Rivista di Diritti Comparati

Rivista Quadrimestrale

1/2022

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno VI – N. 1/2022

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 "Bocconi" di 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 Poiares 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 "Bocconi" di 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 (Università commerciale "Bocconi" di Milano), Matteo Monti (LUISS Guido Carli), Francesco Saitto (Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

SOMMARIO

Atti del *VII Convegno annuale di Diritti Comparati*: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"

La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti: un'introduzione

[pp. 1 - 2]

GIORGIO PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*

[pp. 3 - 13]

DONATELLA MORANA, *L'effettività del diritto alla salute "oltre le Corti": vecchie e nuove questioni*

[pp. 14 - 31]

FRANCESCA ROSA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti nella famiglia giuridica di common law*

[pp. 32 - 48]

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, *Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti "oltre le corti"*

[pp. 49 - 73]

FRANCESCO PALERMO, *Quanto è morbido il* soft law*? La tutela non giurisdizionale dei diritti delle minoranze nelle aree geogiuridiche europee*

[pp. 74 - 94]

PIETRO SIRENA, *Tutela dei diritti fondamentali e sistemi di risoluzione alternativa delle controversie*

[pp. 95 - 112]

ROBERTO BIN, *Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le corti*

[pp. 113 - 118]

Saggi

GIORGIO REPETTO, *The judicial use of human dignity in social rights issues. A European perspective*

[pp. 119 - 137]

LEONARDO PIERDOMINICI, *La capacità trasformativa della cittadinanza europea. Una prospettiva comparatistica*

[pp. 138 - 171]

Note e commenti

LAURA FROSINA, *Le alterazioni fisiologiche e patologiche della funzione di controllo politico durante lo stato di allarme. A proposito di alcune recenti sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo*

[pp. 172 - 188]

DAVIDE CLEMENTI, *La legge cinese sulla protezione delle informazioni personali: un GDPR con caratteristiche cinesi?*

[pp. 189 - 216]

Recensioni e letture critiche:

LORENZO CECCHETTI, *Book review: Broberg, Morten and Fenger, Niels:* Preliminary References to the European Court of Justice, *Oxford University Press, Oxford, 2021*

[pp. 217 - 224]

GIULIA CHINAGLIA, *Recensione ad András Sajó,* Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracies, *Cambridge University Press, Cambridge, 2021*

[pp. 225 - 238]

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

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Atti del *VII Convegno annuale di Diritti Comparati*:
"La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"

La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti: un'introduzione

Oltre che porre sfide inedite, l'irrompere del COVID-19 ha accelerato tendenze e aggravato problemi già presenti nelle dinamiche dei sistemi liberal-democratici, in particolare per quanto riguarda le forme e gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali. L'esigenza di approntare risposte immediate al dilagare della pandemia, accanto al rafforzamento degli strumenti emergenziali, ha determinato, pressoché ovunque, un indebolimento (quando non un sostanziale esautoramento) dei meccanismi giurisdizionali di tutela dei diritti fondamentali, sia con riguardo alle misure di contenimento del contagio, sia in relazione alle più generali risposte di salute pubblica (vaccinazioni, certificazioni verdi, ecc.).

Non si può dire che tutto ciò fosse imprevisto o imprevedibile. Da tempo, malgrado l'enfasi sulla centralità della giurisdizione, si è richiamata l'attenzione sulla necessità di guardare ad altre forme di garanzia dei diritti fondamentali. Questa necessità è stata variamente avvertita guardando soprattutto alla rivitalizzazione della decisione politica e al ruolo dei parlamenti nella conformazione degli *entitlements* di individui e gruppi, in un'ottica di distribuzione di risorse sociali guidata dalle dinamiche della rappresentanza. Anche in questa chiave, si comprende la crescente attenzione prestata agli sviluppi, tanto teorici che istituzionali, del *political constitutionalism*. Quasi all'opposto, la tendenza a porre al riparo dalla contingenza le scelte sui diritti ha spinto verso modelli istituzionali di tutela contrassegnati da una nuova ricerca di neutralità, qualificata nei termini tanto di una convergenza con i modelli di *human rights enforcement* emergenti a livello sovra- e internazionale (è il caso delle *national human rights institutions*), quanto del consolidamento dei modelli di autoregolazione sociale (codici di condotta, ADR, ecc.).

A partire da qui, il gruppo di *Diritti Comparati* ha deciso di approfondire questi problemi dedicando ad essi il suo VII convegno annuale, svoltosi il 19

novembre 2021. Il resoconto video dei lavori è disponibile al seguente indirizzo: https://www.youtube.com/watch?v=OYd0ecfeXes

I relatori hanno saputo offrire uno sguardo interdisciplinare e capace di analizzare le dinamiche in atto, nella consapevolezza che queste affondano le loro radici in problemi risalenti delle forme e degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, ben al di là e prima dell'irrompere della pandemia. In quest'ottica, i contributi di seguito pubblicati, benché riguardanti ambiti diversi e mossi da prospettive di ricerca non sempre coincidenti, trovano più di un punto d'incontro nella necessità di fare i conti con alcune domande persistenti intorno alle sfide poste dal mutare delle esigenze di protezione.

Il primo interrogativo investe, inevitabilmente, l'effettività delle tutele: quanto e come è garantita quando a fornire protezione/garanzia/tutela non è la giurisdizione? Come è strutturato l'accesso a tali forme alternative e come si atteggiano gli strumenti di *enforcement*? Ci sono adeguate garanzie procedimentali e partecipative, sia per i portatori di interessi che per soggetti e/o gruppi antagonisti? Può immaginarsi un modello di effettività che operi secondo canoni diversi da quelli propri della tutela giurisdizionale?

Su un diverso piano si pone, poi, la necessità di far fronte a una crescente frammentazione delle sedi e degli strumenti di tutela: come scongiurare una tutela parcellizzata dei diritti, una volta che si affermi una pluralità di sedi di garanzia, sia generali che settoriali, sia pubblici che privati? Una parziale soluzione può essere individuata nella natura anticipatoria e/o complementare di tali strumenti rispetto alla risposta giurisdizionale o propriamente normativa? Quali sono le dinamiche, nei vari campi d'esame, tra gli strumenti di garanzia incentrati sulla tutela del singolo (o del gruppo) e quelli che si affidano a una prospettiva sistemica?

Connesso a quelli sinora evidenziati è poi l'interrogativo sul legame tra l'articolazione degli strumenti di protezione e la rivitalizzazione dell'interesse generale, che connette i diritti fondamentali ai tratti costitutivi della società politica, sia essa nazionale o sovranazionale. In un'ottica più generale, infatti, gli strumenti e le forme di tutela rischiano talvolta di essere meramente riproduttivi di interessi settoriali della società. Come garantire il collegamento di tale tutela settoriale, e in generale delle forme alternative di tutela, con la matrice politica dei diritti fondamentali, qualificata dalla dialettica tra rigidità costituzionale e rappresentanza politica?

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*

Giorgio Pino

SOMMARIO: 1. Il costituzionalismo politico. – 2. Che cosa sostiene il costituzionalismo politico. – 3. Bilancio del costituzionalismo politico. – 4. In conclusione.

1. Il costituzionalismo politico

Il costituzionalismo politico (*political constitutionalism*) è una posizione che negli ultimi decenni ha acquisito notevole visibilità nel dibattito filosofico-politico e filosofico-giuridico internazionale, soprattutto di lingua inglese[1] – ma con qualche significativa e interessante emersione anche in Italia[2].

Per catturare il nucleo concettuale di questo filone di pensiero, si può partire proprio dal nome: perché "costituzionalismo", e perché "politico"?

"Costituzionalismo" è un termine ampiamente diffuso nel discorso giuridico e politico contemporaneo, e caratterizzato da una connotazione ampiamente positiva: in linea di massima, qualificare una certa posizione giuridico-politica come un tipo (o forse come il tipo più autentico, più efficace, ecc.) di "costituzionalismo" significa accreditare quella posizione di nobili natali, e di ambiziosi e benefici obiettivi. E così il termine "costituzionalismo" appare oggi nei più diversi contesti, e associato alle più varie aggettivazioni[3], gareggiando da

---

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

[1] Tra le opere più rappresentative: C. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven (CT), 1996; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999.; T. Campbell, *Prescriptive Legal Positivism. Law, Rights and Democracy*, London, 2005; R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007.

[2] Soprattutto nei lavori di Anna Pintore: *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, pp. 179-200; *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003.

[3] Tra gli usi che sono apparsi nella letteratura più recente: "judicial constitutionalism", "political constitutionalism", "popular constitutionalism", "democratic constitutionalism", "legislative constitutionalism", "progressive constitutionalism", "societal constitutionalism",

pari a pari, da questo punto di vista, con altri termini del lessico politico come "democrazia" e "rule of law". Con la conseguenza che "costituzionalismo" è stato di volta in volta considerato, nelle migliori delle ipotesi, come un concetto piuttosto vago e bisognoso di precisazione; oppure, nelle peggiori, come un concetto equivoco, vuoto, e addirittura misterioso[4]. Ciononostante, non c'è dubbio che nell'idea di costituzionalismo vi sia un nucleo centrale ben riconoscibile, che consiste nell'affermazione del primato dei diritti degli individui rispetto al potere politico: i poteri pubblici devono essere organizzati in maniera da non mettere a repentaglio – e, idealmente, in modo da realizzare pienamente – i diritti fondamentali dei cittadini.

E a questo punto diventa chiaro perché "politico": i sostenitori di questa variante del costituzionalismo affermano infatti che il modo migliore per realizzare l'ideale del primato dei diritti fondamentali passi attraverso le dinamiche della politica democratica. In una società democratica, dotata di istituzioni rappresentative ben funzionanti, l'individuazione dei diritti fondamentali che spettano ai cittadini, del loro esatto contenuto, e del modo in cui questi diritti debbano essere coordinati con altri diritti e con altre esigenze di carattere pubblico – in breve, la "amministrazione" dei diritti fondamentali – è compito che spetta al Parlamento. Mentre è ovvio che le corti dovrebbero intervenire *ex post* per accertare se un diritto – così come debitamente individuato e definito in sede legislativa – sia stato violato in qualche circostanza

"new constitutionalism", "global constitutionalism", "transnational constitutionalism", "multilevel constitutionalism", "comparative constitutionalism", "common law constitutionalism", "living constitutionalism", "transformative constitutionalism", "revolutionary constitutionalism". V. inoltre L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *«Giurisprudenza costituzionale»*, 3, 2010, pp. 2809-2811; e M. Tushnet, *Varieties of Constitutionalism*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 14, 1, 2016, pp. 1-5, che censisce almeno altre otto diverse declinazioni di "costituzionalismo" (quali: costituzionalismo liberale, costituzionalismo regionale, costituzionalismo socialdemocratico, ecc.).

[4] Cfr. C.S. Nino, The Constitution of Deliberative Democracy, cit., pp. 2-3 (secondo cui l'ideale del costituzionalismo, nonostante il suo successo, «remains vague and even somewhat mysterious»); P. Ridola, Diritti fondamentali. Un'introduzione, Torino, 2006, p. 41 (sulla «dilatazione concettuale» che sta subendo la nozione di costituzionalismo); J. Waldron, *Constitutionalism: A Skeptical View (2009), in Id., Political Political Theory. Essays on Institutions*, Cambridge (Mass.), 2016, p. 23 (a proposito del «potential for "constitutionalism" to degenerate into an empty slogan»). Come è noto, nel dibattito filosofico-giuridico degli ultimi vent'anni ha imperversato una corrente di pensiero denominata "neocostituzionalismo", circondata da una certa aura di mistero: non è molto chiaro, infatti, quali siano le sue tesi qualificanti, né gli autori a cui ascriverle (v. in proposito G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo,* Bologna, 2017, pp. 31-32).

concreta, non è invece ammissibile che una legge sia invalidata o disapplicata in sede giudiziaria perché in contrasto con un diritto fondamentale[5].

Si tratta di una posizione che non può essere definita maggioritaria, ed è anzi caratterizzata da un atteggiamento di reazione, quando non di forte carica polemica, verso quello che i suoi sostenitori considerano una sorta di senso comune acriticamente diffusosi nella cultura giuridico-politica contemporanea. Con tutta evidenza, infatti, nel corso della seconda metà del Novecento si è diffuso nelle organizzazioni giuspolitiche contemporanee, a livello pressoché globale, un modello non *politico*, ma *giuridico*, di tutela dei diritti fondamentali: in molti ordinamenti contemporanei, i diritti fondamentali non sono rimessi puramente al dibattito politico, ma sono calati in una costituzione dotata di carattere pienamente giuridico, amministrata per lo più da organi giurisdizionali. Anzi, l'idea di fondo, in molti ordinamenti costituzionali, è proprio che certi diritti debbano essere sottratti alle dinamiche della politica rappresentativa, alla ordinaria deliberazione maggioritaria, e che a quei diritti debbano essere piuttosto attribuiti dei "guardiani" del tutto o almeno parzialmente estranei al circuito politico, individuati nell'area, politicamente "neutra", della giurisdizione[6]. Con la conseguenza che, in molti ordinamenti contemporanei, per conoscere l'elenco dei diritti fondamentali, il loro contenuto e il modo in cui essi debbano essere coordinati con altri diritti e con altre esigenze di carattere pubblico, più che al dibattito politico occorre ormai guardare ai repertori di giurisprudenza.

Dunque, rispetto a quella che, nei fatti, è la netta prevalenza su scala globale di un costituzionalismo *giuridico*, caratterizzato dall'incorporazione dei diritti fondamentali in un documento giuridico e dalla loro conseguente amministrazione da parte di organi di tipo giudiziario, il costituzionalismo

[5] Nel testo assumo che vi sia una chiara distinzione tra l'amministrazione dei diritti fondamentali (la loro individuazione, la loro attuazione) da una parte, e l'applicazione giudiziaria dei diritti fondamentali dall'altra (ad esempio, per accertare se vi sia stata una violazione di un diritto in un caso concreto). In realtà, la distinzione tra l'amministrazione e l'applicazione di un diritto è molto più sfumata di quanto possa sembrare a prima vista. Ma è vero che, se in sede legislativa è stata operata una specificazione abbastanza precisa del contenuto di un diritto fondamentale, il margine di manovra del potere giudiziario sui diritti fondamentali si restringe notevolmente.

[6] Sull'idea dello spazio costituzionale come «coto vedado», v. E. Garzón Valdés, *Representación y democracia*, in *«Doxa»*, 6, 1989, pp. 143-164. Sui diritti fondamentali come «sfera dell'indecidibile» (o, nel caso dei diritti sociali, «indecidibile che non»), sottratta alla disponibilità del gioco delle maggioranze, cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali*, cit.; Id., *Principia iuris*, Roma-Bari, 2007, vol. 1, 822, 848; vol. 2, 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304. V. anche R. Dworkin, *Constitutionalism and Democracy*, in «European Journal of Philosophy», vol. 3, 1995, 1, p. 2 («By "constitutionalism" I mean a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise»).

politico oppone un diverso modello caratterizzato dalla centralità del momento politico – e, segnatamente, della deliberazione democratica – nell'amministrazione dei diritti fondamentali. Il costituzionalismo politico, in altre parole, non è e non intende essere una posizione svalutativa dell'importanza dei diritti: piuttosto, propone un diverso modello per assicurare ai diritti la centralità che meritano negli ordinamenti democratici, un modello basato sul ruolo delle istituzioni democratiche[7].

Questa posizione è plausibile? Rappresenta davvero una alternativa feconda rispetto alla principale posizione antagonista (il costituzionalismo giuridico)? Nei prossimi paragrafi proverò, in primo luogo, ad arricchire il quadro del costituzionalismo politico, individuando una serie di tesi ulteriori che sono solitamente richiamate per suffragare la bontà della tesi fondamentale del costituzionalismo politico (la politica democratica come sede privilegiata per l'individuazione dei diritti fondamentali) (§ 2); e, in secondo luogo, passerò a saggiare la tenuta di queste tesi, evidenziandone i limiti (§ 3). Concluderò con alcune brevi riflessioni di sintesi sul posto dei diritti nel costituzionalismo contemporaneo (§ 4).

2. Che cosa sostiene il costituzionalismo politico

Uno In questo paragrafo tenterò una ricostruzione più articolata – e spero non caricaturale – delle tesi principali del costituzionalismo politico, inteso come posizione astratta, e identificabile, nel panorama del dibattito filosofico-politico e filosofico-giuridico contemporaneo. A tal fine mi servirò dei contributi provenienti dai principali esponenti di questo filone[8], e in molti casi la paternità di specifiche tesi sarà agevolmente riconoscibile. Ma il mio obiettivo non è di attribuire specifiche tesi a specifici autori né, *a fortiori*, di offrire una ricostruzione completa del pensiero di un singolo esponente del costituzionalismo politico (è evidente, d'altronde, che gli autori riconducibili al costituzionalismo politico non sostengono tutti esattamente le stesse tesi, o che usino esattamente gli stessi argomenti per sostenere le loro tesi).

Dunque: perché il costituzionalismo politico afferma che la sede migliore per l'amministrazione dei diritti fondamentali sia la deliberazione adottata da

[7] Come dichiara fin dal titolo uno dei saggi più noti e influenti di questo filone di pensiero: J. Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 13, 1, 1993, pp. 18-51.

[8] Quali quelli menzionati nelle note 2 e 3.

organi dotati di rappresentatività democratica, anziché la giurisdizione? Ecco i principali argomenti.

Il diritto di autodeterminazione democratica. Le istituzioni democratiche incarnano e rendono effettivo l'ideale del diritto all'autodeterminazione dei cittadini: tramite l'esercizio del diritto di voto, i cittadini partecipano alla formazione delle decisioni pubbliche (ovvero, più realisticamente, concorrono alla formazione del luogo deputato ad adottare decisioni pubbliche). Il diritto di autodeterminazione democratica ha uno speciale valore – è, in un certo senso, "il diritto dei diritti". Il riconoscimento di questo diritto riflette una specifica considerazione per la dignità delle persone (il riconoscimento della loro capacità di essere membri a pieno titolo della comunità politica, ponendosi reciprocamente su un piede di uguaglianza). E, specularmente, negare questo diritto rappresenta un particolare insulto alla dignità delle persone, perché vuol dire privare le persone della possibilità di partecipare alla formazione delle decisioni che le riguarderanno come membri della comunità politica. Per estensione, dunque, attribuire ad un organo non dotato di credenziali democratico-rappresentative (ad esempio ad una Corte costituzionale, o al potere giudiziario nel suo complesso) il potere di porre nel nulla una decisione che è stata regolarmente adottata da un organo dotato di credenziali democratico-rappresentative (il Parlamento) equivale a indebolire, o addirittura a svuotare, il diritto all'autodeterminazione dei cittadini.

L'argomento del disaccordo. Nelle società pluraliste contemporanee, diverse concezioni del bene sono diffuse tra i cittadini. E, entro certi limiti, è proprio così che deve essere: il pluralismo politico e valoriale, nelle società contemporanee, non è solo un fatto, ma un valore da preservare. Come conseguenza del pluralismo (ragionevole), i cittadini versano spesso in una situazione di disaccordo, spesso di feroce disaccordo, su questioni morali come la pena di morte, o l'ergastolo, l'aborto, l'eutanasia, il suicidio assistito, la maternità surrogata, il matrimonio omosessuale... Ebbene, in una situazione di persistente disaccordo su questioni morali – questioni sulle quali tutte le posizioni in campo possono ben avere seri argomenti dalla propria parte – perché mai si dovrebbe affidare l'ultima parola ai giudici? Nulla fa pensare che i giudici abbiano un accesso privilegiato alle verità morali, e che su queste questioni possano pervenire a decisioni migliori di quelle a cui perverrebbero i cittadini stessi. Pertanto, la cosa migliore è lasciare che le decisioni su questioni di questo tipo siano rimesse ai cittadini stessi, secondo procedure ben sperimentate (le istituzioni rappresentative, i referendum, il principio di maggioranza).

L'eguaglianza. Il controllo giudiziario di costituzionalità della legge (*judicial review of legislation*) è una limitazione – o addirittura una violazione – non solo del diritto all'autodeterminazione democratica, ma anche dell'eguaglianza dei cittadini. Infatti, con l'esercizio del diritto di voto i cittadini partecipano alla formazione delle decisioni collettive; e tuttavia, se si ammette che un cittadino, attivando certe procedure giudiziarie, possa determinare l'invalidazione o la disapplicazione di una legge, ciò significa che quel cittadino ha potuto partecipare *due volte* alla formazione delle decisioni collettive: una volta al momento dell'esercizio del diritto di voto, e un'altra volta al momento in cui ha messo in moto le procedure giudiziarie che hanno portato all'invalidazione della legge. In altre parole, è come se grazie alla *judicial review* alcuni cittadini riuscissero a pesare il doppio degli altri cittadini nella conformazione delle decisioni pubbliche.

Effetti distorsivi. I diritti fondamentali hanno una sostanza morale: sono, o sono collegati a, esigenze di tipo etico-politico. Ma il costituzionalismo giuridico li trasforma in entità giuridiche: vengono calati in un documento di natura giuridica, in una fonte del diritto (tipicamente, in una costituzione), e sono amministrati da organi giudiziari. Questa metamorfosi, da entità di natura etico-politica a entità di natura giuridica, è, per i diritti, esiziale: li imprigiona, li "ossifica", nelle tecnicalità del discorso giuridico. L'incorporazione dei diritti in una costituzione giuridica applicata in sede giudiziaria fa sì che la discussione sui diritti non sia più una genuina discussione morale sul merito delle questioni rilevanti (una discussione che verte su se sia *giusto*, o no, che vi sia la pena di morte, o l'ergastolo, ecc.), come ancora potrebbe avvenire in un dibattito parlamentare, o nell'opinione pubblica generale; piuttosto la discussione sui diritti diventa una questione giuridica, in cui più che alla sostanza della questione si dovrà fare riferimento a profili come l'interpretazione testuale, il rispetto dei precedenti, la legittimazione ad agire ecc. E tutto ciò finisce con l'irrigidire e impoverire l'ambito dei diritti.

Legislatore e giudice davanti alla Costituzione. Una costituzione che include un catalogo di diritti fondamentali (un *bill of rights*) lega le mani al legislatore: il legislatore si trova davanti ad una sfera dell'indecidibile, che al contempo gli impedisce di prendere certe decisioni (ad esempio, sui diritti di libertà) e lo obbliga a prenderne altre (ad esempio, sui diritti sociali e in generale i diritti a prestazioni). Nel costituzionalismo (giuridico) contemporaneo, il legislatore tende a trasformarsi in un attuatore della costituzione, quando non in un suo mero esegeta. Al tempo stesso, in questo contesto le corti tendono ad acquisire margini di manovra molto ampi: la possibilità di decidere le controversie applicando

direttamente principi costituzionali esalta la discrezionalità e perfino la creatività giudiziaria. In più, come abbiamo visto, il modello della *judicial review* attribuisce alle corti l'*ultima parola* sui diritti: se una costituzione codifica, ad esempio, il diritto alla libertà di espressione, in ultima analisi quel diritto avrà la consistenza che gli attribuiscono le corti, e non il legislatore – visto che le prime possono sempre porre nel nulla le decisioni legislative sui diritti fondamentali. Il costituzionalismo (giuridico) contemporaneo trasforma la democrazia in un governo dei giudici, in una giuristocrazia.

Questi gli argomenti principali addotti dai sostenitori del costituzionalismo politico in favore della tesi secondo cui, se si hanno a cuore i diritti, è preferibile che la loro individuazione sia rimessa al circuito politico-rappresentativo, e in primo luogo al Parlamento. Secondo i sostenitori di questa posizione, l'incorporazione di un catalogo di diritti in un documento giuridico, e la loro amministrazione da parte di organi giudiziari, si risolve in uno svilimento dell'idea dei diritti, e nella lesione del più fondamentale dei diritti fondamentali (il diritto all'autodeterminazione democratica). Quindi, paradossalmente, il costituzionalismo politico è un costituzionalismo senza costituzione, o quantomeno con una costituzione priva di carattere propriamente giuridico (e dunque non *enforceable* in via giudiziaria), ma puramente politica[9].

3. Bilancio del costituzionalismo politico

Per quanto provocatoria possa apparire la tesi fondamentale del costituzionalismo politico, davanti ad una realtà che ha ampiamente abbracciato il modello opposto, occorre comunque riconoscere che non può essere considerata una posizione del tutto folle, o gratuitamente dissacrante. I sostenitori del costituzionalismo politico hanno probabilmente torto (o almeno questo cercherò ora di mostrare), ma non hanno tutti i torti.

Banalmente, è vero che nel costituzionalismo contemporaneo l'ambito di manovra del legislatore si restringe (restrizione che segue, peraltro, non solo dalla presenza di un catalogo costituzionale di diritti, ma anche dall'apertura alla dimensione sovranazionale che questo modello incorpora), e simmetricamente si amplia l'ambito di discrezionalità del potere giudiziario. Ed è vero che eccessi di creatività e abusi interpretativi sono pur sempre possibili, e si sono di fatto

[9] M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 2000. Per alcuni cenni sulle concezioni "politiche" della costituzione, v. anche G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione*, Modena, 2019.

verificati. Ma il quadro restituito dal costituzionalismo politico è, nel complesso, poco convincente: basti pensare all'implausibilità dell'idea (vista nel paragrafo precedente) secondo cui la presenza di un *bill of rights* produce l'effetto di ridurre il legislatore ad un esegeta della costituzione e, contemporaneamente, di spalancare i cancelli della creatività giudiziaria: non si capisce infatti come sia possibile che uno stesso panorama normativo (l'insieme dei principi costituzionali) costituisca un vincolo stringente e addirittura asfissiante per la capacità decisionale di un soggetto (il legislatore), mentre costituisca un assegno in bianco per le decisioni di un altro soggetto (il giudice).

Ad ogni modo, ecco alcuni possibili contro-argomenti, che provano a gettare luce su alcune debolezze del costituzionalismo politico.

Il valore dell'autodeterminazione. È vero che l'autodeterminazione politica è dotata di valore, ma ha valore solo in presenza di alcuno presupposti, quelli che Michelangelo Bovero, sulla scia di Norberto Bobbio, ha chiamato le "precondizioni della democrazia"[10]: se è vero che l'esercizio dell'autodeterminazione democratica, di per sé, si sostanzia nell'espressione del voto alle urne, è anche vero che l'espressione del voto assume un senso solo se posta in essere da cittadini sufficientemente istruiti, informati, liberi di scegliere tra proposte politiche diverse, liberi di formare partiti o movimenti politici e di aderire ad essi, liberi da condizioni di bisogno economico e di inferiorità sociale, ecc. Solo se precondizioni di questo tipo sono assicurate l'autodeterminazione acquista un particolare valore morale. L'autodeterminazione democratica richiede molto di più dell'esercizio del diritto di voto. Se è così, allora ci sono beni che devono essere assicurati proprio per rendere possibile la democrazia. E questi beni, per questa stessa ragione, non possono essere rimessi alla democrazia stessa: non si può ammettere che quei beni vengano cancellati *nemmeno per via democratica* (sarebbe come consentire alla democrazia di distruggere sé stessa). Se questo è vero, allora la *judicial review* è certamente un *limite* alla democrazia, ma non è una *violazione* della democrazia: è, piuttosto, un correttivo interno, e necessario, alla democrazia stessa.

L'ambito del disaccordo. È vero che le società pluraliste contemporanee sono attraversate dal pluralismo valoriale, di modo che i cittadini si trovano in disaccordo su quali siano i diritti fondamentali, su quale sia il loro contenuto, su

[10] M. Bovero, *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 16, 2016, pp. 11-21. V. anche A. Pintore, *Democrazia e diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 449-471, sulla distinzione tra diritti "costitutivi" della democrazia, diritti "presupposti" dalla democrazia, e diritti "irrelati" alla democrazia.

quali siano i loro ordini di priorità, e così via. Ma se è così, non si capisce in che modo lo stesso diritto all'autodeterminazione democratica possa essere considerato al riparo dal disaccordo: può ben essere oggetto di disaccordo ragionevole l'idea che il diritto all'autodeterminazione democratica sia il più fondamentale dei diritti. E poi, perché mai una procedura legislativa dovrebbe essere considerata da tutti i cittadini un terreno neutrale e assiologicamente asettico? Non è forse possibile che alcuni cittadini siano in disaccordo sul fatto che certi temi etici vengano decisi a maggioranza? Inoltre, l'esercizio dell'autodeterminazione democratica richiede regole e procedure (una tra tutte: un meccanismo elettorale), e come si fa a immaginare che anche su queste regole e procedure non vi possa essere un disaccordo ragionevole?

L'ossificazione dei diritti. Davvero la presenza di un catalogo di diritti costituzionali e della *judicial review* imprigiona il discorso sui diritti in una ragnatela di tecnicismi giuridici? In realtà, anziché ossificare il dibattito pubblico sui diritti e sui valori, la *judicial review* può contribuire proficuamente allo sviluppo di questo dibattito: se, a titolo di esempio, guardiamo a come si è svolto negli ultimi anni in Italia il dibattito pubblico sui temi eticamente sensibili, ci accorgiamo facilmente che sia l'opinione pubblica generale sia il dibattito parlamentare si sono messi in moto esattamente sull'onda di casi giudiziari in cui quelle questioni sono venute prepotentemente alla luce (il caso Welby, il caso Englaro, il caso di Fabiano Antoniani…).

Diritti e partecipazione democratica. La *judicial review*, anziché essere antidemocratica, può essere vista essa stessa come un canale di partecipazione democratica (come peraltro riconosce implicitamente lo stesso costituzionalismo politico, quando afferma che i cittadini che ricorrono alla *judicial review* contribuiscono due volte alla formazione delle decisioni collettive). Oltre alla familiare dimensione della democrazia rappresentativa, che interessa le istituzioni di governo (Parlamento ed esecutivo), la democrazia ha anche una dimensione «contestatrice»[11], che riguarda la possibilità per i cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. Così, la democrazia rappresentativa funziona come luogo di formazione maggioritaria delle decisioni collettive,

[11] Riprendo la distinzione tra queste due accezioni di democrazia da P. Pettit, *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. Shapiro, C. Hacker-Cordon (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge, 1999, pp. 163-190; Id., *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. Shapiro, S. Macedo (eds.), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York, 2000, pp. 105-144. Sulle corti come strumento di partecipazione democratica v. anche S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999², pp. 169-186; Id., *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, Roma, 2011, p. 108; L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari, 2013, p. 239.

mentre la democrazia contestatrice rappresenta un'occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini stessi (o anche dei soggetti che non hanno avuto alcuna rappresentanza nel processo decisionale: minori, stranieri, appartenenti a minoranze "strutturali"), e, in caso, per correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. È vero che queste due dimensioni della democrazia potranno entrare reciprocamente in tensione, ma questo non è un effetto imprevisto o patologico: la democrazia rappresentativa è solo uno dei valori incorporati dal costituzionalismo contemporaneo, e si può ben dire che il costituzionalismo contemporaneo scommetta proprio sul fatto che questa tensione tra elementi diversi sia, in ultima analisi benefica. In fin dei conti, se l'ideale del costituzionalismo richiede che i diritti dei cittadini siano protetti, è evidente che debbano essere protetti anche nei confronti dei rappresentanti dei cittadini.

4. In conclusione

Le Nel costituzionalismo contemporaneo, la democrazia rappresentativa è sì un valore, ma è un valore che si trova in concorrenza con altri valori. Nonostante sia vero che il costituzionalismo contemporaneo, che ha assunto prevalentemente la forma del costituzionalismo giuridico, determini una limitazione della democrazia (quantomeno se intesa come democrazia rappresentativa), e una espansione del ruolo del potere giudiziario, è falso che sostituisca alla democrazia una giuristocrazia, e che lo Stato costituzionale degeneri inevitabilmente in uno Stato giurisdizionale. I diritti fondamentali sono intrinsecamente legati alla giurisdizione, proprio per la loro natura "contromaggioritaria" (spettano agli individui anche contro la maggioranza). Ma i diritti hanno anche bisogno del momento legislativo (e anche di quello amministrativo, ovviamente). Anche nel costituzionalismo contemporaneo, i diritti non vivono solo nella giurisdizione, ma hanno bisogno di numerose decisioni politiche (i diritti non sono auto-esecutivi).

Nello Stato costituzionale contemporaneo, l'amministrazione dei diritti fondamentali è condivisa tra giudici e legislatore. Fa interamente parte della logica dello Stato costituzionale sostituire all'immagine "verticale" propria dello Stato legislativo (la legge al vertice delle fonti, il giudice soggetto solo alla legge, la ricerca della *suprema potestas*), un modello diffuso, in cui la garanzia dei diritti dovrebbe emergere dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola. Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano,

sono ritardati quanto più possibile, diluiti in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri, e in cui all'autorità di prendere decisioni si aggiunge l'onere di fornire adeguate giustificazioni.

La *judicial review*, in questo quadro, non è un superamento ma una integrazione della democrazia – come peraltro dimostrano tecniche decisorie come le sentenze-monito, le additive di principio, la sospensione del giudizio di costituzionalità in attesa di una pronuncia del Parlamento… Che ci sia una tensione tra *judicial review* e democrazia (rappresentativa) è vero, ma è una tensione finalizzata a rafforzare la qualità democratiche – inclusa la qualità democratica – del sistema.

***

ABSTRACT: Political constitutionalism claims that fundamental rights – their identification, their order of priority, the resolution of their conflicts – are better left to institutions endowed with democratic legitimacy, as opposed to courts. In this short essay, I'll challenge the main arguments upon which political constitutionalists ground their position, and I'll try to show that, and why, legal constitutionalism should be considered as a more sound stance instead.

KEYWORDS: fundamental rights; democracy; political constitutionalism; judicial review.

***

Giorgio Pino – Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Roma Tre (giorgio.pino@uniroma3.it).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'effettività del diritto alla salute "oltre le Corti": vecchie e nuove questioni*

Donatella Morana

SOMMARIO: 1. In che senso può discorrersi dell'effettività del diritto (complesso) alla salute "oltre le Corti": delimitazione del tema. – 2. Le concause dell'ineffettività del diritto alla salute e i limiti strutturali della risposta giurisdizionale. – 3. Diritto alla salute o speranza di cura? L'appropriatezza terapeutica tra evidenze scientifico-sperimentali, sperimentazioni cliniche ed erogazione di prestazioni a carico del Ssn. – 4. L'effettività dei "diritti" alla salute nell'emergenza pandemica, tra radicamento territoriale, assetto competenziale e cultura organizzativa. – 5. Pluralità dei decisori politici, riserva di scienza e ruolo del medico. – 6. L'effettività del diritto alla salute tra libertà e poteri giuridici: note conclusive sul seguito del "caso Cappato" e sull'attuazione delle Dat.

1. In che senso può discorrersi dell'effettività del diritto (complesso) alla salute "oltre le Corti": delimitazione del tema

Il tema del Convegno odierno suggerisce una prospettiva di analisi molto stimolante, non solo sul piano della teoria generale ma anche per un'indagine di diritto positivo che voglia riflettere sull'effettività del godimento dei diritti fondamentali. Ragionare sulla garanzia di tali diritti "oltre le Corti" – e dunque "oltre la funzione giurisdizionale" – è infatti prospettiva particolarmente calzante per il diritto alla salute. Anche (e direi soprattutto) in questo specifico ambito materiale – che attiene al benessere psico-fisico della persona in ogni contesto di vita, lavorativo, ambientale, sociale – l'effettività della relativa posizione giuridica soggettiva non può non misurarsi con la sussistenza di idonei presidi organizzativi in grado di soddisfare la specifica domanda prestazionale di colui che ne è titolare. In altre parole, il livello di effettività non potrà mai compiutamente definirsi in astratto o in via generale ma dovrà necessariamente essere considerato con riguardo agli specifici bisogni di salute da tutelare e dunque potrà individuarsi

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

solo in una prospettiva relazionale e concreta, che tenga conto della "domanda di salute" da soddisfare e della capacità del "sistema" di rispondere in modo tempestivo, qualitativamente soddisfacente, terapeuticamente appropriato e così via[1].

Mi sto riferendo ovviamente al volto sociale del diritto alla salute (quindi al suo versante prestazionale, consistente nel diritto alle cure, nel diritto a ricevere trattamenti sanitari, per intenderci) per il quale, com'è noto, la programmaticità della disposizione contenuta nell'art. 32 Cost. condiziona e circoscrive inevitabilmente l'intensità dell'intervento giurisdizionale, o per meglio dire la possibilità che il giudice possa esaurire la tutela richiesta e pervenire alla soddisfazione del bisogno inappagato, assicurando l'effettività del diritto nelle variegate ipotesi di mancata o parziale attuazione normativa del programma costituzionale. D'altra parte, la stessa programmaticità dell'art. 32 Cost. non si esaurisce nel rapporto col legislatore – come talvolta si è portati semplicisticamente a pensare – ma si estende anche all'agire amministrativo[2] e quindi all'amministrazione di prestazione, di servizio, chiamata a soddisfare beni costituzionalmente protetti come quello della salute. Dunque, anche a tale fattore dell'effettività dovrà porsi attenzione.

Non indugerò ulteriormente su questi aspetti, già emersi nel dibattito e che posso pertanto considerare acquisiti. Così come ritengo di non dovermi soffermare oggi sull'altro nodo centrale per l'effettività del diritto alle prestazioni sanitarie rappresentato dalla disponibilità e dalla scelta allocativa di risorse finanziarie, nell'ininterrotto dialogo che sul punto si svolge tra Corte costituzionale e legislatore. Nodo, quest'ultimo, che coinvolge l'ulteriore profilo dell'incessante altalenarsi della giurisprudenza costituzionale tra la natura «finanziariamente condizionata» o, al contrario, il carattere «incomprimibile» del diritto alla salute: allo spostamento del punto focale dall'uno all'altro aspetto

---

[1] Sulla tendenza espansiva della nozione di salute e del correlato diritto e sulla qualità fortemente "relazionale" del concetto di effettività rispetto al bisogno di salute, cfr. almeno B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 21 ss., A. D'Aloia, Oltre la malattia: *metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLawJournal – Rivista di BioDiritto*, 1/2014, p. 87 ss., spec. p. 91-93, nonché S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, p. 99 ss., dove si evidenzia come il passaggio «da una dimensione monadica ad una relativizzata» della nozione di salute conduca a ricomprendere in essa «non soltanto funzioni biologiche in senso stretto, ma anche capacità logiche, affettive e relazionali». Per ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali, se si vuole, D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, IV ediz., Torino, 2021, spec. p. 8 ss.

[2] Secondo il noto insegnamento di V. Crisafulli, *Le norme "programmatiche" della Costituzione* in Id, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 68 ss., spec. p. 72: le norme programmatiche sono efficaci nei confronti di «tutte le manifestazioni della potestà statale» (e non del solo legislatore).

consegue, come è evidente, la ridefinizione dei margini di azione del decisore politico rispetto alla disponibilità di risorse da impiegarsi nella soddisfazione del bisogno di salute.

Le considerazioni che seguono si concentreranno, invece, e senza pretesa di completezza sistematica, su alcune specifiche questioni che possono essere utili per aggiungere qualche tassello al discorso sull'effettività del diritto alla salute considerato nella sua dimensione di *diritto complesso*, e quindi tenendo in considerazione anche le inevitabili connessioni tra la dimensione prestazionale di esso e la preliminare, corrispondente tutela della libertà di ciascuno rispetto alle cure e alle modalità attraverso le quali accedere (o non accedere) alle prestazioni sanitarie. Nella consapevolezza, cioè, che il paradigma binario basato sull'alternativa tra effettività e ineffettività del diritto alla salute non possa ricostruirsi su premesse parziali ma debba coinvolgere la posizione giuridica soggettiva nella sua interezza e quindi, appunto, nella sua complessità.

2. Le concause dell'ineffettività del diritto alla salute e i limiti strutturali della risposta giurisdizionale

Come già ricordato, se l'effettività del diritto si esprime e si misura nella corrispondenza (quantitativa e, ancor più, qualitativa) della prestazione al bisogno di salute individuale, per rilevare eventuali elementi di ineffettività dello stesso diritto è indispensabile condurre la valutazione sulla base di una molteplicità di parametri. Tra essi, a titolo di mero esempio: la qualità della prestazione; l'appropriatezza terapeutica e la sicurezza della cura[3]; la tempestività nell'erogazione del trattamento; il grado di personalizzazione della cura (che, esaltando il canone dell'appropriatezza, dovrebbe attenersi a un approccio sempre meno "generalista" e sempre più aderente alla situazione del singolo paziente, con terapie calibrate sulle sue peculiari caratteristiche sanitarie). Parametri – quelli appena richiamati – che solo parzialmente (e spesso

[3] Sul rapporto tra sicurezza delle cure e qualità dell'assistenza sanitaria, v. G. Carpani, *La sicurezza delle cure nel diritto alla salute: un'occasione per accrescere appropriatezza e qualità dell'assistenza*, in G. Carpani - G. Fares (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Torino, 2017, p. 1 ss., nel commentare l'art. 1 della l. n. 24/2017 (recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie») dove si afferma, tra l'altro, che «la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute» (art. 1, co. 1) e che essa «si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione dei prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» (art. 1, co. 2).

inadeguatamente) possono essere soddisfatti per il tramite di una decisione giurisdizionale, dal momento che essi non solo richiedono il coinvolgimento di altri decisori (e altri "poteri"), ma chiamano in causa il sapere tecnico e i risultati scientifico-sperimentali di cui dispongono a pieno soltanto il medico e gli altri professionisti della sanità che sono parte dell'alleanza terapeutica col paziente.

