentally different political system, since this paper covers the Hong Kong-China relationship, it is probably more useful to focus only on the specifics of the Chinese debate on constitutionalism.

4.1. Issues in Chinese constitutionalism: the role of the CCP and the meaning of “democracy”

The modern approach of the People’s Republic of China to constitutionalism is a story of opposing tendencies: since the opening of its economy to market-based dynamics and capitalism, the government has consistently tried to balance the demands of the business and middle class, on which its newfound prosperity is based, and the orthodoxy of the one-party Sino-Marxist rule. In the public debate on Chinese constitutionalism, there are two main issues: the relationship with Western constitutionalism as a whole and the Chinese interpretation of the concept of “democracy”.

⁵⁹ As set by the Party, naturally.

⁶⁰ P. Renniger, *op. cit.*

⁶¹ For an in-depth analysis on the philosophical implication of idealism and realism in Chinese constitutionalism, please refer to F. Lin, *Idealism and Realism in Chinese Constitutional Theory and Practice*, in M. Adams – A. Meuwese – E.H. Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law, Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, 2017, p. 294 ss.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

4.1.1. *The role of the CCP in Chinese constitutionalism*

Firstly, from a simple reading of the Chinese Constitution, it is clear from its initial article (stating that «The People's Republic of China is a socialist state governed by a people's democratic dictatorship»⁶²) that it has little to share with Western habits in terms of hierarchy and rule of law. However, the most relevant provision about constitutionalism, art. 5, deserves a deeper look: at a first glance, it seems slightly contradictory, because it features some lines that could easily be found in any Western constitution (such as «No law, administrative regulation or local regulation shall be in conflict with the Constitution»⁶³), together with Marx-inspired clauses («The state shall safeguard the unity and sanctity of the socialist legal system»), but the illusory conundrum can be solved by interpreting it with due regard for the role of the Party.

⁶² Constitution of the People's Republic of China, adopted at the Fifth Session of the Fifth National People's Congress and promulgated by the Announcement of the National People's Congress on December 4, 1982; amended in accordance with the Amendment to the Constitution of the People's Republic of China adopted at the First Session of the Seventh National People's Congress on April 12, 1988, the Amendment to the Constitution of the People's Republic of China adopted at the First Session of the Eighth National People's Congress on March 29, 1993, the Amendment to the Constitution of the People's Republic of China adopted at the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999, the Amendment to the Constitution of the People's Republic of China adopted at the Second Session of the Tenth National People's Congress on March 14, 2004, and the Amendment to the Constitution of the People's Republic of China adopted at the First Session of the Thirteenth National People's Congress on March 11, 2018, art. 1.

⁶³ Or «All state organs and armed forces, all political parties and social organizations, and all enterprises and public institutions must abide by the Constitution and the law. Accountability must be enforced for all acts that violate the Constitution or laws» and «No organization or individual shall have any privilege beyond the Constitution or the law». PRC Constitution, art. 5.3-5. This could easily be paired with US Constitution, art. VI, sec. 2 («This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding»).

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

According to art. 1.2 of the Constitution, as amended under Secretary Xi in 2018⁶⁴, «The socialist system is the fundamental system of the People's Republic of China» and «Leadership by the Communist Party of China is the defining feature of socialism with Chinese characteristics». If, therefore, the entire constitutional system of the state is based on the idea that the CCP has the sole right and duty to lead the country, the various power struggles that Western constitutionalism is so focused on managing and avoiding⁶⁵ cannot be an issue for Chinese constitutionalism. There is simply no circumstance when a law, administrative or local regulation can be in conflict with the Constitution, because either the Party endorses the new rule (and the Constitution can be “interpreted” to fit in the rule by no other than the NPCSC⁶⁶), or the Party does not endorse the new rule and those who approved it acted against the fundamental principle of the entire legal order, namely that the Party leads and administers public power. Since the Party is the forum where all conflicts of power are dealt with, there is no need for institutional mechanisms to solve them.

It is clear therefore that, when the Chinese ruling class utters “constitutionalism”, it refers to this peculiar concept, even when Party officials seem to publicly call for something different.

The term itself rose in popularity with the leadership of current Chairman Xi Jinping (since 2012), who sponsored a series of sweeping anti-corruption investigations against famous business people and powerful CCP members⁶⁷. The state-owned media presented the

⁶⁴ The reform introduced Xi Jinping's Thoughts in the Constitution, abolished term limits for the President and added an explicit reference to the supremacy of CCP rule over the Constitution in art. 1, which used to read «The socialist system is the basic system of the People's Republic of China. Disruption of the socialist system by any organization or individual is prohibited» and now reads: «The socialist system is the fundamental system of the People's Republic of China. *Leadership by the Communist Party of China is the defining feature of socialism with Chinese characteristics*. It is prohibited for any organization or individual to damage the socialist system». Constitution of the PRC, art. 1, emphasis added.

⁶⁵ Thanks to, first and foremost, vertical and horizontal separation of powers.

⁶⁶ «The National People's Congress Standing Committee shall exercise the following functions and powers: (1) interpreting the Constitution and overseeing its enforcement»; Constitution of the PRC, art. 67.

⁶⁷ This undertaking was motivated both by the urging need to quell the rampant corruption inside the Party and by the political opportunity to put political

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

prosecutions as operation of law enforcement aimed at restoring the “rule of law” over the despotism of Party officials, especially those in local government; at the same time, the most reform-minded personalities and journals began publicly debating and arguing for a Western-like implementation of the rule of law and constitutionalism⁶⁸. At the Fourth Plenum of the 18th Party Congress, in October 2014, President Xi announced that «fully implementing the Constitution is the primary task and basic work in building a socialist nation ruled by law, and that the Constitution is the country’s basic law and the general rule in managing state affairs»⁶⁹, while the Central Committee, under Xi Jinping’s presidency, stated that the «rule of law should be fully implemented as a basic strategy, a law-based government should be basically functional, judicial credibility should be steadily enhanced, and human rights should be fully respected and protected»⁷⁰.

Despite the general approval of local scholars⁷¹, Western commentators were quick to warn that this apparent commitment to the basic tenets of constitutionalism had to be interpreted according to both Sino-Marxist legal theory and the pragmatic political needs of the new leader⁷². Moreover, some Chinese officials rapidly clarified that the

rivals inside the CCP out of public life. See C. Kautz, *Power Struggle or Strengthening the Party: Perspectives on Xi Jinping’s Anticorruption Campaign*, in *Journal of Chinese Political Science*, 25, 2020, p. 501 ss.

⁶⁸ Which is possible, in China, provided that the tone remains strictly within Party censorship criteria, as the cases of *Southern Weekend* and *China Through the Ages*, two reformist journals censored in 2013 for speaking up about constitutionalism, show. See R. Creemers, *China’s Constitutionalism Debate: Content, Context and Implications*, in *The China Journal*, 74, 2015, p. 91 ss.

⁶⁹ S. Tiezzi, *Could China’s ‘Rule of Law’ Lead to Constitutionalism?*, in *The Diplomat*, 23 October 2014.

⁷⁰ Xinhua agency, quoted by S. Tiezzi, cit.

⁷¹ See, *ex plurimis*, J. Shigong, *Chinese-Style Constitutionalism: On Backer’s Chinese Party-State Constitutionalism*, in *Modern China*, 40(2), 2014, p. 133 ss.

⁷² With the words of S. Tiezzi, «In the end, what Xi means when he speaks of the rule of law is not the same as the Western concept. A more accurate term would be the rule of the CCP through the law. The CCP still controls the legal system, but uses it as one of many available tools to enforce edicts from the center. That means the Party will have more options for disciplining unruly members, whether local officials or high-ranking members who overstepped their bounds. It also means that the CCP can and will continue to use the legal system to imprison political activists and dissidents seen as dangerous to its continued rule. No individual Party member

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

country was not going to mimic any feature of the Western political doctrine⁷³. Xi Jinping was more cautious⁷⁴, until his grip on power was solid enough to change the Constitution in 2018 and to announce that «[China] must never copy the models or practices of other countries. [...] must never follow the path of Western ‘constitutionalism,’ ‘separation of powers,’ or ‘judicial independence’»⁷⁵. According to Xi Jinping, the only thing that maintains cohesion and consistency throughout the Chinese legal system is the unified and centralized Party rule, which uses the law only as an instrument to quell disputes in the provinces and subjugate unruly local officials, in order to cement the authority of the Central Committee of the CCP and show the people that nobody is above the law (or the will of General Secretary Xi).