Ragionare sull'effettività del diritto alla salute, insomma, continua a metterci di fronte ad una sorta di "inadeguatezza strutturale" dell'intervento giurisdizionale; detto in altri termini, il profilo prestazionale di questo diritto difficilmente riesce a eludere la questione del ruolo necessariamente limitato, parziale ed episodico che in questa partita può essere giocato dagli strumenti tipicamente giurisdizionali. Quanto appena osservato, peraltro, non deve essere inteso nel senso che l'intervento del giudice non sia stato e non rimanga importante, e in qualche caso determinante: si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza più risalente sull'accesso degli indigenti alle cure gratuite o a quella che ha fatto leva sul nucleo essenziale del diritto per il riconoscimento della sua titolarità anche ai non cittadini; oppure si consideri la giurisprudenza sull'assistenza c.d. indiretta per l'accesso alle cure oltre frontiera e, più in generale, la funzione talvolta di supplenza, talaltra di stimolo, svolta dalle giurisdizioni.

Ma c'è un confine oltre il quale l'effettività del diritto alla salute non può accontentarsi dei rimedi giurisdizionali, se l'effettività viene pensata nei termini cui ho in precedenza fatto cenno. Volendo schematizzare, insomma, rispetto ad una domanda di cura il giudice spesso non può arrivare (si pensi al parametro rappresentato dalla qualità della prestazione); se può arrivare, arriva tardi (magari garantendo al più il rimborso della spesa sostenuta per accedere ad un trattamento sanitario urgente e indifferibile o semplicemente non ancora compreso tra quelli erogabili dal Ssn); se pure arriva in tempo, il suo intervento da solo è insufficiente (perché la soddisfazione del bisogno di salute comunque richiede di trovare corrispondenza sulla sponda organizzativa); e talvolta, anche se il giudice sembra arrivare tempestivamente a difesa del diritto che parrebbe altrimenti destinato a soccombere nell'ineffettività, può anche accadere che il suo intervento non produca come effetto una reale salvaguardia della salute individuale ma (purtroppo) il suo contrario (si pensi ai casi nei quali vengono autorizzati trattamenti che ancora non possono dirsi appropriati e non nocivi, non avendo concluso o magari neanche iniziato il ciclo di sperimentazioni necessarie), o al più una mera speranza di cura.

È il caso di specificare che, nel riferirmi all'insufficienza della giurisdizione, intendo richiamare allo stesso tempo ipotesi che coinvolgono sia la Corte costituzionale che l'esercizio della funzione giurisdizionale "ordinaria" – scusandomi di non poter procedere in questa sede a una distinzione più analitica, che pure sarebbe utile – giacché nei casi giurisprudenziali di maggiore interesse

sono coinvolti ambedue i livelli, trattandosi per lo più di questioni che finiscono col pervenire all'esame della Corte costituzionale in via incidentale.

3. Diritto alla salute o speranza di cura? L'appropriatezza terapeutica tra evidenze scientifico-sperimentali, sperimentazioni cliniche ed erogazione di prestazioni a carico del Ssn

Muovendo proprio dall'ultimo profilo problematico accennato, e cioè quello che più direttamente incide sull'effettività del diritto alla salute dal punto di vista dell'appropriatezza degli interventi sul piano strettamente terapeutico, è quasi inevitabile che il pensiero vada alle situazioni critiche più recenti, emerse nel corso e a causa dell'emergenza pandemica. Se non nella comunità scientifica, quanto meno nell'opinione pubblica infatti non è ancora sopito il dibattito sulla congruità della durata della fase sperimentale relativa ai vaccini anti-Covid, elaborati in tempi relativamente brevi e utilizzati per contenere gli effetti di una patologia con caratteristiche sostanzialmente nuove e micidiali.

Ma è ben noto che la questione dell'appropriatezza terapeutica non nasce insieme alla drammatica esperienza degli ultimi due anni (che pure, per altri e diversi aspetti, ha mostrato brutalmente una serie di squarci di ineffettività del diritto alla salute); si potrebbe anzi dire che sia proprio tale questione a contraddistinguere alcune vicende salienti nelle quali, sul piano sia ordinamentale che della percezione collettiva, hanno avuto occasione di mostrarsi la "densità" del diritto costituzionale alla salute e il groviglio cui esso può dar luogo, non facilmente dipanabile neppure dalla giurisprudenza costituzionale.

Il riferimento è, in particolare, a un paio di episodi che hanno avuto grande risonanza nel dibattito pubblico e che sono tuttora ben presenti alla nostra memoria: il c.d. "caso Di Bella" (risalente alla fine degli anni Novanta del secolo scorso)[4] ed il successivo c.d. caso Stamina (che si è sviluppato nel corso del decennio appena trascorso). Le due vicende, pur differenziandosi per più profili, presentano alcuni rilevanti tratti comuni, a partire dalle dinamiche da cui

[4] Per una sintetica ricostruzione del "caso Di Bella" e della connessa giurisprudenza, anche costituzionale (Corte cost., sent. n. 185/1998), cfr. almeno E. Castorina, *Riflessioni sul* contenuto minimo *del diritto fondamentale alla salute: la sperimentazione «terapeutica» di farmaci ed il «rispetto della persona umana»*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2535 ss., C. Colapietro, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitrattamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1999, p. 160 ss., e D. de Pretis, *Valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale nel caso Di Bella*, in E. Bruti Liberati (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano, 2003, p. 45 ss.

scaturiscono e nelle quali l'impulso iniziale deriva proprio dall'intervento di autorità giurisdizionali, sull'onda di un'incalzante domanda di trattamenti sanitari ancora non validati scientificamente[5] (il c.d. "multitrattamento Di Bella", nel primo caso, consisteva in una "terapia" non convenzionale per affrontare malattie oncologiche non altrimenti curabili in quanto non rispondenti alle indicazioni d'uso dei farmaci autorizzati; nel secondo caso, il c.d. "protocollo Stamina" prevedeva, invece, l'utilizzo di cellule staminali per la cura di una serie di gravissime patologie) [6]. Ulteriore aspetto comune è l'analogo esito finale delle relative sperimentazioni ufficiali, che non hanno prodotto risultati scientificamente validi (sebbene il ricorso al "multitrattamento Di Bella" sia continuato negli anni successivi come "possibilità terapeutica" prescritta dai medici per la cura di malati oncologici in particolarissime situazioni, talvolta anche con il riconoscimento, in sede giurisdizionale, di un diritto al rimborso delle spese sostenute per accedervi)[7].

Per quanto qui più interessa, quel che accade in entrambi i casi è, in sostanza, che a fronte di una mera "speranza di cura" riferita a situazioni gravi e indifferibili, il giudice interviene massicciamente in via d'urgenza sull'intero territorio nazionale per acconsentire all'utilizzo della "terapia", o per fare entrare i pazienti nel protocollo sperimentale avviato da alcune strutture[8].

Ora, senza che sia necessario entrare nei dettagli e mettendo in disparte le differenze anche considerevoli che tra i due casi sussistono[9], è interessante notare

---

[5] A tale riguardo, criticamente, G. Gemma, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute*, in *Osservatorio AIC*, 2/2016.

[6] Sul "caso Stamina", anche in raffronto al "caso Di Bella", cfr. G. D'Amico, *Il volto compassionevole del diritto e la* dura scientia. *A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quad. cost.*, 2/2013, p. 420 ss., e G. Demuro, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, 4/2013; con riferimento anche a Corte cost., sent. n. 274/2014, G. Sereno, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2015, P. Veronesi, *Al crocevia del "Caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto,* 1/2015, p. 91 ss.; con riferimento al diverso ruolo dei giudici nel "caso Englaro", M. D'Amico, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum Quad. cost. Rassegna*, 5.11.2015.

[7] Su tale profilo, sebbene nell'ambito di una riflessione incentrata sul "caso Stamina", v. G. D'Amico, *Caso "Stamina": la lotta per la "salute"*, in *Forum Quad. cost. Rassegna*, 1.2.2015, che cita l'esempio del Tribunale di Foggia, sez. lav., sent. 27.12.2014.

[8] Una riflessione sulle criticità evidenziate dalla giurisdizione civile in relazione al "protocollo Stamina", e sugli ulteriori sviluppi che hanno poi coinvolto il CSM, v. D. Paris, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3/2016, p. 1321 ss.

[9] Su tali differenze v. C. Tomba, *Diritto di accesso alle cure sperimentali. I casi Di Bella e Stamina a confronto*, in C. Colapietro - M. Atripaldi - G. Fares - A. Iannuzzi (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità. Esperienze a confronto*, Napoli, 2018, p. 369 ss.,

in che modo il giudice costituzionale si è posto nei confronti della scelta successivamente compiuta dal legislatore in via d'urgenza al fine di accogliere e regolare l'orientamento emerso in sede di giurisdizione (avviando la sperimentazione, estendendone l'ampiezza, accollando costi al Ssn e così via). Tralasciando il contenuto della più risalente pronuncia sul "caso Di Bella" (sent. n. 185/1998), mi limito a ricordare sommariamente quanto la Corte ha evidenziato nella sua decisione sul "caso Stamina" (sent. n. 274/2014).

In questa occasione, da un lato la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato, senz'altro opportunamente, che «la promozione di una sperimentazione clinica per testare l'efficacia, ed escludere collaterali effetti nocivi, di un nuovo farmaco non consente, di regola, di porre anticipatamente a carico di strutture pubbliche la somministrazione del farmaco medesimo: e ciò per evidenti motivi di tutela della salute, oltre che per esigenze di corretta utilizzazione e destinazione dei fondi e delle risorse a disposizione del Servizio sanitario nazionale». Ma altrettanto significativo è che la Corte, dall'altro lato, abbia invece tollerato una «deroga al principio della doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci» per i pazienti già ammessi al "metodo Stamina" ai sensi della scelta legislativa (d.l. n. 24/2013). In particolare, dalla motivazione della sentenza estremamente sintetica sul punto emerge come la giustificazione di questa scelta risieda nelle «circostanze peculiari ed eccezionali che hanno indotto il legislatore a non interrompere il trattamento con cellule staminali nei confronti dei pazienti che di fatto l'avevano già avviato, o per i quali un giudice aveva, comunque, già ordinato alla struttura pubblica di avviarlo» (circostanze comunque non riferibili, secondo la Corte, ai diversi «altri pazienti che quel trattamento chiedano che sia loro somministrato»).

Alla luce di quello che poi è si è accertato rispetto al metodo Stamina (anche sul piano della responsabilità penale del suo oramai defunto autore) e alla sua totale inefficacia terapeutica rispetto alle patologie cui veniva applicato, credo possa agevolmente convenirsi su un dato: in queste circostanze, la "tempestiva" risposta dell'autorità giurisdizionale nell'accordare una "speranza di cura" al paziente non ha in realtà nulla a che vedere con l'effettività del diritto alla salute (e potrebbe semmai presentare l'elevato rischio di collocarsi in antitesi con quest'ultima).

---

nonché A. Carminati, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018, p. 121 ss., cui si rinvia anche per la ricostruzione dell'epilogo della "vicenda Stamina" in sede penale.

4. L'effettività dei "diritti" alla salute nell'emergenza pandemica, tra radicamento territoriale, assetto competenziale e cultura organizzativa

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha portato in primo piano un'ulteriore questione che a mio avviso è oggi determinante per ogni seria valutazione dell'effettività del diritto alla salute: quella attinente al profilo organizzativo, inteso quale momento di traduzione (o trasformazione) delle scelte normative (e dunque, in ultima analisi, delle "politiche" sanitarie) in presidi di erogazione delle prestazioni corrispondenti al bisogno di salute. La pandemia ha insomma amplificato una consapevolezza antica (ma spesso rimossa) e cioè l'essenzialità e la centralità del passaggio organizzativo per garantire l'effettività del diritto alla salute. Una centralità che può essere colta da un duplice punto di vista: il primo guarda al rapporto tra erogazione delle prestazioni sanitarie e territorio; il secondo (che qualificherei "*soft*") coinvolge la cultura organizzativa in sanità.

La straordinarietà della situazione pandemica e le conseguenti difficoltà nella erogazione dei servizi sanitari hanno infatti riproposto, in modo decisivo, il rilievo basilare dell'assistenza sul territorio e, quindi, la necessità di assicurare la prossimità delle prestazioni attraverso una rete capillare di strutture in grado di limitare l'ospedalizzazione del percorso curativo.

Da questo punto di vista, assumono un ruolo cruciale i modelli organizzativi adottati a livello regionale e, più in generale, le questioni che attengono al riparto delle competenze tra Stato e regioni in materia sanitaria e al grado di differenziazione compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla salute. Non è possibile soffermarsi adeguatamente in questa sede sulle debolezze e sulle imperfezioni dell'impalcatura regionalistica, né sul dibattito in corso che ne sollecita un ripensamento o almeno una seria sottoposizione a verifica a vent'anni dalla riforma del titolo V (anche in relazione alle ipotesi di c.d. regionalismo differenziato, *ex* art. 116, u.c., Cost.)[10]. Tuttavia deve almeno segnalarsi che l'assetto organizzativo e il correlato assetto competenziale hanno evidenziato molteplici criticità durante l'emergenza pandemica che si sono tradotte in altrettante ragioni di ineffettività del diritto alla salute. La fragilità dei modelli organizzativi della sanità (anche di quelli tradizionalmente considerati più virtuosi, come il modello lombardo) e la conseguente necessità di rimeditarli sulla

[10] Nell'ambito di una letteratura assai estesa, cfr. almeno F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, p. 333 ss., M. Cosulich, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, p. 79 ss., nonché L. Violini, *Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazione, differenziazione e la leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5/2020, p. 1009 ss.

base dei bisogni dei cittadini[11]; l'opacità del riparto di competenze in materia sanitaria e la debolezza delle procedure collaborative tra Stato e regioni in contesti emergenziali; l'esistenza di alcune porzioni del territorio nazionale in cui l'erogazione delle prestazioni sanitarie è del tutto inadeguata, sommandosi ad un quadro particolarmente debole nella garanzia dei diritti sociali[12]; l'emersione di rivendicazioni autonomistiche, perlopiù strumentali al fine di coltivare protagonismi politici sul piano regionale ... sono, questi, alcuni tra i fattori che hanno pesato negativamente, anche durante la pandemia da Covid-19, sull'organizzazione dei processi e delle attività finalizzate a soddisfare la domanda di salute, finendo con il condizionare (se non compromettere) l'effettività del connesso diritto costituzionale.

La molteplicità di modelli e soluzioni organizzative a livello regionale non rappresenta – vorrei sottolinearlo, per evitare fraintendimenti – una causa di ineffettività "automatica" del diritto alla salute: l'effettività, insomma, non postula affatto la centralizzazione. Anzi, il patrimonio di cultura organizzativa che può provenire dalla molteplicità di esperienze differenziate sul territorio costituisce un valore aggiunto, se ben utilizzato. Ma affinché questo potenziale virtuoso possa esprimersi, resta indispensabile evitare che le specifiche fragilità di alcuni territori vengano amplificate da opzioni organizzative che espongano a un rischio ancora più elevato l'eguaglianza di tutti nel godimento del diritto alla salute, andando ad accentuare il divario sostanziale tra servizi sanitari regionali nel soddisfacimento del diritto stesso.

Queste ultime considerazioni chiamano in causa quella che ho dianzi evocato come componente "*soft*" della questione organizzativa: la componente che inerisce ai processi di elaborazione e sedimentazione della cultura organizzativa in sanità. Su questo versante, la pandemia ha fornito una lente di ingrandimento in grado di rendere macroscopico un ritardo storico, strutturale, soprattutto in alcune aree del paese, che pesa enormemente sul bilancio di ineffettività del diritto alla salute: e non solo dal punto di vista finanziario. L'esperienza dei piani di rientro in sanità aveva già evidenziato come la gestione efficiente ed efficace delle risorse economiche non possa disgiungersi da una valorizzazione del momento organizzativo nell'erogazione delle prestazioni

[11] Sul modello lombardo in particolare v. C. Buzzacchi, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in *laCostituzione*.info, 2.3.2020.

[12] Per l'impatto dell'emergenza pandemica da Covid-19 sulla debolezza strutturale del Mezzogiorno d'Italia e sul divario Nord-Sud, nel quadro di una più ampia riflessione dedicata alle proposte di regionalismo differenziato *ex* art. 116, u.c. , Cost., v. S. Staiano, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, p. 485 ss.

sanitarie[13]. L'obiettivo di superare situazioni critiche di disavanzo sanitario a livello regionale ha richiesto infatti anche la condivisione di competenze, conoscenze ed esperienze organizzative tra i diversi enti regionali. Tra queste competenze un ruolo tutt'altro che secondario deve spettare, a mio avviso, anche a quella programmatoria, se si considera che la programmazione costituisce una delle chiavi più efficaci per affrontare proprio le emergenze in sanità.

La pandemia ha quindi "semplicemente" e drammaticamente riproposto in modalità potenziata il nodo della centralità del momento organizzativo per garantire l'effettività del diritto alla salute: e ciò tanto nella fase iniziale (quella dell'improvvisa necessità di fronteggiare un inedito problema sanitario in grado di degenerare in tempi brevissimi in una situazione fuori controllo), quanto nella fase successiva, come quella attuale, in cui il tema dell'effettività sembra declinarsi al plurale, come questione *dei diritti* alla salute: il diritto alla salute "rispetto alla pandemia" e il diritto alla salute "rispetto al resto del mondo" (cioè alle molteplici diverse patologie che richiedono di essere tempestivamente trattate). È fin troppo evidente, insomma, come l'emergenza sanitaria abbia rappresentato il punto in cui la scarsità di prestazioni ospedaliere, in termini di strutture e di dispositivi medici, si è scontrata con la sovrabbondante domanda di cura derivante da pazienti Covid, oltre che da pazienti affetti da altre, e altrettanto gravi, patologie. Una situazione che non è affatto enfatico definire tragica e che ha talvolta imposto al personale medico e alle strutture sanitarie di compiere scelte sulla priorità da garantire nell'accesso alle cure, rendendo eventuale il soddisfacimento del diritto alla salute nei casi "soccombenti", con grave pericolo anche per la stessa vita dei pazienti coinvolti[14].

Diritto alla salute degli uni *versus* diritto alla salute degli altri: su questo terreno continuerà a giocarsi la sfida per l'effettività del diritto alla salute anche

---

[13] Sullo stretto rapporto tra diritto alla salute ed esigenze di organizzazione e programmazione delle regioni, v. da ultimo A. Patanè, *I piani di rientro sanitari. Studio sul modello solidale di regionalismo in Italia*, Pisa, 2021, spec. p. 229 ss.

[14] A tale riguardo cfr. la presa di posizione della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva, adottata nel marzo del 2020 con il documento contenente «Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili», in cui si ammetteva la possibilità, nell'eventualità di un'assoluta insufficienza dei posti disponibili, di limitare l'accesso alle terapie intensive sulla base del criterio dell'età del paziente. Questa e altre analoghe indicazioni formulate per fronteggiare una situazione di eccezionale criticità per il SSN restituiscono con evidenza il livello di attualità e concretezza raggiunto dal rischio di essere costretti, in condizioni estreme, a scegliere tra pazienti da ammettere alle cure e pazienti da escludere. Sulla questione cfr. L. De Panfilis - S. Tanzi - M. Costantini, *Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del Covid-19*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. spec. 1/2020, p. 447 ss.

nei prossimi mesi. E in ordine a questo specifico obiettivo gli strumenti offerti dalla giurisdizione appaiono di modesta utilità: è primariamente sul decisore politico-normativo e sull'amministrazione che ricade l'onere e la responsabilità di fornire risposte all'altezza di quanto richiesto dall'art. 32 Cost.

5. Pluralità dei decisori politici, riserva di scienza e ruolo del medico

Concentrando l'attenzione proprio sull'aspetto della decisione politica, e anzitutto di quella legislativa, è opportuno aggiungere, sia pure in modo cursorio, qualche considerazione che fornisce un ulteriore tassello per la ricomposizione del puzzle – non semplice, come si è visto – dell'effettività del diritto alla salute.

Il rapporto tra le scelte legislative e il risultato della piena fruibilità del diritto alla salute è reso particolarmente complesso da due cause principali. Anzitutto, il diritto costituzionale alla salute incide – come già accennato (v. *supra*, § 4) – su ambiti materiali affidati alla competenza regionale oltre che a quella statale, pertanto la figura del legislatore non può che declinarsi al plurale. Che da ciò derivino i rischi (alternativi ma parimenti esiziali) di una caotica sovrapposizione oppure di una concorrenza di inerzie è innegabile, soprattutto se lo Stato si sottrae alla sua funzione unificante in materia di erogazione delle prestazioni. Eventualità, quest'ultima, che si è ad esempio verificata nella prima fase della campagna vaccinale anti-Covid, nel corso della quale l'individuazione delle priorità nell'accesso ai vaccini è stata rivendicata (o comunque assunta in fatto) dai legislatori regionali in assenza di scelte di principio provenienti dal centro, con conseguenze talvolta inaccettabili sul piano dell'eguaglianza nell'accesso alla prestazione. Il parametro della tempestività rispetto alle esigenze del paziente (che ho richiamato all'inizio) gioca ovviamente un ruolo anche quando il trattamento sanitario in considerazione è rappresentato da misure di profilassi, e anche in questo caso è ingenuo pensare che possa essere il giudice a risolvere congruamente simili discrasie che ridondano in ineffettività del diritto.

Ma vi è anche una seconda causa di "complicazione", consistente nel fatto che in ambito sanitario la discrezionalità dei decisori politici è a sua volta limitata e perimetrata dalle evidenze scientifico-sperimentali, nel senso che la scelta legislativa deve risultare coerente con i risultati della ricerca; in sostanza, il dato derivante dagli studi della scienza applicata può ergersi a parametro valutativo delle stesse deliberazioni normative.

Il tema è di amplissima portata e non è possibile affrontarlo in questa sede[15]. Mi limito soltanto a precisare che riconoscere il rilievo che in questa materia assumono le evidenze scientifico-sperimentali non equivale comunque ad affermare che in ambito sanitario la discrezionalità del legislatore sia tenuta ad "adagiarsi" completamente sulle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica, o da una parte di essa, recependone integralmente le acquisizioni, reali o presunte. La scienza medica, infatti, non può essere considerata composta da un insieme di dati definitivi e sottratti alla possibilità di un apprezzamento "esterno" o *in itinere*; sicché, soprattutto negli spazi in cui la sua "oggettività" assuma connotazioni più precarie, il rimettere al legislatore la scelta non solo è possibile, ma anche richiesto[16].

La Corte costituzionale ha in più occasioni affrontato questa problematica, a partire dalla sent. n. 282/2002. In tale decisione si afferma la necessità che il legislatore regionale (anzi, tutti i legislatori, anche quello statale, come notarono prontamente i primi commentatori della pronuncia)[17] assuma le eventuali decisioni che coinvolgono l'appropriatezza terapeutica attenendosi ai risultati della ricerca, alle evidenze scientifico sperimentali: in altre parole, la Corte eleva a canone privilegiato quello della discrezionalità "limitata", o comunque fondata sui dati che provengono dalla scienza applicata. Un orientamento analogo può trarsi anche dalla giurisprudenza costituzionale più recente in tema di vaccinazioni obbligatorie, nella quale si osserva come la discrezionalità del legislatore nell'imposizione legislativa di trattamenti sanitari a carattere vaccinale

[15] Sul rapporto tra scienza, discrezionalità legislativa e diritto alla salute, v. almeno L. Busatta, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, spec. p. 83 ss., A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. p. 157 ss., D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, 2019, spec. p. 59 ss., G. Fontana, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019, passim. Sul rapporto tra decisore politico e risultanze tecniche in termini procedimentali, anche con riferimenti alle vaccinazioni obbligatorie per fronteggiare la pandemia da Covid-19, v. A. Mangia, Si caelum digito tetigeris. *Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021, p. 432 ss.

[16] In tal senso già R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, 2005, p. 8.

[17] Mi riferisco in particolare alle note di commento a Corte cost., sent. n. 282/2002, di R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1445 ss., e di L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, ivi, p. 1450 ss.; sulla pronuncia, se si vuole, anche D. Morana, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2034 ss.

debba essere «esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...], e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica»[18].

A quanto appena rilevato si aggiunga che la "riserva di scienza" che governa l'ambito sanitario non si esaurisce nel rapporto con i legislatori. Al contrario, proprio l'effettività del diritto alla salute coinvolto dalla decisione normativa rivendica, per così dire, uno spazio ulteriore di "autoregolazione" all'interno dell'alleanza terapeutica medico-paziente. In altre parole, quando entra in gioco la scelta sull'appropriatezza delle cure rispetto alla specifica patologia del paziente, l'effettività postula altre "forme" di regolazione: non solo "oltre" le Corti, ma perfino "oltre" il legislatore.

È sempre nella citata sent. n. 282/2002, in particolare, che è contenuta l'esortazione rivolta al legislatore a intervenire il meno possibile su questioni che attengono all'appropriatezza terapeutica, poiché quest'ultima risulta affidata anzitutto all'apprezzamento del medico che, nell'ambito della relazione di cura, deve sapientemente dosare le risultanze scientifico sperimentali (risultanze «di norma internazionali», afferma la Corte, ad evitare qualunque incentivo a una ricerca frammentata dalla logica del campanile...) per applicarle alla specificità della patologia e del paziente. Insomma, per quanto attiene specificamente al profilo della "efficacia della cura", «non è, *di norma*, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»; un ruolo di primo piano spetta invece al medico, il quale, nella sua autonomia e responsabilità e «sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» e sulle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione». Tutto ciò evidenzia come il ruolo del medico, del professionista sanitario, come decisore tecnico garante dell'effettività del diritto alla salute sul versante dell'appropriatezza terapeutica, non possa trovare altrove supplenti o sostituti validi.

[18] Così Corte cost., sent. n. 5/2018, sulla quale cfr. A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *ConsultaOnLine*, 1/2018, p. 87 ss. Un orientamento analogo è stato seguito in alcune pronunce della Corte costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita: v. in particolare Corte cost., sent. n. 151/2009.

6. L'effettività del diritto alla salute tra libertà e poteri giuridici: note conclusive sul seguito del "caso Cappato" e sull'attuazione delle Dat

Deve considerarsi, infine, che il tema dell'effettività del diritto alla salute può declinarsi anche in relazione a questioni che non riguardano il profilo specificamente sociale o prestazionale del diritto stesso, bensì quello concernente la libertà di cura e le connesse, aggiuntive facoltà in termini di "poteri giuridici" esercitabili in ordine alla propria salute. Di tali questioni, due appaiono particolarmente significative per il loro carattere allo stesso tempo esemplare e attuale.

La prima riguarda l'effettività del diritto alla salute nella parte finale della vita (quanto meno per i profili in cui il diritto alla salute risulti coinvolto nell'ambito del c.d. suicidio assistito), alla luce della giurisprudenza costituzionale sul "caso Cappato" (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)[19] e in assenza del legislatore – o meglio in presenza di un rifiuto ostinato del legislatore di dare seguito a tali pronunce. In proposito i fatti dimostrano che la decisione del giudice costituzionale e l'impulso da esso inviato al legislatore non sono ancora sufficienti a garantire l'effettività del diritto a un fine-vita dignitoso alla persona che sia «tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (sent. 242/2019). L'inerzia del legislatore, infatti, si sta traducendo in una sostanziale vanificazione dell'approdo giurisprudenziale: le strutture del Ssn che dovrebbero operativamente procedere risultano ancora prive di una chiara disciplina di riferimento e pertanto temporeggiano, ritardando il loro intervento. Del resto, la mancanza di una specifica normativa che regoli il procedimento non può che rendere incerta e difficoltosa l'applicazione del dispositivo della sent. n. 242/2019, i Comitati etici non vengono conseguentemente attivati, le richieste dei pazienti rimangono a lungo prive di riscontro.

Il c.d. "caso Mario", oggetto dell'attenzione dei media nelle ultime settimane, rappresenta purtroppo la dimostrazione delle conseguenze di questo stallo: un paziente, che si trova nelle condizioni individuate dalla giurisprudenza costituzionale come sufficienti per esercitare il diritto di essere medicalmente

[19] Sul seguito delle pronunce della Corte costituzionale relative al "caso Cappato" e sul dibattito costituzionalistico in tema di fine vita, cfr. A. Apostoli, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLawJournal – Rivista di BioDiritto*, 1/2021, p. 239 ss., M.E. Bucalo, *Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore*, ivi, 3/2021, p. 281 ss., e F. Zammartino, *Annotazioni sul trattamento di fine vita tra incertezze legislative e giurisdizionalizzazione dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 335 ss.

assistito nel suo proposito di suicidio, dopo aver avanzato una richiesta in questo senso nell'agosto 2020, non ha ottenuto alcuna risposta fino a quando per decisione del Tribunale di Ancona, nel giugno del 2021, è stato ingiunto all'azienda sanitaria della Regione Marche di provvedere ad una serie di verifiche preliminari al fine di giungere a una valutazione della richiesta[20].

D'altra parte, che il "suicidio assistito" presenti delle interrelazioni con il diritto alla salute, pur trattandosi di fattispecie diverse e non sovrapponibili[21], può ricavarsi da alcuni elementi che la stessa sent. n. 242/2019 individua analiticamente: il collegamento tra la scelta in ordine ai trattamenti di sostegno vitale della persona affetta da una patologia irreversibile (quindi il rifiuto del trattamento sanitario necessario alla sopravvivenza) e la scelta che conduce al suicidio assistito[22]; la specificazione inerente alle modalità di esecuzione dell'assistenza al suicidio, che devono coinvolgere strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale[23]; la necessità di un parere del comitato etico territorialmente competente e dunque di un organismo attivo nell'ambito delle procedure relative all'avvio e al monitoraggio di protocolli sperimentali[24].

---

[20] Sulla pronuncia del Tribunale di Ancona v. ora le osservazioni di E. Falletti, *L'accertamento dei presupposti del suicidio assistito di fronte ai giudici di merito*, in *Giurisprudenza italiana*, gennaio 2022, p. 68 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[21] Sulla non sovrapponibilità delle due fattispecie, sia consentito rinviare a D. Morana, *L'ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in *Diritto e società*, 2018, p. 503 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[22] È la stessa Corte a sottolineare, nella sent. n. 242/2019, come l'incostituzionalità disposta dalla pronuncia attenga «in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, co. 5» della l. n. 219/2017 sul consenso informato e cioè in base ad una disposizione che «prefigura una "procedura medicalizzata" estensibile alle situazioni» di aiuto al suicidio.

[23] Nella sent. n. 242/2019 si afferma infatti che la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve essere affidata – in attesa dell'intervento del legislatore – «a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale», alle quali «spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione» in modo che queste ultime siano tali «da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze».

[24] È sempre la Corte a specificare che «la delicatezza del valore in gioco richiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»: compito che, in attesa dell'intervento del legislatore, viene affidato ai comitati etici territorialmente competenti. Tali comitati, prosegue la Corte, «quali organismi di consultazione e di riferimento per i problemi di natura etica che possano presentarsi nella pratica sanitaria – sono, infatti, investiti di funzioni consultive intese a garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona in confronto alle sperimentazioni cliniche di medicinali o, amplius, all'uso di questi ultimi e dei dispositivi medici

La seconda vicenda che pure assume contorni esemplari (in negativo) coinvolge, invece, l'effettività del diritto alla salute come diritto di scegliere i trattamenti sanitari ai quali essere o non essere sottoposti per il periodo in cui non si sarà più in grado di esprimere una volontà consapevole al riguardo. In proposito non si può rimproverare al legislatore una inattività, dal momento che è presente nel sistema un atto normativo (la legge n. 219/2017) con il quale sono state introdotte norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (Dat)[25]; questa volta l'anello debole è invece rappresentato proprio da un *deficit* di organizzazione attuativa (lungo il versante che può indicarsi come agire amministrativo in senso ampio). In sostanza, nel caso della disciplina sul c.d. testamento biologico della l. n. 219/2017 (che a sua volta si configura come una risposta a precedenti sollecitazioni provenienti dai giudici chiamati ad un ruolo di reiterata "supplenza")[26], la volontà legislativa sembra abbandonata ad un incerto destino dipendente dalla "sorte" amministrativa, che mostra il non commendevole panorama di un'attuazione estemporanea, a macchia di leopardo o comunque parziale.

[...]: funzioni che involgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche».

[25] L'art. 4, co. 1, della l. n. 219/2017 prevede che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari».

Sulle Dat, nell'ambito di un'estesa bibliografia, v. almeno: U. Adamo, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018; B. Liberali, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Diritti comparati*, 3/2017, p. 267 ss. nonché Id., *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum Quad. cost. Rassegna*, 25 giugno 2018; S. Penasa, *Disposizioni anticipate di trattamento*, in M. Rodolfi-C. Casonato-S. Penasa, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, p. 25 ss.; F. G. Pizzetti, *Il diritto alla pianificazione anticipata delle cure: fondamenti costituzionali e attuazione nella legge n. 219/2017*, in E. Calò (a cura di), *Consenso informato e disposizioni anticipate*, Napoli, 2019, p. 203 ss.; G. Razzano, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019.

[26] Sulla gestazione della l. n. 219/2017, nell'ambito di una riflessione più generale su amministrazione di sostegno, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento, v. B. Vimercati, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014, spec. p. 237 ss. e p. 275 ss.

Per la verità, alcuni passi in avanti nel percorso di attuazione delle Dat sono stati compiuti, in particolare con l'istituzione di una banca dati nazionale[27], oggetto di un successivo regolamento del Ministro della salute in cui si specificano le modalità attraverso le quali alimentarla[28]. Le amministrazioni comunali, dal canto loro, hanno spesso fornito ai cittadini, attraverso i siti istituzionali, le informazioni sulle procedure da seguire per il deposito delle stesse disposizioni anticipate. Tuttavia molto rimane ancora da fare: non solo sul versante delle strutture regionali (che dovrebbero concorrere ad alimentare sensibilmente la banca dati) ma più in generale sulla diffusione capillare di informazioni e sulla sensibilizzazione dei cittadini. Ad esempio, un aspetto di rilievo che, a mio avviso, meriterebbe dal punto di vista attuativo una più attenta considerazione è quello relativo alla difficoltà oggettiva di redazione della Dat, in assenza di indicazioni puntuali e di agevole comprensione sul possibile contenuto delle stesse. Si palesa in particolare l'opportunità di rendere operante una "figura di affiancamento" che assista il cittadino nella espressione di una volontà che inevitabilmente interferisce con una "porzione" del suo diritto alla salute. Resta da definire in quale soggetto possa essere al meglio individuata tale figura. Il medico di medicina generale, a prima vista, sembrerebbe possedere requisiti consoni allo svolgimento di tale ruolo, in quanto operatore sanitario strutturalmente e funzionalmente in dialogo con il paziente. Vero è, d'altra parte, che in considerazione della delicatezza della decisione in tal modo assunta dal paziente, bisognerebbe approntare idonee garanzie per evitare ogni forma di condizionamento eteronomo della volontà del disponente. Ulteriore piano su cui è urgente l'adozione di misure attuative è, poi, quello riguardante il momento dell'interpretazione delle Dat, soprattutto nei casi dubbi o oscuri o in assenza di un fiduciario: anche nell'assolvimento di questa rilevantissima attività l'apporto del medico di medicina generale in rapporto con il paziente potrebbe essere prudentemente valorizzato.

---

[27] La banca dati prevista dall'art. 4, co. 7, della l. n. 219/2017 è stata formalmente istituita dall'art. 1, co. 418, della l. n. 205/2017.

[28] Cfr. il DM 10 dicembre 2019, n. 168 (regolamento concernente la banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento) in cui si individuano quali «soggetti alimentanti» della banca dati: gli ufficiali di stato civile dei comuni di residenza dei disponenti, o loro delegati, nonché gli ufficiali di stato civile delle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane all'estero; i notai e i capi degli uffici consolari italiani all'estero, nell'esercizio delle funzioni notarili; i responsabili delle unità organizzative competenti, nelle Regioni che abbiano adottato modalità di gestione della cartella clinica o del fascicolo sanitario elettronico o altre modalità di gestione informatica dei dati degli iscritti al SSN, e che abbiano, con proprio atto, regolamentato la raccolta di copia delle DAT ai sensi dell'art. 4, co. 7, della l. n. 219/2017.

Ad ogni modo, quel che risulta chiaro è che, anche in questo caso, l'assenza di adempimenti attuativi che rendano ampiamente e concretamente fruibile la disciplina sul testamento biologico (assicurando effettività, per questa parte, al sotteso diritto alla salute), non sembra possa essere adeguatamente sopperita attraverso rimedi di natura giurisdizionale.

***

ABSTRACT: The paper deals with the effectiveness of the right to health "beyond the Courts." Firstly, it has to be investigated the causes of the ineffectiveness of the right to health and the structural limits of the jurisdictional response. Secondly, it has to be anaysed the perspective of the right to health as a "hope of cure", questioning the therapeutic appropriateness between scientific-experimental evidence, clinical trials and provision of services. Then the analysis will deal with the effectiveness of the right to health in the pandemic emergency and finally, will focus on the plurality of political decision-makers and the role of the doctors, in order to reflect on the effectiveness of the right to health between freedom and legal powers.

KEYWORDS: right to health – pandemic emergency – politics – medicine

***

Donatella Morana – Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (morana@uniroma2.it).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Costituzionalismo e tutela dei diritti nella famiglia giuridica di common law*

Francesca Rosa

SOMMARIO: 1. Premessa: Regno Unito v. Stati Uniti. – 2. Le costituzioni codificate. – 3. Le costituzioni non codificate. – 4. Il riconoscimento e la tutela dei diritti individuali. – 5. Conclusioni.

1. Premessa: Regno Unito v. Stati Uniti

In questo saggio intendo esaminare come il costituzionalismo è stato declinato nella famiglia giuridica di *common law*, al fine di evidenziare i caratteri specifici che ha assunto in relazione alla nozione di costituzione, al riconoscimento e alla tutela dei diritti individuali e al controllo del giudice sull'operato del Legislatore. L'obiettivo è quello di mettere in evidenza la specificità, a tratti l'estraneità, di questa esperienza rispetto al resto della tradizione giuridica occidentale; lo sguardo sarà dunque quello dell'osservatore continentale. I Paesi presi in considerazione ai fini dell'analisi, sono il Regno Unito, gli Stati Uniti, il Canada, l'Australia e la Nuova Zelanda. Si tratta di ordinamenti che hanno un legame storico con il Regno Unito, dal quale si sono affrancati seguendo percorsi differenti, che hanno condizionato le scelte di politica costituzionale compiute prima e dopo l'indipendenza dalla madrepatria originaria.

L'esame prende le mosse dalla constatazione dell'esistenza di una divaricazione tra le esperienze costituzionali britannica e statunitense. La prima fondata sulla non necessarietà della codificazione costituzionale e sulla centralità del principio della supremazia del Parlamento, che esclude il controllo giurisdizionale sull'operato del Legislatore; la seconda basata sulla scrittura della costituzione e sulla sua superiorità gerarchica rispetto alla legge del Parlamento, che fonda la *judicial review of legislation*. Le esperienze degli altri Paesi esaminati si collocano, per ciascuno dei profili analizzati, in prossimità o a distanza rispetto

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

a questi due poli, mostrando sia una sorprendente continuità fra i due modelli, sia l'inesistenza di una forma tipica del testo costituzionale.

In Canada la costituzione è formata dal *Canada Act 1982* – che include la Carta dei diritti e delle libertà e la disciplina della revisione costituzionale –, dalle fonti elencate nell'allegato – fra le quali è presente il *British North America Act 1867* (oggi *Constitution Act 1867*) che disciplina l'organizzazione orizzontale e verticale del potere – e dalle successive modifiche di quelli[1]. Solo dalla *patriation*[2] del 1982 la costituzione è collocata al vertice della gerarchia delle fonti, con ciò che ne consegue sul controllo (diffuso) di costituzionalità delle leggi da parte dell'autorità giudiziaria. La costituzione australiana è il frutto di un processo di formazione che ha visto largamente coinvolti le istituzioni e gli abitanti delle colonie e che è culminato con l'approvazione da parte del Parlamento britannico del *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*, che disciplina l'assetto di governo federale e ripartisce i poteri tra Federazione ed entità federate senza toccare la materia dei diritti individuali. Nel corso del primo trentennio del secolo scorso la costituzione è stata nazionalizzata per via giurisprudenziale[3] e sempre l'autorità giudiziaria ha accolto il legato statunitense della *judicial review of legislation*, imponendo il rispetto della Carta ai Legislatori federale e statali[4]. La piena emancipazione dal Regno Unito è maturata con l'approvazione dell'*Australia Act 1986*, che posto fine ad ogni potere legislativo di Westminster sul territorio australiano. La Nuova Zelanda, infine, si muove nel solco del Regno Unito con una costituzione non codificata nella quale convergono la legge del parlamento, il *common law* e le convenzioni costituzionali. Due leggi ordinarie – il *Constitution Act 1986* che disciplina l'organizzazione dei poteri[5] e il *New*

[1] Così prevede l'art. 52(2) del *Constitution Act 1982*.

[2] Un termine che ricorre nella storia delle istituzioni dei Paesi che sono stati colonizzati per identificare il processo tramite il quale una costituzione nata dalla volontà di un ordinamento straniero è stata ricondotta alla sovranità dello Stato.

[3] Cfr. le decisioni in cui la costituzione da *federal compact* diviene un «political compact of the whole people of Australia» (*Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* [1920]), che ha creato «a new body politic which enjoyed capacities superior to that of a mere aggregation of the federating colonies» (*Pape v Commissioner of Taxation* [2009]).

[4] Che la costituzione prevede espressamente solo in relazione alla legislazione delle entità federate rispetto alla legge federale, cfr. art. 109 della costituzione, ai sensi del quale «When a Law of a State is inconsistent with a law of the Commonwealth, the latter shall prevail, and the former shall, to the extent of the inconsistency, be invalid».

[5] Approvata nella prospettiva della *patriation* costituzionale con l'obiettivo di abrogare e sostituire il *New Zealand Constitution Act 1852* del Parlamento di Londra. L'organizzazione dei poteri è solo sommariamente regolata, tanto che la disciplina normativa è ancora ampiamente integrata dalle regole convenzionali, sulle quali v. *infra* il par. 3.

Zealand Bill of Rights che introduce un catalogo dei diritti individuali[6] – sono d'ausilio nella ricostruzione dei fondamenti dell'ordinamento statuale pur avendo un mero valore ricognitivo e non costituzionale[7].

2. Le costituzioni codificate

Le costituzioni codificate, che nelle forme sono prossime all'esperienza continentale, presentano una peculiarità relativa all'organizzazione del testo. L'integrazione tra separazione dei poteri e tutela dei diritti in un'unica fonte si è data nella costituzione statunitense e in quella canadese, anche se in entrambi i casi le disposizioni sull'organizzazione dei poteri precedono quelle sulla tutela dei diritti. Un'inversione di contenuti che si radica in una dissociazione testuale e temporale tra le due parti del testo costituzionale. Negli Stati Uniti il *Bill of Rights* entra in vigore nel 1791, quattro anni dopo l'approvazione della Carta, che è dedicata alla separazione orizzontale e verticale del potere, con un intento specifico interno alla logica federale e al conflitto che si è consumato nella Convenzione tra federalisti e anti-federalisti: limitare il potere delle autorità federali e tutelare le prerogative statali. In Canada, il *British North America Act* del 1867 istituisce la federazione, organizza il Governo federale e ripartisce i poteri tra Federazione e Province. I diritti individuali saranno codificati con legge solo nel 1960[8] ed entreranno nel testo della costituzione nel 1982, più di un secolo dopo. La lunga assenza di un *Bill of Rights* perdura ancora oggi nella Carta australiana – pure largamente ispirata a quella statunitense – ed è stata spiegata con un tratto tipico della famiglia in esame, dove la tutela delle libertà individuali è principalmente consegnata all'interazione tra giudice e Legislatore, tra *common law* e legge[9]. Tale constatazione fonda la conclusione che nella regione esaminata la costituzione scritta nasca negli intenti originari per limitare il potere politico organizzandolo, con la conseguenza che il riconoscimento dei diritti segue una storia diversa, che in alcuni casi si associa (nel testo) a quella della separazione dei poteri, in altri no.

---

[6] Sul quale v. *infra* par. 4.

[7] V. *infra* par. 3. il dibattito sulle leggi di natura costituzionale che si è sviluppato nell'ordinamento britannico.

[8] Il *Canadian Bill of Rights* del 1960.

[9] C. Saunders, *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*, Oxford Portland, 2011, p. 259 ss. D'altro canto, non solo la costituzione contempla previsioni puntuali inerenti alla tutela dei diritti individuali (v. sect. 80, 116 e 117), ma la disciplina costituzionale di talune materie ha implicato la tutela dei diritti ad esse collegati (ad esempio, il diritto di voto e i diritti processuali)

A conferma di ciò si può ricordare, sebbene in un'ottica parzialmente diversa, il dibattito interno alla Convenzione statunitense sull'opportunità (o meno) di inserire un catalogo dei diritti nel testo della carta. Lo stesso *Federalist* evidenzia sia che un catalogo dei diritti è poco utile in uno Stato che coniuga a tutti i livelli di governo il principio della rappresentanza popolare e quello della separazione dei poteri, sia che la costituzione contiene già una serie di previsioni che si occupano della tutela individuale dei diritti, si pensi alla sospensione dell'*habeas corpus* in caso di ribellione o agli effetti limitati delle sentenze pronunciate dal Senato in caso di *impeachment*s[10]. Anche la ricostruzione che McIlwain fa della rivoluzione americana come di una rivoluzione costituzionale è coerente con questa conclusione nel momento in cui individua nella carta uno strumento volto a garantire l'autonomia legislativa delle colonie nei confronti della madrepatria: il tema della rappresentanza era dominante su quello della tutela dei diritti e ricorreva l'idea che, in presenza di un organo legislativo rappresentativo delle istanze delle colonie – a differenza del Parlamento di Westminster – i diritti individuali sarebbero stati tutelati[11].

La codificazione della costituzione è connessa con il passato coloniale dei Paesi esaminati, sia in termini di recisione di un legame, come nel caso degli Stati Uniti nel 1787 – e prima ancora delle costituzioni delle tredici colonie originarie – e del Canada nel 1982, sia in termini di fondazione dell'ordine organizzativo dei *dominons*, come è accaduto in Canada nel 1867 e in Australia nel 1900. Peraltro, il fatto che le costituzioni approvate nella seconda metà del XIX secolo dal Parlamento di Westminster vigano ancora oggi in Canada e in Australia costituisce sia uno straordinario elemento di continuità con la composita natura delle costituzioni non codificate[12], sia un riflesso del saldo rapporto con la tradizione che connota queste esperienze, sia un segno di quanto diversi siano stati i percorsi verso l'indipendenza compiuti dagli Stati Uniti, da un lato, e dal Canada e dall'Australia, dall'altro: il primo fondato su una rivoluzione, il secondo avvenuto all'insegna del pacifico, graduale e pragmatico affrancamento da un Paese con il quale si conservano plurimi legami[13].

---

[10] V. gli argomenti di Alexander Hamilton nel saggio n. 84 del *Federalist* (A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il federalista*, Bologna, 1998)

[11] C.H. McIlwain, *La rivoluzione americana. Una interpretazione costituzionale*, Bologna, 1965.

[12] V. *infra* par. 4.

[13] Indicativo in tal senso che il Capo dello Stato di Canada e Australia sia ancora il Sovrano regnante nel Regno Unito, scelta che peraltro ha ripercussioni sul ruolo delle convenzioni costituzionali nella dinamica della forma di governo, v. *infra* par. successivo.

La codificazione porta con sé la superiorità gerarchica della costituzione nel sistema delle fonti, espressamente sancita dalle carte esaminate[14], la previsione di una procedura speciale per la loro modifica[15] e il controllo dell'autorità giudiziaria sull'operato del Legislatore[16]. Della *judicial review of legislation* devono essere evidenziati due aspetti. Da un lato, la mancata previsione costituzionale e la sua affermazione giurisprudenziale, che la rendono uno sviluppo ascrivibile alla "natura delle cose" in ordinamenti in cui il giudice è chiamato a controllare la legittimità dell'azione dei pubblici poteri, fondata sulla considerazione che la costituzione è un atto normativo superiore rispetto alle leggi ordinarie e che in caso di contrasto tra legge e costituzione il giudice – ogni giudice – è tenuto a disapplicare la legge a vantaggio della costituzione. Dall'altro, la distanza con l'esperienza europeo-continentale quanto all'impianto teorico e concettuale che fonda la posizione della costituzione rispetto alle altre fonti del diritto, che non è supportata da nulla che sia comparabile alla teoria dell'ordinamento giuridico di Kelsen e alla necessaria istituzione di un giudice speciale per il Legislatore. In altri termini, si tratta di un'articolazione della *judicial review*, che l'autorità giudiziaria

[14] V. artt. VI della costituzione statunitense («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»), 5 del *Commonwealth of Australia Constitution Act* («This Act, and all laws made by the Parliament of the Commonwealth under the Constitution, shall be binding on the courts, judges, and people of every State and of every part of the Commonwealth, notwithstanding anything in the laws of any State») e 52 del *Constitution Act* canadese («(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect»). Si tratta di disposizioni che, ad eccezione di quella canadese, sono intrise del principio federale e pertanto affermano la *supremacy* delle fonti federali su quelle delle entità federate.

[15] Notoriamente poste a garanzia della rigidità costituzionale, per assicurare la tenuta delle carte al trascorrere del tempo e alle esigenze di adattamento imposte dai cambiamenti sociali, economici e politici, v. A. Pace *Presentazione* di Bryce, *Costituzioni rigide e flessibili*, Milano, 1998. V. artt. V della costituzione statunitense e 128 della australiana, insieme con la parte V della costituzione canadese. Negli Stati Uniti sono previste due procedure alternative sia a livello federale sia a livello statale, in Australia è contemplata un'unica procedura che prevede il coinvolgimento del corpo elettorale, mentre in Canada – dove la disciplina della revisione costituzionale è stata introdotta nel 1982 – sono previste cinque differenti procedimenti da applicarsi in base alla parte del testo che si intende modificare. Le tre procedure sono innervate dal principio federale, nella misura in cui subordinano la modifica della costituzione alla volontà delle entità federate, mentre solo quella australiana contempla il referendum popolare.

[16] Espressamente "riconosciuto" dalla sola costituzione canadese al già citato art. 52 (1).

pone in essere in relazione all'operato di tutti i pubblici poteri, non dogmaticamente finalizzata a garantire la superiorità gerarchica della fonte costituzionale rispetto alle altre fonti del diritto, bensì pragmaticamente indirizzata a tutelare l'effettività delle norme costituzionali[17]. Sul piano della prassi, infine, deve essere notato che in una prospettiva squisitamente imperiale la legislazione dei *dominion* era già soggetta a un controllo avente a parametro il diritto britannico e che, con la sola eccezione del Regno Unito, in questa famiglia giuridica un controllo sull'operato del Legislatore è sempre stato esercitato.

3. Le costituzioni non codificate

Il versante delle costituzioni non codificate pone un problema di identificazione della costituzione. In questa direzione mi sembra utile fare riferimento alla recente definizione della costituzione britannica che ha formulato la Corte Suprema del Regno Unito: «Anche se il Regno Unito non ha un unico documento denominato "Costituzione", possiede comunque una Costituzione, stabilita nel corso della storia dal *common law*, dalle leggi, dalle convenzioni e dalla prassi. Non essendo stata codificata, essa si è sviluppata in modo pragmatico e resta sufficientemente flessibile da essere capace di futuri sviluppi. Inoltre [essa] include numerosi principi del diritto, che sono applicabili dai tribunali allo stesso modo di altri principi giuridici. Nel dare loro applicazione, i tribunali hanno la responsabilità di [sostenere, difendere] i valori e i principi della nostra costituzione e di renderli effettivi. È loro particolare responsabilità determinare i limiti giuridici dei poteri conferiti a ciascun ramo del Governo e decidere se un qualsiasi esercizio di potere ha oltrepassato tali limiti»[18].

Si tratta di un passaggio in cui emergono il carattere composito della costituzione e il ruolo esercitato dal giudice per garantirne il rispetto con riferimento all'esercizio dei pubblici poteri. La costituzione è parzialmente scritta, ma non codificata in un unico documento, in essa convergono norme giuridiche – di natura giurisprudenziale e legislativa –, regole politiche (le convenzioni costituzionali) e principi giuridici[19]. Elementi che si sono andati integrando nel corso dei secoli, a conferma del fatto che la costituzione è il frutto della tradizione, non a caso solo alcuni dei suoi elementi costituivi (segnatamente gli atti legislativi e i precedenti giudiziari) possono essere precisamente datati, e

[17] Così. G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2021, 80-85.

[18] R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017].

[19]

di un processo di formazione che è costantemente in atto. Una breve analisi di questi elementi contribuisce a chiarire lo spettro della costituzione nella famiglia giuridica di *common law*[20].

Il *common law* è sia il tessuto normativo di ciascuna delle esperienze esaminate, sia il collante fra esse. Il nesso tra *common law* e costituzione è stato da tempo messo in luce in dottrina, possiamo per tutti ricordare le parole di Van Caenegem, secondo il quale l'Inghilterra è diventata un'isola nel mare del diritto romano, perché il *common law* è una parte essenziale della sua costituzione politica, un elemento della sua coscienza nazionale e il fondamento del suo ordine sociale[21]. Il rilievo del *common law* è tale che la legislazione – fonte gerarchicamente superiore – lo presuppone quale architrave normativa dell'ordinamento[22], mentre nell'ambito della dottrina britannica, all'interno del *legal constitutionalism*, si è sviluppata una corrente di pensiero – identificata con il nome di *common law constitutionalism* – secondo la quale la costituzione sarebbe rintracciabile nel *common law* dal quale sono ricavabili norme che organizzano e limitano l'esercizio dei pubblici poteri – si pensi per tutti ai principi della separazione dei poteri e del *rule of law* – e riconoscono e tutelano i diritti individuali (*common law rights*)[23]. Il *common law*, infine, rileva anche perché introduce nella dimensione costituzionale una fonte di natura sapienziale-razionale, qual è quella giurisprudenziale, che si integra con quella legislativa di matrice politica.

La componente legislativa della costituzione rinvia al principio della supremazia del Parlamento quale caposaldo dell'ordinamento costituzionale[24], all'esistenza di leggi materialmente costituzionali[25] e al riconoscimento da parte

[20] E' questa l'occasione per ricordare che nel Regno Unito il dibattito sulla codificazione della costituzione è ciclico ed è stato riattivato da Brexit, v. V. Bogdanor, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, London, 2019, pp. 257-278 e A. Torre, *"Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE on line*, 2020, pp. 3095-3099.

[21] R.C. Van Caenegem, *The Birth of English Common Law*, Cambridge, 1988.

[22] Sul rapporto tra *common law* e legislazione v. G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2000.

[23] T.R.S. Allan, *Law, Liberty, and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, 1994 e *Constitutional Justice.A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, 2001.

[24] Pure soggetto a tensioni di ordine teorico, giuridico e politico, in proposito v. A. Bradley, *The Sovereignty of Parliament*, in J. Jowell D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, pp. 23 ss.

[25] Fra le quali rientrano quelle in materia di tutela dei diritti e di organizzazione dei poteri. Nel Regno Unito la *Magna Carta* del 1215, il *Petition of Rights* del 1628, il *Bill of Rights* del 1689

della giurisprudenza britannica (di questa categoria ad oggi non si discute in Nuova Zelanda) di leggi di natura costituzionale (c.d. *constitutional statutes*). Secondo Lord Justice Laws uno *statute* è costituzionale quando è idoneo a condizionare il rapporto tra Stato e cittadini in modo significativo o ad ampliare o ridurre l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali[26]. Dal punto di vista formale, i *constitutional statutes* sono approvati seguendo il procedimento legislativo ordinario, essi tuttavia sfuggirebbero alla regola dell'abrogazione implicita – corollario del principio della supremazia del Parlamento – rendendo necessaria per la loro modifica o abrogazione un'esplicita manifestazione di volontà del Legislatore successivo. Tale evoluzione mostra l'esigenza di differenziare il regime delle leggi dal contenuto costituzionale dal resto del *corpus* legislativo, al contempo, visto che una parte della dottrina ha identificato diversi criteri di riconoscimento delle leggi di natura costituzionale, che non è univoco quali leggi sarebbero ascrivibili a tale categoria, e che essa non è stata ulteriormente approfondita in sede giurisprudenziale, potrebbe sembrare che la conclusione raggiunta sia funzionale a escludere l'abrogazione implicita per le leggi dal contenuto costituzionale[27].

L'ultimo tassello delle costituzioni non codificate è costituito dalle convenzioni costituzionali: regole di natura politica che integrano il sistema normativo vigente nella disciplina della condotta dei titolari degli organi di vertice dello Stato-apparato e i loro reciproci rapporti. Le convenzioni costituiscono operano prevalentemente nell'area della forma di governo, disciplinando il rapporto tra Parlamento, Governo e Monarca, in particolare l'esercizio da parte del Governo di poteri formalmente attribuiti al Sovrano, e così facendo costituiscono l'intelaiatura della costituzione politica (*political constitution*)[28]. Tradizionalmente, sulla scorta del pensiero di Dicey, la maggior parte della dottrina ritiene che i giudici possano riconoscere l'esistenza delle regole convenzionali (non giuridiche) e utilizzarle come ausilio interpretativo senza

e lo *Human Rights Act* del 1998, l'*Act of Settlement 1707* e il *Constitutional Reform Act 2005*, i *Parliament Act* del 1911 e del 1949, gli *Act of Union* del 1707 e del 1800, gli atti devolutivi del 1997; in Nuova Zelanda già citati *Constitution Act 1986* e *New Zealand Bill of Rights 1990*.

[26] Thoburn v Sunderland City Council [2002], ove è qualificato costituzionale lo *European Communities Act 1972*.

[27] Così G. Romeo, op. cit., 94-97.

[28] Utilizza per primo questa espressione J.A.G. Griffith, *The Political Constitution*, *The Modern Law Review*, 1979, pp. 11 ss.

poterne sanzionare la violazione[29]. Questo punto di vista, che in un ordinamento come quello britannico sottrae al controllo giurisdizionale un'ampia fetta dei poteri esercitati dai soggetti sovrani, è stato messo in discussione da chi ritiene che riconoscere una convenzione significhi necessariamente accogliere e fare proprio il principio che la fonda e, di conseguenza, applicarla[30]. Nell'ottica della giustiziabilità delle convenzioni si muove anche chi ritiene che se la violazione delle convenzioni costituzionali non può essere invocata di fronte all'autorità giudiziaria è perché si riconosce al valore descrittivo di tali regole un peso superiore rispetto a quello normativo. Rovesciando questo punto di vista, non vi sarebbe motivo per escludere il sindacato giurisdizionale delle condotte poste in essere in ottemperanza alle regole convenzionali sulla base dei principi costituzionali ad esse sottesi che ne costituiscono la *ratio*[31].

Le convenzioni costituzionali contribuiscono a regolare l'organizzazione dei poteri nei Paesi ascrivibili al modello dell'*ancient constitution* di tipo consuetudinario, Regno Unito e Nuova Zelanda, ma anche in Canada e in Australia, dove le scarne previsioni costituzionali sull'organizzazione del governo

---

[29] A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. italiana dell'ottava edizione del 1915 a cura di A. Torre, Bologna, 2003, 20-26.

[30] T.R.S. Allan, *Law, Liberty, and Justice*, cit., 237 ss. L'Autore ritiene che l'esclusione delle convenzioni dalla sfera giuridica è riconducibile a una datata e ortodossa teoria costituzionale che, portata alle sue estreme conseguenze, negherebbe la possibilità di un genuino studio del diritto costituzionale e che, nei fatti, è stata implacabilmente messa in discussione dall'affermazione della *judicial review*.

[31] Cfr. M. Elliott, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, in *Legal Studies*, 2002, 340 ss. Questo, peraltro, è quanto sembra essere accaduto nella sentenza *Cherry Miller 2* [*R (on the application of Miller (Appellant) v The Prime Minister (Respondent)* e *Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* UKSC 41 (2019)], ove la Corte Suprema del Regno Unito, chiamata a tracciare i confini di un potere di prerogativa regia (la *prorogation prerogative*), ha individuato in relazione ad esso due consistenti limiti nei principi costituzionali della sovranità del Parlamento e del Governo responsabile. Chiamando in causa tali principi la Corte ha affermato che il potere in esame – sebbene largo – non possa considerarsi illimitato, perché se lo fosse impedirebbe l'esercizio delle funzioni costituzionali del Parlamento, minando i fondamenti della democrazia rappresentativa e del *responsible Government*. Secondo Elliott nella pronuncia in esame la Corte Suprema avrebbe "elevato" al rango di principio costituzionale la *ratio* della convenzione del Governo responsabile. V. *The Supreme Court's judgment in Cherry/Miller(No 2): A new approach to constitutional adjudication?* in publiclawforeveryone.com/ (24 settembre 2019).

risalgono all'epoca imperiale[32] e delineano una situazione in cui difetta il rapporto fiduciario tra potere esecutivo e legislativo ed è invece centrale la figura del Governatore generale, rappresentante della Corona sul territorio. Con la conseguenza che oggi il parlamentarismo di tali ordinamenti è il frutto dell'intreccio tra previsioni costituzionali e regole convenzionali, che nel tempo ha delineato la derivazione parlamentare del Governo, il rapporto tra i Ministri e il Governatore generale, i criteri per la scelta del Governatore Generale e per l'esercizio dei poteri che a questi sono attribuiti[33].

Considerata la struttura delle costituzioni non codificate, il loro cambiamento costituzionale (*constitutional change*) rinvia all'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, alle scelte compiute dal Legislatore ordinario a quelle degli attori politici come soggetti in grado di autoregolarsi modificando il contenuto delle regole convenzionali[34]. La distanza con le costituzione codificate è larga in relazione alle revisioni formali del testo, e alle procedure aggravate che queste ultime richiedono per essere approvate, ma si assottiglia se spostiamo l'attenzione sul versante delle trasformazioni della costituzione o del mutamento costituzionale, che agiscono a prescindere dalla modifica della lettera costituzionale per mano della interpretazione della costituzione ad opera delle Corti Supreme e degli attori politici[35].

---

[32] Si tratta del *British North America Act 1867* per il Canada e del *Commonwealth of Australia Constitution del 1900* per l'Australia.

[33] Sul ruolo delle convenzioni costituzionali nell'ordinamento canadese v. A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions. The Marriage of Law and Politics*, Toronto, 1991 e, più di recente e sullo specifico tema del rapporto tra convenzioni costituzionali e *rule of law*, *Constitutional Conventions and Written Constitutions: The Rule of Law Implications in Canada*, in *University of Dublin Review*, 2015, pp. 337 ss. Il fenomeno convenzionale è presente anche negli Stati Uniti, dove però non riveste il ruolo che ricopre nel Regno Unito e negli altri Paesi dell'area *Commonwealth* ed è saltuariamente indagato dalla dottrina, che ad esso si riferisce con i termini di *custom* e *practice*, v. A. Vermeule, *Conventions in Court*, in *University of Dublin Review*, 2015, pp. 283 ss.

[34] A partire dagli anni novanta del secolo scorso, nel Regno Unito, il cambiamento della costituzione si è intrecciato con il ricorso al referendum popolare, che è stato massicciamente utilizzato in relazione all'adozione di riforme attinenti alla separazione verticale e orizzontale del potere, tanto da far ipotizzare la nascita di una convenzione costituzionale a riguardo. Resta da verificare cosa sarà di questo istituto dopo il referendum Brexit del giugno 2016. V. C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, pp. 761 ss.

[35] Negli Stati Uniti la difficoltà di approvare emendamenti formali della costituzione ha indirizzato gli attori politici sulla strada delle trasformazioni costituzionali, così B. Ackerman, *Transformative Appointments*, in *Harvard Law Review*, 1988, 1164 ss. e *We The People Transformations*, Cambridge (MA), 1998. Il tema dei cambiamenti costituzionali è affrontato in

4. Il riconoscimento e la tutela dei diritti individuali

Il tema del riconoscimento e della tutela dei diritti individuali deve essere trattato alla luce di tre elementi di contesto che definiscono il quadro storico-costituzionale nel quale si collocano gli ordinamenti esaminati. Da una parte, il passaggio dallo Stato liberale a quello sociale si è consumato all'insegna della continuità costituzionale. Nessuna delle esperienze esaminate ha vissuto una regressione autoritaria conseguente alla crisi dello Stato liberale e ciò ha implicato l'esclusione di tali Paesi dal processo di costituzionalizzazione che ha interessato larga parte dell'Europa continentale nella seconda metà del Novecento all'indomani della seconda guerra mondiale e dal dibattito che ne è seguito in ordine all'ampliamento dei contenuti della costituzione, con particolare riferimento all'arricchimento del catalogo dei diritti individuali e agli strumenti giurisdizionali di garanzia delle Carte costituzionali[36]. Dall'altro, tutti i Paesi esaminati, con l'eccezione degli Stati Uniti, sono stati coinvolti dal processo di internazionalizzazione dei diritti che si è sviluppato all'indomani della seconda guerra mondiale, con la conseguenza che la tutela delle libertà individuali a livello statale è stata condizionata dal diritto internazionale dei diritti umani. Infine, come già anticipato, tradizionalmente nella cultura giuridica di *common law* la tutela delle libertà si fonda sull'intreccio tra *common law* e legge, un connubio che, nel corso del Novecento, in assenza di una codificazione costituzionale dei diritti, è divenuto progressivamente deficitario per almeno tre ragioni. In primo luogo, poiché la nascita e l'espansione del *welfare state* hanno ampliato l'intervento dello Stato nella vita dei cittadini, moltiplicando le occasioni di frizione e le conseguenti esigenze di tutela giurisdizionale dei singoli nei confronti dell'azione dei pubblici poteri. In secondo luogo, perché la tutela, necessariamente casistica, offerta dal *common law*, si è trovata a "giocare" un

---

prospettiva comparata nel volume curato da D. Oliver e C. Fusaro, *How Constitutiuons change. A comparative study*, Oxford-Portland, 2011.

[36] S. R. Larsen individua nell'Unione europea tre diversi costituzionalismi: evolutivo, postfascista e postcomunista (*Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *The Modern Law Review*, 2021, pp. 477 ss.). Il costituzionalismo evolutivo - che abbraccia Regno Unito, Svezia e Danimarca - è fondato su una concezione politica della costituzione, che nella forma può essere non codificata o codificata in testi brevi e risalenti nel tempo, in entrambi i casi c'è un ampio spazio per lo sviluppo di prassi e *customs*, in grado di limitare il potere politico. L'autorità giudiziaria è deferente nei confronti del Parlamento e l'introduzione del controllo di legittimità delle leggi è guardata con scetticismo.

confronto impari con le numerose scelte legislative compiute dal Parlamento e valide *erga omnes*. Infine, perché la garanzia legislativa dei diritti è mutevole nella misura in cui riflette i cambiamenti di orientamento delle maggioranze politiche che si succedono al governo.

I limiti appena illustrati, unitamente alla pressione del processo di internazionalizzazione dei diritti, hanno aperto il dibattito sull'opportunità di codificare il *Bill of Rights* al fine di rafforzare la tutela delle libertà individuali, una scelta che tuttavia entra in conflitto con il principio della supremazia del Parlamento, che di questi ordinamenti costituisce il (o uno dei) caposaldo(i) costituzionale(i), perché apre la strada al sindacato del giudice sull'operato del Legislatore. Anche in materia di garanzia delle libertà individuali emerge la divaricazione con la quale abbiamo aperto questo intervento, che vede contrapporsi l'*informal Bill of Rights* frutto della sinergia tra giudice e Legislatore e il *Bill of Rights* inserito al livello costituzionale del sistema delle fonti. Sulla base di queste premesse possiamo inquadrare le tre opzioni presenti nei Paesi esaminati. La prima, fedele alla tradizione, attualmente vige solo in Australia, mentre la seconda è stata adottata da Stati Uniti e Canada, che pure presentano cataloghi molto diversi per datazione e struttura. Infine, vi sono i *Bill of Rights* di rango legislativo approvati nel Regno Unito e in Nuova Zelanda, che rappresentano una terza via rispetto alle prime due soluzioni[37] e la cui adozione è stata influenzata, rispettivamente, dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e dal Patto internazionale dei diritti civili e politici[38].

Prima di esaminare l'architettura e le implicazioni dei *Legislative Bill of Rights*, è bene rilevare che, ancora una volta, fatta eccezione per gli Stati Uniti che hanno sostituito la supremazia del parlamento con la supremazia della costituzione, gli altri Paesi esaminati, nel momento in cui hanno avviato la codificazione della costituzione o dei diritti individuali, sono dovuti scendere a un compromesso con il principio della supremazia del Parlamento. In Canada l'inserimento al livello costituzionale delle fonti della Carta dei diritti e delle libertà è stato associato all'*override power* di Federazione e Province, cioè alla possibilità per il Legislatore (federale e provinciale) di approvare leggi dall'efficacia temporale limitata in contrasto con le norme costituzionali sui

[37] Così la definisce S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, 2013.

[38] Ai sensi della sect. 1 dello *Human Rights Act 1998* i diritti incorporati al diritto britannico sono quelli di cui agli artt. 2-12 e 14 della CEDU, 1-3 del primo protocollo e 1 del tredicesimo protocollo. Nel preambolo del *New Zealand Bill of Right* si legge «An Act To affirm, protect and promote human rights and fundamental freedoms in New Zealand; and To affirm New Zealand's commitment to the International Covenant on Civil and Political Rights».

diritti[39]. Mentre in Australia, dove pure è forte l'influenza del costituzionalismo statunitense, è stata scientemente approvata una costituzione priva di un *Bill of Rights*.

Regno Unito e Nuova Zelanda, che pure non hanno una costituzione codificata, hanno invece replicato la scelta che aveva fatto il Canada nel 1960 approvando con legge ordinaria il *New Zealand Bill of Rights Act 1990*[40] e lo *Human Rights Act 1998*. Il compromesso raggiunto con il principio della supremazia del Parlamento consta nella espressa previsione di un obbligo di interpretazione delle leggi conforme ai diritti riconosciuti[41] e nella esclusione della possibilità per il giudice di dichiarare invalida o di disapplicare la legge del Parlamento, unitamente alla previsione di due strumenti di controllo sull'operato del Legislatore. Il primo, preventivo e astratto, è di natura politica e si inserisce nell'ambito del procedimento legislativo, quando Governo e Parlamento devono farsi carico di esaminare la compatibilità del disegno di legge con il *Bill of Rights* (*political rights review*)[42]. Il secondo, successivo e concreto, è di natura giurisdizionale e opera nel momento in cui la legge è applicata al caso della vita; in questa sede i giudici sono chiamati a controllarne la compatibilità con il catalogo dei diritti e – eventualmente – a segnalare a Parlamento e Governo l'esistenza di un'antinomia attraverso una declaratoria di incompatibilità che, pur non producendo alcun effetto sull'efficacia e sulla validità della legge, ha la funzione di attivare il circuito politico per il superamento della illegittimità acclarata dall'autorità giudiziaria (*weak judicial review of legislation*)[43].

---

[39] Così l'art. 33 della Carta dei diritti e delle libertà «1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)».

[40] In tema di diritti si rammenta anche lo *Human Rights Act 1994* che mantiene e regola l'attività della *Human Rights Commission* e interviene in materia antidiscriminatoria.

[41] V. sect. 3 dello *Human Rights Act 1998* e 6 del *New Zealand Bill of Rights Act 1990*.

[42] V. sect. 19 dello *Human Rights Act 1998* e 7 del *New Zealand Bill of Rights Act 1990*.

[43] mentre in Nuova Zelanda la possibilità per i giudici di pronunciare una declaratoria di incompatibilità è stata affermata in via giurisprudenziale, in merito v. Attorney General v. Taylor [2015]. Attualmente è all'esame del Parlamento una proposta di legge che intende introdurre tale possibilità per legge [*Bill of Rights (Declaration of Inconsistency) Amendment Bill 2020 230-1*)].

Come hanno funzionato i controlli sul Legislatore introdotti nell'ambito di questa terza via? Premessa la necessaria prudenza nella formulazione di valutazioni di sintesi riguardanti ordinamenti differenti, ove le soluzioni in esame hanno diversamente operato, sembra che la *political rights review* abbia dato una buona prova di sé nel Regno Unito, mentre in Nuova Zelanda non pare maturata la consapevolezza del rilievo di uno scrutinio politico volto a valorizzare il circuito democratico nella tutela dei diritti[44]. La *weak judicial review of legislation*, per contro, ha avuto esiti controversi: da un parte, l'introduzione di un catalogo legislativo dei diritti ha irrobustito lo *human rights discourse* delle corti, dall'altra, le dichiarazioni di incompatibilità sono poche, ma hanno tendenzialmente avuto un seguito in sede politica. L'esiguo numero delle incompatibilità riscontrate potrebbe far presumere che l'impatto dei *Bill of Rights* sia stato trascurabile, tuttavia le ragioni di questa esiguità possono essere molteplici: il Legislatore può essersi adeguato ai vincoli derivanti dal riconoscimento dei diritti individuali, oppure i giudici possono essere rimasti deferenti *as usual* nei confronti del Legislatore. In aggiunta va precisato che le analisi sull'influenza dei cataloghi legislativi dei diritti nei singoli settori dell'ordinamento mostrano come il cuore del cambiamento stia non tanto nella possibile declaratoria di incompatibilità, che costituisce un'eccezione, quanto nell'obbligo di interpretazione conforme della legge ai diritti riconosciuti, con la conseguenza che solo il confronto tra la giurisprudenza precedente e successiva all'entrata in vigore dei *Bill of Rights* consente di valutarne gli effetti[45]. Questa considerazione rinvia, ancora una volta, alla relazione esistente tra *common law* e legge, e alla necessità di guardare a quel rapporto per comprendere gli effetti dei cataloghi legislativi dei diritti.

5. Conclusioni

Nella famiglia giuridica di *common law* la costituzione non ha una forma tipica, potendo essere codificata, parzialmente codificata[46] o non codificata. Quando codificata differisce dalle carte del costituzionalismo continentale per i

[44] Cfr. S. Gardbaum, *op. cit.*, pp. 222 ss., precisiamo che l'Autore esamina, oltre al Regno Unito e alla Nuova Zelanda, anche il Canada e l'Australia (quest'ultima a livello statale).

[45] In questo senso v. almeno le conclusioni del volume D. Hoffman (ed), *The Impact of the UK Humans Rights Act in Private Law*, Cambridge, 2011, peraltro in relazione al Regno Unito l'impatto è da valutare anche in relazione alla tutela convenzionale garantita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

[46] Così con riferimento all'esperienza australiana che lascia al testo la sola disciplina della separazione orizzontale e verticale del potere, così C. Saunders, *op. cit.*, p. 40.

diversi itinerari attraverso i quali giunge alla scrittura delle regole relative all'organizzazione dei poteri e del catalogo dei diritti, contenuti che non sempre convergono contemporaneamente nel medesimo testo. Le costituzioni codificate si pongono al vertice della gerarchia delle fonti e il controllo giurisdizionale sull'operato del legislatore è la conseguenza del combinato disposto fra la supremazia della costituzione rispetto alla legge ordinaria e il controllo giudiziario sull'azione dei pubblici poteri, ivi compreso il Parlamento. Coerentemente con questa impostazione, la *judicial review of legislation* è esercitata dal giudice comune e non da un giudice speciale per il Legislatore. Nei Paesi in cui la costituzione non è codificata i fondamenti dell'organizzazione dei poteri e della tutela delle libertà individuali sono variamente disciplinati dalla legge ordinaria, dal *common law* e dalle convenzioni costituzionali. In tutti e tre i casi è possibile rintracciare un punto di contatto con gli ordinamenti in cui vige una costituzione codificata. Per quanto concerne la legislazione materialmente costituzionale la connessione è data dalla dimensione della scrittura, dalla presenza di un diritto posto, a prescindere dalla sua collocazione nel sistema delle fonti. Il *common law*, quale ossatura del sistema normativo, resta per tutti i Paesi considerati fonte di principi e regole della materia costituzionale. Le convenzioni costituzionali, invece, rilevano nella disciplina dell'organizzazione dei poteri anche nei Paesi in cui vige una costituzione codificata, sollevando il problema della ammissibilità e (in caso positivo) della portata del controllo giurisdizionale sul rispetto di tali regole. Per quanto concerne la tutela dei diritti individuali, infine, emergono tre opzioni: la codificazione costituzionale del catalogo dei diritti, l'*informal Bill of Rights* ovvero l'approvazione di un catalogo dei diritti al livello primario delle fonti. Nei tre casi i *Bill of Rights* attualmente vigenti riconoscono i diritti civili e politici, mai i diritti sociali, ulteriore profilo di distanza rispetto all'espansione del catalogo dei diritti nel resto della tradizione giuridica occidentale. La codificazione legislativa dei diritti, infine, ha determinato la nascita di un controllo di costituzionalità "debole" (*weak*) sulla legge del Parlamento, che impone ai giudici di interpretare, per quanto possibile, la legge conformemente alle norme che riconoscono le libertà individuali e, ove ciò non sia possibile, di segnalare l'esistenza di un'incompatibilità, che non pregiudica né l'applicazione né la validità della legge in questione e chiama gli attori politici a farsi carico della compatibilità con i diritti delle proposte di legge all'esame del Parlamento. Ora, tornando alla contrapposizione con la quale abbiamo aperto questa riflessione, tra le esperienze esaminate emerge una fitta circolazione di modelli, che traccia una linea di continuità tra i poli britannico e statunitense, segnata da esperienze che mutuano da essi elementi diversi combinandoli fra loro.

In conclusione di questo intervento vorrei tornare sulla bella relazione del professor Pino[47], per collocare la nascita del costituzionalismo politico nella famiglia giuridica di *common law*, in particolare nel Regno Unito, in un contesto culturale e giuridico in cui: (a) la codificazione costituzionale non si è data, tanto da essere considerata non necessaria; (b) l'organizzazione dei poteri è in larga parte disciplinata da regole non giuridiche la cui violazione non può essere sindacata dall'autorità giudiziaria[48]; (c) grande rilievo è attribuito contemporaneamente al principio della supremazia del Parlamento e al *judge made law*, soprattutto nella tutela dei diritti individuali. La dottrina del *political constitutionalism* nasce in aperta contrapposizione al *legal constitutionalism*[49], muovendo da una nozione politica di costituzione (*political constitution*), essenzialmente identificata con il processo politico e con il rapporto fra i poteri che da quel processo consegue. Una nozione radicata nella storia costituzionale britannica e nei Paesi che dal Regno Unito hanno mutuato il sistema giuridico e il governo parlamentare, che è difficile traslare in contesti in cui si sono affermati la codificazione e la disciplina costituzionale dell'organizzazione dei poteri.

Viceversa, sono due i temi che il costituzionalismo politico solleva e che rilevano anche al di fuori della famiglia giuridica di *common law*: il primo è quello della relazione tra potere legislativo e giudiziario, collegata alla progressiva giuridificazione della costituzione, idonea di per sé a restringere lo spazio di manovra del Parlamento e ad allargare l'area di intervento dell'autorità giudiziaria, un tema che in ultima analisi attiene all'equilibrio dei poteri. Il secondo è la valorizzazione della dimensione politica del costituzionalismo[50], a partire dal riconoscimento della intrinseca politicità delle questioni che i pubblici poteri sono chiamati a decidere negli ordinamenti democratici, delle differenti (in natura) risposte che gli attori politici e l'autorità giudiziaria possono dare a quelle questioni e della insostituibilità della prime con le seconde. Si tratta di problemi dibattuti anche negli Stati Uniti, in un contesto giuridico e culturale affine a quello britannico, che ha tuttavia maturato scelte di politica costituzionale antitetiche,

---

[47] G. Pino, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in questa *Rivista*.

[48] Ferme restando le evoluzioni di cui si è detto *supra* al par. 3.

[49] Che prende il nome a partire dal citato saggio di Griffith ed è stata poi arricchita delle elaborazioni di Adam Tomkins (del quale v. *In Defense of the Political Constitution*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, pp. 157 ss. e *Our Repubblican Constitution*, Portland, 2005) e Richard Bellamy (*Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2009).

[50] V. M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 733 ss.

ma dove da tempo è stata evidenziata e problematizzata la politicità delle decisioni assunte della Corte Suprema insieme con la necessità di contenerne i poteri interpretativi[51], dove gli stessi giudici si pongono il limite della *political question doctrine*, per indicare che c'è un confine oltre il quale è preferibile non andare perché è campo. In termini costruttivi il costituzionalismo politico mette in luce come del processo politico il costituzionalismo non possa fare a meno e si chiede come esso possa essere rafforzato.

***

ABSTRACT: This essay examines the features of constitutionalism in common law jurisdictions. Specifically, the notion of: the constitution, the recognition and protection of human rights, and the judicial review of legislation. The starting point is the differences between the British and US constitutional experiences: the former based on an uncodified constitution and the parliamentary sovereignty, excluding judicial review of legislation; the latter based on a written constitution and its supremacy, which is the basis of the judicial review of legislation. The experiences of Canada, Australia and New Zealand are referenced by way of illustration, demonstrating their proximity from these poles. These examples demonstrate a surprising continuity between the two poles and that no typical form of the constitution exist in the common law legal system. The conclusion contextualises the doctrine of political constitutionalism within common law jurisdictions.

KEYWORDS: constitutionalism – common law – constitution – fundamental rights – judicial review

***

Francesca Rosa – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Foggia (francesca.rosa@unifg.it)

[51] In merito v. G. Romeo, op. cit., 60-67.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti "oltre le corti"*

Stefano Civitarese Matteucci **

SOMMARIO: 1. L'indivisibilità dei diritti dinanzi alle amministrazioni pubbliche. - 2. I discorsi sui diritti fondamentali. - 3. L'organizzazione amministrativa per la garanzia dei diritti. - 4. Separazione tra istituzioni di governo e di garanzia in sede amministrativa. - 5. Meglio "dividere" i diritti sociali dagli altri diritti dopo tutto?

1. L'indivisibilità dei diritti dinanzi alle amministrazioni pubbliche

Occuparsi di effettività dei diritti fondamentali prima dell'intervento dei giudici, o a prescindere da esso, chiama in causa naturalmente il ruolo delle amministrazioni pubbliche. Se l'amministrazione consiste nella "cura puntuale e differenziata degli innumerevoli concreti interessi che può essere assicurata soltanto dal continuum di decisioni discrezionali, politicamente e tecnicamente, prese nel quotidiano amministrare..."[1] buona parte di questa azione dipende da fattori organizzativi. Si tende a pensare ai principi di imparzialità ed efficienza come riferiti, rispettivamente, alla correttezza ed economicità dell'azione amministrativa per perseguire l'interesse pubblico, ma si può invece considerare che essi servano ancora prima a presidiare i diritti fondamentali che la costituzione riconosce alle persone. Se ci si mette in questa prospettiva, in evidenza resta quasi esclusivamente la dimensione organizzativa delle istituzioni pubbliche.

---

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

** Desidero ringraziare Alessandra Pioggia per i commenti e gli spunti e la lettura di una prima versione del presente scritto.

[1] D. Sorace, in *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2, 2016, p. 615.

Il punto è forse più immediatamente visibile per i diritti a prestazioni,[2] ma riguarda anche i diritti di libertà. L'effettività di questi ultimi dipende dalla presenza di istituzioni pubbliche ben organizzate nel campo della sicurezza pubblica, della giustizia, dell'informazione, e così via. È divenuto quasi un luogo comune osservare che, sebbene tali diritti rimandino a obblighi di non interferenza, non ne segue che essi non siano egualmente costosi, proprio perché richiedono mezzi e apparati[3]. In altre parole, è frutto di una scelta politica se investire di più in forze di polizia e sistemi di videosorveglianza o in consultori e scuole materne.