Consequently, it is safe to say that, under President Xi rule, China has not improved its human rights or rule of law records (if the improvement is measured against Western constitutional standards), nor has it any intention to do so in the near future, but it clearly has implemented a stricter control over rogue Party officials and pursued an increasing economic prosperity. Interestingly, though, Xi Jinping’s ideas about the role of the law in society closely resembles the bimillennial Chinese tradition of a set of rules «not used to constrain the sovereign, but [as an] effective instrument of controlling lower level agents, [to] facilitate ... the operation of government»⁷⁶ and there is little doubt that, under his leadership, the central government has

is exempt from the law, but the Party as a whole is above it», S. Tiezzi, *Zhou Yongkang and the Rule of Law with Chinese Characteristics*, in *The Diplomat*, 30 July 2014. See also L.C. Backer, *Toward a Robust Theory of the Chinese Constitutional State: Between Formalism and Legitimacy in Jiang Shigong’s Constitutionalism*, in *Modern China*, 40(2), 2014, p. 168 ss.

⁷³ The 2013 debate on constitutionalism in China is brilliantly summarized in S. Yuen, *Debating Constitutionalism in China: Dreaming of a liberal turn?*, in *China Perspectives*, 4, 2013, p. 67 ss.

⁷⁴ For example, at the 19th Congress of the CCP, he still referenced the Constitution multiple times and explicitly said that one of the main objectives of the Party was «ensuring every dimension of governance is law-based». *Report of the 19th CCP Congress*, p. 22. See L.C. Backer, *Chinese Constitutionalism in the New Era: The Emerging Idea and Practice of Constitution in the 19th CPC Congress Report*, 2017.

⁷⁵ See C. Gao, *Xi: China Must Never Adopt Constitutionalism, Separation of Powers, or Judicial Independence*, in *The Diplomat*, 19 February 2019.

⁷⁶ T. Ginsburg, *op. cit.*, p. 31.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

improved its legal (and political) control over local authorities and officials, managing to disseminate CCP orders throughout the country⁷⁷.

The scope of the CCP agenda, however, has steadily broadened in the recent years, both geographically and theoretically: in the former sense, thanks to the Belt and Road Initiative, China is creating economic and political partnerships with countries in Eurasia and Africa and asserting its might over its neighbors, such as Japan, India and the South-East Asia countries. In the latter sense, these renewed relationships have been especially successful with leaders with similar ideological features⁷⁸; the objective is to strengthen not only its current and future economic power in the regions, but also the ideas of political supremacy over the legal system and, more broadly, authoritarianism, which in turn weakens Western constitutionalism⁷⁹ and makes it easier for the PRC to justify its own system.

4.1.2. *The meaning of “democracy”*

Secondly, despite the clear attempt by the CCP leadership to set Chinese constitutionalism apart from the rest of the world, a surprisingly amount of effort has recently been put in promoting the idea that the country is, indeed, “democratic”: on 4 December 2021, the State Council Information Office released a white paper by the title

⁷⁷ This idea can also be found at the end of the first part of *China: Democracy That Works*, a report by the State Council Information Office of the People’s Republic of China, which will be introduced in the next paragraph: «The CPC upholds law-based governance of the country. It exercises leadership over legislation, guarantees law enforcement, supports judicial justice, and plays an exemplary role in abiding by the law. Through advancing the rule of law, the Party ensures that its policies are effectively implemented and that the people run the country as its masters».

⁷⁸ In Europe, for example, the main recipient of China’s influence (in terms of money and infrastructural projects) are the Balkan States and Hungary, which may sound paradoxical given the strong anti-Communism sentiment of the governments involved, but makes perfect sense from an anti-Western-constitutionalism point of view.

⁷⁹ Which is already facing unprecedented internal challenges from the rise of populist and authoritarian parties and, especially with the aftermath of the 2020 US elections, gave China a powerful tool to attack liberal democracy.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

*China: Democracy That Works*⁸⁰. In it, the Chinese government celebrates the history of the country, the Revolution and the concept of “whole-process people’s democracy”, a creation of the CCP⁸¹ that seeks to «pool [people’s] wisdom and strength», allowing the best-suited individuals to access the Party inner circle and the government while «ensuring that the leadership of the Party and the state rests in the hands of those loyal to Marxism, the Party, and the people». In less idealistic terms, the report envisions a system where the people have all the power and control every public authority (“democracy”), but the state «takes resolute action against any attempt to subvert the country’s political power or endanger public or state security» (“dictatorship”); according to the State Council, therefore, «democracy and dictatorship appear to be a contradiction in terms, but together they ensure the people’s status as masters of the country. A tiny minority is sanctioned in the interests of the great majority, and “dictatorship” serves democracy». ⁸²

The system, based on people’s congresses of increasing size and geographical scope⁸³, recognize (eight) other parties, but none of them is part of the opposition: all parties work with the CCP to administer the state⁸⁴, but the CCP «is the governing party, and the other parties accept its leadership». This form of democracy is allegedly better equipped to deal with problems because «when making decisions and exercising governance, [Western] political parties act in their own interests or the

⁸⁰ See the full text, published by press agency Xinhua, at http://www.news.cn/english/2021-12/04/c_1310351231.htm. The publication is an ostensible answer to the impending Summit for Democracy, sponsored by the US Department of State, to which the PRC was not invited, but it also celebrates the 100th anniversary of the foundation of the Chinese Communist Party.

⁸¹ *China, Democracy That Works*, part. I.

⁸² *Ivi*, part II.1.

⁸³ Township, county, city, province and nation respectively, but also grassroot groups in communities, residential units and enterprises. It is a clear application of Lenin’s democratic centralism.

⁸⁴ «In China, there are no opposition parties. But China’s political party system is not a system of one-party rule. Nor is it one in which multiple parties vie for power and govern in turn. It is a multiparty cooperation system in which the CPC exercises state power. In addition to the CPC, there are eight other political parties. The other parties participate fully in the administration of state affairs under the leadership of the CPC». *China, Democracy That Works*, part. II.3.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

interests of the classes, regions and groups they represent, provoking division in society». According to the report, in the PRC, whenever there a public issue arises, democratic consultation of the concerned group is activated at the correspondent level, and the ideas of the people are duly considered before, during and after any deliberation process⁸⁵. Finally, separation of powers is judged unnecessary thanks to the all-encompassing network of democratic supervision by the people's congresses over all public authority⁸⁶.

After describing its own model of democratic participation, the State Council addresses directly the recent developments of democracy abroad, carefully showing other nations the path towards a «different form of democracy», stating that «the model that suits best is always the most appropriate»⁸⁷ and not-so-subtly swiping at US attempts to “export democracy” and impose its Western form as the only golden standard. But it is precisely there that the incompatibility between the two approaches surfaces: China appears to favor a democracy *à la carte*, with each country (i.e. each country's political establishment) choosing the best way to accomplish – or not – the fundamental human aspiration of self-government; the Western constitutional tradition, instead, generally holds that, beyond the technicalities of each electoral system, some guarantees and rights are *universally* necessary to implement a democratic form of government⁸⁸. According to the PRC government, its model has granted China a prosperous and harmonious society, while the Western one has proven unfit to deal with the great challenges of the century, from the pandemic to growing inequality.

⁸⁵ Ivi, part. III.4.

⁸⁶ Ivi, part. III.5. The report then continues its celebratory remarks with parts on the rights of Chinese citizens («In China, personal liberty has developed to an extent never before seen in several thousand years of history. Creativity and potential for innovation have been fully unleashed, and people enjoy freedom of speech and mobility») and economic successes («In just a few decades, China has gone through a process of industrialization that took the developed countries centuries to complete. Despite undergoing this dramatic transformation, it has avoided the social unrest which has afflicted many late-industrializing economies in the process of modernization. Instead, it has maintained rapid economic growth and lasting social stability»).

⁸⁷ Ivi, part V.2.

⁸⁸ Such as, for example, the right to establish a party and campaign freely, or the peaceful transition of power to different political forces.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

The place where the two models were inevitably due to collide was, indeed, the HKSAR.

4.2. The clash between Western and Chinese constitutionalism in Hong Kong

From the clear differences between Western constitutional requirements and the PRC practice and legal system, it is easy to understand why the situation of Hong Kong represents such an important and, for China, existential question: situated at China's door to the world, with a peculiar mix of Western and Chinese identity, the city could have become a paradigm of success for fundamentally Western institutions managed by and for the benefit of the Chinese people; instead, the threat posed by the incompatible views of constitutionalism in the HKSAR were deemed real, and ultimately too dangerous to be left alive.

Despite its grossly undemocratic government system, that, as shown in Section 3, left much of the power in the hands of Beijing-friendly groups and individuals, the HKSAR guaranteed its citizens the privilege to be able to count on the actual and unrestricted exercise of their Basic Law-granted civil and political rights: in the real, paper and virtual squares of the city there were true political debates, which led to real power struggles between public institutions. The LegCo (or, at least, opposition lawmakers) tried to challenge the authority of the Chief Executive⁸⁹ and the courts ensured that the rights recognized by the Basic Law were respected (even during "public emergencies" – as *Kwok Wing Hang v Chief Executive in Council* stated⁹⁰). From a Chinese constitutional perspective, however, this was not a well-

⁸⁹ For example, though the "double-majority" provision in the Basic Law, see Section 5.1.3.

⁹⁰ *Kwok Wing Hang v Chief Executive in Council* [2020] HKCA 192, [1]. See also F. Hualing - Z. Xiaobo, *Two Paradigms of Emergency Power: Hong Kong's Liberal Order Meeting the Authoritarian State*, in *Hong Kong Law Journal*, 50, part. 2, 2020, where the Authors advocate for an internalization of emergency measures within the HKSAR, in order to let the courts apply ICCPR standards to internal regulation, thereby avoiding dangerous political thug-of-war with mainland authorities.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

functioning, institutionalized legal system where power is always checked and balanced by other powers, but a chaotic, unpredictable and inefficient contraction of the decadent capitalist past⁹¹.

However, being – at least on paper – bound to keep this mechanism in place for almost three more decades, the CCP probably realized that in order to rein in the unruly Hong Kong opposition without getting completely rid of the procedures and guarantees of the Basic Law, it had to intervene in a sort of apparently technical, but actually political, way: if there was a method to thwart the increasing protests and demands for democracy⁹² while formally keeping in place the legal system that had been instrumental to allow the city to remain an important financial access to the mainland, that method resided in a complete overhaul of the electoral process, designed to prevent any form of legitimate political opposition.

Despite not needing popular support for the implementation of the changes, the CCP and its allies in the HKSAR deemed it useful to justify the reforms with the pursuit of the welfare of the people, or, with the words of CE Lam: «If democracy harms people's lives, it is putting

⁹¹ On any given day, there is an actual barrage of articles on Chinese media deprecating the state of US and, in general, Western democracy and exalting the reforms imposed on the HKSAR: for example, on 6 December 2021 no less than five different pieces on the Global Times main page referred to the Hong Kong situation and the superiority of the Chinese system of government (*ex plurimis*, see X. Hu, *Whole-process democracy in China is a great practice of universal significance*, in *Global Times*, 5 December 2021). For example, again in response to the Summit for Democracy, the Chongyang Institute for Financial Studies at Renmin University of China released a 74-pages study report, *Ten Questions for American Democracy*, with a series of typical accusations: US democracy is inefficient and corrupt («The founders of the United States designed the “separation of powers and checks and balances system” to prevent power corruption and abuse. But if the principle of “separation of powers and checks and balances” is used to avoid power from playing a beneficial role or used as a shield for corruption and abuse of power, it loses its original meaning», *ivi*, p. 14), chaotic and disharmonious («Democracy should promote national unity and social harmony. If it leads to more and more division in the state and society, then this kind of “democracy” is a harmful system for the state», *ivi*, p. 38), racist and imperialist («The hegemony, arrogance and bullying of the United States do not appeal to the people at home and cause resentment from other countries», *ivi*, p. 68).

⁹² And self-determination, which is known to be one of the main bugbears for CCP officials, as Tibet and Taiwan continue to show.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

the cart before the horse»⁹³; similarly, Xia Baolong, Director of the Hong Kong and Macao Affairs Office of China's State Council (the liaison office that supervises the two SARs) stated that «for quite a long time, Hong Kong has blindly followed Western-style democracy, which creates a divided Hong Kong society, and infighting, which leads to social disorder, an imbalance in the economy and uncontrolled crises»⁹⁴. It appears that, in the speeches and policies of CCP officials, there is now no difference between chaos and (Western) democracy.

5. *The amendments to the electoral law*

Following Standing Committee procedure, the decision to amend Hong Kong electoral laws was initially announced as a Draft Decision of the NPC, later explained in detail by the Standing Committee and eventually approved by the NPC plenary⁹⁵. According to NPCSC Vice

⁹³ Chief Executive Carrie Lam, quoted in *Democracy harming people's lives is like putting the cart before the horse: Carrie Lam*, in *Global Times*, 7 December 2021. It is interesting to note that, in this case, "democracy" is synonymous to Western-style constitutionalism and apparently does not include the "democracy" that China purports to grant to its citizens.

⁹⁴ Xia Baolong, quoted in *Official applauds HK's new electoral system for balancing social interests, promoting democracy*, in *Global Times*, 6 December 2021.

⁹⁵ This process is laid out in the same decision, where Mr. Chen specifies that «In the first step, the NPC, in accordance with the relevant provisions of the Constitution, the Basic Law, and the Law on Safeguarding National Security in the Hong Kong HKSAR, makes the decision on improving the electoral system of the Hong Kong HKSAR, which lays out the basic principles for revising and improving the electoral system of the Hong Kong HKSAR as well as the core elements of such revision and improvement. Meanwhile, the NPC authorizes its Standing Committee to amend Annex I and Annex II to the Basic Law in accordance with the decision. In the second step, in accordance with the Constitution, the Basic Law, the Law on Safeguarding National Security in the Hong Kong HKSAR, and the NPC decision, the NPC Standing Committee amends Annex I: Method for the Selection of the Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region and Annex II: Method for the Formation of the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region and Its Voting Procedures of the Basic Law of the Hong Kong HKSAR». Explanations on the Draft Decision of the National People's Congress on Improving the Electoral System of The Hong Kong Special Administrative Region, Presented by Wang Chen, Vice Chairman of the Standing Committee of The National People's

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

Chairman Wang Chen⁹⁶, the electoral system of the region should «ensure ‘patriots administering Hong Kong’»; since the democratic camp «masterminded and perpetrated the so-called ‘primary election’, in an attempt to obtain a majority in the Legislative Council so that they could step further to grab the power to administer Hong Kong» and because «the existing electoral system in the HKSAR has clear loopholes and deficiencies, which the anti-China, destabilizing elements jumped on to take into their hands the power to administer the HKSAR», it was necessary to «improve the electoral system and remove existing institutional deficiencies». Therefore, «the electoral system of the HKSAR, including the methods for the selection of the Chief Executive and for the formation of the Legislative Council, must strictly follow and fully reflect the political principle and criterion of the administration of Hong Kong by Hong Kong people with patriots as the main body and provide institutional safeguards for this purpose».

The center of the reform was announced as the «reformation and greater empowerment» of the Election Committee, which was being enlarged and given the power to elect «a relatively large share of Legislative Council members and directly participating in the nomination of all candidates for the Legislative Council».

On March 11, just six days after the Draft Decision was published, the National People’s Congress voted 2895-to-0 to back the proposal, which authorizes the NPCSC to amend Annexes I and II to the Basic Law⁹⁷. The final version of the amendments was approved by the NPCSC on March 30 by unanimous consent and immediately promulgated by President Xi Jinping.

First of all, the new Election Committee will be expanded to 1500 members, from five sectors selecting 300 members each. The sectors⁹⁸

Congress, At the Fourth Session of the 13th National People’s Congress on 5 March 2021.

⁹⁶ *Ibid.*, here and in the following quotations.

⁹⁷ See J. Sudworth, *China’s parliament remakes Hong Kong in its own image*, in *BBC online*, 11 March 2021, available at <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-56364912>.

⁹⁸ First: Industrial and Commercial; Second: Profession; Third: Agriculture, Labor, Religions and Grassroots associations; Fourth: local politicians, including all 90 LegCo members, but no District Council member; Fifth: HKSAR members of mainland China political institutions and organizations. See Annex I to the Basic Law of the HKSAR as amended by the NPC on 30 March 2021, art. 2.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

are further divided in subsectors, roughly corresponding to the Functional Constituencies of the LegCo, but with a substantial increase of appointed and ex-officio members over elected ones⁹⁹. Moreover, according to the new art. 8 of Annex I of the Basic Law, all candidates for the Election Committee, as well as the Chief Executive and the Legislative Council, must now be vetted and approved by the Candidate Eligibility Review Committee (CERC), after consultation with the Committee for Safeguarding National Security¹⁰⁰, which receives reports from the National Security Department of the HK Police Force. The decision of the CERC is not challengeable in court if it complies with the recommendation of the Committee for Safeguarding National Security.