Nella pratica e letteratura sui diritti umani si parla di indivisibilità dei diritti. L'espressione è contenuta nella Dichiarazione e Programma d'azione di Vienna adottata il 25 giugno 1993 dalla Conferenza mondiale sui diritti umani. La formula, notissima, è quella secondo cui i diritti umani sono universali, indivisibili e interdipendenti[4]. Essa, però, non è contenuta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. La bozza iniziale del "Patto sui diritti umani" - presentata alla Commissione sui diritti umani dal Regno Unito nel 1949 - era in gran parte limitata ai diritti civili e politici, che molti stati consideravano più facilmente giustificabili e più stabili, nel senso sia di essere meno controversi sia più chiari sugli obblighi che implicavano. Furono molti tra gli stati "postcoloniali" a ritenere l'esclusione dei diritti sociali in contrasto con l'unità fondamentale della Dichiarazione Universale. In particolare, un delegato argentino all'interno del Terzo Comitato dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite osservò che le Nazioni Unite non dovrebbero tentare di "dividere l'indivisibile"[5]. Da qui nacque la narrazione dell'indivisibilità dei diritti. Quando, dopo sedici anni, si giunge alla stipulazione dei Patti, tuttavia, l'indivisibile fu diviso e come noto fu creato uno strumento per i diritti civili e politici e un altro per quelli economico-sociali[6].

---

[2] Cfr. V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Torino 2008, 175-186, con riferimento all'accezione in chiave organizzativa dei livelli essenziali delle prestazioni; A. Pioggia, *Diritti umani e amministrazione della salute*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2011, 40; N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, Milano 2017, passim, con riferimento alla dimensione costituzionale del diritto alla salute e al diritto all'adeguatezza dell'organizzazione dei servizi.

[3] S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London 1999, tr. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna 2000.

[4] https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx

[5] D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, Philadelphia 2010, p. 60.

[6] In letteratura si osserva che la separazione fu una conseguenza della Guerra Fredda. L'Occidente, in particolare gli Stati Uniti, trovava ingiustificabile l'idea di diritti economici e sociali obbligatori per gli Stati. La creazione di un regime separato consentì agli Stati Uniti di continuare a esercitare un ruolo egemonico nello sviluppo dei diritti umani internazionali, relegando i diritti sociali in un trattato privo di reale mordente. Allo stesso tempo, l'Unione

La stessa divisione si ritrova, del resto, nell'ambito del Consiglio d'Europa, ove la Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali si riferisce ai tipici diritti civili e politici e la Carta sociale europea, assai meno operativa della Convenzione, ai diritti sociali[7].

Secondo una parte della letteratura, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea i criteri di distinzione tra diritti ivi contemplati sarebbero fondati sulla volontà di distanziarsi dalle classificazioni per generazioni per affermare l'indivisibilità e l'universalità di tutti i diritti fondamentali, distinti nella Carta solo per «categorie di valore» (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia)[8]. Come è stato notato, però, le disposizioni della Carta in materia di diritti dei lavoratori e di sicurezza sociale adottano una tecnica normativa di rinvio alla legislazione e prassi dell'Unione e degli stati nazionali rinunciando a definire standard di tutela, diversamente da quanto accade per i diritti di libertà[9].

In un certo senso, quindi, la narrazione sulla indivisibilità dei diritti è il frutto di un approccio critico che mira a ricondurre a unità ciò che nei documenti internazionali sui diritti continua a essere diviso.

La Costituzione italiana, e il dibattito dottrinale, non fanno riferimento al linguaggio della indivisibilità dei diritti. La ragione risiede nel fatto che l'uguaglianza sostanziale e i diritti sociali, o se si preferisce il superamento della contrapposizione tra libertà negative e positive, sono posti alla base dell'edificio costituzionale[10] e del compromesso ante Guerra Fredda tra forze politiche e sociali di diversa ispirazione[11]. Questo non impedì che inizialmente una sorta di "divisionismo" riemergesse in via interpretativa tra norme precettive e norme solo

---

Sovietica, che rifiutava la "retorica" dei diritti civili e politici, veniva marginalizzata rispetto alla politica di avanzamento mondiale dei diritti umani (D. J. Whelan, op. cit., p. 208).

[7] Cfr. I.E. Koch, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demand under the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009.

[8] E. Paciotti, *La Carta: i contenuti e gli autori* in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, a cura di, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, p. 17 ss.; A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, ivi, p. 37 ss.

[9] G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo»*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 2002, p. 9 ss.

[10] M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

[11] R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli 2005, I, p. 345 ss., il quale osserva come «la rigidità della Costituzione è la più visibile … delle soluzioni che connotano la nostra attuale esperienza. Mentre il suffragio censitario risolveva il problema escludendo dalla rappresentanza i portatori di istanze di riconoscimento dei diritti "altri" rispetto a quelli del "cittadino-proprietario", la costituzione rigida incorpora il conflitto nella sua struttura pluralista, affermando la pari dignità di uno e dell'altro catalogo dei diritti».

programmatiche, come quelle relative ai "programmi" di assistenza e sicurezza sociale. Se è vero che questa distinzione fu ben presto superata dalla dottrina e dalla Corte costituzionale, è, però, altrettanto vero che dottrine come quella dei diritti sociali finanziariamente condizionati sono state elaborate "solo" con riferimento ai diritti sociali. Una concezione dei diritti fondamentali ispirata alla loro indivisibilità che volesse considerare il condizionamento finanziario dovrebbe semmai «qualificare tutti i diritti come risorse giuridicamente scarse»[12].

Non si può, pertanto, ritenere un dato indiscusso, né tanto meno acquisito, che i diritti fondamentali non possano soffrire distinzione in base a categorie e generazioni. Normativamente, però, si può certo sostenere che i diritti debbano essere garantiti dai poteri pubblici in modo unitario, senza distinguere tra famiglie o generazioni. È questa prospettiva che si assume in questa sede come possibile argomento giustificativo del ruolo della pubblica amministrazione, come attore costituzionale, nel rendere effettivi i diritti fondamentali[13].

Nelle pagine che seguono ci si limiterà peraltro a fornire alcuni spunti sul "guardare" ai diritti oltre le corti, partendo dalla considerazione di una importante proposta teorica sui diritti fondamentali come indivisibili e universali (paragrafo 2). Da questa si trarranno alcune conseguenze in punto di organizzazione amministrativa e in particolare di separazione tra istituzioni di governo, titolari delle scelte politiche, e apparati amministrativi come istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali (paragrafi 3 e 4). Si sosterrà che la tesi di una netta separazione istituzionale appaia, da una parte, non del tutto plausibile, dall'altra, non chiaramente desiderabile. Ci si chiederà, infine, se dietro la narrazione della indivisibilità non si nascondano dei pericoli, come quello dell'annacquamento dei diritti sociali per assimilazione con quelli liberali (paragrafo 5).

2. I discorsi sui diritti fondamentali

In Italia, una delle più trasparenti esposizioni della tesi dell'indivisibilità, sub specie di universalità, è quella di Luigi Ferrajoli[14], che mira a un'operazione

[12] M. Luciani, op. cit.

[13] È all'incirca la stessa prospettiva che assume A. Romeo, *Amministrazione pubblica e diritti fondamentali*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale - Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 19, 2019.

[14] L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Diritto Pubblico*, 1-2, 2010, 141-173; Idem, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in E. Vitale (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 121 ss., p. 279 ss.; Idem, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Teoria del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2007, part. §§ 1.2- 1.4 e 1.8, p. 8 ss. e 39 ss.

di pulizia concettuale relativa ai discorsi sui diritti fondamentali. Per la verità si possono avanzare diverse riserve sulla tenuta della posizione di Ferrajoli, cui si accennerà andando avanti, ma la si utilizzerà nella misura in cui appare utile a indicare alcuni percorsi che scaturiscono dal rapporto tra organizzazione amministrativa e diritti. Osserva Ferrajoli, citando Bobbio, che il progresso dei diritti fondamentali è sempre avvenuto in nome dell'indivisibilità connessa alla loro universalità[15]. Ferrajoli individua quattro tipi di discorso concernenti il riconoscimento dei diritti fondamentali. Essi sono la giustizia (filosofia politica o morale), vale a dire il discorso normativo, ciò che l'una o l'altra concezione morale ritiene sia dovuto alle persone; il diritto positivo, che sarebbe un discorso empirico-assertivo, riguardante la validità, intesa come appartenenza di norme sui diritti fondamentali a un determinato ordinamento; quello storico-sociologico, vale a dire il discorso descrittivo relativo alla effettività dei diritti astrattamente riconosciuti in un dato momento storico e in un certo luogo; quello teorico, vale a dire il discorso stipulativo, in base al quale si stabilisce il significato del concetto teorico-giuridico di diritti fondamentali.

Per parlare di diritti fondamentali e capirci indipendentemente dalle nostre premesse assiologiche, dall'ordinamento giuridico che prendiamo a riferimento e dal contesto storico-sociale, il discorso stipulativo, ossia cosa intendiamo per diritti fondamentali, assume priorità logica sugli altri tre. La stipulazione della teoria del diritto, secondo Ferrajoli, è che un diritto possa essere chiamato fondamentale se universalmente riconosciuto, sottratto cioè così alla disponibilità della politica come a quella del mercato.

Si tratta evidentemente di una definizione formale - e non potrebbe essere diversamente - formulando i diritti fondamentali nella forma di una regola generale che li conferisce ugualmente a "tutti".

Distinguere i suddetti tipi di discorsi, al fine di evitare le fallacie sia logiche sia ideologiche, è molto importante, a prescindere dal fatto che Ferrajoli appaia a chi scrive troppo fiducioso nella possibilità di separare "obiettivamente", per esempio, il punto di vista interno del diritto da quello della filosofia morale o politica. È anche troppo fiducioso nel fatto che utilizzando il suddetto criterio universalistico si possa facilmente disporre (scoprire), per esempio, nella costituzione italiana di un elenco di diritti fondamentali. Mi pare che invece siano ampiamente controversi sia l'elenco sia i rapporti tra i diritti dell'elenco[16].

In ogni caso, secondo Ferrajoli, l'uguale imputazione dei diritti fondamentali a tutti e nella stessa misura, li contrappone strutturalmente ai diritti patrimoniali, come i diritti reali di proprietà e i diritti personali di credito, che

[15] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 67 ss.
[16] R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Franco Angeli, 2018.

spettano singolarmente a ciascuno con esclusione degli altri. La libertà di parola, come il diritto di voto o il diritto alla salute, per esempio, sono immediatamente disposti dalle norme che li stabiliscono. I diritti di credito o i diritti reali di proprietà, al contrario, non sono generati direttamente dalle norme che li prevedono, ma sono da queste predisposti quali effetti degli atti negoziali da esse ipotizzati[17].

Questo modo di intendere la fondamentalità come universalità è interessante proprio perché ridisegna le categorie di diritti secondo un criterio che prescinde dalle loro "generazioni". In questo modo il diritto di libertà individuale (*non patrimoniale*) è dissociato dal diritto di proprietà (pure individuale e liberale, prima generazione, ma *patrimoniale*) e assimilato al diritto di voto (politico) e a quello sociale alla salute.

Tale stipulazione è anche molto esigente, nella sua apparente neutralità. Secondo Ferrajoli, se l'assistenza sanitaria fosse una prestazione retribuita, il diritto alla salute non sarebbe un diritto fondamentale, ma un diritto patrimoniale generato da un contratto. Da ciò è possibile, per esempio, inferire che affidare le prestazioni sanitarie al mercato implica la decisione - ammesso che questa sia disponibile secondo il punto di vista interno a un certo ordinamento - che il diritto alla salute non sia un diritto fondamentale, nonostante si potrebbe continuare a chiamarlo tale in base al punto di vista del discorso filosofico-morale.

---

[17] Occorre rimarcare che secondo questa impostazione la dialettica "immediatezza-mediatezza" dei diritti si riferisce al tipo di mezzo necessario a far sorgere il diritto. Il fatto che tali diritti siano, secondo Ferrajoli, direttamente generati dalle norme costituzionali significa, in realtà, che i poteri pubblici abbiano il dovere di attribuire la posizione soggettiva di vantaggio a chi ne è titolare (a "tutti" secondo la stipulazione in discorso) (cfr. *infra* nel testo). Viceversa, i diritti patrimoniali, pur precisamente configurati dalla legge, richiedono atti di volontà di privati, il cui esercizio è libero e non doveroso. Il piano del discorso è quindi diverso da quello più consueto, che invece individua il problema della non immediatezza dei diritti fondamentali nella loro formulazione in termini vaghi. Per questo, molti ritengono che i diritti fondamentali divengano veri diritti solo a seguito della loro specificazione da parte del legislatore. Prima di ciò questi sarebbero solo argomenti a giustificazione della pretesa nei confronti dei poteri pubblici a vedersi attribuita una posizione soggettiva di vantaggio in senso proprio. Il fatto che Ferrajoli sposti il piano del discorso sulla natura non patrimoniale dei diritti fondamentali non implica, purtroppo, che quest'altro problema si dissolva. Si pensi, per esempio, al "tutti" che sarebbero i soggetti attivi del diritto fondamentale. Si tratta chiaramente di un'astrazione, perché quel tutti è quasi sempre oggetto di qualificazioni operate dalla legge. Non solo perché, per esempio, solo chi è "sprovvisto dei mezzi necessari per vivere" ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale e occorre stabilire in che modo individuare i "tutti" titolari di questo diritto— sempre che non si voglia sostenere che siano fondamentali i soli diritti a prestazioni che in Costituzione sono enunciati con linguaggio esplicitamente universalistico, la salute e l'istruzione obbligatoria; ma anche perché, per esempio, spetta alla legge stabilire in concreto chi abbia il diritto di voto definendo la "maggiore età". La questione diviene ancora più complessa se si passa dal chi al "come", vale a dire in cosa consista il diritto all'assistenza sociale, quello all'istruzione, quello alla salute.

Un altro aspetto che accomuna i diritti fondamentali è che se stabiliti in costituzioni rigide operano come limiti e vincoli alla legislazione e più in generale al potere politico della maggioranza. Anche qui è interessante notare come l'universalità non sia predicata nei confronti di qualunque altro soggetto - nel senso della libertà da interferenze nel diritto di circolare e manifestare il proprio pensiero e nel diritto di godere dei frutti del fondo - ma dei poteri pubblici cui si imputano obblighi di fare/non fare.

Dentro questa struttura universale le differenti modalità (deontiche) dei diritti fondamentali, evidentemente secondo Ferrajoli, non comportano distinzioni rilevanti sul piano teorico. I diritti di libertà, consistendo in immunità cui corrispondono divieti in capo allo Stato, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di fare, per esempio privare una persona senza processo della libertà personale. I diritti sociali, consistendo in aspettative positive cui corrispondono in capo ai poteri pubblici obblighi di prestazione, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di non fare, come non fornire a taluno l'assistenza sanitaria o l'istruzione elementare. Si noti la radicale differenza con quanto sostiene, per esempio Hoffe, secondo cui le sole libertà negative sono universali. Quelle positive sono sempre legate a un contesto specifico che dipende dalla disponibilità di risorse e differenti definizioni culturali[18].

Come accennato (alla nota 17), per Ferrajoli il fatto che i diritti fondamentali, differentemente dai diritti patrimoniali, sono norme che di per sé non determinano l'esistenza delle loro garanzie, non è un problema. È semplicemente un carattere derivante dallo loro forma universale. Essi richiedono, per essere garantiti, la produzione di specifiche leggi di attuazione: le norme sulla scuola pubblica e sulla sanità pubblica in attuazione e a garanzia primaria dei diritti alla istruzione e alla salute e poi scuole e strutture sanitarie; le norme penali che proibiscono l'omicidio e la violenza privata in attuazione e a garanzia primaria dei diritti alla vita e all'integrità personale e possiamo aggiungere gli apparati di polizia (oltre che le corti); le leggi elettorali in attuazione dei diritti politici e i relativi apparati amministrativi; le norme sulle diverse giurisdizioni a garanzia secondaria dei diritti e più in generale dei beni e degli interessi lesi in via primaria.

Ferrajoli definisce lacune strutturali - contrapposte a quelle contingenti prodotte dalle antinomie e sempre riparabili giudizialmente - la mancata previsione di tali garanzie e delle relative funzioni e istituzioni per l'omessa

[18] O. Hoffe, *Political Justice: Foundations for a Critical Philosophy of Law and State*, Cambridge 2007.

produzione di leggi di attuazione[19]. L'ineffettività strutturale sarebbe irreparabile per via giudiziaria e richiederebbe sempre l'intervento del legislatore. Essa consiste infatti nell'indebita omissione, cui solo il legislatore può (e deve) porre riparo, della legislazione di attuazione necessariamente richiesta dalla stipulazione costituzionale di qualunque diritto fondamentale. Non interessa qui discutere questo punto, che porterebbe lontano. Non so, per esempio, se Ferrajoli includa nella "via" giudiziaria anche le corti costituzionali dotate di poteri proattivi nei confronti delle lacune. Se poi per legislazione intendiamo qualunque decisione istituzionale a carattere generale, vedremo più avanti che nel diritto positivo la via giudiziaria non sempre è esclusa.

Ciò che qui rileva è che, comunque, applicando lo schema concettuale descritto, tutti i diritti fondamentali richiedono l'intermediazione di un'organizzazione amministrativa e prima ancora di decisioni politiche. Questo rilievo si fonda sul presupposto ulteriore, non esplicito in Ferrajoli, che i diritti fondamentali non esistono prima che un gruppo si sia organizzato (anche) attraverso il diritto. Questa idea, nell'ambito del dibattito internazionale sui diritti umani, è conosciuta con l'etichetta di concezione politica dei diritti umani[20]. Il problema, semmai, è che queste decisioni, in quanto direttamente attuative di norme sui diritti fondamentali - con la loro carica contro-maggioritaria - e quindi relative a uno spazio che Ferrajoli chiama del "non decidibile", non sarebbero effettivamente politiche. Come già accennato, tuttavia, ciò che non è decidibile è al più l'*an*. Su come concretizzare le aspirazioni relative ai diritti vi sono ampi margini di apprezzamento, che dipendono da politiche pubbliche e quindi da catene decisionali a numerosi livelli istituzionali.

Ai limitati fini del nostro discorso è, però, sufficiente osservare che entro lo schema teorico in discussione la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali è sempre surrogatoria. È, appunto, una garanzia secondaria. Allo stesso tempo è vero l'inverso. L'azione necessaria a garantire i diritti da parte delle istituzioni di governo non è mai surrogatoria delle garanzie giurisdizionali.

In concreto, quindi, tutti gli interessi/bisogni oggetto di situazioni soggettive sono condizionati dall'esistenza di apparati amministrativi che ne permettono la materiale soddisfazione. Per esempio, il diritto di manifestazione del pensiero - tipicamente annoverato tra i diritti di libertà individuale - senza le

---

[19] Queste lacune strutturali e le antinomie strutturali - l'ineffettività contingente dei diritti fondamentali generata dall'indebita produzione di norme in loro violazione - sarebbero violazioni legislative che non possono essere superate per via interpretativa, ma richiedono sempre un intervento riparatorio (L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 169).

[20] C.R. Beitz, *The idea of human rights*, Oxford, New York 2009; J. Raz, *Human rights without foundations*, in S. Besson, J. Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 321-338.

provvidenze del dipartimento per l'editoria sarebbe ben poca cosa, dal momento che molte testate non potrebbero sopravvivere senza il sostegno pubblico; l'esistenza di infrastrutture per l'accesso a internet disponibili a tutti (v. broadband pubblica), è a sua volta essenziale per l'esercizio del diritto all'informazione/manifestazione del pensiero. I diritti sociali sono soddisfatti soltanto mediante apparati amministrativi o organizzazioni che li sussidiano nello svolgere una funzione pubblica. Uno dei problemi che la connessione tra diritti fondamentali e amministrazione pubblica solleva è il modo come attraverso misure organizzative le autorità amministrative siano spesso chiamate a effettuare operazioni di bilanciamento tra diritti e interessi da conciliare in concreto[21]. Questo aspetto è peraltro quello su cui maggiormente le corti sono chiamate a intervenire proprio allo scopo di fissare le coordinate entro cui debba svolgersi la discrezionalità organizzativa delle pubbliche amministrazioni. Il raggio d'azione dei giudici incontra, peraltro, numerose limitazioni.

3. L'organizzazione amministrativa per la garanzia dei diritti

In che senso si può, allora, pensare alla garanzia dei diritti fondamentali assicurata "oltre le corti", vale a dire in un senso non riferito alla dinamica consueta per cui la garanzia primaria del diritto sia compito del complesso politica-amministrazione e quella secondaria ai giudici? Anche in questo caso la identificazione del tipo di discorso può aiutare. Come vedremo tra un attimo, un primo modo per giustificare quella prospettiva è di precisare che l'ambito del discorso è quello di carattere storico-descrittivo, relativo, quindi, alla effettività. Sotto il profilo giuridico, a me pare che la pensabilità stessa dei diritti in senso stretto[22] - quelli rispetto ai quali sia direttamente individuabile una posizione di obbligo - sia legata alla possibilità del processo[23]. Tanto è vero che vi è chi dubita

[21] Questa è la prospettiva d'indagine privilegiata da A. Romeo, *op. cit.*, che prende in considerazione il diritto alla autodeterminazione nelle cure sanitarie, l'istruzione delle persone con disabilità, i diritti delle famiglie non matrimoniali, il diritto di proprietà.

[22] Quelli per Hohfeld formano la coppia rights-duties: W.N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino 1969.

[23] John William Salmond osserva che «ogni disposizione di legge, comunque emanata è riconosciuta e applicata dai tribunali; e nessuna regola è riconosciuta dai tribunali che non sia una regola giuridica» (v. P.J. Fitzgerald (a cura di), *Salmond on Jurisprudence*, London 1966, p. 41). Richiamandosi a E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, pp. 293-4, osserva che «la processualità del diritto... significa, dunque, non già affermare un primato evidentemente assurdo del diritto processuale sul diritto sostanziale, ma piuttosto riconoscere che il diritto è in funzione alla

che gli elenchi di diritti contenuti nelle costituzioni siano vere e proprie posizioni soggettive, apparendo piuttosto come ragioni su cui fondare altre decisioni[24].

Di recente è stata proposta con dovizia di argomenti l'idea di un "diritto amministrativo dell'effettività" che impieghi tecniche e strumenti appropriati per «verificare che i risultati della legislazione e della regolazione siano conformi agli obiettivi, calibrare le modalità di controllo e le strategie di applicazione della legge sulle caratteristiche dei destinatari, a produrre le proprie decisioni in modo che resistano al sindacato giudiziale»[25]. È interessante notare che il fondamento di questo principio di effettività dell'amministrazione è ricercato a partire dalle inevitabili limitazioni fattuali della giurisdizione nonché dal ruolo del procedimento amministrativo come anticipatorio della tutela in modo da rendere il contenzioso ipotesi residuale[26].

Molte sono le condizioni di contesto che rendono oltremodo difficile o senz'altro escludono rimedi giurisdizionali, anche qui indipendentemente dalla struttura o contenuto della pretesa in cui si sostanzia il diritto fondamentale. Queste limitazioni fattuali ed epistemologiche della giurisdizione possono riguardare indifferentemente diritti di libertà, politici o sociali. Tra le limitazioni epistemologiche vi sono, in particolare, quelle legate alle basi tecnico-scientifiche delle decisioni pubbliche, specialmente quando la complessità è accresciuta da una situazione di urgenza. È il caso di tante delle misure adottate dagli stati nel fronteggiare la pandemia, ove il ricorso ad appositi apparati tecnico-scientifici[27] fornisce una specifica legittimazione ai decisori politici e in linea di principio[28] restringe il campo di intervento dei giudici[29]. A questo proposito viene in rilievo,

---

possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio. La parola "possibilità" va evidentemente sottolineata perché fortunatamente non sempre vi è, tra i soggetti, una controversia e non sempre la controversia portano ad un giudizio. Se, infatti, controversia, processo e giudizio rappresentano nella loro attuazione una parentesi "patologica" nella vita sociale, non c'è dubbio che la loro "possibilità" esprime una situazione fisiologica che totalmente investe la vita del diritto imponendole quella nota della "processualità" che rende, come dicevamo, indissolubili diritto e processo».

[24] M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino 2005, p. 11.

[25] M. De Benedetto, N. Rangone, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2019, p. 749.

[26] Op. ult. cit., pp. 756-9.

[27] Sui rapporti tra organismi tecnici e apparati politici cfr. C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2016, pp. 1-35.

[28] Come si dirà tra un momento non è detto che questo sia sempre il caso.

[29] Cfr., a esempio, M. Chiarelli, *La forza vincolante delle linee guida nella pandemia*, in *Amministrazione in cammino*, 2021 (https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2021/06/CHIARELLI-1.pdf).

anzitutto, la annosa questione delle valutazioni tecnico-scientifiche, rispetto alle quali la garanzia di certi diritti si risolve proprio nella relativa indisputabilità della decisione presa sulla base di tali valutazioni. Si intende dire che, se ci si astrae dalla prospettiva individuale (a esempio) del ricorrente dinanzi a un tribunale amministrativo, la giustificazione delle limitazioni (a base epistemologica) al sindacato giudiziale sta proprio nella maggior garanzia di attendibilità per la protezione dei diritti fondamentali dei consociati del giudizio di amministrazioni "esperte" rispetto a quello dei giudici, ancorché aiutati da altri esperti.

La giurisprudenza amministrativa italiana ha via via cercato di ridurre l'area di insindacabilità, ma al di là della a volte ambigua alternativa tra uno scrutinio intrinseco (più intenso) o estrinseco, resta fermo il presupposto di uno spazio franco dalla giurisdizione. Questo accade specialmente quando siano in gioco valutazioni che riguardano diritti fondamentali affidate ad apparati appositamente creati, come nel caso dell'AIFA e degli organi incaricati delle valutazioni tecnico-scientifiche in campo biomedico. Come è stato ricordato, la Corte costituzionale rimarca il ruolo cruciale, nell'ambito della disciplina sanitaria e del diritto del farmaco, degli organi tecnico-scientifici[30]. L'esistenza di una riserva di valutazione tecnica riguarda tanto la stessa Corte costituzionale quanto l'autorità giudiziaria qualora la legge preveda «competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità: organi di cui va ribadito il ruolo essenziale, come già si è fatto nella sentenza n. 185 del 1998, in cui si ricorda come questa Corte non possa sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'essa è delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono».

La giurisprudenza amministrativa adotta lo stesso approccio, per esempio, in tema di autorizzazione dell'uso *off-label* di un farmaco per la sua erogabilità a carico del servizio sanitario nazionale[31]. I giudici amministrativi sembrano maggiormente propensi a uno scrutinio più penetrante - il cosiddetto sindacato di "maggiore attendibilità" - nei confronti dei provvedimenti sanzionatori delle autorità di regolazione del mercato[32]. A questo riguardo, il discorso non può che

[30] G. Parodi, *Il sindacato di "maggiore attendibilità" nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2021, pp. 241-256.

[31] G. Parodi, op. cit., 255 e riferimenti alla casistica alla nota 53.

[32] A questo riguardo, peraltro, si mostra in controtendenza la decisione cautelare del Consiglio di Stato, Sez. III, ord. n. 7097 del 2020, «dove, senza peraltro disporre una consulenza tecnica d'ufficio, ma per lo più sulla base degli scritti difensivi e dei documenti ritualmente depositati dalle parti, non senza riferimenti a documentazione scientifica reperibile on line, specie nel sito istituzionale dell'AIFA, si giunge alla conclusione» (G. Parodi, op. cit., 252) che «molti dei dati delle ultime ricerche sull'attività di contrasto alla malattia svolta dall'idrossiclorochina sembrerebbero, peraltro, deporre a favore di un meccanismo immunomodulatorio-antiinfiammatorio della sostanza e, cioè, della capacità di ridurre la produzione delle citochine

essere di tipo normativo, nel senso che dipende da premesse etico-politiche - a esempio con riferimento a una qualche concezione della democrazia e della separazione dei poteri[33] - quale tipo di approccio si ritenga desiderabile le corti assumano nei confronti delle valutazioni tecnico-scientifiche. Come vedremo tra poco, la proposta teorica di Ferrajoli apre ulteriori spazi di riflessione su questo punto.

Ciò posto riguardo a dove fissare la linea di confine dello spazio riservato all' "amministrazione tecnica", vi è una dimensione di questo problema che prescinde in parte dalla posizione che la comunità epistemica di riferimento (a esempio i giudici amministrativi e la dottrina del diritto amministrativo in un dato ordinamento) assuma sul grado di rivedibilità di tali valutazioni in sede giurisdizionale.

È stata osservata una tendenza di carattere globale delle democrazie verso una nuova forma di "separazione dei poteri" tra istituzioni non elette che si occupano principalmente di rappresentare e introdurre fatti, prove e conoscenza empirica nel processo decisionale pubblico e istituzioni rappresentative cui sono riservati i giudizi di valore che condizionano la definizione delle politiche pubbliche[34]. Questa nuova area di separazione risponde, come quella della dottrina classica, alla logica di prevenire conflitti di interesse all'interno dei sistemi di governo, ma la legittimazione delle "istituzioni non elette" andrebbe

---

infiammatorie (c.d. tempesta citochinica), senza abolire risposte immunitarie protettive, più che convergere nel senso di una sua diretta attività antivirale, che non ha trovato ancora - se mai la troverà - una sicura conferma in vivo al di là della sua accertata efficacia in vitro all'impugnazione di una nota dell'AIFA che, nella lettura all'origine del ricorso e della stessa misura cautelare, avrebbe disposto il divieto di impiego off label di un farmaco antimalarico (idrossiclorochina) nella cura dell'infezione da COVID-19». In sostanza, qui il Consiglio di Stato entra nel merito e sostituisce il proprio giudizio a quello dell'AIFA.

[33] Cfr., a esempio, con riferimento al secolare dibattito negli Stati Uniti sul rapporto tra l'azione delle Agenzie Federali e il controllo giudiziale B. Emerson, *Liberty and Democracy Through the Administrative State: A Critique of the Roberts Court's Political Theory* in *Hastings Law Journal*, 2022, pp. 371-436. La stessa posizione della pubblica amministrazione nell'ambito di una teoria della divisione dei poteri costituisce da sempre un problema spinoso, anche perché occorre preliminarmente chiarire cosa si intenda per pubblica amministrazione e cosa per divisione/separazione dei poteri. Per esempio, già nell'Ottocento, Vivien scrive che l'amministrazione è subordinata al potere legislativo nel senso che «*Le pouvoir administratif est donc subordonné à la loi, dont il n'eest que l'exécuter, et parallèle a la politique et à la justice, dont il se distingue par des traits essentiels*» (A. F. A. Vivien, *Etudes administratives*, I, Paris 1845, p. 2). L'idea di un'amministrazione indipendente sia dalla politica (il governo) sia dalla magistratura ha, dunque, lontane origini. Cfr. M. R. Rutgers, *Public Administration and the Separation of Powers in a Cross-Atlantic Perspective*, in *Administrative Theory & Praxis*, 22, 2000, pp. 287-308.

[34] F. Vibert, *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge 2007.

riconosciuta su basi pragmatiche - sostanzialmente l'accettazione da parte della collettività dell'utilità sociale fornita da tali "servizi di conoscenza empirica" non contaminate da giudizi politici - piuttosto che derivandola dalla legittimazione di altri poteri[35]. Una legittimazione autonoma di tali "amministrazioni indipendenti"[36] dovrebbe implicare una maggiore forza di resistenza delle relative decisioni nei confronti sia del potere politico sia del giudiziario.

Un primo problema di questa tesi - in cui non è sempre agevole distinguere il discorso descrittivo da quello normativo - sta nella fiducia nella possibilità di distinguere nettamente tra valutazioni su fatti e valutazioni su valori e interessi. Un secondo problema, specifico all'ordinamento italiano, è che i fatti istituzionali attraverso cui la suddetta "divisione" si sarebbe realizzata presentano una dimensione costituzionale che non può essere facilmente elusa, specialmente in un ambito in cui rilevano diritti fondamentali. Come è stato correttamente osservato, la decisione stessa di affidare in tutto o in parte alla tecnica la soluzione di un problema decisionale presuppone una valutazione preliminare che è di carattere non tecnico ma politico[37]. Nell'affidare, quindi, la relativa funzione a un determinato apparato, si compiono scelte su interessi e si individuano principi organizzativi che esprimono certe modalità «di composizione e cura di interessi, indipendentemente dal momento di rapporto con l'esterno»[38]. Per tale ragione, l'area è presidiata dalla riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici prevista dall'art. 97 Cost.[39].

Tornando alla dimensione dell'effettività, un secondo aspetto riguarda il mettere in condizione gli apparati di funzionare in modo che le limitazioni fattuali/epistemologiche delle garanzie secondarie (le corti) non rendano vacue le "promesse" relative ai diritti fondamentali. A questo riguardo possiamo ancora tornare a Ferrajoli, che distingue nettamente tra funzioni e istituzioni di governo e funzioni e istituzioni di garanzia, caratterizzate da separate fonti di

[35] Op. ult. cit., pp. 114-128.

[36] Nello studio citato, che risale al 2007, si prendono in considerazione numerosi "indipendent bodies" nel Regno Unito, tra cui rientrano quelli che oggi vengono chiamati Non Departmental Public Bodies, operanti *at arm's length from ministers* che possono avere Advisory Functions (per esempio *l'Advisory Council on the Misuse of Drugs* e la *Boundary Commission for England* che si occupa della revisione delle circoscrizioni elettorali) o essere *Independent Monitoring Boards*, come quelle istituite per il sistema carcerario. Cfr. Cabinet Office, *Classification of Public Bodies: Guidance for Departments*, 2016. (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/519571/Classification-of-Public_Bodies-Guidance-for-Departments.pdf).

[37] C. Cudia, op. cit., p. 3.

[38] A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino 2001, p. 198.

[39] Op. ult. cit., p. 234.

legittimazione: la rappresentatività politica delle prime e la soggezione alla legge, e precisamente, ancora una volta, all'universalità dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, delle seconde.

Ai nostri fini, lo snodo fondamentale è che per Ferrajoli la pubblica amministrazione andrebbe inclusa tra le istituzioni di garanzia, poiché queste - «di cui si impone la separazione da quelle di governo»[40] - si sono oggi estese ben al di là delle classiche funzioni giurisdizionali di garanzia secondaria, fino a includere tutte le funzioni generate dalla crescita dello Stato sociale. Sia pure su diversi argomenti di giustificazione, l'idea richiama quella ottocentesca di Vivien sopra ricordata (alla nota 33). Tutte queste funzioni amministrative di garanzia primaria, osserva Ferrajoli, non essendo classificabili entro la classica tripartizione settecentesca, si sono di fatto sviluppate alle dipendenze dell'esecutivo sotto l'etichetta di "pubblica amministrazione", ma esse non sarebbero legittimate, come le funzioni di governo, dal criterio della maggioranza, bensì dall'applicazione imparziale della legge e dal loro ruolo di tutela, anche contro la maggioranza, dei diritti fondamentali di tutti. Per questo motivo dovrebbe esserne assicurata l'indipendenza e la separazione dal potere esecutivo.

Tra i molti problemi e le implicazioni di una tale proposta se ne discuteranno di seguito soltanto alcuni.

4. Separazione tra istituzioni di governo e di garanzia in sede amministrativa

In primo luogo, occorre notare che la tesi della netta separazione tra le istituzioni di governo e quelle di garanzia in sede amministrativa è presentata come il risultato della proposta teorica dei diritti fondamentali in termini di universalità/indivisibilità. La loro sottrazione così al mercato come alla politica comporta che le amministrazioni preposte alla loro soddisfazione dovrebbero essere tanto protette dal primo quanto sottratte all'influenza della seconda. Quello che non torna è che in questo caso Ferrajoli sta sviluppando le implicazioni della definizione teorica di diritto fondamentale nell'ambito del discorso storico-sociologico, che è di tipo empirico-assertivo come si ricorderà. L'implicazione di tenere separata l'amministrazione dalla politica, tuttavia, sembra parte del discorso normativo, o al più di quel tipico modo di ragionare "da giuristi" che porta a dedurre "logicamente" da certe premesse una conseguenza presentata come necessaria. Se quest'ultimo fosse il caso saremmo dinanzi a quel tipo di fallacia che viene indicata come violazione della legge di Hume, ossia il "divieto" di dedurre norme dai fatti. Dal fatto che l'amministrazione si è sviluppata in

[40] L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 172.

conseguenza dell'espandersi delle funzioni dello Stato, si ricava la norma che "impone" la sua separazione dalla funzione di governo.

È meglio, allora, semplicemente abbandonare il terreno del discorso descrittivo e riconoscere che si tratta di mettersi d'accordo su quale sia la migliore soluzione per assicurare effettività ai diritti nella consapevolezza che le garanzie secondarie incontrano limiti empirici. Tra gli argomenti normativi, non logico-deduttivi, che si possono impiegare, si può prendere in considerazione il principio secondo i cui i diritti fondamentali dovrebbero essere protetti da decisioni prese a maggioranza. Qui, però, riemerge il problema della vaghezza degli enunciati costituzionali sui diritti, che nella stessa stipulazione della teoria in esame devono essere garantiti da ulteriori norme di attuazione. In concreto, differentemente da come sembra emergere dal resoconto di Ferrajoli, queste "norme di attuazione" non sono solo le leggi in senso formale ma una varietà di atti di indirizzo politico che prendono forme diverse ai vari livelli dei poteri pubblici, da quello europeo al livello locale. Come noto, allo Stato è riservato delinearne i livelli essenziali. Per esempio, in ambito sanitario, i LEA (livelli essenziali di assistenza) sono disposti con un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Con decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto col Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti i LEPS (livelli essenziali delle prestazioni sociali)[41]. Sembra, pertanto, difficile pensare che i diritti fondamentali possano essere "a-politici", se non nel senso - comunque importante - che devono essere garantiti.

È nell'attuazione dell'indirizzo politico - l'area in cui l'amministrazione pubblica sarebbe un'istituzione di garanzia dei diritti fondamentali - che i residui spazi di discrezionalità possono essere concepiti come non politici. Per non-politici si intende qui non caratterizzati da scelte allocative di interessi. La questione è spesso fonte di confusione tanto terminologica quanto concettuale, perché si tende a usare - soprattutto da parte della giurisprudenza - lo stesso vocabolo, discrezionalità, per designare fenomeni diversi[42]. In particolare, la discrezionalità degli organi burocratici relativa all'attuazione dell'indirizzo politico sembra avere meno a che fare con la "ponderazione di interessi" e più con l'assunzione di giudizi di valore per "riempire" norme imprecise o con l'adozione di misure in senso lato organizzative. Il profilo è ulteriormente complicato dal fatto che questo tipo di discrezionalità non politica può essere definita di tipo tecnico, se si ritiene che vi sia una tecnica o scienza dell'amministrare con sue proprie regole, intese come regole d'esperienza. Le

[41] Legge 30 dicembre 2021, n. 134, Legge di Bilancio 2022, Art. 1, commi 159-171. In tema cfr. F. Masci, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide"*, in *Costituzionalismo*.it, 3/2021, 88-35.

[42] Cfr. S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino 2006, pp. 374-399.

regole d'esperienza, di cui le regole tecniche sono una *species*, non hanno forza normativa[43]. Esse sono la ricapitolazione di risultati di esperienze precedenti e di precedenti deliberazioni che si suppone possano ripetersi nel futuro, utili per l'argomentazione pratica in quanto consentono di risparmiare tempo e sforzi, ma sempre superabili da una diversa giustificazione. Può prevedersi, per esempio, che dinanzi a una persona che sia stata ripetutamente condannata per rapina a mano armata, l'autorità di pubblica sicurezza negherà il rinnovo della licenza per il fucile da caccia ritenendola non affidabile, così applicando una regola d'esperienza per formulare il giudizio di valore sull'affidabilità della persona richiesto dalla norma che conferisce il potere[44].

Alla dimensione della discrezionalità organizzativa pertengono le misure di micro-organizzazione che gli apparati amministrativi sono chiamati a porre in essere proprio per calibrare le prestazioni garantite in astratto dai diritti sulle effettive esigenze degli utenti. Questa dimensione è particolarmente attinente alla tutela dei diritti fondamentali e alla loro «coesistenza e indivisibilità»[45], in quanto, come è stato argomentato, necessaria a realizzare pienamente le direttive costituzionali secondo cui la persona è simultaneamente portatrice di tutti i diritti fondamentali[46]. Alessandra Pioggia ha di recente utilizzato l'idea di una

---

[43] F. Schauer, *Playing by the rules*, Oxford 1991, trad. it., *Le regole del gioco*, Bologna 2000, p. 173.

[44] Riemerge, a questo riguardo, il problema se questa valutazione sia riservata o meno all'autorità amministrativa. In Italia, proprio sulla base dell'idea di un'«attuazione della legge che si connoti per un qualificato apporto valutativo», D. Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, p. 232, ha sostenuto la tendenziale insindacabilità giudiziale di tali valutazioni. Argomenti a sostengo di un orientamento simile si basano sulla riferibilità dell'amministrazione al circuito democratico (C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche,* Milano 1985, p. 162). All'opposto, vi è chi ritiene che il ricorso a clausole generali o a concetti indeterminati sia diretto ad ampliare lo spazio interpretativo del giudice (A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa",* Milano 2005, p. 121). Quest'ultimo approccio è quello che sembra caratterizzare i paesi di *civil law*, il Regno Unito e le corti dell'Unione Europea (P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford 2012, pp. 405-8). Ma il "*substitution of judgment*" non è necessariamente il solo *test for review* in altri ordinamenti quali quello statunitense e canadese.

[45] A. Pioggia, *Organizzazione amministrativa e legalità*, in S. Torricelli (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico* Sorace, Napoli 2020, p. 219.