The Election Committee will elect the Chief Executive, by majority vote: the candidates shall however be nominated by no less than 188 EC members, with no less than 15 from each of the five sectors: this is apparently a concession to the democratic camp, which has lobbied, in the past, to lower the nominations requirement to stand as a candidate; however, combined with the sharp vetting and crackdown on democratic candidates, it is all but certain that only pro-Beijing candidates will ever be elected under this system.

By far, the most impactful reform will affect the Legislative Council¹⁰¹. Its members will be increased from 70 to 90, but, consistently with the same trend in the Election Committee, the number of elected members will decrease dramatically: from 35 (plus five in the District Council (Second) FC), the new LegCo will only have 20 directly elected lawmakers; 30 will continue to be selected by FCs, rearranged to eliminate both District Council FC seats¹⁰²; the 40 remaining seats will be filled by members appointed by the Election Committee. The

⁹⁹ The last Election Committee had 1034 elected members, 60 appointed and 106 ex-officio, while the next Election Committee will have 982 elected, 156 appointed and 362 ex-officio members. It is interesting not underline that, even if the overall size of the EC is expanding, the number of elected members decreases.

¹⁰⁰ Incidentally, presided over by the incumbent Chief Executive.

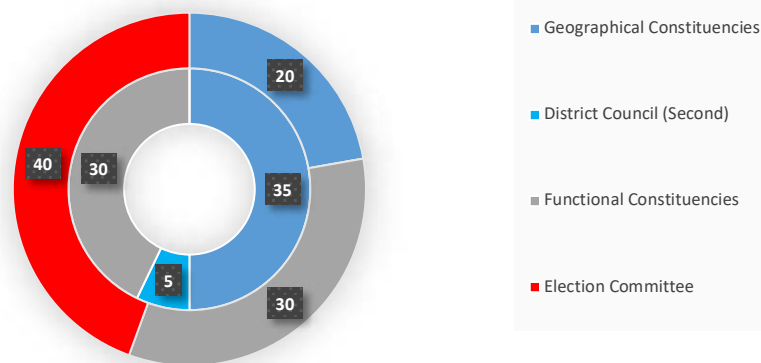
¹⁰¹ See Annex II to the Basic Law of the HKSAR, as amended by the NPC on 30 March 2021.

¹⁰² Which will impact the democratic camp in two ways, since three out of five lawmakers from the DC (Second) FC were democratic, but also the new DC (First) FC member would have been pro-democracy, due to the result of the 2019 DC elections.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

following graph shows the size of the change, with the inner ring representing the pre-reform situation and the outer ring the future one. The blue and light-blue sections indicate lawmakers elected by universal suffrage.

LegCo seats by election, pre- and post-reform
(pre: inner ring; post: outer ring)



Each candidate returned by the Election Committee must be nominated by at least 10, but no more than 20, members of the EC, with at least 2, but no more than 4, members for each of the five sectors, and each EC member can nominate only one candidate. The actual election uses multiple non-transferable voting¹⁰³, with seats assigned to the 40 candidates obtaining the highest number of votes.

The 30 LegCo members returned by the FCs are elected in 28 FCs¹⁰⁴ (the Labour constituency keeps its three seats): most of the voters

¹⁰³ Each EC members fills a 40-names ballot, meaning that each EC members has 40 votes.

¹⁰⁴ «There shall be 28 functional constituencies for election of members of the Legislative Council: Agriculture and fisheries, Heung Yee Kuk, Industrial (first), Industrial (second), Textiles and garment, Commercial (first), Commercial (second), Commercial (third), Finance, Financial services, Insurance, Real estate and construction, Transport, Import and export, Tourism, Catering, Wholesale and retail, Technology and innovation, Engineering, Architectural, surveying, planning and landscape, Accountancy, Legal, Education, Sports, performing arts, culture and publication, Medical and health services, Social welfare, Labour, HKSAR deputies to

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

of the FCs are companies and organizations, while only in 9 FCs the franchise is actually given to individuals¹⁰⁵. Moreover, FC candidates must be nominated by at least 10, but no more than 20 voters of the FC and at least 2, but no more than 4 members from each sector of the EC.

Finally, the 20 lawmakers directly elected in geographical constituencies are now distributed in 10 GCs, each one returning two LegCo members. Candidates must be nominated by at least 100, but no more than 200 voters of the GC and at least 2, but no more than 4 members from each sector of the EC. The election then uses single, non-transferable vote and the two candidates with the highest results obtain the seats.

The amendment to Annex II also affects the voting procedure of the LegCo: while the common requirement of a majority of the members present is maintained in most cases, any «motions, bills or amendments to government bills introduced by individual members of the Legislative Council shall require a simple majority of votes of each of the two groups of members present»: before the reform, the two groups corresponded to lawmakers elected in GCs and FCs, respectively; however, now GCs and FCs members are grouped together, the other group being EC-elected lawmakers.

5.1. *Analysis*

The new electoral system of the HKSAR can be interpreted in different ways: on one hand, it is a clear political answer to a perceived chaotic situation in the city, a situation that could have spread instability to the Communist regime in mainland China and projected weakness abroad; on the other hand, it is an incredibly clever – and, by all metrics, successful – attempt at elaborating a new type of government, based on the different kind of constitutionalism discussed

the National People's Congress (NPC), HKSAR members of the National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference (CPPCC), and representatives of relevant national organisations». Annex II, art. 3.

¹⁰⁵ These FCs are Heung Yee Kuk (rural villages councils), Engineering, Architecture, Accountancy, Legal, Education, Health, Social welfare, HKSAR members of RPC political institutions. See Annex II, art. 3.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

in Section 4, which would never be described as democratic in the West¹⁰⁶.

It is interesting, therefore, to analyze some of the most egregious aspects of the amendments, in order to highlight the foresight that the NPCSC put into creating a system under the terms of which the will of the people will never play a role again in Hong Kong political life. There are three areas where the system affects the mainstream democratic process the most: the candidate vetting process, the electoral formula and the system of checks and balances.

5.1.1. *Candidate Vetting*

First of all, and most importantly, the reforms create a byzantine and bureaucratic¹⁰⁷ method of candidate selection that guarantees the absolute control by the local and national governments on anyone who wants to stand in the election. Not only the Election Committee will keep its role as electoral college of the Chief Executive and directly select 40 out of 90 lawmakers; as it was shown, the nomination requirement (at least 2, but no more than 4 EC members for each of the five sectors) has been extended to all candidacies. This requirement directly imperils the ability of any given aspirant lawmaker to enter the political arena, especially because the new EC's fifth sector (which includes HKSAR members of mainland China political institutions and organizations) is extremely unlikely to host people willing to throw their support behind "unpleasant" candidates.

Moreover, the imminent institution of the Candidate Eligibility Review Committee, an administrative office reporting to the Chief Executive and whose determinations are not susceptible to judicial

¹⁰⁶ Interestingly, this is exactly how Regina Ip, a prominent pro-Beijing lawmaker, puts it: «Hong Kong's electoral reform is not to suppress democracy, but to cure the ills of the existing system, and to explore a path toward epistocracy», in *Twitter.com*, personal post by DAB lawmaker Regina Ip Lau Suk Yee, 13 March 2021, available at <https://twitter.com/ReginaIpLau/status/1370554195930095618>.

¹⁰⁷ The entire vetting process is described in detail with a government-published 11-steps flowchart, available at <https://www.cmab.gov.hk/improvement/filemanager/content/pdf/en/qualification-review/chart.pdf>.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

appeal, adds further doubts to any residual resemblance of democracy the system may have. By the decision of another administrative office, namely the Committee for Safeguarding National Security, based on an assessment elaborated by the HKSAR police National Security Department, the CERC will have the power to disqualify any member of society who does not comply with «the Basic Law, the Law on Safeguarding National Security in the HKSAR, the NPC Standing Committee's interpretation of Article 104 of the Basic Law, the NPC Standing Committee's decision on the qualification of HKSAR LegCo Members, and provisions of relevant local laws of the HKSAR»¹⁰⁸. It is apparent that compliance with such a wide and unclear body of law and political statements can be very difficult to state objectively: even government officials candidly state that the process will involve vetting past statements and behaviors and that the assessment will be, at least in part, rendered in secret, to avoid problems with national security issues¹⁰⁹.

To put this procedure into perspective, if a similar reform had occurred before the 2020 US elections, the thousands of House candidates, the dozens Senate candidates and, of course, the presidential candidates¹¹⁰ would all have had to be nominated by some members of the 2016 Electoral College¹¹¹ and then politically vetted by a government committee appointed by President Trump, operating under the advice of the National Security Council (chaired by President Trump), using a (partially secret) assessment provided by the NSA, the CIA and the FBI (whose managing staff was appointed by President Trump), with a non-challengeable procedure.