[46] Op. ult. cit., 223-4. Cfr. anche S. Giubboni, A. Pioggia, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2015, pp. 297-317, ove si legge lamenta che «l'assenza della prospettiva dell'individuo nella trama dei diritti sociali ha fatto sì che l'amministrazione soggetto (l'ospedale, la scuola, la struttura residenziale per anziani) si sia spesso sovrapposta alla persona del beneficiario con le sue prestazioni, senza considerare se queste, certamente utili e a lui mancanti, fossero effettivamente e sostanzialmente finalizzate "alla sua liberazione come persona". In questo quadro chi non si è riconosciuto nella

"razionalità organizzativa" intrinseca alla pubblica amministrazione[47] come spazio "autonomo", «margine decisionale lasciato all'organizzazione mano a mano che si scende verso gli aspetti interni e operativi… essenziale per consentire all'amministrazione di tenere conto delle specificità dell'individuo con cui entra in relazione… Se questo è evidente soprattutto in occasione dell'erogazione delle prestazioni che realizzano i diritti sociali, funzionali proprio alla rimozione degli ostacoli che impedirebbero quello sviluppo individuale, vale tuttavia in ogni occasione in cui l'amministrazione entra in relazione con gli individui e, in questo senso, deve orientare tutti i rapporti»[48]. Anche questo è uno spazio ove, per ragioni fattuali, l'intervento giudiziale è limitato e la dimensione della indivisibilità (nel senso della menzionata pienezza) si gioca interamente sul piano della relazione tra organizzazione e utenti.

In questo approccio, il riferimento agli utenti non riguarda, come appena visto, solo le funzioni prestazionali, ma si estende all'intera burocrazia intesa come servizio. Esso si ispira alla proposta di Domenico Sorace di individuare una nuova area del servizio pubblico - accanto a quelle tradizionali dei servizi economici e sociali - chiamata "servizio burocratico". Questa si fonda sul riconoscimento di diritti strumentali degli utenti nei confronti degli apparati amministrativi in grado di influire sul modo come i "diritti sostanziali" sono curati[49]. I compiti del responsabile del procedimento, i termini entro cui assumere i provvedimenti, la digitalizzazione, gli sportelli unici, gli obblighi di informazione concorrono a definire la posizione dell'utente nei confronti della burocrazia posta al suo servizio. Si può anche ricondurre questa posizione a un autonomo diritto fondamentale alla buona amministrazione ai sensi dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Proprio le limitazioni fattuali che incontra la tutela giurisdizionale di diritti che si risolvono nella suddetta "razionalità organizzativa" inducono i legislatori a

---

medietà ha rischiato di vedersi relegato nel ruolo di antagonista di quel bene che soddisfa i più» (p. 311).

[47] Questa espressione può destare qualche perplessità, poiché la razionalità organizzativa della burocrazia è concetto particolarmente contestato e spesso legato proprio alla spersonalizzazione in una lunga tradizione che risale a Max Weber. Cfr., per esempio, B. Townley, *Reason's Neglect: Rationality and Organizing*, Oxford 2008, in particolare cap. III, *Bureaucratic rationality.* Anche qui è però sufficiente comprendere che il discorso appartiene all'orizzonte normativo, non descrittivo. Quello che Alessandra Pioggia sta facendo è sostenere che i principi costituzionali obbligano l'amministrazione a adottare misure adeguate a conferire centralità alle persone, che metaforicamente chiama "razionalità organizzativa".

[48] A. Pioggia, *Organizzazione amministrativa e legalità,* cit., pp. 223-4.

[49] D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2021, pp. 139-144.

prevedere rimedi specifici non individuali[50]. La tutela giurisdizionale dei "servizi burocratici" - l'obbligo di organizzarsi per operare in modo efficace ed efficiente - è fatta oggetto nell'ordinamento italiano di una sorta di *class action*, la cosiddetta azione per l'efficienza di cui d.lgs. n. 198/2009. In virtù di essa i titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono rivolgersi al giudice amministrativo per chiedere che vengano rimosse situazioni che dipendono da disfunzioni sistematiche dell'organizzazione e dell'azione amministrativa dipendenti dall'aver omesso di emanare standard qualitativi o averli violati[51]. Il più grosso limite di questi rimedi, sinora rimasti sulla carta, è che il giudice può ordinare alla pubblica amministrazione misure solo nell'ambito delle risorse strumentali, finanziarie e umane già assegnate in via ordinaria, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

È sembrato opportuno soffermarsi su alcune possibili caratteristiche di questa attività di attuazione dell'indirizzo politico (anche in quanto garanzia dei diritti fondamentali) che spetterebbe a organi burocratici concepiti come "istituzioni di garanzia" separati dalle istituzioni di governo. Tali osservazioni servono altresì a meglio intendere la questione che si vuole ora inquadrare. Ci chiediamo quali siano le conseguenze di regime giuridico derivanti dall'adottare il concetto dell'amministrazione come istituzione di garanzia separata dal governo. Appare plausibile assumere che esse debbano riguardare un sostanziale avvicinamento dell'amministrazione alla giurisdizione. A questo riguardo, ci si può domandare sia se tale avvicinamento sia riscontrabile nel diritto positivo[52] e sia se esso sia effettivamente desiderabile alla luce delle premesse assiologiche che ruotano attorno all'effettività dei diritti fondamentali. L'esame della questione sarà limitato a una breve discussione di due dei principi istituzionali più dibattuti: l'indipedenza e le garanzie procedurali.

Partendo dal secondo, in merito all'attività, l'idea dell'amministrazione come istituzione di garanzia chiama in causa il diritto al contraddittorio. In altre parole, tale concezione sembra giocare a favore della tesi del fondamento costituzionale del contraddittorio procedimentale fondata su una interpretazione

[50] Ferma restando l'azione nei confronti dell'inadempimento per l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere di cui all'art 31.1 del Codice del processo amministrativo. L'azione giurisdizionale ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo in materia di accesso può essere considerata, a sua volta, una sorta di azione popolare. Essa è a garanzia dell'accesso civico a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni previsto dall'art. 5 del Dlgs n. 33/2013, in capo a "chiunque", «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali».

[51] In tema, cfr. C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini 2012, pp. 300 ss., che sostiene il carattere di giurisdizione soggettiva (e non oggettiva) di tale rimedio.

[52] In caso contrario avremmo una lacuna strutturale secondo il linguaggio di Ferrajoli.

dell'art. 97 Cost. che rimandi a una concezione procedurale della giustizia[53]. Al di là del fondamento costituzionale, sul piano operativo una partecipazione ispirata al principio del contraddittorio processuale dovrebbe rendere effettiva quell'idea dell'amministrazione come "parte imparziale" che comporta porla sullo stesso piano, in termini di conoscenza del "fascicolo" e di poteri di incidere sulla formazione del *thema decidendum*, degli altri soggetti coinvolti. Se si considera la scarna disciplina della legge n. 241/1990, non si può dire che la partecipazione procedimentale si ispiri a questa logica[54]. D'altra parte, le obiezioni all'introduzione di un contraddittorio effettivo nel procedimento amministrativo sono note e plausibili. Il cosiddetto sovraccarico procedimentale[55] è difficilmente compatibile con le prestazioni che l'amministrazione è tenuta a fornire in quanto servizio burocratico. Si potrebbe, allora, sostenere che tale sovraccarico sia accettabile quando l'azione amministrativa abbia a che fare con diritti fondamentali sostanziali. Difficile, peraltro, dire cosa questo possa significare in concreto. Si pensi, per esempio, ai provvedimenti in materia di pubblica sicurezza che incidono sulle libertà personali e che molto spesso devono essere emanati in via d'urgenza o a "sorpresa".

Vi è, soprattutto, un problema più generale. Vale a dire che nella maggior parte dei casi l'effettiva garanzia dei diritti fondamentali, specialmente di quelli sociali o diffusi (come l'ambiente e la biodiversità), dipende dalle scelte che si compiono in sede di indirizzo politico, in altre parole dalla definizione delle politiche pubbliche soprattutto a livello locale. È qui che i processi partecipativi possono risultare incisivi sul modo di determinare il contenuto concreto dei diritti[56]. Si pensi, per fare solo un esempio, alla pratica del "bilancio partecipativo" in riferimento all'allocazione delle risorse da destinare all'assistenza sociale[57]. In questi casi le modalità della partecipazione assumono

---

[53] A. Cardone, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezione dell'idea di giustizia*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2009, pp. 321-276.

[54] In tema, M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002. Per una sintesi, M. De Benedetto, *Partecipazione [dir. amm.],* in *Treccani-Diritto on line* 2015 (https://www.treccani.it/enciclopedia/partecipazione-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/).

[55] E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini 1983, p. 3.

[56] Cfr. D. Jacobs, W. Kaufmann, *The right kind of participation? The effect of a deliberative mini-public on the perceived legitimacy of public decision-making*, in *Public Management Review*, 2021, 23, pp. 91-111.

[57] Cfr., per esempio, il *Budget participatif* della Città di Parigi, https://budgetparticipatif.paris.fr/bp/jsp/site/Portal.jsp?page=search-

caratteri diversi da quelle tipiche del processo, pur restando validi alcuni principi di fondo delle decisioni in contraddittorio, come la messa in comune delle conoscenze tra le parti.

In definitiva, da un lato, la collocazione della pubblica amministrazione tra le "istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali" non sembra comportare conseguenze particolarmente significative in termini di contraddittorio nei processi decisionali, dall'altro lato resta dubbio che sia desiderabile adottare un contraddittorio di tipo processualistico nell'ambito dell'attività burocratica pubblica.

Il secondo aspetto, l'indipendenza, concerne il modello di attuazione nell'ordinamento italiano del principio di imparzialità degli uffici[58]. L'originale soluzione italiana è quella della distinzione tra organi di carattere politico, gli organi di governo, e organi, di carattere amministrativo. A questi ultimi, che non sono altri che i dirigenti degli uffici, sono riservate tutte le attività che la legge definisce "di gestione", vale a dire tutte quelle non hanno un contenuto di indirizzo politico e che consistono in atti che definiscono rapporti giuridici individuali con i cittadini[59]. Come è stato scritto, si ha in questo modo un completo ribaltamento del modello "a responsabilità ministeriale"[60]. Nella letteratura prevale la formula "distinzione" tra politica e amministrazione, anche se non manca chi parla di separazione. L'idea dell'amministrazione come istituzione di garanzia dei diritti fondamentali milita a favore di quest'ultima accezione e della ricostruzione della posizione del dirigente pubblico in termini di indipedenza soggettiva[61]. In questo caso, quindi, la proposta teorica da cui abbiamo preso le

---

solr&conf=list_idees&fq=campagne_text:H&sort_name=1789633263002801847_random&sort_order=asc.

[58] Il riferimento è qui al requisito dell'indipendenza soggettiva perché è quella implicata dalla separazione tra funzioni di governo e istituzioni di garanzia da cui si è partiti. Non va dimenticato che vi è anche una dimensione della garanzia organizzativa dell'esercizio imparziale delle funzioni riguardante l'elemento oggettivo, cioè la distribuzione delle funzioni tra gli uffici pubblici cui si è già accennato in precedenza (cfr. F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1, 2009, 57-99).

[59] L'art. 4 del TULPA (Decreto legislativo 165/2001) menziona «gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno», ma si tratta di formula imprecisa, poiché vi sono diversi provvedimenti a carattere generale che restano di competenza di organi di governo e che "impegnano verso l'esterno", hanno effetti giuridici in altre parole. Si pensi ai piani regolatori urbanistici.

[60] F. Merloni, op. cit., p. 77.

[61] B. Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini 2012, secondo cui la condizione di indipedenza del dirigente è «criterio atto a bilanciare tra le loro le esigenze (da una parte) di gestione efficiente delle professionalità dirigenziali nonché di effettività

mosse costituisce argomento che rinforza la tendenza che l'ordinamento italiano ha intrapreso verso un deciso contenimento dei casi di nomine su base fiduciaria dei dirigenti ai soli casi in cui questi siano in qualche modo chiamati a collaborare all'elaborazione dell'indirizzo politico[62]. La tesi della separazione può incontrare inconvenienti che sono stati indicati in modo convincente in uno studio recente[63]. Partendo dalla considerazione che dalla Costituzione può desumersi l'esigenza di coniugare l'indipendenza dell'amministrazione dal governo con la responsabilità politica di quest'ultimo riguardo ai risultati che l'amministrazione deve perseguire, si revoca in dubbio che il modello della separazione sia in grado di assicurare il controllo democratico sull'amministrazione. In particolare, il modello sembra entrare in crisi quando l'indirizzo politico non sia formulato in termini tali da circoscrivere in modo adeguato o sufficiente al perseguimento dell'interesse pubblico (nel nostro caso della garanzia dei diritti fondamentali) l'azione degli apparati amministrativi.

Incontriamo, pertanto, un problema analogo al precedente: l'ambito di rilevanza della garanzia dei diritti fondamentali si colloca spesso[64] nell'area dell'indirizzo politico piuttosto che in quella dei compiti burocratici.

In definitiva, non è chiaro quali benefici concreti comporti la raccomandazione di assicurare l'indipendenza e la separazione dell'amministrazione dal potere esecutivo.

5. Meglio "dividere" i diritti sociali dagli altri diritti dopo tutto?

L'idea della indivisibilità (come universalità) ha consentito di delineare e discutere l'idea di un'amministrazione sganciata dalla politica votata alla garanzia dei diritti fondamentali. Abbiamo visto però che, specialmente se si considerano i diritti sociali, la separazione è relativa. La politica non può essere tagliata fuori dalla concreta determinazione del contenuto dei diritti. A questo proposito ci si può domandare se questa permanenza della politica non costituisca il fattore distintivo dei diritti sociali. In altri termini, se i diritti sociali fondamentali "universali" sono sottratti alla politica, il rischio è che si riducano, come in effetti scrive Ferrajoli, a un diritto alla «sopravvivenza contro la legge di chi è più forte

dell'indirizzo politico amministrativo, e (dall'altra) di riserva di compiti di amministrazione concreta (e di gestione) in capo agli organi dirigenziali» (pp. 234-5).

[62] E. N. Fragale, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Rimini 2020, pp. 260-80.

[63] Op. ult. cit., p. 403 ss.

[64] Non sempre. Si pensi alle suddette decisioni di micro-organizzazione.

socialmente ed economicamente»[65]. Questo tipo di approccio finisce per assomigliare a quelli che fondano i diritti sociali su un obbligo universale reciproco tra le persone di assistere i bisognosi desunto dal principio della dignità umana. L'idea di un dovere di assistenza correlativo al diritto a essere assistiti in caso di bisogno induce i suoi fautori a concepire lo Stato come sostituto degli individui che sopportano l'obbligazione primaria[66]. Questa costruzione porta a configurare un ruolo minimalista delle istituzioni pubbliche. Entro questa concezione, esse agiscono in base al criterio "dei costi non comparabili"[67], che, a sua volta, presuppone «che condizione necessaria per il dovere di assistenza è che la persona da assistere non sia in grado di aiutarsi da sola»[68]. Questo approccio vede l'economia di mercato come il mezzo ordinario per la prosperità sociale ed è diffidente nei confronti delle politiche sociali che promuovono la giustizia sociale per i loro possibili «effetti negativi sull'economia»[69].

Il dubbio, pertanto, è che se si concepiscono i diritti sociali come dispositivi di protezione sociale per controbilanciare e possibilmente modificare i processi di mercificazione e sfruttamento, prodotti dall'economia di mercato capitalista, la loro universalizzazione e assimilazione ai diritti fondamentali che garantiscono libertà possa impoverire tale elemento di giustizia redistributiva[70].

Questo genere di preoccupazioni è stato espresso in termini radicali da Fernando Atria mettendo in discussione la stessa operazione di elevazione delle prestazioni dello stato sociale a diritti soggettivi[71]. In questo caso, vale a dire, "oltre le corti" diviene una tesi normativa relativa alla necessità di abbandonare l'assimilazione dei diritti sociali al modello dei diritti individuali liberali.

Atria sostiene che il potenziale radicale dei diritti sociali (o positivi) è indebolito quando questi sono (mal)intesi come diversi dai diritti individuali (o negativi) solo nel loro contenuto specifico e non nel loro carattere fondamentale. A suo avviso, c'è una differenza che riguarda il loro rispettivo contenuto e la loro "struttura profonda". Questa differenza, di carattere politico, va ricondotta alla critica marxista dei diritti individuali (naturali) in quanto indifferenti alla cooperazione e riflettenti l'egoismo degli individui nella società borghese.

---

[65] L. Ferraioli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 160.

[66] K. Steigleder, *Human dignity and social welfare*, in M. Düwell e altri (a cura di) *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge 2014, p. 474.

[67] A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago 1978, p. 218.

[68] K. Steigleder, op. loc. cit.

[69] Ibidem.

[70] Cfr. S. Civitarese Matteucci, G. Repetto, *The expressive function of human dignity: A pragmatic approach to social rights claims*, in *European Journal of Social Security*, 23, 2021, pp. 120-143.

[71] F. Atria, *Social Rights, Social Contract, Socialism*, in *Social & Legal Studies*, 24, 2015, pp. 598-613.

Secondo l'autore le forme tradizionali del "diritto borghese" non possono contenere i diritti sociali. Questo può proteggere i diritti sociali attraverso le sue forme tradizionali di protezione legale, ma così facendo, li trasforma inevitabilmente in diritti individuali. In altre parole, il costo della sussunzione dei diritti sociali nel diritto borghese è di desocializzarli.

Il profilo che differenzia profondamente la tesi di Atria da quella universalista di Ferrajoli è il seguente. Secondo Atria la differenza strutturale tra diritti individuali e diritti sociali consiste nel fatto che specificare l'"aspetto attivo" dei diritti individuali (libertà negativa), implica specificare il loro "aspetto passivo" (in termini hohfeldiani, il loro opposto giuridico, il loro obbligo). Per esempio, il diritto alla vita implica direttamente precisare l'azione doverosa per il soggetto passivo (astenersi dall'uccidere) - nonché il portatore del dovere (tutti). In questo caso, le condizioni per rendere effettivo il diritto sono esterne al rapporto giuridico, riguardano la sua effettività.

Nel caso dei diritti sociali, invece, la specificazione del loro aspetto attivo non specifica a sufficienza il loro contenuto passivo, cioè l'obbligo correlativo. Occorre un "fondamento" che non può consistere nel solo interesse del titolare del diritto. Vi è uno iato da colmare e in proposito si possono seguire due strade. Una è la visione, in cui rientrano concezioni come quella suddetta dei "costi non comparabili", contrattualistica (nel senso di presociale) dei diritti sociali, in cui i diritti sociali diventano una mera protezione contro la povertà estrema, e fondano non servizi pubblici universali ma programmi rigorosamente mirati[72]. L'altra, che Atria ascrive al famoso articolo Cittadinanza e classe sociale di Marshall[73], vede i diritti sociali come la sostanza della cittadinanza derivanti dagli obblighi reciproci e cooperativi che i membri delle comunità umane hanno di accrescere alcuni aspetti del benessere collettivo.

Non è possibile in questa sede fare giustizia al lavoro di Atria, cui è seguito un intenso dibattito[74]. Una possibile obiezione alla sua tesi è che invece di vedere i diritti sociali come una sorta di deviazione anomala dalla concezione standard dei diritti, potremmo usarli per ripensare quale dovrebbe essere quella

[72] Quando Ferrajoli assume il punto di vista assiologico, egli osserva che i diritti fondamentali sono le «leggi del più debole» in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza. L'indivisibilità è esplicitamente declinata: «il diritto alla vita, contro la legge di chi è più forte fisicamente; i diritti di immunità e di libertà, contro la legge di chi è più forte politicamente; i diritti sociali, come diritti alla sopravvivenza contro la legge di chi è più forte socialmente ed economicamente» (L. Ferraioli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 160).

[73] T. Marshall, *Citizenship and Social Class*, London 1992 (ed. orig. 1950).

[74] Cfr. F. Ferraro, *The social dimension of fundamental rights in times of crisis*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (a cura di), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, Abingdon 2017, pp. 196-212, con ulteriori riferimenti alla letteratura.

concezione standard, considerando che tutti i diritti sono il prodotto di un'istituzione sociale (il diritto) che dipende da determinate condizioni sociali di esistenza, tra cui la cooperazione.

In ogni caso, quanto al nostro tema, l'affermazione più forte di Atria è che rendendo i diritti sociali suscettibili di essere fatti valere in giudizio, la loro anomalia si perde, e diventano diritti dell' "uomo isolato" alla tutela minima della propria salute o istruzione. Il diritto all'assistenza sanitaria, a esempio, cessa di essere un diritto a un sistema che fornisca assistenza sanitaria in base ai bisogni piuttosto che alla capacità di pagare e diviene un diritto alla cura delle proprie esigenze mediche anche quando il costo del trattamento è irragionevolmente elevato, e di conseguenza, indifferente al bisogno degli altri. Anche condividendo l'elemento centrale della proposta di Atria sulla natura non individualista dei diritti sociali, non è detto che si debba negare ogni spazio alla giurisdizione. Sempre tenendo da parte la posizione peculiare delle corti costituzionali, si pensi alle prime ricordate azioni "di classe".

Al di là di ciò, la prospettiva degli obblighi reciproci e cooperativi di cittadinanza richiede di prestare particolare attenzione ai processi di organizzazione dei diritti sociali che si traducono nell'apertura a spazi di conflitto sull'organizzazione delle prestazioni e confermano la suddetta (paragrafo precedente) importanza della partecipazione più nella fase di formazione delle politiche che in quella della loro esecuzione in sede burocratica. Come è stato osservato di recente, in un contributo che riprende l'elaborazione teorica di Atria, se si riconosce che i diritti sociali sono parte integrante degli assetti di produzione sociale, il ruolo dei soggetti collettivi (delle forze sociali) ne costituisce elemento imprescindibile e questo può trovare spazio essenzialmente nell'organizzazione dei servizi sociali - particolarmente nella dimensione locale - piuttosto che nella tutela giurisdizionale individuale[75].

***

ABSTRACT: This essay aims to provoke some thoughts on the role of public administration in fundamental rights guarantee beyond that provided by the courts. Starting from the assumption that protecting rights requires a holistic approach on the part of the public power, an effort is made to highlight the imports of this idea on administrative organisation theory. The thesis of fundamental rights as indivisible and universal seems to bring about two

[75] M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 1, 2022, in pubb.

consequences: fundamental rights are shielded from political bargaining, and bureaucracy is conceptualised as an independent institution tailored to guarantee the implementation of fundamental rights. Upon clarifying the critical points linked to this approach, the article discusses some downsides and limits of such an account of the idea of rights indivisibility. The risk of neglecting the collective and pluralist dimensions of social rights is a particular concern.

KEYWORDS: fundamental rights, administrative organisation; judicial protection; social rights; political power.

***

Stefano Civitarese Matteucci - Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Chieti-Pescara (stefano.civitarese@unich.it).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Quanto è morbido il *soft law*? La tutela non giurisdizionale dei diritti delle minoranze nelle aree geogiuridiche europee *

Francesco Palermo[**]

SOMMARIO: 1.Introduzione. – 2. I diritti delle minoranze e la loro tutela (non) giurisdizionale in ambito internazionale. – 3. Le aree geogiuridiche. – 4. Dal consolidamento allo stallo, e il recupero di una dimensione *soft* della tutela. – 5. La tutela *soft* e collettiva. – 6. Di morbidezza e complementarità: considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il tema della tutela non giurisdizionale dei diritti è da un lato sempre presente nella riflessione giuspubblicistica, ma dall'altro anche relativamente poco sviluppato. Se in settori del diritto come quello civile e penale, che si concretano in via primaria attraverso le decisioni dei giudici, è inevitabile interrogarsi su formule che possano aumentare l'efficienza della tutela dei diritti al di fuori dei procedimenti giurisdizionali (come gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie in ambito civile o la giustizia riparativa o la mediazione in ambito penale), nel diritto pubblico (interno ed internazionale) ciò avviene di meno e da meno tempo. Il motivo è principalmente da ricercare nella più giovane età della tutela dei diritti costituzionali (e ancor più di quelli internazionali) e nella conseguente esigenza di rafforzare gli strumenti giurisdizionali, attraverso l'allargamento dell'accesso alle giurisdizioni (specie costituzionali) e in generale delle tecniche di giustiziabilità dei diritti. Spesso le forme non giurisdizionali di tutela sono viste in alternativa o come supplenza

---

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

** Il presente contributo rientra nel progetto di ricerca "Processi decisionali e fonti del diritto" del Dipartimento di eccellenza dell'Università degli studi di Verona.

rispetto alle (lacune della) tutela giudiziaria, e probabilmente questa distinzione non aiuta la valorizzazione del potenziale degli strumenti non giurisdizionali. Esse, anzi, possono essere ritenute erroneamente un ostacolo allo sviluppo delle (più efficaci) forme giurisdizionali, sviluppo auspicato nella logica di un rafforzamento della giuridicità dell'ordinamento. In realtà va piuttosto messa in evidenza la relazione di complementarità che non può che intercorrere tra strumenti giurisdizionali e non, o la semplice occupazione di spazi diversi tra le due funzioni, come nel caso oggetto di analisi del presente saggio.

La tutela dei diritti attraverso strumenti non giurisdizionali si può infatti affrontare in vari modi[1]. Oltre alla trattazione teorica o comparata del fenomeno in quanto tale (qual è lo spazio che il diritto costituzionale contemporaneo riserva alla tutela dei diritti al di fuori dei procedimenti giudiziari? Quali tendenze si ricavano dall'osservazione comparata del fenomeno: si va verso un allargamento di questi spazi o verso una crescente giurisdizionalizzazione della tutela?), si può analizzare un caso particolare, come le modalità di protezione di un diritto specifico in un singolo ordinamento (ad esempio il diritto alla salute in Italia nel contesto della pandemia), o si può osservare un orizzonte ampio in un ambito definito (ad esempio le modalità di tutela dei diritti nel mondo digitale). In questo contributo si cerca una via ancora diversa, osservando non già un diritto specifico, ma un gruppo di diritti (quelli delle minoranze nazionali) in un contesto particolare (quello del *soft law* internazionale) a livello regionale europeo. Se già i diritti delle minoranze sono un tema complessivamente poco studiato dalla dottrina costituzionalistica, la loro tutela non giurisdizionale in ambito internazionale è confinata ai lavori di pochi studiosi del diritto internazionale[2] o delle relazioni internazionali[3], ed anche per questo motivo pare opportuno cercare di fornire una prospettiva metodologica diversa e presentare il tema ad un pubblico che normalmente lo frequenta poco. Si proverà a ricavare i tratti

[1] Cfr. tra i molti E. Hafner-Burton, *Making Human Rights a Reality*, Princeton, 2013 e, in lingua italiana, F. Bocchini, *La tutela non giurisdizionale dei diritti nella Costituzione*, in C. Amirante et al. (a cura di), *Costituzionalismo e Democrazia. Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2016, p. 139 ss.

[2] Cfr. ad es. R. Hofmann, *Minority Rights: Individual or Group Rights? A Comparative View on European Legal Systems*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1998, p. 356 ss.; A. Rosas, M. Scheinin, *Categories and beneficiaries of human rights*, in R. Hanski, M. Suksi (eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*, Åbo/Turku, 1999, p. 49 ss., E. Ruiz Vieytez, R. Dunbar (eds.), *Human Rights and Diversity: New Challenges for Plural Societies*, Bilbao, 2007, p. 85 ss.

[3] Esemplificativamente P. Roter, *Locating the "minority problem" in Europe: a historical perspective*, in *Journal of international relations and development*, vol. 4, no. 3, 2001, p. 221 ss.

principali di un settore di grande rilevanza per la pace e la stabilità del continente[4], che trova la propria tutela, almeno al momento, quasi esclusivamente attraverso forme non giurisdizionali.

2. I diritti delle minoranze e la loro tutela (non) giurisdizionale in ambito internazionale

Il primo problema che si pone nell'analisi qui proposta è l'inquadramento concettuale dei diritti delle minoranze. Non si tratta infatti di tradizionali diritti individuali, sui quali normalmente si appunta la tutela e si concentra il dibattito sulle forme della stessa. Piuttosto, si tratta di diritti dotati di una dimensione collettiva, o comunque ad esercizio collettivo[5], "in comune con altri" come recita l'art. 3 c. 2 della Convenzione quadro per la tutela delle minoranze nazionali del Consiglio d'Europa, l'unico trattato esistente specificamente dedicato alla tutela delle minoranze e, come si vedrà, una delle principali fonti di produzione di *soft law* in materia.

La questione rileva non solo sul piano dell'inquadramento teorico, ma anche in relazione all'azionabilità di tali diritti. Infatti, a parte i rari casi in cui siano previsti ricorsi in capo a soggetti esponenziali della comunità tutelata[6], è

[4] Nel momento in cui questo testo viene completato è in corso la guerra in Ucraina, nella quale la questione delle minoranze gioca un ruolo fondamentale. Per quanto alcuni aspetti, specie i diritti linguistici, siano anche stati oggetto di tutela (o mancata tutela) in ambito giurisdizionale (si consenta il rinvio a F. Palermo, S. Constantin, *Litigating Linguistic Rights of National Minorities in Central, Eastern and South-Eastern Europe*, in B. de Villiers, J. Marko, F. Palermo, S. Contantin (eds.), *Litigating the Rights of Minorities and Indigenous Peoples in Domestic and International Courts*, Leiden-Boston, 2021, p. 179 ss.), gran parte delle vicende pre-belliche hanno riguardato forme non giurisdizionale di tutela (o mancata tutela) delle minoranze. Si veda F. Palermo, *The Elephant in the Room: Ukraine between Decentralization and Conflict*, in: *Ethnopolitics*, vol. 19, no. 4/2020, p. 369 ss.

[5] Per tutti A. Spiliopoulou Åkermark, *Justification of Minority Protection in International Law*, London et al., 1996. Cfr. in lingua italiana C. Casonato, *Minoranze etniche e rappresentanza politica. I modelli statunitense e canadese*, Trento, Università degli Studi, 1998, R. Toniatti, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, in T. Bonazzi, M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, p. 281 ss. Si veda anche F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, 3. ed., Padova 2021.

[6] Come nel caso dei diritti di veto previsti per alcune minoranze nazionali nelle procedure di approvazione di leggi che contrastino con gli interessi vitali del gruppo, previsto in diversi ordinamenti, dal Belgio alla Bosnia alla Slovenia e molti altri. Com'è noto uno strumento di questo tipo è previsto anche nello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, dove la maggioranza dei componenti di un gruppo linguistico nel Consiglio provinciale di Bolzano può chiedere che una

molto difficile che sia data azione per la tutela di diritti collettivi, e pertanto la via privilegiata è inevitabilmente quella non giurisdizionale. Ciò vale anche e a maggior ragione a livello internazionale e sovranazionale, dove risulta difficile anche l'azionabilità dei diritti individuali degli appartenenti a minoranze: la Convenzione europea per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (CEDU) non contiene previsioni specifiche in tema di diritti delle minoranze[7], e se la disposizione relativa al principio di non discriminazione (art. 14) ha portato a diverse pronunce rilevanti (in tema di diritti linguistici, o di segregazione in ambito scolastico), non ha consentito lo sviluppo di una giurisprudenza significativa in tema di tutela delle minoranze[8]; parimenti, per quanto l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE indichi tra i fattori di discriminazione anche "l'appartenenza ad una minoranza nazionale",, sono finora mancate pronunce basate su questo parametro, mentre la (limitata) giurisprudenza della Corte Giustizia sulle minoranze si è sviluppata intorno alle regole sulla libertà di circolazione e di fruizione di servizi, come ad es. l'uso della lingua minoritaria nei processi[9]. Pertanto, l'apertura di spazi per forme di tutela non giurisdizionale è la conseguenza inevitabile per rendere effettivi questi diritti, al di là di tutele puntuali.

---

proposta, ritenuta lesiva dell'uguaglianza tra i gruppi, sia sottoposta a votazione separata per gruppi linguistici. Se la richiesta non è accolta o la proposta viene comunque approvata nonostante il voto contrario dei 2/3 dei componenti il gruppo linguistico che ha formulato la richiesta, la maggioranza del gruppo linguistico consiliare può ricorrere direttamente alla Corte costituzionale (senza che il ricorso abbia effetto sospensivo). Per quanto l'utilizzo concreto dello strumento sia stato modesto, essendo stato utilizzato dal solo gruppo ladino quando il suo unico consigliere era all'opposizione, ha dato origine alla più interessante pronuncia della Corte cost. in tema di rappresentanza politica delle minoranze (sent. 356/1998). Cfr. già R. Toniatti, *La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche: i ladini fra rappresentanza "assicurata" e "garantita"*, in *Le Regioni*, 6/1995, p. 1271 ss.

[7] Per quanto il XII Protocollo aggiuntivo sulla non discriminazione (2001) menzioni, all'art. 1 l'appartenenza ad una minoranza nazionale quale esplicito criterio per il quale è proibita qualsiasi discriminazione nel godimento dei diritti.

[8] Sulla limitata azionabilità dei diritti delle minoranze nell'ambito della CEDU cfr. G. Gilbert, *The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 24, no. 3, 2002, p. 736 ss.

[9] Cfr. F. Palermo, *The Use of Minority Languages: Recent Developments in EC Law and Judgments of the ECJ*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, vol. 8, n. 3, p. 299 ss. e *amplius* G. Toggenburg, *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, Budapest, 2004.

3. Le aree geogiuridiche

Il diritto delle minoranze si è finora sviluppato prevalentemente nei cerchi più esterni dell'integrazione sovranazionale, efficacemente definiti "aree geo-giuridiche" dell'integrazione[10] o i suoi cerchi concentrici[11], ossia le organizzazioni internazionali e sovranazionali attive nell'area europea e che procedono da forme blande a forme assai strette di integrazione: Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (Osce), Consiglio d'Europa e Unione europea (Ue). Ciò ha prodotto una progressiva stratificazione di strumenti regionali che, occupandosi direttamente o indirettamente di diritti delle minoranze, hanno predisposto forme di tutela non giurisdizionale dei diritti (collettivi) delle minoranze.

Dopo il 1989, l'esplosione violenta del conflitto etnico, specie nell'area dell'ex blocco sovietico ma non solo, ha colto impreparato l'ordinamento internazionale, sprovvisto di strumenti per la gestione delle rivendicazioni collettive. L'enfasi sui diritti individuali, che in molte aree del mondo aveva creato condizioni di stabilità e pace, non poteva più considerarsi uno strumento buono per tutti gli usi, e palesava la sua eccessiva semplicità di fronte a guerre apparentemente inspiegabili. L'ordinamento internazionale si è così dovuto rapidamente dotare di nuovi strumenti specifici[12], per bilanciare i diritti umani individuali con la dimensione collettiva dei diritti delle minoranze.

In particolare, nel giro di pochi anni, l'Onu ha dapprima creato un gruppo permanente sulle minoranze nella sottocommissione per i diritti umani nel 1992, e nel 2006 ha sostituito la Commissione dei diritti umani con un nuovo Consiglio dei diritti umani, in seno al quale ha deciso di istituire un Forum per le questioni delle minoranze[13]. Inoltre, nel 1993 l'Assemblea generale ha istituito la figura dell'Alto Commissario per i diritti umani, e nel 2005 la (allora) Commissione per i diritti umani ha incaricato l'Alto Commissario di nominare un esperto indipendente sulle questioni delle minoranze[14]. Soprattutto, nel 1992 l'Assemblea generale ha approvato con propria risoluzione la "Dichiarazione riguardo ai diritti

---

[10] R. Toniatti, *Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa*, in *Revista vasca de administración pública*, 58 (II), 2000, p. 17 ss.

[11] In quanto la partecipazione all'OSCE è (di fatto) un prerequisito per l'ammissione al Consiglio d'Europa e la partecipazione al Consiglio d'Europa è (de jure) un prerequisito per l'adesione all'UE.

[12] Per una completa panoramica cfr. G. Pentassuglia, *Minorities in International Law*, Strasbourg, 2002.

[13] *Forum on Minority Issues*, istituito con Risoluzione del Consiglio dei diritti umani n. 6/15 del 28 settembre 2007. Il Forum ha iniziato i propri lavori nel dicembre 2008.

[14] Risoluzione 2005/79 della (allora) Commissione per i diritti umani.

delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche", un documento non vincolante ma dotato di grande importanza persuasiva[15].

A livello europeo, i primi strumenti internazionali contenenti dei principi specifici in materia di tutela minoritaria sono stati quelli, vincolanti solo politicamente, della Conferenza per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (Csce), divenuta successivamente Osce (ossia "organizzazione", ad indicarne il carattere strutturale). Particolarmente significativi, in questo contesto, sono stati dapprima l'approvazione della Carta di Parigi per una nuova Europa del 1990, un documento di grande importanza politica approvato nell'immediatezza della transizione, che pone la questione delle minoranze al centro della discussione in tema non solo di diritti umani ma anche di sicurezza; successivamente il lavoro del gruppo di esperti sulle minoranze nazionali convocato a Ginevra nel 1991, che ha espressamente affermato che «le questioni delle minoranze nazionali, il rispetto degli obblighi internazionali e degli impegni politici relativi ai diritti delle persone appartenenti a tali minoranze sono questioni di legittimo interesse della comunità internazionale e di conseguenza non rappresentano un affare esclusivamente interno ai singoli Stati»[16]; infine, e soprattutto, la creazione, nel 1992, di un organismo apposito, l'ufficio dell'Alto Commissario delle minoranze nazionali (*High Commissioner on National Minorities* – Hcnm), con il compito di monitorare gli sviluppi normativi e politici nei Paesi aderenti e di intervenire in via diplomatica nelle aree in cui potrebbero delinearsi scenari di conflitto etno-nazionale[17]. Oltre all'attività di prevenzione di possibili conflitti, l'Hcnm, come si vedrà, predispone linee guida non vincolanti in specifici settori del diritto delle minoranze, che si affermano per prestigio anziché per imposizione e costituiscono importanti punti di riferimento per la determinazione degli standard internazionali in materia.

Parallelamente, in coincidenza temporale con quanto già detto a proposito dell'Osce e come reazione ai drammi delle guerre balcaniche, anche il Consiglio d'Europa si è dotato di alcuni strumenti, atti a gestire le nuove sfide specificamente relative alle questioni minoritarie che la Cedu, come detto, non era in grado di coprire. Il primo di questi non riguarda soltanto le minoranze, ma nel concreto ha avuto un impatto considerevole sulla legislazione in materia di molti

[15] *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, adottata con risoluzione dell'AG n. 47/135 del 18 dicembre 1992. La Dichiarazione può essere considerata un documento di interpretazione e specificazione dell'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

[16] Report of the Csce Meeting of Experts on National Minorities, Sez. II, par. 3.

[17] Diffusamente W. Kemp, *Quiet Diplomacy in Action. The OSCE High Commissioner on National Minorities*, The Hague, 2001.

Paesi: si tratta della Commissione per la democrazia attraverso il diritto (cd. Commissione di Venezia). La Commissione, composta da autorevoli giuristi di vari Paesi (ora anche oltre i confini del Consiglio d'Europa), assiste i processi di democratizzazione e formula pareri non vincolanti ma di fatto assai influenti sulle riforme costituzionali e legislative in Europa e altrove, e molti di questi riguardano il tema delle minoranze e dei conflitti etnici[18]. Oltre alla Commissione di Venezia, il Consiglio d'Europa ha creato anche due strumenti specifici e vincolanti relativi alle minoranze: la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie (Ecrml), e la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali (Fcnm). La prima (del 1992, in vigore dal 1998) è un trattato in materia culturale, dedicato alla tutela delle lingue minoritarie e della diversità linguistica e dunque solo indirettamente ai diritti dei parlanti tali lingue, mentre il secondo (del 1995, in vigore dal 1998) è il primo e finora unico accordo multilaterale relativo alla tutela delle minoranze in quanto tali, ed ha dunque un'importanza fondamentale nella determinazione del diritto internazionale delle minoranze.

Infine, anche l'Unione europea ha preso atto della centralità del fenomeno, soprattutto in riferimento ai criteri richiesti ai Paesi candidati all'adesione. Il rispetto e la tutela delle minoranze è un criterio di carattere politico per l'adesione fin dal vertice di Copenaghen del 1993[19], e successivamente ha fatto il suo graduale (sia pur limitato) ingresso nel diritto positivo dell'Unione, dapprima indirettamente nei trattati[20], poi nel diritto secondario[21], poi nella Carta dei diritti fondamentali[22] e infine nel Trattato di Lisbona[23].

---

[18] Cfr. S. Bartole, *The Internationalization of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford, 2020.

[19] B. de Witte, *Politics vs. Law in the EU's Approach to Ethnic Minorities*, EUI working paper/Robert Schumann Center, Istituto Universitario Europeo, 2000, n. 4.

[20] In base alla previsione dell'art. 13 del Trattato Ce (Tce) aggiunta nel Trattato di Amsterdam (1997), si prevedono «provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate su [...] razza, origine etnica [e] religione».

[21] L'art. 5 della direttiva 2000/43/CE del Consiglio (rubricato "azione positiva") recita: «Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica».

[22] La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede all'art. 21 un lungo elenco di divieti di discriminazione (tra cui il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, la lingua, la religione e l'appartenenza ad una minoranza nazionale) ed all'art. 22 l'obbligo per l'Unione di «rispetta[re] la diversità culturale, religiosa e linguistica». Cfr. C. Piciocchi, *L'identità culturale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in R. Toniatti (cur.), *Diritto, diritti, giurisdizione, La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2002, p. 119 ss.

[23] Com'è noto, il Trattato di Lisbona ha introdotto il riferimento al rispetto dei diritti delle persone appartenenti a minoranze tra i valori su cui si fonda l'Unione europea (art. 2 TUE).

Questi brevi cenni mostrano come, nella fase internazionale successiva agli eventi del 1989, il trattamento delle minoranze abbia cessato di essere un affare meramente interno agli stati, coperto dal principio di non interferenza (come ai tempi della guerra fredda), ma sia diventato, anche in termini giuridici, un problema condiviso ed una responsabilità della comunità internazionale. Ciò che ha permesso questa evoluzione nel panorama giuridico è in primo luogo il chiaro collegamento tra le minoranze e la sicurezza collettiva[24].