¹⁰⁸ See the new government website created to explain the main features of the electoral reform. *Hong Kong Special Administrative Region, Improve Electoral System, Candidate Eligibility Review Mechanism*, available at <https://www.cmab.gov.hk/improvement/en/home/index.html>.

¹⁰⁹ See L. Cheng, *Past actions, words by candidates will be considered by vetting committee set up under Hong Kong's electoral overhaul: city's justice chief*, in *South China Morning Post*, 3 April 2021, available at <https://www.scmp.com/news/hong-kong/politics/article/3128210/past-actions-words-candidates-will-be-considered-vetting>.

¹¹⁰ Ten overall, including the four main candidates (Democratic, Republican, Libertarian and Green) and the six minor ones.

¹¹¹ Which did not include any third-party member, only Republicans and Democrats.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

The analogy, however, still fails to accurately represent the fact that, in Hong Kong, many of the local institutions have deep connections – to put it mildly – with the Chinese Communist Party.

It is clear that a system where the government decides who can even be on the ballot box in the first place is detached from the generally acknowledged canons of democracy recognized in international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights or the International Covenant on Civil and Political Rights¹¹², which applies, by virtue of the Sino-British Joint Declaration of 1984¹¹³, to Hong Kong. However, this procedure fits perfectly with the idea that only the “best” candidates, capable to ensure the welfare of the citizens and loyal to the political institutions of the State, are even considered to be elected.

5.1.2. *Electoral formula*

Besides the fundamental issue of candidate selection, the NPCSC-backed reforms also impact the voting procedures and electoral formula used in the election of the LegCo, and it does so in a way that makes it particularly difficult for pro-democracy candidates to win seats. It is interesting to underline that, unlike candidate vetting procedures, which are *prima facie* suspicious in a democracy, electoral norms are generally perceived as more “neutral”, due to their purely mathematical nature. However, as any electoral law expert could tell, this idea is very far from reality¹¹⁴.

¹¹² Whose art. 25 states that «Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors».

¹¹³ See Annex I, section XIII (Basic Rights and Freedoms): «The provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights as applied to Hong Kong shall remain in force».

¹¹⁴ *Ex plurimis*, see C. Flanders, *Election Law Behind a Veil of Ignorance*, in *Florida Law Review*, 64, 2012, p. 1371: «Election law does not, and cannot, exist in a partisan vacuum».

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

For example, under the new rules, 40 lawmakers will be selected by the Election Committee: each candidate, as usual, shall obtain the nomination of a certain number of EC members, then the entire EC votes. Despite the obvious pro-Beijing majority in the EC, the system does not appear to be skewed for that camp on paper, because there are some parts of the EC which, most likely, will continue to be pro-democracy strongholds¹¹⁵ and they could, in theory, concentrate their votes to elect some democratic candidates to the LegCo. However, this occurrence is made all but impossible by the voting system chosen by the NPCSC: because each EC member has to fill a 40-names list in order to vote and their ballot is invalid if there are less than 40 votes¹¹⁶, it will suffice that the pro-Beijing camp puts forward just 40 candidates for it to obtain all the open seats. Block voting is indeed an ultra-majoritarian voting system, often compared to the FPTP, but with multi-member constituencies¹¹⁷.

Moreover, while the FC electoral system remains basically the same (but with the significant removal of both District Council FCs), the Geographical Constituencies are also going to be a battleground where the new electoral rules will play an important role. The reform creates 10 GCs from the existing 5, each of them returning two LegCo members. Since the requirement to win is simply being one of the two (preapproved) candidates who received the most votes in a GC, it is clear that elections will become a game of coordination: each side will try to focus all their votes on just two candidates, so that both get elected, but also to avoid wasting votes on an already winning (or definitely losing) candidate. Considering the result of the past election cycle, together with the historic divisions within the democratic camp,

¹¹⁵ Such as the Education and Law subsectors.

¹¹⁶ «The Election Committee shall elect members of the Legislative Council from the list of nominations by secret ballot. A ballot paper is valid only if the number of candidates voted for is equal to the number of members of the Legislative Council to be returned. The 40 candidates who obtain the highest numbers of votes shall be elected». Annex II to the Basic Law of the HKSAR, art. 2. It is interesting to note that, according to CE Lam, «the new system only required candidates to be patriotic but it accommodated different political opinions», see *Democracy harming people's lives is like putting the cart before the horse: Carrie Lam, cit.*

¹¹⁷ «The Block Vote is simply the use of First Past the Post (FPTP) voting in multi-member districts», see ACE Electoral Knowledge Network Encyclopedia, *Block Vote*, available at <https://aceproject.org/main/english/es/esd02.htm>.

it is easy to foresee that, realistically, no more than half of the winners will belong to the anti-establishment forces, provided that they manage to get the necessary nominations.

5.1.3 *Institutional checks and balances*

Finally, the Beijing-sponsored plan will also have a long-lasting impact on the shreds of remaining democracy in the HKSAR. Despite the uninterrupted control of the pro-establishment forces over the region's government since the handover, democratic forces had always enjoyed some *negative* legislative power in two forms.

Firstly, by the terms of the Basic Law, bills can be introduced by both the government or private members. The former bills are passed by simple majority, while the latter used to require the approval of the majority of both groups of lawmakers, the two groups being the members elected in GCs and FCs, respectively. Because of this norm, if a particular private member bill was considered unacceptable by the democratic camp lawmakers, who generally represented the majority of GCs members, they could block it even without an overall control of the chamber. The new system keeps the double-majority requirement, but it changes the groups into one made of EC-elected members and the other of GCs and FCs members¹¹⁸, where members democratically elected in the GCs are the minority (20 out of 50).

Secondly, and more importantly, the democratic opposition had the power to stop constitutional amendment to Annexes I and II, which

¹¹⁸ «Unless otherwise provided for in this Law, the Legislative Council shall adopt the following procedures for voting on bills and motions: The passage of bills introduced by the government shall require a simple majority of votes of the members of the Legislative Council present. The passage of motions, bills or amendments to government bills introduced by individual members of the Legislative Council shall require a simple majority of votes of each of the two groups of members present, i.e. members returned by the Election Committee, and those returned by functional constituencies and by geographical constituencies through direct elections». Annex II, art. 7. The precedent text read: «The passage of motions, bills or amendments to government bills introduced by individual members of the Legislative Council shall require a simple majority vote of each of the two groups of members present: members returned by functional constituencies and those returned by geographical constituencies through direct elections and by the Election Committee».

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

cover the election and voting procedure for the CE and LegCo, respectively, thanks to the need for a two-thirds majority of the members approving the changes. This had happened, for example, in 2005, when the pro-democracy camp blocked a reform proposal¹¹⁹ and failed in 2010, because of the divisions among democratic forces¹²⁰. After the recent reform, this power has been completely erased¹²¹ and only the NPC Standing Committee can amend the two Annexes.

This last modification is probably the most devastating for the hopes of pro-democracy activist; it is true that never, since the restitution to China, has Hong Kong been capable of true sovereign power over itself, but now that the NPC can change the very core of the city's political system at its whim, it would be very difficult to argue that the HKSAR still maintains any resemblance of a democracy. If the next years see any kind of political reform, it will come from the NPC Standing Committee, not from Hong Kong; this alone should be enough to be worried for the preservation of not only the political rights of HKSAR residents, but also for all the other rights they currently enjoy. On the other hand, the central government can now claim that the "rule of law" – here represented by the supremacy of PRC authorities over the HKSAR – is restored and the political chaos that has engulfed the city finally comes to an end¹²².

¹¹⁹ 25 pro-democracy lawmakers voted against or abstained, thereby denying the government the required *quorum*.

¹²⁰ The 2010 reform package received 46 votes, with about half of the democratic caucus joining the pro-Beijing members.

¹²¹ The previous version of what is now the almost identical text of art. 10 of Annex I and art. 8 of Annex II read «if there is a need to amend the provisions of this Annex, such amendments must be made with the endorsement of a two-thirds majority of all the members of the Council and the consent of the Chief Executive, and they shall be reported to the Standing Committee of the National People's Congress for the record»; they both now state that «The NPC Standing Committee exercises in accordance with the law the power to amend this Method [and the procedures for voting on bills and motions]. Prior to making any amendment, the NPC Standing Committee shall solicit views of various sectors of Hong Kong by appropriate means».

¹²² *Ex plurimis*, see the editorial on the Global Times: *Loving both the country and Hong Kong, essence of Hong Kong's democracy: Global Times editorial*, in *Global Times*, 7 December 2021, which reads «Firmly establish the faith and hold high the banner of patriotism and the love of Hong Kong. This is the essence of Hong Kong's democracy» and «Hong Kong will always be China's Hong Kong», quote by Xia Baolong, director of the Hong Kong and Macao Affairs Office of China's State

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

6. Conclusions

It is undeniable that the reforms imposed by the NPCSC on Hong Kong election laws have deeply undermined the freedom and autonomy of the region's political institutions and residents. The carefully drafted revisions ensure beyond any realistic doubt that the December 2021 elections will return a strong and cohesive pro-Beijing supermajority in the LegCo, besides a similarly-minded Chief Executive. If there has been a battle for the democratic soul of Hong Kong, China has won, and there will not be a rematch. Even if the current political crisis was resolved and the relations between the city and the mainland returned to more amicable terms, Beijing would probably not have any incentive to restore the previous, somewhat democratic regime, for various reasons.

First of all, despite all US pushback¹²³, the world has protested fiercely, but acted scarcely, to protect the city and its form of government. The Chinese government was confident enough of its right to intervene in the HKSAR that it publicly mocked British protests¹²⁴ and denounced HM Government's attempt to extend BNO passports to all Hong Kong residents¹²⁵. In general, it is sufficiently clear that there is little interest in the cause of Hong Kong in the outside world, especially when compared to more pressing general issues, such as the Covid pandemic or climate change, and, as far as China is concerned, the dispute over the South China Sea and the treatment of the Uyghur people.

Secondly, the CCP leadership is definitely looking forward to 2047, when the terms of the "One Country, Two Systems" policy will

Council and vice chairman of the National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference.

¹²³ In summer 2020 Congress approved the Hong Kong Autonomy Act, a piece of legislation imposing sanctions against individuals and entities in China and the HKSAR and, together with Executive Order 13936, revoking special trade status for the city. These acts followed the 2019 Hong Kong Human Rights and Democracy Act, which imposed the first sanctions against Beijing interference in the democratic life of the HKSAR.

¹²⁴ See J. Pang - J. Zhou, *Hong Kong, China governments reject UK 'interference' and 'biased' criticism*, in *Reuters*, 12 June 2020.

¹²⁵ See G. Torode - A. M. Roantree, *Exclusive: Hong Kong tells foreign governments to stop accepting special British passport*, in *Reuters*, 25 March 2021.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

expire. Since the Joint Declaration explicitly stated that «the socialist system and socialist policies shall not be practised in the Hong Kong Special Administrative Region and that Hong Kong's previous capitalist system and life-style shall remain unchanged for 50 years»¹²⁶, with time it becomes more and more unlikely that democracy returns, just to be again revoked in less than a generation time.

Finally, with the crackdown on democracy in Hong Kong, China makes a powerful political statement on the global stage: it offers its significant backing to potential or actual authoritarian leaders around the world, reaffirms the country as a beacon for alternatively-democratic regimes (with democracies suiting the needs of each country's ruling class) and presents the world with a different narrative, whereby harmonious, stable, efficient and prosperous societies can be created even without Western-style democratic accountability of the rulers and guarantees for the ruled.

ABSTRACT: In March 2021, the National People's Congress introduced a sweeping reform of the electoral system in Hong Kong. The changes deeply affect the composition and method of election of the city's Legislative Council and the Chief Executive selection process. This paper aims at contextualizing the reform within Hong Kong history and, especially, the last decade of tense standoff between pro-Beijing and pro-democracy forces in the Special Autonomous Region, while also briefly recapping the debate on the issue of "constitutionalism" and "democracy" in China. The details of the new electoral law will then be analyzed, in order to show that the overhaul not only is a direct answer to the perceived political chaos in the city, but also a – probably successful – attempt at experimenting a different form of government, in which the will of the people is just one of the factors considered.

¹²⁶ Sino-British Joint Declaration of 1984, cit., Annex I, para. I.

Stefano Trancossi
*The Hong Kong electoral law reforms:
the end of democracy?*

KEYWORDS: Hong Kong – China – democracy – elections –
constitutionalism

Stefano Trancossi – Dottore di ricerca in Diritto pubblico,
internazionale ed europeo, Università degli Studi di Milano
(stefano.trancossi@unimi.it)

Recensione ad Antonio Cantaro, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Giappichelli, Torino, 2021*

Andrea Guazzarotti

1. Il libro di Antonio Cantaro affronta domande cruciali, che preesistevano alla pandemia ma che quest'ultima ha reso ineludibili.

Nella mia personale e probabilmente arbitraria sintesi, si tratta della *riproducibilità della normalità neoliberale* (Cap. I); della concepibilità di alternative al *modello di sviluppo capitalistico* senza essere irretiti dalla nuova retorica ecologica di quest'ultimo (Cap. II); della realizzabilità di un'Unione *politica* europea e delle insidie di un "sovranoismo" delle tecnocrazie europee (Cap. III); del senso ultimo della funzione di governo al di là delle interferenze scatenate dalle polemiche sui vaccini (Cap. IV); della possibilità di *costituzionalizzare* lo spazio depolitizzato della società digitale, governato da imprese *Big Tech* irresponsabili e abitato da individui che non si relazionano più empaticamente (Cap. V); del come ri-concettualizzare il conflitto tra lavoro e capitale nell'epoca delle piattaforme digitali e del cottimo gestito dagli algoritmi (Cap. VI); della sopravvivenza del costituzionalismo globale immaginato nel secondo dopoguerra nell'attuale fase dominata dalla *geopolitica economica* muscolare (Cap. VII).

Il modo in cui questi temi vengono trattati non è strettamente giuridico, bensì interdisciplinare, nella consapevolezza dell'Autore che le risposte presenti e future che il diritto potrà contribuire a dare debbano basarsi su radici "plurali", ma soprattutto che l'ordinamento si basi su una norma fondamentale presupposta (p. 1), la cui natura e identità possono essere osservate solo con lenti multidisciplinari. In quest'ultima prospettiva, l'ammonimento che può scorgersi tra le pieghe del libro è quello per cui il giurista non dovrebbe contentarsi dello schema kelseniano, per cui i presupposti di effettività di un ordinamento non sono interni a quest'ultimo, e, come tali, possono tranquillamente restare ai margini dell'indagine giuridica. Il costituzionalista, al contrario, dovrebbe restare sempre vigile nell'indagare quanti e quali scostamenti si registrino nella sfera dei

Andrea Guazzarotti

Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021

“presupposti di effettività”, se non altro al fine di lanciare l’allarme sulle “trasformazioni costituzionali” in atto e sulla loro surrettizia alterazione dell’ordine dei valori codificato nella Costituzione vigente¹.

Ogni capitolo del libro reca un titolo dicotomico (eccezione/normalità, ripartenza/resilienza, politica/tecnocrazia, ecc...), a sottintendere l’urgenza di una scelta di fondo sull’orizzonte ultimo verso cui dirigerci, assieme con il rifiuto di approcci meramente descrittivi o di irenica giustificazione del presente.

2. Si dirà trattarsi di un libro asistemico, fatto di pensieri sparsi, «pensieri *sabbatici*», come ci confida l’Autore (p. 1), che non sembrano perseguire alcun disegno preciso.

In realtà, l’intento unificatore appare chiaro.

Al fondo, sta la necessità di riflettere sulla gestione della pandemia quale momento rivelatore dell’identità neoliberale del potere e della sua presunta messa in discussione. Così come lo stato d’eccezione schmittiano è più uno strumento di conoscenza che non il fondamento di legittimazione dell’ordinamento, con una valenza epistemologica più che ontologica (p. 12), analogamente la pandemia sanitaria, al pari di ogni evento catastrofico, «è “rivelazione”» (ivi). La frattura della pandemia va, pertanto, indagata per gli elementi di continuità che essa reca con la “normalità neoliberale”, celati dagli atti di potere eccezionali profusamente gemmati dalla crisi stessa. Così, se «(l’)evento catastrofico azzerava lo stato di normalità, [...] la sua rappresentazione in termini di rivelazione e/o di rinnovamento lo mette in forma» (p. 18). E allora è proprio l’indagine sul tipo di “messa in forma” operata dagli atti comunicativi del potere che può rivelarci il sostrato autentico dell’attuale fase “eccezionale” e della sua supposta rottura con gli ultimi decenni di governamentalità neoliberale.

La scelta strategica dell’Autore è, dunque, quella di demistificare tutte le narrazioni sulla transizione e la ripartenza, per (ri)affermare l’imperativo per cui i «governanti devono prendersi cura dei governati,

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a referaggio anonimo.