Soprattutto, il combinato effetto dell'internazionalizzazione della questione minoritaria[25] e della condizionalità degli standard internazionali rispetto alle norme interne, ha finito col produrre e rapidamente sviluppare un fenomeno che può definirsi di internazionalizzazione del diritto costituzionale (perché il diritto costituzionale, specie ma non solo[26] nelle costituzioni della transizione degli anni '90[27] è stato fortemente condizionato, nei contenuti e nelle procedure, dalle norme internazionali, anche quando queste non fossero immediatamente prescrittive) e della contestuale costituzionalizzazione del diritto internazionale, che ha iniziato ad assumere alcune caratteristiche che sono state fino ad allora prerogativa delle costituzioni statali, come la normatività, mentre è rimasto limitato il ricorso alla tutela giurisdizionale (sviluppandosi al più forme ridotte di tutela indiretta o

[24] Su questo aspetto esiste un ampio dibattito, specie in riferimento alla strumentalizzazione (possibile e spesso reale) delle questioni etniche in chiave di sicurezza. Cfr. *ex multis*, P. Roe, *Securitization and Minority Rights: Conditions of Desecuritization*, in Security Dialogue, vol. 35, n. 3, 2004, p. 279 ss. e W. Kymlicka, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, 2007.

[25] W. Kymlicka, *The internationalization of minority rights*, in I-CON, vol. 6, no. 1, 2008, p. 1 ss.

[26] Si veda, per un esempio indicativo, l'art. 2 della legge italiana n. 482/1999 ("norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche"), che recita: «In attuazione dell'articolo 6 della Costituzione e in armonia con i principi generali stabiliti dagli organismi europei e internazionali, la Repubblica tutela la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo» (corsivo aggiunto).

[27] Per la semplice ragione che questi Paesi si sono trovati a modificare pesantemente il proprio ordinamento costituzionale e il proprio apparato legislativo, ed a farlo con l'obiettivo di aderire ai diversi "club" internazionali, ultimo e più importante dei quali l'UE. Per una serie di interessanti esempi si veda A. Novak, M. Žagar, *The Constitutional Regulation of Ethnic Diversity, Protection of National Minorities and (Special) Rights of Persons belonging to National Minorities and/or National Minorities. The Countries of South Eastern Europe and the European Context*, Ljubljana, 2007. Sul fenomeno della condizionalità cfr. C. Pinelli, *Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments*, in European Law Journal, vol. 10, n. 3, 2004, p. 354 ss., e con specifico riferimento alla materia delle minoranze v. L. Appicciafuoco, *Integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea e il principio di condizionalità*, in DPCE, 2007-II, p. 537 ss. e M. Dicosola, *Stati, nazioni e minoranze. La ex Jugoslavia tra revival etnico e condizionalità europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

paragiusridizionale)[28], che pure pareva profilarsi come lo sbocco inevitabile della descritta evoluzione.

4. Dal consolidamento allo stallo, e il recupero di una dimensione soft della tutela

Le misure assunte dalla comunità internazionale negli anni '90 hanno consentito di portare pace e maggiore stabilità nelle relazioni tra gruppi nel continente europeo, specie attraverso la combinazione di *soft law*, condizionalità, e tutela non giurisdizionale, con alcuni assai ridotti elementi di tutela giurisdizionale.

Tuttavia, tali misure sono presto divenute vittime del proprio stesso successo: dopo aver fermato la violenza e costruito un efficace sistema di garanzie internazionali e nazionali per i diritti delle minoranze, esse si sono dimostrare meno adatte a gestire la successiva fase del consolidamento, con nuove e più sottili sfide.

Ciò si deve in primo luogo al mutato contesto internazionale, che ha visto la rapida e generalizzata riemersione della centralità degli Stati sulla scena internazionale ed europea a causa di fattori quali la minaccia terroristica, la crisi economico-finanziaria che ha colpito l'Europa, l'afflusso di migranti a seguito delle cd. "primavere arabe" e del loro fallimento, e da ultimo la crisi pandemica. Gli Stati si sono rapidamente riappropriati dell'agenda della sicurezza, e le minoranze vi sono state inevitabilmente incluse, venendo spesso viste come gruppi potenzialmente meno leali con lo stato di appartenenza o persino quali minacce permanenti per la sicurezza nazionale. Contestualmente, l'attenzione si è spostata dalle minoranze nazionali tradizionali alle cd. "nuove minoranze"[29] legate all'immigrazione e spesso portatrici di diversità religiosa, fattore abbastanza sopito in relazione alle minoranze nazionali. In tal modo, il clima complessivo nei confronti delle diversità è diventato assai meno favorevole, e gli Stati si sono

[28] Non sono pochi, in questa fase, i casi di citazioni dirette della Convenzione Quadro da parte delle corti nazionali e internazionali a supporto delle rispettive decisioni. Per vari esempi F. Palermo, *Domestic Enforcement and Direct Effect of the Framework Convention for the Protection of National Minorities. On the Judicial Implementation of the (Soft?) Law of Integration*, in A. Verstichel, A. Alen, B. de Witte, P. Lemmens, Paul (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Useful Pan-European Instrument?*, Antwerp, 2008, p. 187 ss.

[29] R. Medda-Windischer, *Old and New Minorities: Reconciling Diversity and Cohesion, A Human Rights Model for European Integration*, Baden-Baden, 2009, e W. Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit.

"ripresi" molto dello spazio che, in tema di minoranze e non solo, avevano in precedenza lasciato alle organizzazioni internazionali.

Di conseguenza, la tutela dei diritti delle minoranze è diventata più difficoltosa, nonostante la presenza di un sistema giuridico di tutela (internazionale e interna) piuttosto sviluppato. In primo luogo, la crisi economica (come poi quella pandemica) ha colpito soprattutto i segmenti più vulnerabili della popolazione, cui normalmente le minoranze appartengono. In secondo luogo, la spesa per i diritti delle minoranze si è spesso ridotta. Infine, e soprattutto, le minoranze sono spesso risultate vittima di un clima complessivo assai riluttante verso il riconoscimento del valore positivo della diversità[30].

A partire dall'inizio del millennio questi fenomeni si sono progressivamente stabilizzati e intensificati, dando vita, negli ultimi anni, ad una nuova fase di consolidamento (e di rallentamento della dinamica) dei diritti delle minoranze. In particolare, il nuovo "statismo" in materia e la contestuale riduzione dell'influenza delle organizzazioni nazionali ha riportato la tutela delle minoranze in una dimensione interna o (spesso) bilaterale piuttosto che multilaterale[31], ha ridotto il ruolo della condizionalità internazionale e ha fatto retrocedere il tema delle minoranze (e della diversità più in generale) nella scala di priorità delle cancellerie. Nell'ultimo decennio non vi è stata alcuna nuova ratifica della Convenzione quadro[32] né della Carta europea delle lingue regionali o minoritarie[33], ed appare assai improbabile che ve ne siano nel prossimo futuro, e gli organismi di monitoraggio si trovano spesso a ripetere per diverse volte[34] le medesime raccomandazioni riguardo alla corretta interpretazione del rispettivo trattato senza riuscire davvero ad incidere sulle misure adottate (o non adottate) dagli

[30] Si vedano per molti esempi in tal senso i rapporti del Comitato consultivo per la tutela delle minoranze nazionali nei diversi stati, in particolare in relazione agli articoli 4-6 della Convenzione quadro che si occupano rispettivamente di uguaglianza (art. 4), misure per la tutela e la promozione della cultura delle minoranze nazionali (art. 5) e non discriminazione (art. 6).

[31] F. Palermo, N. Sabanadze (eds.) *National Minorities in Inter-State Relations*, Leiden/Boston, 2011.

[32] L'ultimo Paese a ratificare la Convenzione Quadro è stata la Georgia nel 2005.

[33] La Bosnia Erzegovina ha ratificato la Carta nel 2010 a seguito di forti pressioni internazionali. La Polonia l'ha ratificata nel 2009 a compimento di un processo lungo e politicamente non contestato, per quanto tecnicamente complesso (la firma risaliva al 2003). Nonostante le firme siano parecchie di più, ad oggi solo 25 Paesi hanno ratificato la Carta, e la gran parte degli stati che hanno firmato ma non ratificato la Carta hanno apposto la firma nella fase di massima "internazionalizzazione" del diritto delle minoranze (tra il 1992 e il 2001).

[34] Sia la Convenzione Quadro sia la Carta Europea delle Lingue Regionali o Minoritarie si trovano nel 2022 nel quinto ciclo di monitoraggio.

stati, riducendo così nei fatti l'influenza delle stesse procedure di monitoraggio, verso le quali si registra una crescente insofferenza e un certo "affaticamento"[35].

Questa attenuazione del grado di tutela ha reso ancora più evidente l'essenzialità di garanzie non giurisdizionali. La consapevolezza di questi fenomeni ha indotto la comunità internazionale a sottolineare maggiormente il legame tra tutela delle minoranze e funzionamento delle società nel loro complesso, ben oltre la predisposizione di rimedi giudiziari. Se infatti in una prima fase l'urgenza era data necessità di edificare un impianto normativo "difensivo", a garanzia dei diritti delle persone appartenenti a minoranze (rendendoli giustiziabili laddove possibile, si pure in minima parte), nella nuova fase la sfida è quella di rendere effettivi tali diritti, evitando di produrre fratture e segmentazioni nelle società e di isolare le minoranze quali fattori (magari tutelati ma) di "disturbo", rendendole delle riserve più che delle risorse per la società nel suo complesso. Anche in considerazione del fatto che segmentazione produce alienazione e quindi nuovi rischi di conflitti.

Aumenta così l'importanza del *soft law* internazionale, come strumento generale di tutela. Il primo segnale in questa nuova direzione è rinvenibile nel commentario tematico del Comitato consultivo per le minoranze nazionali in materia di partecipazione effettiva delle minoranze del 2008[36]. Da un lato, la sua elaborazione è stata il frutto di un processo partecipativo ampio, con il coinvolgimento di rappresentanti della società civile, di accademici ed altri *stakeholders*, in linea con una nuova tendenza gradualmente affermatasi sul piano internazionale[37]. Dall'altro, i suoi contenuti non si limitano a elencare i diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali nei settori oggetto del commentario, ma includono anche le condizioni necessarie alla creazione di una società integrata, compresi gli obblighi in capo a maggioranze e minoranze e soprattutto gli aspetti procedurali necessari per dare «sostanza alle previsioni internazionali e per facilitare sul piano interno l'attuazione degli obblighi internazionali, in modo

[35] R. Kicker, M. Möstl, *Standard-Setting Through Monitoring. The Role of Council of Europe Expert Bodies in the Development of Human Rights*, Strasbourg, 2012.

[36] ACFC, Thematic Commentary No. 2, *The Effective Participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Life and in Public Affairs* (2008), ACFC/31DOC(2008)001 (ACFC TC2).

[37] Cfr. le raccomandazioni elaborate nell'ambito dell'UN Forum on Minority Issues dal titolo *Minorities and the Right to Effective Political Participation* (2009) e *Minorities and the Right to Education* (2008). Cfr. I. Klímová-Alexander, *Effective Participation of Minorities. United Nations Standards and Practice*, in M. Weller, K. Nobbs (eds.), *Political Participation of Minorities. A Commentary of International Standards and Practice*, Oxford, 2010, p. 286 ss.

da trovare il giusto equilibrio tra le legittime preoccupazioni degli stati e delle maggioranze da un lato e le esigenze delle minoranze dall'altro»[38].

Quest'opera interpretativa degli strumenti internazionali attraverso atti di *soft law* come commentari e raccomandazioni è divenuta sempre più importante per compensare (se non l'obsolescenza almeno) l'invecchiamento di tali strumenti rispetto ad una realtà parecchio mutata dai tempi della loro approvazione. Dopo il commentario alla Convenzione quadro sulla partecipazione, altri quattro fondamentali documenti interpretativi sono stati elaborati dai due organi centrali per la tutela delle minoranze in Europa, l'Alto Commissario OSCE delle minoranze nazionali e il Comitato consultivo della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa, che sono andati a toccare tutti gli aspetti più rilevanti e significativi della fase di difficoltà progressivamente accentuatasi nel primo decennio del nuovo millennio. Dapprima le *Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations* dell'Alto Commissario Osce, nel 2008, hanno affrontato il delicatissimo tema di quanto gli Stati possano fare per promuovere i diritti di minoranze residenti in altri Stati. La difficoltà della questione sta nel fatto che da un lato mancano norme cogenti sul punto, salvo le pochissime che indicano principi più che regole operative – ad esempio la necessità di garantire l'integrità sovrana degli stati, le buone relazioni di vicinato e gli obblighi degli stati ad assicurare il rispetto dei diritti delle minoranze residenti nel loro territorio. Dall'altro lato, dietro al legittimo interesse degli Stati per le minoranze residenti nel territorio di un altro stato si celano traumi storici (come la separazione di pezzi di territorio a seguito di eventi bellici) e la concezione della natura dello Stato in questione, che tende a identificarsi con la propria maggioranza etnica facendosi carico della situazione della "propria" minoranza all'estero. In qualche caso, la responsabilità di proteggere la "propria" minoranza all'estero ha dato luogo a difficili rapporti tra stati confinanti (specie in tema di concessione della cittadinanza) o persino a veri e propri conflitti, come nel caso di diversi territori dell'area ex sovietica e caucasica in particolare, dal Nagorno-Karabakh alla Transnistria, da Sud Ossezia e Abkhazia fino al Donbass e alla guerra ucraina, tutti giustificati con la necessità di proteggere le "proprie" popolazioni all'estero. Le Raccomandazioni indicano da un lato possibilità e limiti dell'azione degli Stati nei confronti di (alcune) minoranze residenti all'estero, dall'altro e soprattutto richiamano il principio fondamentale per cui la tutela dei diritti delle minoranze non è una mera questione interna ai singoli stati ma è di

[38] A. Eide, *The Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities: An Overview*, in *International Journal of Minority and Group Rights*, vol. 6, no. 3, 1999, p. 319 ss. (p. 325).

interesse della comunità internazionale[39], e che proprio per questo le questioni ad essa relative devono essere preferibilmente trattate sul piano multilaterale e non bilaterale[40].

Sempre l'Alto Commissario ha poi elaborato una fondamentale serie di direttive che riguardano l'interazione delle società composte, integrazione da ottenere attraverso i diritti delle minoranze. Le *Ljubljana Guidelines on Integration of Diverse Societies* (2012) operano un salto qualitativo nella direzione indicata di guardare ai diritti delle minoranze come elemento essenziale e imprescindibile di gestione della diversità. I principi portanti di una società integrata vengono indicati nel riconoscimento della diversità e delle identità multiple, nel primato del principio di auto-identificazione, in un approccio non isolazionista alle questioni delle minoranze, alla presenza di istituzioni inclusive, di un senso di appartenenza e di accomodamento reciproco, nella partecipazione effettiva, nel riconoscimento di diritti e doveri, nelle ordinate relazioni tra comunità e nella presenza di politiche inclusive che si rivolgano sia alle maggioranze che alle minoranze[41].

Analoghi principi sono stati esplicitati nei due più recenti commentari del Comitato consultivo della Convenzione quadro, quello sui diritti linguistici delle persone appartenenti a minoranze nazionali (2012) e quello sull'ambito di applicazione della Convenzione quadro (2016). Il primo[42] affronta il più complesso diritto delle minoranze, quello all'uso della lingua, non più in termini esclusivamente difensivi (come nella prima fase, tipica degli anni '90, nella quale era necessario il consolidamento di garanzie giuridiche dei diritti) ma guardando alla dimensione sociale dei diritti linguistici[43]. Si affrontano così ad es. il tema della possibilità di identità (linguistiche) multiple[44], quello delle relazioni gerarchiche

---

[39] CSCE, Copenhagen Document, 1990, para. 35 e 36.

[40] *Amplius* F. Palermo, N. Sabanadze (eds.), *National Minorities in Inter-State Relations*, cit.

[41] OSCE High Commissioner on National Minorities, *Ljubljana Guidelines on Integration of Diverse Societies*, 2012, parte II (principles of integration), direttive 5-12.

[42] ACFC, *The Language Rights of Persons Belonging to National Minorities under the Framework Convention* (2012), ACFC/44DOC(2012)001 rev (ACFC TC3).

[43] Cfr. I. Ulasiuk, L. Hadîrcă, W. Romans (eds.), *Language Policy and Conflict Prevention*, Leiden/Boston, 2018.

[44] Il paragrafo 18 del Commentario recita: «a person might wish to identify herself or himself with several groups. The phenomenon of multiple affiliation is in fact quite common, due to mixed marriages, for instance, or cases of state succession. A person may also identify himself or herself in different ways for different purposes, depending on the relevance of identification for him or for her in a particular situation. The Advisory Committee considers that the principle of self-identification, as contained in Article 3 of the Framework Convention, also guarantees the possibility of multiple affiliation. This implies that, in principle, a person may claim linguistic

di fatto esistenti tra lingue e identità nelle società[45], il bilanciamento tra diritti e doveri linguistici[46], ecc., mettendo poi in relazione il godimento di specifici diritti minoritari (come quelli linguistici) agli altri diritti delle minoranze (istruzione, media, partecipazione, ecc.) e al ruolo delle identità all'interno di società complesse. Un'operazione che trova il suo completamento concettuale nel successivo (e per ora ultimo) commentario alla Convenzione quadro, quello sull'ambito di applicazione delle Convenzione quale strumento di gestione delle diversità attraverso i diritti delle minoranze[47]. In questo documento si esplicita soprattutto il ruolo sociale della Convenzione quadro, quale strumento per il riconoscimento della diversità e per la promozione di un «clima di dialogo e mutua comprensione, in cui la diversità culturale sia vista come fonte di arricchimento e non di divisione» [48].

La risposta allo stallo nell'aumento di forme giurisdizionali di tutela dei diritti delle minoranze ed anzi ad un loro sostanziale arretramento, alla frequente bilateralizzazione delle relazioni tra Stati in tema di minoranze, alla crescente insofferenza degli Stati verso la diversità viene dunque data sottolineando il valore della tutela di tali diritti per la società nel suo complesso e non solo per le persone appartenenti a minoranze nazionali[49], che anzi mai potranno veder riconosciuto il loro ruolo nella società senza che la società tutta se ne faccia carico. Per questo,

---

rights with regard to several minority languages, as long as the relevant conditions, such as demand and/or traditional residence, contained in the respective articles of the Framework Convention are fulfilled».

[45] Cfr. para. 8: «While states continue to play an essential role in defining the legal regime governing the use of languages, other entities are gaining momentum, such as local, regional or transnational bodies in which the functionality and prestige of languages are influenced by different actors. Unequal power relations between different groups of speakers may lead to social hierarchies that can also be reflected in language practices and political discourse on languages. This influences the way in which speakers of certain languages are perceived by others and, to some extent, perceive themselves. Language policies aiming at valuing linguistic resources at the individual and social level therefore also have to address the question of hierarchy in language and society, and the issue of unequal access to full participation in society».

[46] In generale il diritto internazionale prevede diritti per i cittadini e obblighi per gli stati. Tuttavia, l'operare di altri principi meritevoli di tutela, quali la coesione sociale, le relazioni di buon vicinato, l'integrazione delle società e la partecipazione, impone di considerare la tutela delle minoranze nell'ottica di imporre diritti ed obblighi in capo sia alle maggioranze sia alle minoranze V. G. Poggeschi, *Language Rights and Duties in the Evolution of Public Law*, Baden Baden, 2013.

[47] ACFC, *The Framework Convention. A Key Tool to Manage Diversity through Minority Rights – Thematic Commentary No. 4 on the Scope of Application of the Framework Convention for the protection of national minorities*, 2016, ACFC/56DOC(2016)001 (ACFC TC4).

[48] ACFC TC4, para 7.

[49] Nell'executive summary del TC4 si parla di «acknowledgement of difference, equal access to rights and resources despite difference and social interaction and inclusion across difference».

più che identificare (e, come sempre più frequentemente avviene, restringere) i beneficiari dei diritti delle minoranze, è necessario guardare a «ciò che è richiesto per gestire la diversità attraverso la tutela dei diritti delle minoranze»[50].

In questo modo il *soft law* e le forme non giurisdizionali (e *soft*) di tutela che prevede mostrano il proprio fondamentale carattere di complementarità rispetto alle (limitate) forme esistenti di tutela giurisdizionale, andando a costruire le basi per una considerazione complessiva del fenomeno delle minoranze nel quadro del pluralismo delle società, senza la cui considerazione non sarebbe possibile alcuna efficace tutela giurisdizionale, neppure laddove si decidesse di svilupparla.

5. La tutela *soft* e collettiva

Le menzionate aree geogiuridiche operano in complementarità tra loro. L'Osce è l'organizzazione più leggera, con un ridotto peso politico (che aumenta in momenti di crisi per la sicurezza) ma maggiore rapidità di movimento. Il Consiglio d'Europa è medio-pesante, con tratti di vincolatività (specie la Corte ma non solo) e un *soft power* certamente maggiore, compensato da una maggiore farraginosità decisionale. L'Ue è il peso massimo in termini di vincolatività ed efficacia, ma anche il livello più difficile da muovere, e in questa materia la mancanza di competenze la costringe comunque ad operare prevalentemente attraverso meccanismi di tutela *soft*.

Tolte le corti di Strasburgo e Lussemburgo, della cui giurisprudenza limitata ed essenzialmente indiretta sui diritti (individuali) delle (persone appartenenti a) minoranze si è detto, i diversi organismi dei tre cerchi concentrici non si occupano di ricorsi individuali, ma tutelano la più delicata dimensione collettiva dei diritti delle minoranze.

Nel caso dell'Osce ciò avviene addirittura senza una base giuridica, perché l'intera organizzazione non è fondata su un trattato, e di conseguenza gli atti possono essere solo *soft*, e gli strumenti di tutela solo non giurisdizionali. Nella prassi ormai trentennale dell'operato dell'Alto Commissario per le minoranze nazionali si sono così sviluppati un vasto repertorio di norme di *soft law* e una relativa *soft jurisprudence* sia interna[51] sia una esterna, con una serie di ben 9 blocchi di raccomandazioni su questioni chiave come rappresentanza, educazione, diritti linguistici, media, polizia, ambito giudiziario ma anche settori

[50] TC4, executive summary.

[51] Soprattutto documenti non pubblici come scambi epistolari e rapporti interni su questioni legate a minoranze nei vari Paesi.

non coperti e nemmeno disciplinabili da altri documenti come l'attribuzione di diritti a minoranze in un altro Stato o le linee guida per l'integrazione delle società, con temi anche molto importanti come i simboli, la toponomastica, la responsabilità dei rappresentanti eletti per la coesione sociale, ecc., di cui si è detto.

Quanto al Consiglio d'Europa, la parte vincolante del monitoraggio svolto sulla base della Convenzione quadro è solo la raccomandazione del Comitato dei Ministri, che normalmente è scarna e si limita a riprendere le raccomandazioni formulate dal Comitato consultivo. E il meccanismo sanzionatorio per il mancato rispetto delle raccomandazioni è comunque limitato alle sanzioni generali previste dall'intero apparato del Consiglio, come la sospensione e l'espulsione di uno stato membro, ed ha dunque una efficacia molto ridotta[52].

Per l'Unione europea, come si è visto, la materia in questione resta in massima parte al di fuori dei circuiti di vincolatività previsti dal sistema dei trattati, se si eccettua la condizionalità per l'adesione[53] e la menzionata giurisprudenza (limitata e indiretta) della Corte di Giustizia. Tra l'altro, una iniziativa dei cittadini europei volta a introdurre una serie di misure di diritto secondario per la tutela delle minoranze non è stata ammessa dalla Commissione nel gennaio 2021[54]. Tra le forme di tutela non giurisdizionale e *soft* va segnalata l'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (Fra)[55]. Istituita nel 2007 (e dunque estranea alla gran parte del lavoro di condizionalità compiuto in vista degli allargamenti), la Fra lavora o in autonomia, in base alle priorità definite dal consiglio direttivo cui siedono i rappresentanti degli Stati, o su richiesta delle istituzioni europee (normalmente il Parlamento o la Commissione). Soprattutto in questo secondo caso (ma indirettamente anche nel primo) i risultati del lavoro dell'agenzia confluiscono nell'attività normativa dell'Ue, sia pure in modo indiretto. Il *soft law* della Fra è significativo soprattutto in quanto predispone le

[52] Nel sistema del Consiglio d'Europa, la Carta sociale europea prevede che il Comitato per i diritti sociali possa ammettere ricorsi collettivi (*collective complaint mechanism*) da parte di specifici soggetti legittimati (organizzazioni sindacali, datoriali e alcune ONG), ma per il tema in esame il rilievo è solo indiretto (al più qualche caso di discriminazione sul lavoro), per quanto rappresenti un esempio molto interessante del consolidamento del *soft law* e della dimensione collettiva. Cfr. M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (cur.), *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, Milano, 2013.

[53] B. de Witte, *Politics vs Law*, cit. – Va segnalato peraltro che tale condizionalità è stata accantonata in occasione dell'adesione della Croazia nel 2013, deliberata senza la chiusura del capitolo dedicato ai diritti umani tra cui quelli delle minoranze.

[54] Comunicazione C(2021)171.

[55] Su cui v. per tutti O. de Schutter, *The EU Fundamental Rights Agency: Genesis and Potential*, in K. Boyle (ed.), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford, 2009, pp. 93 ss.

basi (dei dati) per l'adozione di misure normative dell'Ue ed è basato sul dialogo costante con gli Stati membri, fornendo così in tema di minoranze una tutela indiretta *soft*, indiretta e non giurisdizionale, ma certamente significativa.

Si pensi per esempio ai numerosi studi sociologici e statistici (oltre che legislativi) sulla condizione di diverse minoranze in Europa – primariamente non le minoranze nazionali, per il menzionato limite di competenza dell'Ue, ma quelle religiose, immigrate, di genere e (in deroga alla regola di non occuparsi di minoranze nazionali), di Rom e Sinti, oggetto anzi della maggiore attenzione e di rapporti annuali sulla tutela nei diversi Stati membri. Tali rapporti evidenziano anche i casi specifici di violazioni di diritti, e forniscono un'ottima panoramica dei problemi incontrati da queste minoranze nei diversi Stati membri (e in quelli candidati all'adesione). L'Agenzia non può intervenire direttamente offrendo rimedi di carattere né giurisdizionale né para-giurisdizionale, ma i dati che presenta godono di grande visibilità[56]. Inoltre, la selezione dei casi è spesso basata sul lavoro di una rete di esperti nazionali, che assumono un ruolo ancora più indiretto, quasi di una forma embrionale "diffusione" del controllo.

Altro esempio rilevante è il dialogo con gli Stati e l'ausilio che può fornire alla predisposizione di rimedi (para-)giurisdizionali di tipo interno. Lo si vede in particolare nell'intenso lavoro di promozione delle istituzioni nazionali di tutela dei diritti fondamentali: non si tratta solo di un "lavoro ai fianchi" degli Stati membri (e candidati) per indurre tutti ad avere organismi in linea con i principi di Parigi delle Nazioni Unite[57], ma anche di partecipare in ambito Onu alla riforma dei principi di Parigi per includere i ricorsi individuali agli organismi nazionali di tutela come elemento obbligatorio. Chiudendo il cerchio della zona grigia tra tutela giurisdizionale e non giurisdizionale dei diritti, compresi quelli delle minoranze.

6. Di morbidezza e complementarità: considerazioni conclusive

In conclusione possono avanzarsi alcune considerazioni di carattere sistemico. La prima riguarda l'espansione del *soft law*, specie in ambito

[56] Cfr. tra le molte rilevanti pubblicazioni l'ultimo *Roma and Travellers Survey in Six Countries*, 2020 https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-roma-travellers-six-countries_en.pdf.

[57] Com'è noto, queste pressioni non hanno avuto finora successo nei confronti dell'Italia, che resta uno dei pochi Paesi dell'UE a non avere un'istituzione in linea con i principi di Parigi. Cfr., tra i molti lavori svolti sul tema dall'Agenzia, *Strong and Effective National Human Rights Institutions*, 2020, in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-strong-effective-nhris_en.pdf.

internazionale ma, come si è visto, non solo. Si potrebbe ritenere in prima battuta che l'aumento di diritto non vincolante si ponga in contraddizione con l'auspicio di un aumento di meccanismi vincolanti in tema di tutela delle minoranze (e in generale delle diversità), che pareva una tendenza inarrestabile per tutti gli anni '90 e che ha rallentato fino a fermarsi completamente negli anni successivi. Se l'oscillazione del pendolo è indubbia, è anche vero che l'idea che il diritto internazionale debba quasi naturalmente evolvere verso un maggiore grado di normatività e che conseguentemente il *soft law* sia destinato a scomparire, assorbito dall'inarrestabile espansione del diritto vincolante e giurisdizionalizzato è alquanto romantica e ingenua. Il *soft law* non è necessariamente il prodotto della mancanza di accordo per una disciplina vincolante, ma piuttosto uno strumento complementare alle norme giuridicamente vincolanti, potendo arrivare dove queste non possono trovare spazio. C'è quindi un mondo di tutele non giurisdizionali che resteranno tali ma che sono indispensabili per garantire il grado complessivo di tutela, perché alcune forme resteranno inevitabilmente (e non è un male) fuori dai circuiti giudiziari. In realtà, la mutua contaminazione tra diritto costituzionale e internazionale a tratti rende più coercitivo il diritto internazionale, ma in altre fasi rende anche più "*soft*" e flessibile il diritto interno. E dunque l'alternativa non è tanto tra diritto *hard* (con tutela giurisdizionale) e diritto *soft* (che ne è sprovvisto), quanto tra diritto *soft* e nessun diritto. In quest'ottica, lo sviluppo congiunto sia di trattati, sia di *soft law* in tema di diversità è tutt'altro che contraddittorio, serve ad aumentare la complessiva "densità normativa" del fenomeno e sembra destinato a continuare e ad accentuarsi in futuro.

In secondo luogo, la distinzione tra diritto vincolante e non vincolante, per quanto necessaria in termini strettamente giuridici, si dimostra nella prassi di sempre più difficile individuazione. Si pensi, tra i tanti possibili, al seguente esempio. Per essere ammesso nell'Ue, uno Stato deve essere membro del Consiglio d'Europa (requisito vincolante)[58], e a sua volta il Consiglio d'Europa pone delle condizioni per l'ammissione, che sono sia giuridicamente vincolanti[59] sia soltanto politiche[60]: tra queste ultime, si richiede la ratifica della Convenzione quadro per la tutela delle minoranze nazionali. Ratificando la Convenzione, gli Stati la rendono vincolante nel proprio ordinamento, e tale vincolatività include le (non

[58] Introdotto in risposta alla mancanza di una definizione del significato del concetto di "Stato europeo" di cui all'art. 49 c. 1 TUE. Nel 1989 le Comunità europee avevano respinto la richiesta di adesione del Marocco in base al fatto che il Marocco non è uno "Stato europeo".

[59] Ad es. la ratifica della Cedu e dei suoi protocolli.

[60] Cfr. J.-F. Flauss, *Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe*, in EJIL, 5, 1994, p. 1 ss.

vincolanti) opinioni del Comitato consultivo: queste infatti costituiscono un *acquis* che viene accettato e "assorbito" dai nuovi Stati aderenti, in quanto ad essi già noto, secondo un processo analogo a quello relativo all'*acquis* comunitario prima dell'adesione all'Unione europea[61]. Di conseguenza, la "morbidezza" del *soft law* è inversamente proporzionale al grado di interconnessione dei suoi produttori e dunque al grado di stratificazione del medesimo messaggio. Si pensi alla non infrequente citazione della *soft jurisprudence* del Comitato consultivo da parte della Corte Edu, come nei casi relativi alla segregazione scolastica dei Rom in Croazia[62] e Repubblica ceca[63], e alla reiterazione dei medesimi messaggi tra l'Alto Commissario Osce, il Comitato consultivo del Consiglio d'Europa e l'Agenzia per i diritti fondamentali sulle questioni che rientrano nel mandato di tutti questi organismi.

Infine, la proliferazione e la sovrapposizione di piani e di strumenti normativi pone serie questioni relative ai destinatari del diritto delle diversità. Tendenzialmente l'aumento delle norme, dei soggetti che le producono e degli organismi che le interpretano, porta inevitabilmente ad un'espansione dei soggetti che ne beneficiano. Questa tendenza è chiaramente percepibile in tema di minoranze[64]. Nessuno strumento internazionale definisce le minoranze, mentre sono molte le norme nazionali che lo fanno, almeno al fine della loro applicazione, e spesso in chiave restrittiva. È in corso un complesso processo di erosione delle definizioni nazionali ad opera degli organismi internazionali, che in diverse occasioni cercano di dimostrare come la definizione del legislatore nazionale contrasti con la corretta interpretazione da dare agli strumenti internazionali[65], o

---

[61] Va ricordato che la previa conoscenza dell'*acquis* (compresi i principi del primato e dell'effetto diretto) è stato ritenuto l'argomento decisivo dai giudici inglesi al momento di giudicare sulla legittimità dell'adesione del Regno Unito alle Comunità europee: cfr. Court of Appeal, Civil Division, [1971], sent. 10 maggio 1971, *Blackburn v. Attorney General*, A11 ER 1380, [1971] 1 WLR 1037, in CMLR 1971, p. 784 ss.

[62] Corte EDU, 16 marzo 2010, ric. 15766/03, *Oršuš and others v Croatia*.

[63] Corte EDU, 13 novembre 2007, ric. 57325/00, *D.H. and others v Czech Republic*.

[64] K. Henrard, *Ever-Increasing Synergy towards a Stronger Level of Minority Protection between Minority-Specific and Non-Minority-Specific Instruments* in 3 European Yearbook of Minority Issues (2003/4), p. 15 ss.

[65] Cfr. ad es. la seconda opinione del Comitato consultivo sull'Italia, ACFC/INF/OP/II(2005)003, sub 11: «In contrast to the twelve historical linguistic minorities which are covered by Law 482/99, the Roma, Sinti and Travellers, which the Government rightly considers to be protected by the Framework Convention, are left without comprehensive legal protection at the state level since Law 482/99 does not include them in its personal scope of application. This is a particular matter of concern since the existing statutory provisions on the Roma, Sinti and Travellers adopted by several regions are clearly inadequate in that they are disparate, lack coherence and focus too much on social questions and immigration issues at the detriment of the promotion of their identity, including their language and culture».

come un allargamento dei (potenziali) beneficiari dei diritti minoritari (ad esempio ai non cittadini) sia insito nei principi internazionali che gli Stati medesimi hanno sottoscritto[66]. Questo processo apre indubbiamente la via ad un allargamento dei diritti e soprattutto degli strumenti di garanzia (non giurisdizionale) del pluralismo (etnico, linguistico, religioso, culturale, ecc.) ai gruppi di recente immigrazione: tra i principi fondamentali vi è infatti il diritto di ciascun componente di un gruppo a decidere di essere o non essere trattato come tale[67], da cui deriva il diritto di scegliere se essere considerati membri a pieno titolo della società nel suo complesso o titolari di una serie di posizioni giuridiche differenziali tutelate dall'ordinamento.

L'aumento dei soggetti (produttori e beneficiari) del diritto della diversità rende da ultimo necessario un processo di costante monitoraggio, aggiornamento e revisione delle norme (vincolanti o meno), da svolgere in consultazione tra e con i soggetti interessati. In questo modo il diritto si procedimentalizza e si tecnicizza, rendendo fondamentali i dettagli. È proprio lavorando costantemente sui dettagli, come si è visto, che nel lungo periodo si modificano i principi. Forse sta nascendo un diritto nuovo, ibrido, multilivello, mite, procedurale, negoziato delle differenze, garantito prevalentemente (per quanto non esclusivamente) fuori dalle corti.

***

ABSTRACT: The paper sketches the main traits of the international protection of minority rights in Europe. This topic is a particularly telling example of non-judicial protection of rights, both in terms of the rights to be protected and of the instruments used for such protection. As to the former, minority rights are peculiar as they differ from classical human rights in being collective if not in their nature, at least in their exercise. As to the latter, international protection of minority rights occurs by means of a mix between (a few) binding instruments and (more) soft law tools, providing a unique form of protection, based on a wide range of instruments. These are different in legal nature but not necessarily they

[66] V. la prima opinione del Comitato consultivo sull'Estonia (2001), sub 17: «In particular, the citizenship requirement does not appear suited for the existing situation in Estonia, where a substantial proportion of persons belonging to minorities are persons who arrived in Estonia prior to the re-establishment of independence in 1991 and who do not at present have the citizenship of Estonia».

[67] Art. 3 c. 2 della Convenzione quadro.

lack effectiveness. Furthermore, the paper shows that, at least in the area of minority rights, there is no sharp alternative between judicial and non-judicial protection, as well as between hard and soft law, but rather complementarity.

KEYWORDS: minorities; *soft law*; international law; geo-legal spheres; rights protection.

***

Francesco Palermo – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università di Verona, Direttore dell'Istituto di studi federali comparati di Eurac Research, Bolzano (francesco.palermo@univr.it).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Tutela dei diritti fondamentali e sistemi di risoluzione alternativa delle controversie*

Pietro Sirena[**]

SOMMARIO: 1. L'insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile. – 2. Le funzioni dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: rafforzare e semplificare l'accesso alla giustizia civile? – 3. *Segue:* deflazionare i carichi pendenti della giurisdizione? – 4. *Segue:* integrare i meccanismi pubblicistici di regolazione del mercato (o di alcuni mercati settoriali)? – 5. Risoluzione alternativa delle controversie e accesso alla giustizia costituzionale: l'Arbitro Bancario Finanziario e il caso Lexitor. – 6. *Segue:* Pendenza di una questione di legittimità costituzionale della norma applicabile e sospensione (c.d. impropria) dei procedimenti.

1. L'insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile

La categoria dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie risulta essere alquanto vaga dal punto di vista strutturale, se non addirittura indeterminabile: essa ricomprende infatti istituti giuridici e pratiche sociali che presentano caratteristiche marcatamente eterogenee e che sono spesso difficili da identificare anche soltanto sul piano strettamente terminologico e definitorio (per citarne alcune tra le più significative: mediazione, conciliazione, media-conciliazione, arbitrato rituale e irrituale, ma anche rinegoziazione, transazione, accertamento negoziale)[1]. In definitiva, l'utilizzazione corrente di tale categoria si spiega soltanto da un punto di vista che, più che funzionale, può definirsi di

---

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

[**] L'A. presiede attualmente il Collegio di Roma dell'Arbitro Bancario Finanziario. Le tesi espresse in questo scritto costituiscono sue opinioni personali, le quali non sono in alcun modo riferibili a tale istituzione, né tanto meno alla Banca d'Italia.

[1] Eidenmüller e Großerichter, *Alternative dispute resolution*, in *Encyclopedia of Private International Law*, edited by Basedow, Rühl, Ferrari e de Miguel Asensio, Northampton, 2017, pp. 58 ss.

politica del diritto[2]: con essa, si vuol fare infatti riferimento a qualsiasi istituto giuridico o pratica sociale che possa evitare o scoraggiare l'instaurazione di un processo civile[3], ricomponendo in qualche altro modo la lite tra le parti[4]. In questo senso, il substrato socio-politico del dibattito in questa materia è costituito da un acuto senso di insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile: il risultato istituzionale e anche pratico che viene così perseguito si presta pertanto a essere presentato e riassunto (e talvolta addirittura propagandato) nei termini di una "privatizzazione" della giustizia civile, anzitutto intesa come fuga dalla giurisdizione[5].

L'insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile, la quale riguarda anzitutto l'irragionevole durata dei processi (non solo di cognizione, ma anche di esecuzione forzata), non costituisce un fenomeno recente, né tanto meno riguarda il solo contesto italiano[6]. Probabilmente innescata dalle grandi trasformazioni sociali che conseguirono all'industrializzazione ottocentesca, essa era conclamata già agli inizi del Ventesimo secolo: basti pensare al celeberrimo discorso di Roscoe Pound, nel quale, ben più di cento anni fa, se ne individuavano diciotto distinte cause, suddivise in quattro gruppi principali: «(1) causes for dissatisfaction with *any* legal system, (2) causes lying in the peculiarities of the Anglo-American legal system, (3) causes lying in our American judicial organization and procedure, and (4) causes lying in the environment of our judicial administration»[7].

---

[2] Per un quadro d'insieme, v. i saggi raccolti in *L'altra giustizia*, a cura di Varano, Milano, 2007.

[3] Cfr. Zoppini, *L'effettività in-vece del processo*, in Riv. dir. proc., 2019, pp. 676 ss.; Pilia, *L'equilibrata relazione tra mediazione e giurisdizione*, in Aa. Vv., *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, quaderno 7 della Scuola Superiore della Magistratura, 2022, pp. 21 ss. (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/1750902/ssm_q7_v1.pdf).

[4] Con una certa dose di sarcasmo, è stato notato che, in termini prettamente funzionali, e astraendo da qualsiasi connotazione moralistica, anche la soppressione fisica della controparte può essere annoverata tra gli strumenti di eliminazione del conflitto (v. Taruffo, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, p. 779).

[5] Roberts, *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An unresolved relationship*, in Modern Law Review, vol. 56, 1993, p. 452 ss.

[6] A tale proposito, v. lo Statement dello European Law Institute (ELI) e dello European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) intitolato *The Relationship between Formal and Informal Justice: the Courts and Alternative Dispute Resolution*, Vienna, 2018.

[7] Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, Address Before the Am. Bar Ass'n (Aug. 29, 1906)', in ABA Reports, vol. 29, 1906, pp. 395 ss., più volte ristampato. A tale proposito, v. Stein, 'Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in the Twenty-First Century', in Hamline Law Review, vol. 30, 2007, pp.

Non si può peraltro negare la peculiarità del caso italiano, a proposito del quale non è esagerato parlare ormai di un fallimento del potere giudiziario dello Stato[8]: si tratta di una vera e propria catastrofe sociale ed economica (talvolta anche politica) che è sotto gli occhi di tutti e che, a più riprese, ha spinto il legislatore a riformare compulsivamente il codice di procedura civile - come se il problema si potesse risolvere proprio e solo abbreviando i termini per il deposito delle memorie istruttorie ovvero sopprimendone la sospensione feriale. Soltanto negli ultimi mesi, grazie all'urgenza degli adempimenti che sono stati richiesti dall'Unione europea affinché lo Stato italiano possa accedere al programma di finanziamenti denominato Next Generation EU, si è finalmente adottata un'impostazione riformista che non è meramente procedurale, ma ricomprende l'organizzazione degli uffizi giudiziari e le regole di autogoverno della magistratura (c.d. riforma Cartabia): in tale quadro complessivo, è stata emanata la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 (per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata)[9].