¹ Cfr. A. Mangia-R. Bin, *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2020, e, in particolare, A. Mangia, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, ivi, p. 75 ss.

Andrea Guazzarotti

Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021

specie dei più fragili»². Mentre i governanti, sembra dirci l'Autore, hanno in passato indugiato nella cura "dei più forti" e, quel che è peggio, sembra vogliano continuare a farlo (transizione energetica, anziché ecologica, per favorire le prospettive di guadagno delle grandi imprese meglio attrezzate nella produzione e nel marketing delle energie "pulite"; *idem* dicasi per la transizione digitale: Capp. II e V).

Ma anche questo sarebbe soltanto un corollario della critica radicale di Cantaro, la cui "parresia" punta dritto al peccato originale dell'abbandono, da parte dell'occidente, della dimensione escatologica dell'arte di governo. L'Autore usa, qui, la potente immagine della "mutilazione" del mito biblico dell'Esodo (p. 7)³, criticando l'affermarsi di una modernizzazione orfana della promessa contenuta nella Costituzione italiana «di una società egualitaria, di un ordinamento democratico, a misura dei governati», ossia di un «costituzionalismo dei governati» (pp. 8 e 168). E non appare casuale all'Autore che il famoso Piano nazionale di ripartenza e resilienza (PNRR) rievochi non già il "mito politico" delle basi resistenziali e antifasciste della Costituzione repubblicana, bensì quello del "miracolo economico" italiano degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso (p. 42 ss.). La crescita del PIL sembra, ai redattori di quel Piano, evidentemente più evocativa della crescita democratica compiuta dagli italiani negli anni dell'Assemblea costituente. Fra l'altro, quella crescita avvenne con modalità tanto sregolatamente accelerate da porre i semi dei problemi cresciuti negli anni immediatamente successivi e che ancora ci affliggono, basti pensare al consumo di suolo e alla questione ambientale. Anni icasticamente descritti da Pasolini come quelli della scomparsa delle lucciole e dello sviluppo senza progresso (p. 6).

3. Con le riflessioni contenute in *Postpandemia* l'Autore mette in guardia il lettore dalla retorica della "resilienza" delle società rispetto agli effetti del morbo, invitando alla critica dei presupposti ideologici di questa narrazione.

La stessa nozione di pandemia è, innanzitutto, affetta da riduzionismo. La sua diffusione e i suoi effetti solo in apparenza si

² Così l'Autore, nella presentazione del libro tenutasi all'Università di Urbino l'11 novembre 2021, ma cfr. p. 5 del libro.

³ Il riferimento esplicito è a M. Walzer, *Esodo e rivoluzione*, Milano, 2004.

Andrea Guazzarotti

Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021

caratterizzano per colpire indiscriminatamente le società di tutto il mondo. In realtà, il Covid-19 colpisce le fasce sociali più vulnerabili e svantaggiate entro ciascuno stato. Una visione alternativa, anche a livello di scienza medica, descrive il morbo in termini di «sindemia» (p. 157 ss.), a sottolineare non solo il concorrere degli effetti del virus con una serie di patologie preesistenti, bensì anche il concorso di fattori causali sociali, economici e culturali che rendono i poveri più colpiti dei benestanti. Ne deriva che la sfida è molto più grande della semplice cura contro il virus, riguardando «*la salute di tutta la popolazione*», «*la salute pubblica*» (p. 158). Ma se il cuore della sfida non è solo l'interruzione della trasmissione del morbo, bensì «le disuguaglianze economiche, sociali, culturali», non basteranno a salvarci le «soluzioni puramente biomediche» (p. 159). Il che dovrebbe rimettere in discussione le ricette neoliberali sulla privatizzazione della sanità e sull'elogio della medicina di precisione: prevenzione generalizzata e integrazione tra medicina e comunità necessitano di altri presupposti culturali, oltre che economici (ivi). La cura delle società è cosa profondamente diversa dalla cura dell'individuo.

Lo stesso problema delle disuguaglianze l'Autore lo scorge a livello di rapporti tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo. La distribuzione dei vaccini è avvenuta in maniera profondamente diseguale, con i paesi ricchi capaci di accaparrarsi la stragrande maggioranza delle forniture e i paesi poveri destinatari di vaghe promesse di “beneficienza sanitaria”. Affinché la tanto sbandierata “ripartenza” possa davvero avverarsi, occorrerebbe puntare a una distribuzione equa e autenticamente solidale dei vaccini su scala globale. Il che appare, tuttavia, incompatibile con il dogma della piena protezione dei diritti brevettuali (p. 164 ss.). La pandemia ha, così, messo di nuovo in luce l'insostenibilità del sistema di protezione giuridica internazionale della proprietà intellettuale sui brevetti farmaceutici (p. 166), i quali, più che a favorire la ricerca scientifica incentivando i guadagni dei privati che vi si dedicano, sembrano concepiti per «posticipare la produzione di beni e servizi che potrebbero rendere obsoleti prodotti già esistenti» (p. 167). Eppure, il diritto conosce da tempo lo strumento delle licenze obbligatorie (p. 166), il quale potrebbe agire sulla diffusione globale del virus – e delle sue varianti – assai più efficacemente di quanto non faccia la promessa della “beneficienza sanitaria” fatta dai paesi ricchi al resto del mondo.

Andrea Guazzarotti

Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021

Oggi che le cronache sono piene di allarmanti notizie sulla pericolosa variante sudafricana “Omicron”, possiamo dire che l’Autore aveva visto amaramente giusto.

4. La pandemia ha segnato anche il trionfo delle piattaforme digitali (Cap. VI). Queste sono state indubbiamente una risorsa che ha consentito la soddisfazione “da casa” di domande di beni e servizi nonostante le rigide limitazioni imposte dalla necessità di contrastare la diffusione del contagio. Le piattaforme sono state, però, anche i nuovi datori di lavoro “di massa” per moltitudini di lavoratori precari che durante la pandemia hanno visto moltiplicare il loro numero.

La tecnologia avanzata si è sposata con fenomeni arcaici di sfruttamento del lavoro. Fenomeni che preesistevano alla pandemia, ma che quest’ultima ha amplificato e radicato. Il problema, per il giurista e per il costituzionalista, è come reagire a tali fenomeni. Prima ancora, si tratta di dare loro la giusta qualificazione (p. 141 ss.).⁴

Così, il libro ripercorre le vicende giurisprudenziali che, in Italia, hanno riguardato il conflitto tra i c.d. “riders” i loro datori di lavoro (ivi). Ma, pur registrando i risultati relativamente garantisti che le sentenze dei vari tribunali civili (e della stessa Cassazione) hanno segnato a favore dei lavoratori, revocando la falsa etichetta dell’autonomia, l’Autore non manca di segnalarci il proprio scetticismo riguardo alla fede nelle “infinite vie della giurisprudenza” (p. 141). Il rimedio giurisprudenziale, infatti, appare in grado di porre rimedi provvisori *ex post*, più difficilmente di garantirci soluzioni generali *ex ante*. Le quali dovrebbero agire radicalmente e in profondità rispetto alla rivoluzione nei rapporti tra datore e lavoratore introdotta dai famigerati algoritmi che gestiscono l’offerta di lavoro: «(s)e il capo è un algoritmo, il suo ‘interesse’ non è quello classico di obbligare il lavoratore all’esecuzione della prestazione, bensì quello di individuare

⁴ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 settembre 2021 su condizioni di lavoro eque, diritti e protezione sociale per i lavoratori delle piattaforme – Nuove forme di occupazione legate allo sviluppo digitale (2019/2186(INI)), in cui si invita, tra l’altro, la Commissione a inserire, nella imminente proposta di direttiva sul tema, «una presunzione confutabile dell’esistenza di un rapporto di lavoro per i lavoratori delle piattaforme, (...), unitamente all’inversione dell’onere della prova e a eventuali misure aggiuntive».

Andrea Guazzarotti

Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021

di volta e in volta, istantaneamente e razionalmente il *rider* più adatto a cui proporre una consegna» (p. 146).

Al fondo, la questione radicale è quella di come contrastare, con gli strumenti culturali del costituzionalismo, la blandizie della “tecnologia su misura”, personalizzata e personalizzabile, che trasforma la norma tecnica in norma sociale (p. 147) e che, nel mondo delle relazioni industriali, equivale a neutralizzare la responsabilità del datore di lavoro (ivi). Al fondo, l’obiettivo cui puntare è il ribaltamento della «retorica del *problem solving*» e del «*learning by doing*», retorica pericolosa perché «non genera consapevolezza del perché e dello scopo per cui [qualcosa viene fatto]» (ivi). Pericolosa, perché capace di educare solo alla “resilienza”, abbandonando ogni prospettiva di “resistenza”.