Fatte queste premesse, si deve altresì mettere in rilievo che il dibattito sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie risulta essere (non solo in Italia) largamente distorto e fuorviante, perché, in definitiva, è strumentalizzato al fine di creare meccanismi di deflazione del contenzioso civile, filtrando così le cause che dovranno essere decise in sede giurisdizionale[10].

---

499 ss. È stato ipotizzato che il titolo del *pamphlet* di Pound sia stato ripreso da quello di Edmund Burke, *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, pubblicato il 23 aprile 1770 (v. Re, 'The Causes of Popular Dissatisfaction with the Legal Profession', in St. John's Law Review, vol. 68, 1994, p. 86).

[8] Non si considererà in questa sede la giurisdizione in materia penale.

[9] Tale legge delega ha largamente attinto alla relazione finale della Commissione ministeriale di cui era presidente il Prof. Francesco Paolo Luiso (consultabile on line al seguente indirizzo: https://www.ordineavvocatimilano.it/media/news/GIUGNO%202021/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf).

[10] Per una equilibrata valutazione del problema, v. Marinaro, "Il Paese dove tutto finisce in tribunale". Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile', in Judicium, 2018 (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://www.judicium.it/paese-finisce-tribunale-riflessioni-sparse-sulle-prospettive-riforma-della-giustizia-civile/).

2. Le funzioni dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: rafforzare e semplificare l'accesso alla giustizia civile?

In tal modo, si corre il rischio di ribaltare paradossalmente, o comunque di fraintendere, l'obiettivo di politica del diritto che ha storicamente determinato la diffusione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie fin dagli anni Settanta. Esso fu autorevolmente prospettato come *Access to justice approach* da Mauro Cappelletti[11], e poi riproposto nel progetto di una *Giustizia 2.0*[12]: in sostanza, si tratta di ampliare e semplificare l'accesso alla giustizia civile da parte dei cittadini, superando così le barriere economiche e sociali alla tutela di interessi frammentati e diffusi[13].

Questa impostazione è chiaramente riconoscibile nei numerosi provvedimenti generali e particolari mediante i quali l'Unione europea ha sollecitato gli Stati membri a prevedere e incentivare il ricorso a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie[14].

Si veda, ad es., l'art. 34, paragrafo 1, della direttiva «servizio universale»[15], il quale recita: «Gli Stati membri provvedono perché esistano procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie irrisolte, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alle questioni contemplate dalla presente direttiva. Gli Stati membri provvedono affinché tali procedure

---

[11] Garth e Cappelletti, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in Buffalo Law Review, vol. 27, 1978, pp. 1142 ss.; Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in Modern Law Review, vol. 56, 1993, pp. 282 ss.

[12] Si vedano i saggi raccolti in *Access to Justice as a Human Right*, edited by Francioni, Oxford, 2007. Ma v. anche Tuori, *European Social Constitution: Between Solidarity and Access Justice*, in *Varieties of European Economic Law and Regulation.* Liber Amicorum *for Hans Micklitz*, edited by Purnhagen and Rott, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, pp. 153 ss.

[13] Lieberman e Henry, *Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement*, in University of Chicago Law Review, vol. 53, 1986, pp. 424 ss.

[14] Per un approfondimento della disciplina europea in materia di ADR e della sua implementazione da parte dei legislatori nazionali, v. i saggi raccolti in *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, edited by Cortés, Oxford, 2016; *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, edited by Stürner, Gascón Inchausti and Caponi, Köln, 2015; *Regulating Dispute Resolution: ADR and access to justice at the crossroads*, edited by Steffek, Unberath *et al.*, Oxford, 2013; *Consumer ADR in Europe: Civil Justice Systems*, edited by Hodges, Benöhr and Creutzfeldt Banda, Oxford, 2012.

[15] Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, in OJ L 108, 24.4.2002, pp. 51 ss.

consentano un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie e, nei casi giustificati, possono adottare un sistema di rimborso e/o indennizzo. Gli Stati membri possono estendere gli obblighi di cui al presente paragrafo alle controversie che coinvolgono altri utenti finali».

In generale, l'Unione europea ha deciso che, al fine di assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, secondo quanto è stabilito dall'art. 169, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia necessario che gli Stati membri predispongano strumenti efficaci di risoluzione alternativa delle controversie tra consumatori e professionisti. È stata a tal fine emanata la direttiva 2013/11/UE[16], che il regolamento 524/2013 ha integrato a proposito della risoluzione *on line* delle controversie dei consumatori (CODR)[17].

Più di recente, la proposta di regolamento europeo relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. Digital Services Act) ha previsto che il coordinatore dei servizi digitali di ciascuno Stato membro abbia il potere di certificare gli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie che gliene facciano richiesta (art. 18, paragrafo 2)[18]: in tal caso, non solo le piattaforme *online* «si impegnano» in buona fede con l'organismo selezionato, ma sono altresì vincolate dalla decisione adottata da tale organismo (art. 18, paragrafo 1)[19].

---

[16] Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), in OJ L 165, 18.6.2013, pp. 63 ss.

[17] Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE, in OJ L 165, 18.6.2013, pp. 1 ss. (regolamento sull'ODR per i consumatori). Una serie di articoli dedicati alla nuova direttiva e al nuovo regolamento è stata pubblicata sulla European Review of Private Law del 2016, ossia: Loos, *Consumer ADR after Implementation of the ADR Directive: enforcing European consumer rights at the detriment of European consumer law*, pp. 61 ss.; Luzak, *The ADR Directive: Designed to Fail? A Hole-Ridden Stairway to Consumer Justice*, pp. 81 ss.; Théocharidi, *Effectiveness of the ADR Directive: Standard of Average Consumer and Exceptions*, pp. 103 ss.

[18] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE (COM/2020/825 final). Per un quadro d'insieme, v. Bassini, Finocchiaro e Pollicino, *L'Ue vero il Digital Services Act: quale equilibrio tra democrazia e potere* (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/lue-verso-il-digital-services-act-quale-equilibrio-tra-democrazia-e-potere/).

[19] Mediante l'emendamento 231, approvato il 20 gennaio 2022, il Parlamento europeo ha proposto di estendere l'obbligatorietà di tale decisione a entrambe le parti, emendando il paragrafo 1 dell'art. 18 e ivi introducendo il paragrafo 1 *bis*, secondo il quale: «Entrambe le parti si impegnano in buona fede con l'organismo certificato, esterno e indipendente, selezionato al fine di risolvere la controversia e sono vincolate dalla decisione adottata da tale organismo» (i testi

In realtà, la contrapposizione dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie alla giurisdizione in materia civile non deve essere enfatizzata, e in definitiva risulta anzi fuorviante. L'alternatività di tali sistemi deve essere riferita non tanto all'esperibilità dell'azione giudiziale in quanto tale, quanto alla risoluzione della controversia mediante un provvedimento autoritativo da parte del giudice.

Ciò fa sì che sia sempre più difficile tracciare una linea retta che separi questi due àmbiti della giustizia civile[20], non solo nel senso che la risoluzione alternativa delle controversie può essere demandata dal giudice innanzi al quale già pende la controversia, ma che soprattutto il giudice stesso può (e anzi deve) perseguire il risultato prioritario (non di "andare a sentenza", ma) di "provocare" la conciliazione tra le parti. In questo senso, è preoccupante (e deludente) che lo strumento della mediazione delegata che è previsto dall'art. 5, 2° comma, del decreto legislativo n. 28 del 2010 sia rimasto scarsamente inutilizzato, per non parlare della riluttanza dei giudici ad avvalersi in modo efficace della facoltà di provocare la conciliazione tra le parti, che è loro conferita dall'art. 185 c.p.c.

3. *Segue:* deflazionare i carichi pendenti della giurisdizione?

Se concepiti come un rimedio miracoloso per sfoltire il ruolo delle udienze dei giudici togati e per sostituire così il potere giudiziario dello Stato, i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie rischiano di dimostrarsi non solo scarsamente efficaci, ma addirittura pericolosi[21], perché, com'è stato efficacemente messo in rilievo[22], essi costituiscono strumenti di composizione del conflitto, ma non di tutela dei diritti. È proprio per questa ragione che, come ha stabilito la Corte di giustizia dell'Unione europea con riguardo all'art. 8, lettera

---

sono consultabili on line al seguente indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2022/01-20/0014/P9_TA(2022)0014_IT.pdf).

[20] Jänicke, *Alternative Streitbeilegung und Mediation*, in *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, 3a ed., hrsg. von Derleder, Knops e Bamberger, Bd. 2, Berlin-Heidelberg, 2017, Rd. 4, p. 1439.

[21] Cfr. per il contesto europeo Wagner, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder drug or snake oil?*, , in Common Market Law Review, vol. 51, 2014, 165 ss. e per quello americano Edwards, *Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* in Harvard Law Review, vol. 99, 1986, pp. 668 ss.

[22] Taruffo, *op. loc. citt.*, seguito da Gamba, *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2021, pp. 941 ss.

b), della già menzionata direttiva 2013/11[23], è possibile che le parti non siano obbligate dalla legge a farsi assistere da un avvocato, anche quando l'esperimento di una procedura di risoluzione alternativa delle controversie sia imposto da uno Stato membro come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In realtà, i procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie non sono per loro natura idonei a garantire il rispetto della *rule of law* e il principio del giusto processo. Qualsiasi tentativo di farne un surrogato "a buon mercato" della giurisdizione è destinato non solo a trasformali in una caricatura *mignon* del processo civile, ma anche a compromettere la loro compatibilità con le garanzie prestate dalle Costituzioni democratiche moderne e dalle più importanti Convenzioni internazionali[24].

A tale proposito, com'è ovvio, vengono anzitutto in rilievo l'art. 24 della Costituzione italiana, da un lato, e dall'altro l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che uno Stato membro può legittimamente prevedere che l'instaurazione della procedura innanzi a un meccanismo di risoluzione alternativa delle controversie sia obbligatoria, nel senso che essa costituisca un requisito di procedibilità della domanda proposta in sede giurisdizionale, solo se siano soddisfatte le seguenti condizioni: 1. Tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti; 2. Non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; 3. Sospenda la prescrizione dei diritti in questione; 4. Sia gratuita, o quanto meno comporti costi non ingenti per le parti; 5. La via elettronica non costituisca l'unica modalità per accedervi; 6. Sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone[25].

Non può quindi non preoccupare che, nel recente progetto di riforma Cartabia della giustizia civile, si sia previsto di estendere il tentativo obbligatorio di conciliazione a un novero sempre più ampio di controversie e di materie[26],

---

[23] CGUE 14 giugno 2017, Causa C-75/16 (Menini e Rampanelli contro Banco Popolare soc. coop.), ECLI:EU:C:2017:457.

[24] Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2000, p. 371.

[25] CGUE 18 marzo 2010, Cause riunite C-317/08 (Alassini contro Telecom Italia s.p.a.), C-318/08 (Califano contro Wind s.p.a.), C-319/08 (Iacono contro Telecom Italia s.p.a.) e C-320/08 (Multiservice s.r.l. contro Telecom Italia s.p.a.), ECLI:EU:C:2010:146.

[26] Si veda, in particolare, l'art. 1, 4° comma, lett. *c*) della già menzionata legge delega n. 206 del 2021, il quale stabilisce che il legislatore delegato dovrà: «c) estendere il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva, in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura, fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa

soprattutto perché non si è tenuto sufficientemente conto che, nella misura in cui è stato introdotto mediante l'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, tale strumento è stato caratterizzato da un'esperienza sostanzialmente fallimentare[27], costituendo in definitiva un inutile e costoso orpello, che deprime la tutela dei diritti (e talvolta anche la dignità della giustizia) mediante un aggravio significativo dei costi e dei tempi che devono essere sostenuti al fine di ottenere giustizia[28]. Si tratterà quindi di verificare se gli incentivi fiscali che il legislatore delegato si appresta a introdurre saranno sufficienti a invertire la rotta, così come l'estensione del gratuito patrocinio all'avvocato che assiste (obbligatoriamente) le parti[29].

4. *Segue:* integrare i meccanismi pubblicistici di regolazione del mercato (o di alcuni mercati settoriali)?

Al fine di sviluppare un discorso complessivo sugli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, non si deve dimenticare che, com'è caratteristico del diritto privato europeo, la tutela del consumatore costituisce anche (e forse soprattutto) una strategia di regolazione del mercato finalizzata all'integrazione

---

delle controversie previsto da leggi speciali e fermo restando che, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, le parti devono essere necessariamente assistite da un difensore e la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo e che, in ogni caso, lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. In conseguenza di questa estensione rivedere la formulazione del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Prevedere, altresì, che decorsi cinque anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo che estende la mediazione come condizione di procedibilità si proceda a una verifica, alla luce delle risultanze statistiche, dell'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità».

[27] Secondo i dati ministeriali relativi al 2021 (consultabili on line al seguente indirizzo: https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202021.pdf), l'aderente non è comparso nel 45,9% dei casi e il proponente ha rinunciato prima dell'esito nel 4,1% dei casi. Nel restante 50% dei casi (in cui l'aderente è comparso e il proponente non ha rinunciato), l'accordo tra le parti è stato raggiunto nel 27,3% dei casi. Questo significa, in definitiva, che la risoluzione alternativa della controversia è stata raggiunta per poco più di un caso su cento.

[28] Per analoghe considerazioni, v. Shavell, *Alternative Dispute Resolution: An economic analysis*, in The Journal of Legal Studies, vol. 24, 1995, p. 4.

[29] Sull'estensione del gratuito patrocinio, il legislatore è stato, per così dire, anticipato dalla sentenza della Corte costituzionale 20 gennaio 2022, n. 10 (est. Antonini).

economica degli Stati membri (*integration through law*)[30]. In questo senso, è significativo che l'«accesso [dei consumatori] a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transnazionali derivanti da contratti di vendita o di servizi» sia individuato come uno strumento per rafforzare «la loro fiducia nel mercato»[31].

Come si è già rilevato, i giudici svolgono un ruolo fondamentale per la tutela dei consumatori e in larga parte realizzano una forma di giustizia civile che è del tutto insostituibile.

Tuttavia, nei settori economici dove la concorrenza non è abbastanza efficiente da indirizzare i comportamenti degli imprenditori e da evitare i rischi di fallimento del mercato causati dalla selezione avversa e dall'azzardo morale, lo scopo ultimo dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie è quello di indurli a aderire alle *best practices* e agli *standards* più elevati di correttezza nei confronti dei loro clienti e di trasparenza dei loro contratti. Per molte ragioni, i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie possono essere maggiormente efficaci nel modificare i comportamenti degli intermediari rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio ha un impatto spesso trascurabile sul livello di *compliance* degli intermediari e sulla effettività della regolazione del mercato[32].

Ciò si rileva anzitutto nei settori economici che sono regolamentati e talvolta vigilati da un'autorità indipendente che è dotata di poteri pubblicistici, i quali culminano, in definitiva, nell'applicazione di sanzioni amministrative di natura pecuniaria e non pecuniaria. Quando si tratti di valutare la correttezza degli imprenditori nei confronti dei loro clienti e la trasparenza dei contratti che predispongono unilateralmente, la logica binaria dei sistemi di *command and control*, la quale governa essenzialmente la vigilanza prudenziale, si dimostra inefficiente e praticamente inutilizzabile.

La regolazione del mercato da parte delle autorità indipendenti che sono a ciò preposte non può qui essere che guidata da meccanismi di *private enforcement*, strutturati per raccogliere i reclami dei consumatori che non sono stati soddisfatti dagli intermediari e per convogliare così a tali autorità le informazioni sparse sul mercato che si riferiscono ai comportamenti scorretti degli imprenditori.

Dunque, la funzione primaria dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nei settori regolamentati è quella di fare pressione sugli intermediari, affinché migliorino i propri sistemi e le procedure di gestione dei reclami dei

---

[30] Mi permetto di rinviare a Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in Riv. dir. civ., 2004, I, pp. 787 ss.

[31] Considerando(4) della già menzionata direttiva 2013/11/UE.

[32] Hodges, *Law and Corporate Behaviour. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*, Oxford-Portland, 2015.

clienti. Tali sistemi svolgono così una funzione quasi-regolatoria più che quasi-giudiziaria, conferendo alla voce dei consumatori il peso di incidere sulle pratiche commerciali diffuse sul mercato.

In tal senso, è significativo che l'art. 17 della proposta di regolamento europeo relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. *Digital Services Act*) abbia previsto che le piattaforme *online* siano tenute a garantire l'accesso dei destinatari del servizio a un sistema interno che consenta loro di presentare in via elettronica e gratuita reclami contro le decisioni delle medesime piattaforme di rimuovere contenuti illegali o comunque non conformi alle regole di accesso al servizio, sospendere o cessare l'*account* di destinatari, ecc. Le decisioni nei confronti di tali reclami possono poi essere contestate mediante un sistema di risoluzione alternativa delle controversie, secondo quanto previsto dall'art. 18 della proposta.

Di conseguenza, la vigilanza nei settori regolamentati tende ormai ad assumere una struttura tripartita: accanto ai suoi due protagonisti tradizionali, ossia il regolatore (l'autorità pubblica) e i soggetti regolati (gli intermediari), che si collocano agli estremi di un rapporto verticale disciplinato dal diritto amministrativo, fa il suo ingresso un terzo protagonista (collettivo), ossia il consumatore, i cui reclami vengono fatti confluire nel meccanismo di vigilanza generale attraverso i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie[33].

In altre parole, il funzionamento dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, se coordinato con la regolazione del mercato da parte di un'autorità pubblica, rende i consumatori meno deboli di quanto solitamente si pensi[34], perché i loro reclami possono influenzare profondamente i comportamenti degli intermediari grazie alla stretta interazione con l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte delle autorità competenti.

---

[33] Tali considerazioni possono giustificare la scelta di finanziare mediante risorse pubbliche tali sistemi di risoluzione alternativa delle controversie. Ma cfr. Shavell, *op. cit.*, pp. 1 ss. e già Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some cautionary observations*, in University of Chicago Law Review, vol. 53, 1986, pp. 366 ss.; Cooter e Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in Journal of Economic Literature, vol. 27, 1989, pp. 1067 ss.

[34] Per un'analisi critica della debolezza dei consumatori, v. Leczykiewicz e Weatherhill, *The Images of the Consumer EU Law*, e Micklitz, *The Consumer: Marketised, Fragmentised, Constitutionalised*, in *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, edited by Leczykiewicz and Weatherhill, Oxford-Portland, 2016, pp. 1 ss. e, rispettivamente, pp. 21 ss.

All'esito di questo circolo virtuoso, i consumatori assurgono quindi al ruolo di co-regolatori del mercato[35].

5. Risoluzione alternativa delle controversie e accesso alla giustizia costituzionale: l'Arbitro Bancario Finanziario e il caso Lexitor

Anche quando hanno una funzione decisoria, i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie non sono dunque propriamente idonei a soppiantare o sostituire la giurisdizione in materia civile, ma servono a integrarla per dare risposta a istanze di tutela che, diversamente, sarebbero destinate a restare insoddisfatte. A ciò consegue un problema di coordinamento tra questi due àmbiti della giustizia civile. Ciò non significa che i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie debbano meccanicisticamente replicare gli orientamenti giurisprudenziali[36]: al contrario, essi possono costituire un laboratorio nel quale tali orientamenti sono messi alla prova di quel piccolo contenzioso di massa che non è sistematicamente intercettato dalla giurisdizione, ma che si pone a più stretto contatto con gli interessi frammentati e diffusi dei consumatori.

Prima ancora che in termini di unitarietà dell'interpretazione e dell'applicazione della legge, tale coordinamento è necessario a proposito del controllo sulla sua legittimità costituzionale.

A tale proposito, un episodio particolarmente significativo si è verificato innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)[37], il quale, mediante l'ordinanza del Collegio di Napoli 6 luglio 2010, n. 6 (presidente il Prof. Enrico Quadri,

---

[35] Hodges, *The Consumer as Co-Regulator*, in *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, edited by Leczykiewicz and Weatherhill, cit., pp. 245 ss.

[37] Su tale organismo, mi permetto di rinviare a Sirena, I *sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in Nuova giur. civ. comm., 2018, II, p. 1370 ss. e Id., *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in Oss. dir. civ. e comm., 2017, pp. 3 ss. (e ivi alcuni riferimenti bibliografici essenziali). Più di recente, v. Marinaro, *Il procedimento ABF nel quadro dei sistemi ADR: la risoluzione delle liti bancarie tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato,* in Conte, *Arbitro bancario e finanziario*, Milano, 2021, pp. 73 ss.; Fauceglia, *L'esperienza dell'ABF. Manifestazione di una "pedagogia",* in Banca borsa tit. cred., 2021, pp. 857 ss.; Soldati, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l'esecuzione,* in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da Mantucci, XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, 2020, pp. 178 ss.; Federico, *Il procedimento di attuazione dei diritti innanzi all'Arbitro bancario finanziario,* in Rass. dir. civ., 2019, pp. 1054 ss.; Carriero, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in Contr. e impr., 2018, pp. 35 ss.

relatore il Prof. Giuseppe Guizzi), ha tentato di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una legge (della Regione Sicilia)[38].

Con l'ordinanza n. 218 del 21 luglio 2011, la Corte costituzionale ha tuttavia dichiarato tale questione inammissibile[39], ritenendo che l'Arbitro Bancario Finanziario, in quanto non costituisce un'autorità giurisdizionale, non abbia la legittimazione a sollevarla[40]. Per quanto una parte della dottrina si sia pronunciata in senso critico nei confronti di tale conclusione[41], non sembra che essa sia realisticamente suscettibile di essere abbandonata in tempi brevi (e forse ciò non sarebbe neanche opportuno)[42].

Una problematica del genere si è ripresentata a proposito del c.d. caso Lexitor, il quale, a seguito di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha costituito una delle questioni di diritto dei contratti bancari più controverse degli ultimi tempi[43].

---

[38] L'ordinanza si può consultare *on line* al seguente indirizzo: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-12-01&atto.codiceRedazionale=010C0817.

[39] Corte cost., 21 luglio 2011, n. 218, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2906 ss.

[40] Corte cost. 21 luglio 201, 218, cit.: «[…] non può non osservarsi come l'Arbitro Bancario Finanziario, pur istituito sulla base di una disposizione di carattere legislativo, quale l'art. 128-bis del Testo unico bancario […] ha poi trovato la propria disciplina esclusivamente, come previsto, in disposizioni di carattere amministrativo, quali, in particolare, la delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) 29 luglio 2008, n. 275 […]. [P]ertanto, già alla stregua del carattere delle disposizioni in base alle quali l'organismo in questione è stato effettivamente istituito ed è chiamato a procedere e decidere, si profilano, sul piano strutturale e funzionale, connotazioni che valgono ad escludere la riconducibilità di tale organo a quelli giurisdizionali, ancorati, per loro stessa natura, al fondamento costituzionale e alla riserva di legge. [D]'altra parte, è ulteriormente significativo, per denotare il carattere dei compiti dell'organismo in discorso, che gli stessi criteri e requisiti di nomina dei componenti, il loro stato giuridico e il complesso delle regole deontologiche, non siano paragonabili ai presìdi corrispondentemente previsti nei confronti di organismi chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali». Ciò posto, la Corte conclude che: «gli indici di riconoscibilità considerati tipici delle funzioni giurisdizionali appaiono del tutto assenti in riferimento alle specifiche attribuzioni che l'organismo in discorso è chiamato a svolgere, alla stregua delle richiamate fonti che ne disciplinano il funzionamento».

[41] Ad es., v. Maugeri, *ABF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali*, in Conte, *op. cit.*, pp. 28 ss.

[42] Cfr. Delle Monache, *Arbitro Bancario Finanziario,* in Juidicium, 2012 (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/423/delle%20Monache.pdf).

[43] Per un'esposizione delle questioni giuridiche rilevanti e della soluzione adottata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, v. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 280 ss.; Mezzanotte, 'Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori', in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 65 ss.

In particolare, si trattava dell'applicazione dell'art. 16, paragrafo 1, della seconda direttiva europea sul credito ai consumatori[44], il quale stabilisce che il debitore che rimborsi anticipatamente un finanziamento «ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto»[45].

Attuata nel diritto italiano mediante la riformulazione dell'art. 125 *sexies*, 1° comma, t.u.b., tale disposizione era stata interpretata, anche sulla scorta delle istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza, nel senso che al consumatore che avesse rimborsato anticipatamente il finanziamento spettava il rimborso proporzionale dei soli costi (cc.dd. *recurring*) destinati a maturare durante l'esecuzione del contratto (ad es., quelli di incasso delle rate, di invio delle quietanze di pagamento, ecc.), ma non invece di quelli (cc.dd. *up-front*) dovuti *una tantum* per lo svolgimento di un'attività inerente alla preparazione o alla stipulazione del contratto, e quindi non destinata a essere portata avanti o ripetuta durante la sua successiva esecuzione da parte dell'intermediario finanziario[46].

Mediante la sentenza n. 383 dell'11 settembre 2019, tuttavia, la quale ha deciso il caso Lexitor, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato il principio di diritto secondo cui «l'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore». Infatti, «l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto, dato che [...] i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione di costi può includere un certo

---

[44] Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, in OJ L 133, 22.5.2008, pp. 66 ss.

[45] Con una formulazione leggermente diversa dal punto di vista testuale, la disposizione era già contenuta nell'art. 8 della previgente direttiva sul credito ai consumatori, secondo il quale, per quanto qui rileva, il debitore che rimborsasse anticipatamente gli obblighi che gli derivavano dal contratto di credito «in conformità alle disposizioni degli Stati membri, [... doveva] avere diritto a una equa riduzione del costo complessivo del credito».

[46] CGUE, 11 settembre 2019, n. 383, Causa C-383/18 (Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka e altri), ECLI:EU:C:2019:702; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, pp. 1 ss., con nota di Santagata, 'Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. *up front*)'.

margine di profitto. Inoltre [...] limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto. Inoltre [...] il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto»[47].

Ne consegue che devono essere proporzionalmente restituiti non solo i costi *recurring*, ma anche quelli *up-front*[48].

In sede di conversione del decreto-legge c.d. Sostegni *bis*, tale principio è stato incorporato dallo Stato italiano nella legge scritta, riformulando ancora una volta (peraltro in modo alquanto creativo) l'art. 125 *sexies* t.u.b.[49]. Ma ciò che più rileva in questa sede è che, mediante l'emanazione di un'apposita norma di diritto transitorio[50], l'applicazione del medesimo principio (ovvero, per meglio dire, del

[47] CGUE, 11 settembre 2019, n. 383, cit., paragrafi 31-33.

[48] La Corte di giustizia dell'Unione europea ha inoltre aggiunto che « il fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto non è idoneo a penalizzare in maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito. Infatti, occorre ricordare che gli interessi di quest'ultimo vengono presi in considerazione, da un lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, il quale prevede, a beneficio del mutuante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, e, dall'altro lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 4, della medesima direttiva, che offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante. Infine, occorre rilevare che, nel caso di un rimborso anticipato del credito, il mutuante recupera in anticipo la somma data a prestito, sicché quest'ultima diventa disponibile per la conclusione, eventualmente, di un nuovo contratto di credito» (CGUE, 11 settembre 2019, n. 383, cit., paragrafi 34-35).

[49] Tra i profili più innovativi, e di dubbia compatibilità con la sentenza della Corte di giustizia, si annovera l'introduzione di due distinti criteri di quantificazione degli oneri non maturati: quello della proporzionalità lineare e quello del costo ammortizzato, rimettendo all'autonomia privata dell'intermediario che redige il contratto di credito la decisione se applicare l'uno o l'altro; in mancanza di tale scelta contrattuale, si applica il criterio del costo ammortizzato (nuovo art. 125, 2° comma, t.u.b.). Una radicale (e, a dir poco, bizzarra) innovazione del legislatore italiano consiste poi del prevedere che: « Salva diversa pattuizione tra il finanziatore e l'intermediario del credito, il finanziatore ha diritto di regresso nei confronti dell'intermediario del credito per la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito» (nuovo art. 125, 3° comma, t.u.b.).

[50] Si tratta dell'art. 11 *octies*, 2° comma, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, il quale, così come convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, dispone quanto segue:

nuovo art. 125 *sexies* t.u.b. in cui esso è stato incorporato) è stata ristretta ai soli contratti stipulati posteriormente all'entrata in vigore di tale legge (ossia, il 25 luglio 2021).

Se la norma di diritto intertemporale così introdotta nel diritto italiano è intesa nel senso che, per i contratti stipulati anteriormente alla data della sua entrata in vigore, il consumatore che rimborsi anticipatamente il finanziamento ha diritto alla riduzione non di tutti i costi del finanziamento posti a suo carico, ma solo di quelli cc.dd. *recurring*, è evidente che essa si pone in contrasto con la sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Lexitor. Non vi è infatti dubbio che, per loro natura, le sentenze interpretative della Corte di giustizia dell'Unione europea, come quest'ultima ha ripetutamente precisato, operino con efficacia retroattiva, a meno che non sia in esse diversamente disposto[51].

Si è così venuto a creare un potenziale conflitto tra il diritto italiano e quello dell'Unione europea, nel senso che la disposizione interna che è stata emanata per dare attuazione all'art. 16, paragrafo 1, della seconda direttiva europea sul credito ai consumatori in realtà ne determina la violazione rispetto ai contratti stipulati anteriormente al 25 luglio 2021[52]. La maggior parte dei giudici di merito che hanno affrontato la questione si è pertanto determinata a disapplicare automaticamente la norma italiana di diritto intertemporale di cui si è detto, interpretando viceversa l'art. 125 *sexies* t.u.b. in conformità alla corrispondente disposizione del legislatore europeo, così come vincolativamente interpretata dalla Corte di Giustizia[53].

«L'articolo 125 sexies del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125 sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

[51] Ma cfr. Zoppini, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in Banca borsa tit. cred., 2020, I, pp. 1 ss.

[52] Malvagna, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte costituzionale*, in Banca borsa tit. cred., 2022, I, pp. 49 ss.

[53] Tra le prime decisioni in tal senso, v. Giudice di pace Savona, 7 gennaio 2020, in Nuova giur. civ. comm., 2020, I, pp. 743 ss., con nota di Mager, *Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor'; confermata da Trib. Savona, 15 settembre 2021, n. 680* (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://www.dirittobancario.it/art/lexitor-interpretazione-art-125-sexies-tub-post-decreto-sostegni-bis/). Ma nel senso opposto cfr., ad es., Trib. Vicenza, 13 novembre 2020, in Giur. it., 2021, p. 2382, con nota critica di Reinstadler, *Spunti di riflessione sulla dimensione comunicativa del diritto.*

Tale soluzione interpretativa era stata condivisa dal Collegio di Roma dell'Arbitro Bancario Finanziario, il quale, al fine di evitare un potenziale contrasto interpretativo con gli altri Collegi territoriali, e trattandosi di una questione della massima importanza, l'ha tuttavia sottoposta al Collegio di coordinamento dello stesso Arbitro.

Mediante la decisione n. 21676 del 15 ottobre 2021, il Collegio di Coordinamento (presidente Dott. Flavio Lapertosa, relatore Prof. Emanuele Lucchini Guastalla) ha ritenuto che: «[…] la suaccennata bipartizione fra contratti stipulati successivamente al 25 luglio 2021 – soggetti al nuovo art. 125 sexies t.u.b. – e contratti anteriori a tale data – sottoposti invece alla disciplina, primaria e secondaria vigente al momento della stipulazione – appare corrispondere a una consapevole determinazione del legislatore della Novella, che non può ragionevolmente non aver tenuto presente l'interpretazione dell'articolo 16 della direttiva prospettata dalla CGUE nella più volte citata sentenze Lexitor». Da ciò è stato ricavato «che il combinato disposto dell'art. 11 octies comma 2° e delle disposizioni di rango secondario pro tempore applicabili conduce all'esito per cui – in aderenza, anzi in "continuità" con l'orientamento seguito dall'Arbitro prima della sentenza Lexitor e della decisione 26525/2019 – la riduzione del costo totale del credito abbia per oggetto soltanto i costi c.d. recurring, con esclusione dei costi c.d. up-front»[54].

I conseguenti «delicati interrogativi di compatibilità del diritto interno con il diritto eurounitario» sono stati risolti dal Collegio di coordinamento nel senso della prevalenza del primo sul secondo, in quanto «la norma nazionale, secondo i noti canoni di interpretazione (artt. 11 e 12 delle Preleggi) [risulta] confezionata con un testo chiaro e inequivoco, sia pure potenzialmente confliggente con la normativa europea»[55].

Il Collegio di coordinamento non si è peritato di aggiungere che «a un Giudice che ritenesse eventualmente di ravvisare un contrasto della norma nazionale con gli artt. 11 e 117 della Costituzione resterebbe aperta l'astratta possibilità di sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Consulta», ma ha

[54] Per un articolato commento, v. Mager, *L'ABF e il tentativo italiano di contenere gli effetti della pronuncia Lexitor. Prime note a Collegio Coordinamento n. 21676/2021 (in attesa dell'intervento della Corte Costituzionale)*, in Riv. dir. banc., 2021, pp. 476 ss. (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://rivista.dirittobancario.it/sites/default/files/pdf_c/mager.pdf).

[55] È stato altresì aggiunto dal Collegio di coordinamento che: «[…] va anche tenuto conto, sul piano interpretativo, che la scelta del legislatore di "riportare indietro le lancette dell'orologio" per la disciplina intertemporale può avere tratto ispirazione non solo da intuibili esigenze equitative rispetto all'affidamento riposto dalle parti negli assetti contrattuali concordati secondo le indicazioni consolidate della giurisprudenza nazionale anteriore alla sentenza Lexitor, ma anche dalla considerazione che scelte (non identiche, ma) non dissimili sono state compiute all'interno della UE da altri paesi di prestigiosa tradizione giuridica».

poi subito aggiunto che, stante la decisione della Corte costituzionale di cui si è detto sopra, tale possibilità gli è preclusa, così come quella di «sollevare questioni pregiudiziali avanti alla Corte di Giustizia Europea».

L'auspicio che la Corte costituzionale potesse essere adita si è poi avverato mediante l'ordinanza emessa dal Tribunale di Torino il 6 novembre 2021 (giudice unico Dott. Astuni)[56], mediante la quale è stata finalmente sollevata la questione di legittimità costituzionale di cui si è detto, tra l'altro facendo espressamente riferimento alla decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario.

6. *Segue:* Pendenza di una questione di legittimità costituzionale della norma applicabile e sospensione (c.d. impropria) dei procedimenti

Pendente la questione di legittimità costituzionale di cui si è detto, i Collegi territoriali dell'Arbitro Bancario Finanziario hanno tuttavia ritenuto di essere privi di un potere di sospensione c.d. impropria dei procedimenti in materia, continuando pertanto ad applicare la norma giuridica impugnata innanzi alla Corte costituzionale[57].

---

[56] Il provvedimento si può consultare *on line* al seguente indirizzo: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2022-02-16&atto.codiceRedazionale=22C00019. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 *octies* del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73 è stata ritenuta non manifestamente infondata nelle parti in cui: (i) «prevede che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti»; (ii) «limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16 par. 1 della direttiva 2008/48/Ce, come interpretata dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in data 11 settembre 2019 C-383/18 e recepito nel novellato art. 125-sexies comma 1 TUB che il consumatore che rimborsa anticipatamente, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte».

[57] A una diversa conclusione, per quanto riguarda la giurisdizione amministrativa, è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato mediante l'ordinanza 15 ottobre 2014, n. 28, nella quale, per quanto qui rileva, è stato precisato che: «Nel processo amministrativo, secondo un consolidato indirizzo (cfr., fra le tante, ordinanza Sez. V, 27 settembre 2011, n. 5387; Sez. IV, 11 luglio 2002, n. 3926), trova ingresso la c.d. sospensione impropria del giudizio principale per la pendenza della questione di legittimità costituzionale di una norma, applicabile in tale

Si è venuto così a determinare un *deficit* piuttosto significativo di coerenza all'interno del sistema della giustizia civile, il quale sembra esigere un intervento correttivo.

***

ABSTRACT: The paper deals with the alternative dispute resolution (ADR) systems in a fundamental rights' protection perspective. The main issue concerns the role of ADR systems in making access to justice more simple and effective, so as to reduce civil litigations. The paper then focuses on ADR and access to constitutional justice, analysing the role of the Arbitro Bancario Finanziario and the Lexitor case.

KEYWORDS: fundamental rights; alternative dispute resolution; market regulation; judicial review

***

Pietro Sirena – Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Diritto privato comparato e Diritto europeo dei contratti nell'Università Bocconi (pietro.sirena@unibocconi.it)

---

procedimento, ma sollevata in una diversa causa. Non si rinviene, infatti, nel sistema della giustizia amministrativa (arg. ex artt. 79 e 80, c.p.a.) una norma che vieti una tale ipotesi di sospensione (cfr. Cass., Sez. un., 16 aprile 2012, n. 5943), né si profila una lesione del contraddittorio allorquando (come nel caso di specie), le parti, rese edotte della pendenza della questione di legittimità costituzionale, non facciano richiesta di poter interloquire davanti al giudice delle leggi sollecitando una formale rimessione della questione; tale esegesi, inoltre, è conforme sia al principio di economia dei mezzi processuali che a quello di ragionevole durata del processo (che assumono un particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici), in quanto, da un lato, si evitano agli uffici, alle parti ed alla medesima Corte costituzionale dispendiosi adempimenti correlati alla rimessione della questione di costituzionalità, dall'altro, si previene il rischio di prolungare la durata del giudizio di costituzionalità (e di riflesso di quelli a quo)».

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Diritti: cioè?
Dietro i diritti, oltre le corti *

Roberto Bin

Non posso certo ambire, in queste conclusioni, a tessere assieme tutte le ricche trame che si sono sviluppate in questo convegno. I temi sono davvero tanti, molto diversi e tutti alquanto stimolanti. Mi limiterò a gettare un sasso nello stagno e vedere come si allargano i cerchi che provoco.

Il sasso è semplicemente una domanda: che cosa sono i "diritti" di cui parliamo? Chi li può individuare e dove deve esserne richiesta la tutela?

La bella relazione di Giorgio Pino ci ha illustrato, criticamente, la risposta del "*political constitutionalism*". Per questa corrente di pensiero il "diritto dei diritti" è il diritto alla partecipazione politica: è nel circuito della rappresentanza politica, e nella legge che ne costituisce la espressione naturale, che andrebbe ricercata la risposta alle nostre domande. È il legislatore democratico il soggetto a cui dobbiamo rivolgerci per ottenere il riconoscimento di un diritto: è ovvio, ma lo si dice polemicamente, perché si vuole contrastare l'opinione diffusa che siano i giudici e le corti costituzionali i soggetti a ciò deputati. È certamente vero che i giudici non hanno conoscenze migliori del legislatore per definire il corretto assetto degli interessi; ed è certamente vero che i diritti nascono dalla società, e quindi dal dibattito pubblico, non dalle carte, e quindi dalle sentenze che le interpretano. È il *bill of rights*, e la pretesa di farlo valere davanti ad un giudice, l'obiettivo polemico di questa corrente di pensiero. Ma lasciare i diritti alla disponibilità del circuito politico è quantomeno il frutto di un errore di prospettiva storica: i diritti sono nati come rivendicazione nei confronti del potere politico; il loro riconoscimento deve bilanciare il sacrificio in termini di libertà che la stessa presenza di un potere pubblico impone a tutti noi: i diritti sono stati riconosciuti come scambio, prezzo dell'accettazione del potere. «Il fine

---

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

dell'obbedienza è la protezione», scriveva Hobbes[1]. Ma da qui ad accettare che sia il sistema politico a disporre dei diritti individuali corre molta strada. Il *political constitutionalism* nasce in un contesto specifico e soffre di un certo provincialismo nel proiettare le sue origini nel firmamento della teoria politica: o forse di provincialismo soffriamo noi che siamo sempre pronti ad accettare quello che ci viene dal mondo anglosassone, sulla spinta di un certo imperialismo editoriale, come se ogni scritto che si fregia delle nobili insegne di riviste e case editrici di prestigio fosse meritevole di grande considerazione. Il *political constitutionalism*, è stato elaborato da autori che - come giustamente osservava Francesca Rosa - non hanno l'esperienza concreta di un *bill of rights* codificato e posto ad un livello gerarchico superiore alla legge ordinaria (Inghilterra, Nuova Zelanda, Canada…). La teoria ha come presupposto però che il sistema politico di riferimento possieda ottime condizioni di funzionamento del canale della rappresentanza e di un fisiologico ricambio della maggioranza: certo il nostro Paese non appartiene a questo mondo virtuoso, ma esiste un qualche dove in cui tali condizioni siano davvero presenti? L'elezione di Trump e quello che ha comportato sin dopo la sua sostituzione non sembra accreditare una prospettiva così tranquillizzante. E del resto le statistiche internazionali ci dicono che esistono società come quella statunitense, quella britannica e – buona terza – quella italiana in cui la mobilità sociale è diventata assai limitata e le diseguaglianze economiche sempre più profonde[2]. Il buon funzionamento del circuito democratico-rappresentativo è solo un'ipotesi teorica: può far funzionare come modellino teorico o può servire a muovere critiche nei confronti di giudici che superano i limiti e il dovere di *self restraint* che una adeguata "modestia giudiziaria" dovrebbe loro consigliare. Ma non ci dice molto su come i diritti funzionano in concreto.