5. Vengo così al contributo del libro che più corrisponde alle corde del sottoscritto: la riflessione costituzionalistica sul “soggetto del conflitto”, ossia sulla domanda di come possano essere preservate le istituzioni democratiche quando i soggetti della democrazia (banalmente: i cittadini-elettori) vengono plasmati in termini a-democratici, ossia, in termini che rifuggono dal conflitto collettivo regolato per il quale le istituzioni del secondo dopoguerra erano state concepite (cfr. p. 6, in cui si parla di *antropologia neoliberale di massa*).

Se è senz’altro vero che, con l’intensificarsi di globalizzazione e di integrazione europea, sono strategicamente mutati i luoghi del conflitto, trasmigrando quest’ultimo dalla sede democratica dello stato a quelle a-politiche delle istituzioni della globalizzazione o dell’Unione europea,⁵ è altrettanto vero che riportare oggi quel conflitto all’interno dello stato non ci restituirebbe la funzionalità della democrazia costituzionale presupposta dalle costituzioni del secondo dopoguerra. Ciò, perché quelle costituzioni presuppongono non solo la rappresentanza politica, ma anche la sottostante “auto-coscienza” del rappresentato. La crisi d’identità di quest’ultimo si ripercuote sulla crisi del rappresentante e delle istituzioni democratiche.⁶

⁵ R. Bin, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, p. 27 ss.

⁶ 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*, Milano, 2001, p. 118.

Andrea Guazzarotti

Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021

Se questo era già vero venti anni fa, nel frattempo è intervenuto qualcosa che, forse, la crisi pandemica potrebbe mettere in discussione. Quel qualcosa è l'illusione – indotta dalle forze che egemonizzano il discorso pubblico – che la crisi del rappresentato non esista, o meglio, non sia più un problema, una volta che si accettano le coordinate neoliberali. Le quali vengono efficacemente tratteggiate da Cantaro nel Cap. I: *performare e godere illimitatamente*. Si tratta di imperativi che hanno per troppo tempo spazzato via la fondamentale finzione giuridica delle socialdemocrazie costituzionali del secondo dopoguerra, quella secondo cui, dinanzi al mercato, tutti gli individui devono considerarsi accomunati dall'eguale condizione di *precarietà*⁷.

La pandemia ha dischiuso la possibilità di una frattura, di uno spiraglio nella dominante visione antropologica neoliberale: *la messa in forma di fragilità, ferite e conflitti*, può e deve avvenire in modo da trasformare i desideri e le paure individuali in «passione collettiva» (così l'Autore nella già ricordata presentazione pubblica del libro). L'individualismo metodologico, cui guardava favorevolmente Bobbio ancora negli anni Ottanta⁸, avrà pure rappresentato l'antidoto alle derive totalitarie del passato, ma si è da tempo trasformato nel grimaldello con cui i fautori della rivincita neoliberista degli anni Ottanta hanno destrutturato le democrazie occidentali, agendo in profondità sull'immaginario collettivo, come efficacemente descritto da Cantaro (p. 120 ss.).

Oggi che le piazze sono piene di arrabbiati manifestanti libertari, assistiamo all'effetto collaterale di quell'abile strategia, in cui la narrazione “negazionista”, anziché chiedere ai governanti di tornare ad assumersi le proprie responsabilità, porta alle estreme conseguenze la mistica della libertà profusa per anni nel corpo sociale dalle stesse classi dirigenti che oggi condannano quelle forme di egoismo sociale (p. 108). Del resto, come possiamo pensare di richiudere lo spirito dell'individualismo anomico entro la lampada, dopo che all'individuo si è detto per decenni che è l'unico responsabile dei suoi successi e dei suoi fallimenti, con le retoriche strumentali dell'autoimprenditorialità e

⁷ A. Somek, *The Social Question in a Transnational Context*, LEQS Paper No. 39/2011.

⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti* (1987), in Id., *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 60.

Andrea Guazzarotti

Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021

dell'autoresponsabilità?⁹. È perfettamente logico, pertanto, che chi è stato educato all'autodeterminazione delle proprie scelte di "cura del sé" si ribelli e difenda, con le unghie e con i denti, la propria "sovranità individuale"¹⁰. La rete fa il resto, in termini di mobilitazione disintermediata degli individui orfani di autentica progettualità collettiva.

Come scriveva già nel 1980 Marcel Gauchet, criticando l'affermarsi nella sinistra francese della retorica dei diritti quale succedaneo di qualsiasi utopia di palingenesi sociale, nel rifiuto individualista del potere politico non c'è solo la consapevolezza che il potere corrompe. In tale rifiuto c'è anche e soprattutto l'impossibilità di concepire un futuro diverso dall'attuale, così che «(i)l tramonto dell'escatologia rivoluzionaria ha comportato la scomparsa del futuro e l'incapacità di prefigurarlo», con una rinuncia a visioni complessive del mondo in funzione delle quali poter «comprendere, per prima cosa, gli effetti della propria azione»¹¹.

Ora che la catastrofe ecologica, di cui la pandemia è probabilmente il frutto, si staglia nitida all'orizzonte, non ci è più consentito il lusso di rinunciare a pensare un futuro diverso dal presente ed è quanto mai necessario riporre al centro del discorso costituzionale il ruolo della politica. Per far questo, Cantaro ci offre una serie di "esercizi di stile" sull'arte della demistificazione del linguaggio del potere e, nel solco della lezione pasoliniana, sull'urgenza di riplasmare la lingua che utilizziamo per tentare di agire sul presente (p. 177 ss.).

Come si era sottratto alla narrazione dominante di un'integrazione europea orgogliosamente tecnocratica¹², l'Autore si sottrae oggi alla beatificazione delle tecnocrazie capaci di traghettarci oltre la crisi e

⁹ P. Dardot-C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista* (2009), Roma, 2013.

¹⁰ Parlava già criticamente di una «privatizzazione della politica (al limite [...] della stessa sovranità)», V. Crisafulli, *Stato democratico e società. Oggi* (1982), in Id., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 337.

¹¹ M. Gauchet, *I diritti dell'uomo non sono una politica*, in *Le Débat*, 3, 1980, ora in Id., *La democrazia contro se stessa* (2002), Troina, 2005, p. 38 ss. Cfr., nella dottrina costituzionalistica italiana, le lucide riflessioni sul riduzionismo dei diritti svolte da M. Dogliani, *Validità e normatività delle Costituzioni*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, p. 243 ss.

¹² A. Cantaro, *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, 2003.

Andrea Guazzarotti

*Recensione ad Antonio Cantaro, Postpandemia.
Pensieri (meta)giuridici, Giappichelli, Torino 2021*

magari di consegnarci un'Europa dotata di «autonomia strategica» (p. 72 ss.).

Non è con la tecnologia e con i tecnocrati che potremo aspirare a un futuro diverso dal presente, bensì ripristinando la dimensione utopica ed escatologica della politica, come arte del possibile da praticarsi, però, aspirando all'impossibile, secondo l'insegnamento di Max Weber (p. 85). Ciò di cui abbiamo, dunque, bisogno non sono le soluzioni tecnologiche, bensì le meta-narrazioni capaci di mantenere «un rapporto con una idea di giustizia e di verità» (ivi) e di istituire «un'intima e autentica connessione emotiva tra governanti e governati», «senza la quale non c'è governo della società» (p. 5).

Ed è di governo democratico delle società che abbiamo bisogno, nel rispetto dei diritti inviolabili iscritti nelle Costituzioni e nelle Carte dei diritti, revocando finalmente l'illusione che possano essere i diritti individuali, da soli, a poter far magicamente funzionare la coesistenza umana.

ABSTRACT: The book *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, by Antonio Cantaro, approaches with an interdisciplinary method the pandemic emergency of Sars Covid-19 in order to investigate its capability to disclose the "normality and normativity" of neoliberalism. According to the Author, it remains deeply questionable that the European and national measures (NGEU and the Italian Recovery and Resilience Plan) adopted to tackle the pandemic emergency are signs of a new paradigm, different from the neoliberal imperative of individual *performance and pleasure without limits*. The gist of the book is a critical reflexion on the demise by the Western culture of the concept of politics as *the art of the rulers to take care of the ruled*.

KEYWORDS: pandemic – state of exception – neoliberalism – technocracy – crisis of constitutionalism

Andrea Guazzarotti - Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara (andrea.guazzarotti@unife.it)

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.