Una teoria dei diritti dovrebbe invece fare onestamente i conti con tre dati di fatto. Il primo lo ha giustamente messo in luce la relazione di Giusella Finocchiaro. Siamo spesso travolti da nuovi diritti che, a ben vedere, tanto nuovi forse non sono. Sono le possibilità scientifiche e tecnologiche a cambiare il contesto e il quadro degli equilibri in cui si trovano ad operare diritti da tempo riconosciuti e consolidati. Internet da un lato, la evoluzione della scienza e delle tecniche mediche dall'altro hanno cambiato il quadro in cui si collocano oggi questioni che da sempre appartengono al catalogo dei diritti, dalla libertà di espressione del pensiero alla *privacy*, dal concepimento alla sepoltura. Cambiare

[1] *Leviatano*, II, cap. XXI.

[2] Qualche dato non guasta: cfr. M. Corak, *Income Inequality, Equality of Opportunity, and Intergenerational Mobility*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2013), p. 79 ss. (si può leggere in https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.27.3.79).

il contesto significa cambiare gli antichi equilibri. Nelle società capitalistiche e liberali esiste una sorta di principio primo con cui si deve fare i conti: ogni mutamento radicale, ogni innovazione sensazionale è come un colpo dato al setaccio: qualcosa passa il retino, qualcosa vi è trattenuta. È quello che è avvenuto con l'avvio della globalizzazione, l'introduzione dell'Euro, la crisi finanziaria del 2008, e ora con la pandemia: una parte della società coglie il mutamento come occasione, un'altra come un handicap: per questo i ricchi diventano sempre più ricchi e i poveri sempre più poveri (non esattamente il quadro fenomenologico più compatibile con il *political constitutionalism*). Come ha mostrato Donatella Morana parlando del diritto alla salute, il mutamento rafforza l'esigenza di una risposta che assicuri l'effettività della tutela dei diritti: ma il risultato della crisi e del mutamento che essa ha comportato è l'aumento della conflittualità attorno ai diritti, la polarizzazione degli interessi.

Questo il secondo dato di fatto con cui fare i conti. Il conflitto è la dimensione pre-costituzionale, ontologica mi verrebbe da dire, dei diritti fondamentali. Per questo mi appare poco apprezzabile la teoria dei diritti di Ferrajoli, a cui hanno accennato sia Pino che Civitarese. I diritti sono sempre in conflitto, e il punto in cui si trovano a duellare non è predeterminabile. Mille raffigurazioni della Sacra Maternità ci rappresentano l'infinita dolcezza del rapporto tra madre e figlio: eppure anche lì si inserisce il conflitto, si parli di aborto o del diritto di tenere celata al figlio la sua origine. L'infinità varietà del reale si riflette nell'infinita varietà dei conflitti: che non sono mai "nominalistici", nel senso che sia possibile risolverli *a priori*, in base a qualche aggettivazione (diritti fondamentali, diritti patrimoniali, diritti assoluti, diritti relativi e così via). Il problema è quello della effettività, per cui la strada da percorrere è segnata, è quella della concretezza. Noi viviamo in una società conflittuale, in cui il "senso del diritto" non è affatto un sentimento condiviso. Robert Cover[3] ha scritto pagine esemplari, anche se calate nel contesto di una teoria ebraica dei diritti, che ci illustrano ciò che potremmo percepire ogni giorno se solo ci guardassimo attorno. Giusto-ingiusto, lecito-illecito, ragione-torto sono bisettrici che intersecano la nostra esperienza giornaliera, si tratti dell'incrocio stradale, del bisticcio dal salumaio o del dibattito politico: tutti viaggiamo nella vita muniti di profonde convinzioni di ciò che è bene e ciò che è male, e su di esse costruiamo immagini, forse inconsapevoli e forse non sempre oneste, dei nostri diritti e di quelli altrui.

I diritti nascono dai conflitti, cioè nascono dalla lotta per la loro affermazione. Il terzo dato di fatto riguarda le arene entro cui la lotta si svolge. Esse sono principalmente due, la legislazione e la giurisdizione. Nessuna ha

[3] *The Supreme Court 1982 term. Foreword: Nomos and narrative*, in 97 *Harv. L. Rev* (1983-1984), p. 4 ss.

l'ultima parola, in fondo: la giurisdizione può giungere – ricorrendo alla Corte costituzionale - sino a bocciare le scelte del legislatore (oltre a smussarle e levigarle attraverso l'interpretazione), ma il legislatore ha sempre la possibilità di ridare le carte, cambiare le leggi e – in casi estremi – persino la costituzione. Forse un giorno le maggioranze cambieranno, ma è certo che la legislazione riproduce le scelte della maggioranza del momento – le scelte su ogni punto coinvolto dal conflitto. Per cui è inevitabile che la giurisdizione, e quella costituzionale in apice, sia il luogo in cui si rivendicano i diritti che interessano segmenti minoritari della società. La funzione "antimaggioritaria" appartiene senz'altro alle finalità per cui è istituita la Corte costituzionale, come ci insegna ben nota dottrina statunitense. La forza della giurisdizione è la motivazione delle sentenze, e la motivazione non può che far riferimento alla costituzione, è lì che trova il suo sostegno, il punto a cui legare la motivazione. La motivazione è una catena che può essere smontata e rimontata più volte, sorregge un teorema destinato a evolvere di continuo anche per inglobare tutti i lemmi con cui il teorema risponde alle tante eccezioni che l'esperienza concreta – l'inesauribile varietà di cui si diceva – oppone alla linearità del ragionamento con cui si è risolto il caso precedente. Raramente l'appiglio alla costituzione si sradica dal parametro prescelto e il perno di fissaggio si sposta in un punto diverso del testo: si usano semmai stratagemmi retorici un po' fumosi, come l'appello a concetti confusi e poco aderenti al testo come quello della "dignità dell'uomo", vera matta da calare per interrompere l'argomentazione e imporre una decisione priva di un sostegno testuale convincente. Altrettanto si può dire della "fondamentalità" di un determinato diritto che, sì, è contemplato nel catalogo costituzionale, ma in esso non trova il trono su cui essere incoronato come principio principe. «Nessun diritto nasce assoluto, tutti si bilanciano» è il mantra che la Corte costituzionale ci ripete sin dalle prime sue sentenze: e con ragione. Il diritto nasce dalla lotta, affronta il conflitto con gli altri interessi, e trova soddisfazione, sempre parziale, al prezzo di essere bilanciato con diritti e interessi contrastanti. Un punto di accomodamento mai definitivo, perché la lotta per l'affermazione *piena* del diritto è incessante, il conflitto è permanente.

La lotta per i diritti non finisce con la costituzione, ma anzi l'*open texture* dei cataloghi dei diritti ospita e alimenta un conflitto permanente. La scienza e la tecnica ampliano a dismisura lo spettro delle possibilità e quindi la richiesta di accedere al catalogo, in modo che venga riconosciuto e sostenuto il nostro diritto di godere della protezione costituzionale. La strada è segnata: quello che all'inizio nasce come rivendicazione di libertà "negativa" di accesso si trasforma presto in una rivendicazione di adeguate prestazioni che rendano l'accesso effettivo e eguale. Il «desiderio infinito e impossibile»[4] di diritti appartiene quindi alla

[4] M. A. Glendon, *Rights Talk*, New York 1991, p. 45.

fisiologia della vita. Il succedersi delle "generazioni dei diritti" – proiezione della attitudine tassonomica degli studiosi – ci dice soltanto che la società si evolve e scopre di continuo nuovi orizzonti a cui rivolgere i propri desideri – o forse i propri bisogni. I c.d. «diritti climatici» è l'orizzonte che si è schiuso più di recente. Una società opulenta, sufficientemente soddisfatta delle acquisizioni raggiunte (preoccupata semmai di garantirle anche alle componenti che rischiano di rimanere indietro) guarda con apprensione al suo futuro e si preoccupa di ciò che lascerà alle «generazioni future».

La recente modifica degli artt. 9 e 41 della costituzione italiana ha rafforzato la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, «anche nell'interesse delle future generazioni». Dico "rafforzato" perché questa tutela era già racchiusa nei concetti di "paesaggio" e di "patrimonio" impiegati nel testo originale dell'art. 9[5]. Ma non c'è dubbio che la riforma costituzionale offrirà nuovo alimento ai movimenti che chiedono a gran voce maggiore impegno degli Stati e dei loro legislatori sul fronte della lotta al mutamento climatico. È una lotta che ha già ottenuto alcuni successi clamorosi davanti ai giudici di diversi Paesi, culminando nella sentenza della corte federale tedesca sul *Klimaschutzgesetz*. La «giustizia climatica»[6] è dunque il nuovo scenario della lotta per i diritti. Lotta contro chi?

Ci risponde indirettamente la Corte di giustizia dell'Unione europea[7] che (confermando in appello la decisione del Tribunale) ha respinto il ricorso mosso da alcune persone appartenenti a diversi paesi europei (e non), operanti nei settori dell'agricoltura e del turismo, per ottenere l'annullamento delle misure legislative e di esecuzione varate negli anni dall'Unione europea volte a graduare con molta prudenza le immissioni di gas-serra, in attuazione degli accordi di Parigi. Ma il giudice europeo ha ritenuto che i ricorrenti non avessero legittimazione ad agire, mancando la prova di un danno diretto causato ai ricorrenti dal cambiamento climatico ed essendo chiaro che l'iniziativa mirava piuttosto a sollecitare un mutamento delle norme europee. Chi si sono trovati di fronte i ricorrenti? Il Parlamento e il Consiglio, cioè gli organi attraverso cui gli Stati (e i loro rappresentanti) determinano la politica europea. Certo, non possiamo aspettarci di trovare nelle istituzioni europee il campione di quel sistema democratico *in reasonably good working order* che è il primo presupposto del *political constitutionalism*[8]. Il fatto è che la rivendicazione dei "diritti climatici" – come

[5] Rinvio a R. Bin, *Il disegno costituzionale*, in *Il lavoro e l'ambiente nell'antropocene*, in *Lavoro e Diritto* 2021 (in corso di stampa).

[6] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online* 2020/2, p. 1345 ss.

[7] In C-565/19, *Carvalho*.

[8] Cfr. J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Yale L.J.* (2006), p.1346.

ogni rivendicazione di diritti – innesca una lotta. Una lotta contro chi? Contro gli interessi di coloro che producono merci che inquinano attraverso processi produttivi che inquinano. Ma anche gli interessi diffusi di tutti coloro che non sono disposti a rinunciare ai benefici quotidiani che derivano dall'inquinamento. In fondo è una lotta contro noi stessi.

***

ABSTRACT: the essay analyzes the different perspectives concerning the guarantee of fundamental rights beyond the Courts. The main question deals with the growing difficulty in identifying rights and the subjects called to guarantee them. These problems arise from the long-lasting struggle for rights, which does not end with the adoption of a constitution: the open texture of the catalogues of rights causes a permanent conflict around their meaning.

KEYWORDS: bill of rights; generation of rights; constitutional conflicts; judicial review; politics.

***

Roberto Bin – già Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara (roberto.bin@unife.it).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

The judicial use of human dignity in social rights issues. A European perspective*

Giorgio Repetto

TABLE OF CONTENTS: 1. Questioning global dignity. - 2. Human dignity for social justice? – 3. Exploring European constitutionalism on human dignity and social rights: roots and contexts. – 4. Strategies and limits of judicial application of human dignity in social rights' claims.

The world found nothing sacred in the abstract nakedness of being human

H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism* (1951)

1. Questioning global dignity

Both in contemporary legal discourse and in judicial applications worldwide, human dignity stands nowadays as an overarching value. Its composite moral foundations have not prevented it from becoming a standard in adjudicating fundamental rights. In addition to this, its diversified dimensions of application made the recourse to it viable in disparate situations: one can invoke the protection of dignity against the intrusion of public authority in his or her personal domain as well as against degrading practices put forth by state and non-state actors and ask, on this basis, for positive obligations for public authorities[1]. Moreover, human dignity is supposed to act both as an instrument aimed at protecting *individual* liberty and autonomy and as a basis of moral justification

* The article has been subjected to double blind peer review, as outlined in the journal's guidelines.

[1] M. Cohn, D. Grimm, *'Human Dignity' As a Constitutional Doctrine*, in M. Tushnet, T. Fleiner and C. Saunders (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, London and New York, Routledge, 2013, p.193.

for the introduction of public policies aimed at safeguarding *objective* values. It is a commonplace in legal discourse that on some debated issues, like abortion, human dignity may be invoked at the same time as a vehicle of empowerment or as an instrument of constraint[2].

The risk of such a reversibility of the argument by dignity seems to be part of a larger problem. The global widespread of dignity as a guiding rhetoric for human rights protection has definitely shown that its use as a cluster of judicial arguments has travelled in several directions around the globe[3], so that one can say that the motor of human dignity has shifted from those European countries that made of it the cornerstone of their constitutions after World War II to some new 'importers countries' like South Africa, Israel, Canada and, to a certain degree, the USA[4].

This dissemination of human dignity in judicial reasoning has given rise to opposite narratives as to the reasons of such a success story. On one side of the spectrum, a more enthusiast position makes human dignity one of the basic traits of a cross-border liberal constitutionalism, centered upon values like the rule of law and the respect for human rights and personal autonomy, and in so doing it sets the premises for a detachment of human rights from the decision of political actors and their conveyance in the hands of a new judicial order[5]. At the opposite side of the spectrum, a demystifying rhetoric has emerged in the last years, according to which human dignity is the trojan horse of a broader depoliticisation project, relying upon an increasing and irresistible *montée en puissance* of human rights narrative[6].

Against this background, my intention is to demonstrate whether and to what extent the human dignity is a viable legal basis for promoting social rights

---

[2] R. Brownsword, *Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem Cell Research and the 'Dignitarian Alliance'*, in *Notre Dame Journal of Ethics and Public Policy*, 17 (2012), p.20.

[3] A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; L.R. Barroso, *"Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in Transnational Discourse*, *Boston College International and Comparative Law Review*, 35 (2012), p.331; V. Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, in *Montana Law Review* 65 (2004), p.15.

[4] P. Carozza, *Human dignity in constitutional adjudication*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p.459.

[5] C. Dupré, *The Age of Dignity*, Oxford/Portland, Hart, 2015; M. Mahlmann, *Elemente einer ethischen Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

[6] C. Douzinas, *Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism*, London and New York, Routledge, 2007, p.54.

and welfare policies. In so doing, I move from the assumption that the notion of 'social dignity' is a distinct feature of European constitutional tradition since it reflects, at a closer view, a peculiar bond between individual autonomy (as enshrined in fundamental rights guaranteed at both national and supranational, i.e. regional, level) and solidarity as an heritage of a shared duty to provide for the common good. This linkage between autonomy and solidarity is mediated by the value of human dignity, but it requires an ongoing reassessment of its institutional premises, that is a balance between political decision and judicial reasoning.

In a first part (2.), I briefly try to sketch out the main aspects of this theoretical debate, although my intention is rather to focus on the legal implications thereof. In a second part (3.), I dwell into an overview of judicial applications of human dignity in social rights and welfare policies in four European countries: France, Italy, Germany, and the United Kingdom. The German and the British cases, in particular, can reveal the basic variables of and the different reactions to a fully-fledged utilization of human dignity as a judicial argument in the field of social policies. In a third and final part (4.), I offer some concluding remarks about the legal epistemology of human dignity in social rights issues and the opportunity to recur to it as a moral and legal basis for promoting individual rights and social integration via judicial decisions.

2. Human dignity for social justice?

It is a commonplace that dignity was firstly introduced as a normative concept by Immanuel Kant. Although the recurrence to dignity is long-standing and far-reaching in the Western tradition and many traces of it can be found in other cultures, the modern usage of the word and its conceptualization do almost entirely coincide with the Kantian theory. As is well known, the absoluteness of the Kantian *Würde* (dignity), the relationship between means and ends that it endorses and the centrality of the individual as a moral agent have jointly led to the conclusion that human dignity can be first and foremost addressed in terms of individual autonomy[7]. For a long time, theoretical reflections have highlighted that the absoluteness of dignity works at its best when it opposes the individual agent (as bearer of rights) and the public authority (as the source of power threatening absoluteness of moral individuality). Within such a liberal arrangement, there is no place for establishing a link between dignity and the

[7] I. Kant, *Groundwork for the Metaphysics of Morals* (1785) (Mary J. Gregor trans.) Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

social field, although the position of Kant insisted on a broader notion of autonomy, encompassing moral duties[8].

In recent years, the philosophical debate about the widespread diffusion of dignity and its multipurpose nature have called into question its relationship with welfare policies and social rights. More recent philosophical strains have highlighted the need to give to dignity a broader reading, according to which the respect of individual autonomy implies some necessary conditions for one's self-fulfilling project[9]. In this light, human dignity becomes the source of both rights and duties, since the mutual respect for autonomy calls for a limitation for individual actions that may infringe other's rights. The insistence on duties as a distinctive component of autonomy and dignity reveals the intention to provide the latter with some distributive intents. Human dignity is not a persistent and immutable quality of individuals, but is a set of entitlements that have to be safeguarded against the intrusions put forth by private and public actors, and therefore it needs to be arranged at an institutional level. A step forward in this direction is made by those scholars that stress the insufficiency of an utilitarian approach, which is accused to underestimate the cooperative potential of public institutions. Their coordinated action is able to overcome the theoretical and practical shortcomings of a purely horizontal dimension of individual aid and, in so doing, it provides a basis for the arrangement of public services like healthcare, pensions and social inclusion of disadvantaged people[10].

Such a philosophical foundation is in line with those international legal trends aimed at elevating social rights at the level of human rights. Right to access to health service, right to school, right to housing and the right to fair working conditions are since decades part of global and regional covenants, since (at least) the International Covenant on economic, social and cultural rights (1966) and the European Social Charter (1996), whose Article 26 openly recalls "The right to dignity at work". Against this background, it comes as no surprise that human dignity has been invoked in judicial decisions as a guarantee for the right to have essential needs satisfied. In the *Guatemala Street Children case*, the Inter-American Court of Human Rights asserted that the right to life "includes not only the right of every human being not to be deprived of his life arbitrarily, but also

[8] I. Augsberg, *'The Moral Feeling Within Me': On Kant's Concept of Human Freedom and Dignity As Auto-Heteronomy*, in D. Grimm, A. Kemmerer (eds.), *Human Dignity in Context. Explorations of a Contested Concept*, Baden-Baden/Oxford, Nomos/Hart, 2018, p.55.

[9] A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago, University of Chicago Press, 1978.

[10] K. Steigleder, *Human dignity and social welfare*, in M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (eds.), *Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p.471.

the right that he will not be prevented from having access to the conditions that guarantee a dignified existence"[11]. In a similar line, Indian Supreme Court has interpreted right to life and personal liberty by stating that it includes "the right to live with human dignity and all that goes along with it, namely, the bare necessities of life such as adequate nutrition, clothing and shelter over the head and facilities for reading, writing and expressing oneself in diverse forms"[12]. Similar decisions have been taken on similar grounds in countries like Hungary[13] and South Africa[14], thereby contributing in the last twenty years to the emergence of a human dignity judicial canon within global constitutional law.

Although these evolutions have contributed to the enrichment of human dignity's multi-faceted texture, one can read behind them a certain vague and erratic attitude: their capacity to stand as flagship of civilisation of political and socio-economic life seems to be at odds with the context in which they are called to deploy their effects. Their high moral ambitions are likely to elevate their judicial proclamation from the harsh political situations surrounding them, and in this way they express the aspirational intent of such social rights claims. This can alternatively lead to their ineffectiveness or rather to a reversal of the message they are called to uphold. A striking example comes from Hungary itself: in 1998 and 2000 the local Constitutional court delivered some pioneering decisions that emphasized in terms of a dignitarian mandate the duty of the State to secure a minimum livelihood through all the welfare benefits necessary for the realisation of the right to human dignity, in particular for the right to provide a shelter for homeless persons[15]. On 4 June 2019, after the entry into force of a new Fundamental law in 2011 and the packing of the Constitutional court, this judicial body delivered an astonishing decision according to which the criminalization and eventual imprisonment of homeless people is in line with the Constitution since, according to the majority "(…) nobody has the right to poverty and homelessness, this condition is not part of the right to human dignity" [16].

---

[11] IACHR, *Villagran Morales v. Guatemala*, Nov. 1999, para 144.

[12] *Mullin v The Administrator. Union Territory of Delhi*, AIR 1981 SCR (2) pp.516, 518.

[13] Alkotmánybíróság, Decision 32/1998 (VI. 25) AB, ABH 1998, 251 and decision 42/2000 (XI. 8) AB, 5/G/1998.

[14] Since the seminal ruling delivered by the South African Constitutional court in *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 1 SA 46 (CC).

[15] See above, nt. 3.

[16] Alkotmánybíróság, Decision 19/2019. (VI. 18.): on this decision see N. Chronowski, G. Halmai, *Human Dignity for Good Hungarians Only*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, June 11, 2019 (https://verfassungsblog.de/human-dignity-for-good-hungarians-only/)

3. Exploring European constitutionalism on human dignity and social rights: roots and contexts

If the relationship between human dignity and social rights is considered from a legal point of view, and from the perspective of constitutional law in particular, a step behind is to be done. Human dignity emerges as a distinctive legal component of modern constitutions after World War II, even though previous references were made in other constitutional texts (Spain and Ireland).

The close connection between human dignity and social rights should thus not surprise if one focuses on the constitutional ideas that prevailed in the aftermath of World War II[17]. At international level, Art. 1 of the Universal Declaration of Human Rights paved the way to an increasing role for dignity, by stating that "All human beings are born free and equal in dignity and rights". Even before this, a new legal and theoretical strain had emerged, according to which human dignity had to be grasped then within the social and relational contexts the individuals lived in, so that more individualist approach had to be abandoned[18]. The Italian (1948) and the German (1949) Constitutions are, among others, strongly committed to the idea that the protection of the individual could not be left anymore to the sole dynamics of social interactions and hat to be taken in charge by public authorities. In Germany, this approach has been realized thanks to the combination between Art. 1 of the Basic Law (BL) and the principle of social state enshrined in Art. 20 BL, whereas in the Italian Constitution human dignity is much more immediately related to its social dimension: it is mentioned

[17] A. Oehling De Los Reyes, *El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes de receptión en la Europa continental*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011, p.135).

[18] It suffices here to mention two authors like Jacques Maritain and George Gurvitch, both highlighting that human dignity did not coincide with the qualities and entitlements of an abstract individual, but had to be grasped within the intertwinement between individuals and groups in a given society. Both authors moved thus from a pluralist and anti-statist approach: see J. Maritain, *Integral Humanism*, (J. W. Evans trans.), Notre Dame, IN, University of Notre Dame Press, 1973 (whose concept of dignity is explored by P. Valadier, *Jacques Maritain's personalist conception of human dignity*, in *Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*, cit., 260) and G. Gurvitch, *The Bill of Social Rights*, New York, International Universities Press, 1946, whose *Bill of Social Rights* at Art. 1 reads: "The goal of society is the fraternity of men and groups, which can be fulfilled only through variety in unity. – i.e. through a plurality of equalitarian associations protecting the liberty and human dignity of each member and integrated in the national community" (at 74).

with regard to the principle of equality in Art. 3 ("equal social dignity"), as a limit to the freedom of economic actors (Art. 41, par. 2) or as a basic yardstick indicating the minimum threshold for wages (Art. 36). In the French system, human dignity is not directly mentioned by the Constitution (both 1946 and 1958) and the protection of social rights emerges indirectly from the Preamble of the 1946 Constitution[19].

If we move to the judicial applications of human dignity in the social field, the connection between human dignity and social rights is however much more blurring.

The German example is quite revealing. Despite of the clear connections between the *Menschenwürde* and the principle of Social state, the Federal Constitutional Tribunal highlighted from the very beginning that the public authority (i.e. the Parliament) is under a duty to provide the individual with social services (*Leistungspflicht*) but this duty is not directly enforceable by the individual, since it stands as a purely objective constitutional mandate[20]. In extreme circumstances, the individual can claim against a manifestly insufficient legislation, but the burden of proof was deemed to be high since the individual had to demonstrate that such a shortcoming was related with an arbitrary inaction of the legislative power[21]. This can partly be related with the absence of a constitutional catalogue of socio-economic rights at the federal level, since the related clauses are enshrined in the constitutions of the German *Länder*.

A turning point in this field has been represented by the decision taken in 2010 by the Federal Constitutional Tribunal in the social minimum case (*Existenzminimum*), in which the Court clearly stated that each and every individual has a right to state benefits that "covers those means which are vital to maintain an existence that is in line with human dignity. It guarantees the whole subsistence minimum by a uniform fundamental rights guarantee which encompasses both the physical existence of the individual, that is food, clothing, household goods, housing, heating, hygiene and health . . . , and ensuring the

[19] It must however be reminded that a strong connection between social rights and human dignity emerged in several clauses of the first draft of the 1946 Constitution: Art. 22 read as follows: "Every human being has rights that guarantee his full physical, intellectual and moral development, while respecting his integrity and dignity"; Art. 27: "Neither working time nor working conditions should infringe on workers' health, dignity or familial life. Finally, Art. 28 stated that both men and women should earn wages that allow them to live a "dignified life". As well known, this draft has been repealed by the people of France on a referendum held on 19 April 1946.

[20] BVerfGE 1, 97 (104), BVerwGE , 159 (161).

[21] BVerfGE 33, 44 (51); 71, 39 (58); 75, 108 (157).

possibility to maintain inter-human relationships and a minimum of participation in social, cultural and political life"[22].

Two aspects of this seminal decision need to be highlighted.

The influence of human dignity in fostering a socially inclusive measure can be perceived at its clearest when the Tribunal emphasizes the relational potential of such an intervention, which should not be limited to provide the individual with material goods and services, but should be directed to "maintain inter-human relationships and a minimum of participation in social, cultural and political life". In so doing, the Tribunal seeks to detach social benefits from the most classical (German) domain of social state, where public intervention in favor of disadvantaged people is traditionally considered (since the Bismarck era) as a distinctive policy with some authoritative traits. The shift from such a traditional "duty of intervention" to a multifaceted idea of the individual and its basic needs is, according to many[23], the contribution delivered by the notion of human dignity and the underlying idea of individual autonomy enshrined therein. A social intervention aimed at respecting human dignity must not simply concede a subsidy, but must put the individual in condition to help himself or herself to re-establish the conditions for a dignified life in the social environment[24].

At the same time, this decision and the one taken in 2012 with regard to the social benefits of asylum seekers[25] show, at a deeper glance, the continuity with the previous approach of the Tribunal. The right of the individuals is not considered even today in terms of a fully-fledged right to assistance (*Leistungsrecht*), but in a more modest right of the individual "to be assured" (*Gewährleistungsrecht*) in the enjoyment of services that embody the social

[22] BVerfGE 125, 175 (par. 136).

[23] M. Baldus, *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 230. See also E. Eichenhofer, *Sozialrechtlicher Gehalt der Menschenwürde*, in R. Gröschner, O. W. Lembcke (Hrsg.), *Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit der Absolutheitsanspruch der Würde*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p.218.

[24] The methodological roots of such an approach can be found in V. Neumann, *Menschenwürde und Existenzminimum*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 14 (1995), 426. On this decision see E. Denninger, *Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklungen in der Verfassungsrechtsprechung*, in F.-J. Peine, H. A. Wolff (Hrsg.), *Nachdenken über Eigentum. Festschrift für Alexander von Brünneck zur Vollendung seines siebzigsten Lebensjahres*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p.397 and, more recently, S. Civitarese Matteucci, G. Repetto, *The expressive function of human dignity. A pragmatic approach to social rights claims*, in *European Journal of Social Security*, 23 (2021), p.120.

[25] BVerfGE 132, 134.

minimum in terms that do not violate the human dignity. Many commentators have argued that such a terminological shift is not just the sign of a legal pedantry, since it reflects the intimate nature of the constitutional mandate emerging from Art. 1 BL in the social field[26]. On the one hand, human dignity does not stand anymore on a terrain separated from social dynamics, it does not convey a barely natural law perspective, but it must be grasped in the light of the problems of associated life. On the other hand, human dignity sets a limit to the freedom of political actors to address measures and instruments to the advancement of social inclusion, but this limit is *not* absolute. Public authority is under a duty to justify the breadth of its interventions, it must respect some substantial and procedural standards, but its discretion as to the evaluation of the compatibility of such measures, e.g. with budgetary requirements, must be safeguarded[27]. The absoluteness of human dignity, therefore, is not deemed to be able *per se* to set an absolute limit upon the freedom of assessment of political actors.

This conclusion needs to be emphasized at a more general level. As we will see, the German case is the one that shows the deepest and closest relationship between a strong vision of human dignity and social rights and measures aimed at contrasting poverty and at favoring social inclusion. But the epilogue of such a brief surveydemonstrates that the intimate meaning of dignity seems to be at odds with its standing as a guiding principle in the field of social measures, since these ones forcefully require a graduation, a selection of interventions for which the human dignity and its absoluteness are not able to offer a valid yardstick[28].

Despite of this, the German case represents in my view a successful way of dealing with dignity in the social field, although the impression is that such an outcome has been made possible by decades of legislative interventions in the social field (in the framework of the "social code", *Sozialgesetzbuch*) which paved the way to a judicial decision aimed at securing social minimum as an individual right.

The French case demonstrates that the existence of a legislation in the social field and the commitment of public institutions to social goals does not lead *per se* to establish a link with human dignity. Even though the French *Conseil*

---

[26] T. Mayen, *Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Gewährleistungsrecht als leistungsrechtliche Grundrechtsdimension*, in M. Sachs, H. Siekmann (Hrsg.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, p.1458.

[27] BVerfGE 125, 175 (222, 224).

[28] V. Neumann, cit., p.428, explicitly referring to the Kantian idea of the incommensurability of human dignity, and S. Huster, *The Universality of Human Dignity and the Relativity of Social Rights*, in *Human Dignity in Context*, cit.,p. 415

constitutionnel referred in a pair of cases to the *dignité de la personne humaine* as a value, among others, safeguarding social right to housing[29], there is a widespread consensus as to the fact that human dignity has not emerged yet as a basic value capable of offering protection against social exclusion[30]. Despite of this, many authors have stressed the growing importance of human dignity in legislation concerning socio-economic issues[31][32], although such an outcome is deemed to cause a dilution of human dignity's absolute nature[33].

The Italian system has traditionally showed a different approach with regard to the role played by human dignity in the judicial protection of socio-economic rights. As has been remarked earlier, unlike France, the Italian Constitution mentions several times dignity in relationship to the social dimension of fundamental rights. Despite of this, an overview in the case law of the Italian Constitutional court reveals that such a principle is rarely invoked in the field of social rights (as well as in human rights litigation in general). The scant reference to human dignity in this field can be explained with two different reasons. On the one hand, the Constitutional court has traditionally left to the Parliament a wide leeway in the decision about whether, how and to what extent introducing a legislation aimed at granting social rights. In particular, the Court has developed a broad range of interpretive techniques aimed at securing a priority in the legislative evaluation of social policies, among which the principle of graduality must be mentioned: according to this, in a first instance it is up to the political authority to decide whether and to what extent the promotion of social goals is

[29] Conseil constitutionnel, 19 Jan. 1995, n. 94-359 DC, *Loi relative à la diversité de l'habitat* e 29 July 1998, 98-403 DC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*: in both cases, dignity was invoked in horizontal relationships, since the right to housing had to be balanced against the right to property of other individuals.

[30] O. Dupéré, *Dignité de la personne humaine et logement decent*, in *Communication au VIIe Congrès français de droit constitutionnel. Association française de droit constitutionnel, Paris, 25-17 Septembre 2008*, http://www.droitconstitutionnel.org//congresParis/comC8/DupereTXT.pdf

[31] S. Hennette-Vauchez, *Human Dignity in French Law*, in *Cambridge Handbook of Human Dignity*, cit., p.368.

[32] E.g. the imposition of working conditions contrary to human dignity became a criminal offence in 1992 (Art. 225-13/225-16 *code penal*); a 1998 law proclaims that "the fight against social exclusion is a national imperative grounded on the respect of all human beings' equal dignity" (Loi No. 98-657, 29 July 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions).

[33] B. Mathieu, *Constitution et ethique biomédicale*, Paris, La Documentation Française, 1998, 50. It comes thus as no surprise that the recent proposal to amend the 1958 Constitution with the introduction of the principle of human dignity raised some concern: see C. Belaich, *L'inscription de la dignité humaine dans la Constitution fait debat*, in *Libération*, July 19, 2018.

compatible with budget constraints and the macroeconomic framework in general[34]. Such an evaluation can be reviewed by the Court only in case of a manifestly arbitrary assessment, but it must be added that the Court rarely called such an assessment openly into question[35]. On the other hand, a judicial correction of legislative choices is possible with regard to sectoral decisions, i.e. when a certain social benefit must be granted to other groups or categories that the Parliament decided to ignore or to treat less favorably than others. In such cases, the potential of human dignity as a tool aimed at securing social rights has been absorbed by the principle of equality and its connected interpretive technique of "reasonableness" (*ragionevolezza*, an Italian version of proportionality), whose basic meaning must be intended as a quest for systemic coherence upon the legislator[36]. With regard to both aspects, the Italian version of *dignità umana* reveals the weakness of judicial responses whenever the legislative decision enjoys a margin of choice and intervention in the social field which is counterbalanced only in a limited way by judicial actors. Rather than enabling the courts to set a core content of social rights and services that could not be lowered by the political authority, human dignity acted as a value justifying political choices, albeit with a very narrow oppositive content[37].

---

[34] See among others dec. nos. 128/1973, 374/1988, 455/1990, 30/2004. In more recent times, an explicit statement as to the role of the legislator in determining the objective meaning of human dignity as a limit to economic activity is made with dec. no. 141/2019, concerning the role of sex workers.

[35] An exception is to be seen in a well-known decision concerning the right to housing (dec. no. 404/1988, quoting the previous dec. no. 217/88), according to which, though in a quite declamatory fashion, the Constitutional court stated that human dignity is the goal that steers the action of public activity in pursuing the enhancement of fundamental social rights of the individuals. For a critical stance on this argument, see G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p.97.

[36] An example of this can be seen in dec. no. 432/2005, concerning the constitutionality of a regional law that deprived foreign people with disabilities to enjoy facilities in public transportation. Whereas the core content of the right to health (Art. 32) has to be enjoyed by non-citizens too, the right to movement falls outside of this domain since it aims at different purposes. Despite this, the ICC has declared the legislation at stake unconstitutional since, beyond the respect of human dignity, the legislative assessment ran counter the principle of proportionality and reasonableness.

[37] D. Messineo, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali*, Turin, Giappichelli, 2012.

Against these backgrounds, that share a basically sympathetic approach toward human dignity, the British case could be invoked as a laboratory in which the recourse to dignity comes into question as a "legal irritant"[38].

The emergence of dignity in English law has been mainly vehiculated by the entry into force, in 1998, of the Human Rights Act, that has nationalized the standards set forth in the Articles 2 (right to life) and 3 (prohibition of cruel and degrading treatments) of the European Convention on Human Rights and fundamental freedoms (ECHR). At such a general level, the entrance into the UK legal order of a principle like human dignity in its 'continental fashion' has raised peculiar concerns in those scholars who promptly argued that this risked to confer to this principle an overinclusive stance. A too broad moral content, in particular, was charged to deliver a paternalistic attitude in the protection of fundamental rights and, in this way, human dignity as a 'German legal concept' risked to replace, according to many, the prerogative of parliamentary sovereignty in the establishment of the common good on the basis of political representation[39]. The evolution of the judicial applications in the following years show a growing inclination to refer to human dignity in those areas covered by Art. 2 and 3 ECHR[40], but one could not argue that such a principle has turned into a commonplace in judicial reasoning.

At this first step, even though from a perspective aimed at safeguarding a moral reading of the institutional balance between judicial power and sovereignty of Parliament, the British case reveals a resistance against the empowerment of human dignity through judicial decisions not so different from the one at stake in the aforementioned continental systems.

If we now turn to the relationship between human dignity and social rights, things appear in an even more blurred light. In the evolution of the British system after 1945, social dignity has been often invoked as a guiding idea of the legislative process establishing a new public service aimed at securing individual security in the framework of a dignified citizenship[41]. The approval of seminal legislations like the *Education Act* (1944), the *National Health Service Act* (1946) and the *New Towns Act* (1946) show that the commitment of English Parliament to human dignity had a clear social attitude which was not related (as in Germany)

---

[38] G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, in *Modern Law Review*, 61 (1998), 11.

[39] D. Feldman, *Human Dignity as a Legal Value. Part I*, in *Public Law*, 1999, p.698.

[40] *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26 e *R v Ian McLoughlin* e *R v Lee William Newell* [2014] EWCA Crim 188, *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Limbuela* [2005] UKHL 66.

[41] T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, London, Pluto, 1950.

with an authoritarian tradition, but rather with the idea of a (then) 'new' relationship between the individuals and society. Sovereignty of Parliament, in this field, means that social forces have conferred to political actors some basic choices as to the inclusion of disadvantaged classes in the social realm and, in so doing, dignity could act as a guiding principle since its core content was supported from a broad ranging political and social context. Therefore, it is not surprising that when such a social and political consensus vanished, human dignity had "to cope with an attack on its whole underlying premise, namely that the electors have (through their government) any responsibility at all for the welfare of their neighbours and co-nationals"[42].

Within this framework, judicial applications of human dignity in the social field have been marked in recent years by a reluctance to move beyond the narrow margins of the 'degrading treatments' referred to in Art. 3 ECHR, whereas if other ECHR rights are invoked (for example Art. 8, *Right to respect for private and family life*), the respect of human dignity is balanced against the need to preserve limited public resources[43]. As a brief analysis of judicial decisions show, human dignity has currently lost most of its social traits and seems rather limited to preserve individual liberty and autonomy when they are at stake 'into the realms of social responsibility'[44].

What can be learnt from the adventure of human dignity in United Kingdom is that it its inability to stand as an autonomous legal basis for the promotion of social rights is related to its being dependent upon the value choices that prevail in a society at a given time. Rather than the bare institutional divide between judges and Parliament, much more revealing seems to be the fact that dignity has increasingly shifted away from the domain of legislative enactment of

---

[42] C. Gearty, *The Principle of Human Dignity*, in C. Gearty (ed.), *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.89.

[43] Among others see: *R (Q, D, J, M, F and B) v Secretary of State for the Home Department* [2003] EWHC 195, *R (McDonald) v Royal Borough of Kensington and Chelsea* [2011] UKSC 33. For an overview see C. Gearty, *Socio-Economic Rights, Basic Needs, and Human Dignity: A Perspective from Law's Front Line*, in C. McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity*, edited by, Oxford, Oxford University Press, 2013, 155 and J. Miller, *Dignity: A Relevant Normative Value in 'Access to Healthcare and Social Care' Litigation in the United Kingdom?*, in A. Diver, J. Miller (eds.), *Justiciability of Human Rights Law in Domestic Jurisdictions*, Heidelberg, Springer, 2016, 71. On more recent trends see Jed. Meers, *United Kingdom*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (eds.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, London/New York, Routledge, 2018, 122.

[44] B. Hale, *Guest Editorial. Dignity*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 31 (2009), p.107.

social goals and moved into a realm where individuals engage each other's rights and duties in a process of social responsibility. All of this can be obviously related with a process of impoverishment of the social dimension of legislative decisions, but such an outcome testifies one more time the clash between the absoluteness of human dignity, its aim to define the essence of human nature, and the floating historical and social conditions and factors that make an individual life a dignified component of the social world[45]. With the words of a German constitutional judge referred to by Baroness Hale of Richmond: "can human dignity keep its universal quality if we try to use it in a court to win cases?"[46].

As emerges from the overview of other experiences[47], the principle of human dignity is not able *per se* to give a final answer to the question concerning whether and to what extent social rights and social equality should be constitutive for a political community. It probably can set some limits in cases of treatments endangering minimal conditions of existence[48], but beyond these very minimum thresholds there is a lot of political leeway. This should not sound as a plea for ignoring the contribution of human dignity in the social field, but rather as a confirmation that "dignity appears to become other than impossibly vague only when it is tethered to a coherent community of interpretation"[49].

Therefore, the idea of a dignified social life should aim at revitalizing the link between human rights and the political context: in this framework, the question as to whether and how to give a distinctive place to human dignity remains open.

4. Strategies and limits of judicial application of human dignity in social rights' claims

The relationship between human dignity and social rights is therefore not straightforward.

---

[45] C. Sypnowich, *The concept of socialist law*, Oxford, Clarendon, 1990, p.101.

[46] B. Hale, *Guest Editorial. Dignity*, cit., p.106.

[47] A seminal analysis in C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 19 (2008), p.700.

[48] I. Leijten, *The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection*, in *German Law Journal*, 16 (2015), 23 and K.G. Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, in *The Yale Journal of International Law*, 33 (2008), p.113.

[49] C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, cit., p.723.

As the brief comparative survey shows, in the four European countries that I have taken into exam, despite of the extreme variety of cases dealt with, the role of human dignity shows many differences besides of a minor set of common traits. Even with the aim of methodologically justifying the comparison among these four countries, the impression is that these similarities do not rely exclusively upon the common European and Western democratic heritage of these legal systems, but rather on a functional trait, which remains crucial in order to understand human dignity as a constitutional principle in the social field. In the aforementioned contexts, judicial assessment of individual dignity does not exhaust the semantic meaning and the legal potential of the constitutional principle at stake, because it is always the outcome of a more complex interaction between judicial actors and political bodies. Due to the peculiar aspects of social dignity, it is hardly identifiable a decision which imposes duties of protection that fall largely beyond (or rather: independently from) the decision of democratically accountable political organs.

This can lead to dissatisfaction. Unlike the pioneering decisions delivered in India, in the *Guatemala Street Children* case, in South Africa or in Hungary, 'old' European countries seems much more unease to confer to human dignity a countermajoritarian role, able of reversing decisions taken by political actors. In my view, this is not a shortcoming but, on the contrary, a sign of the proper way in which human dignity should drive the arrangement of social rights and policies[50].

In current debates, human dignity seems to be captured by a contrasting logic. On the one hand, dignity and autonomy do operate as the bulwarks of a growing individualism in which the freedom of will risks to progressively erode the premises of a democratic society lived *in common*. In this vein, social dignity should be called to uphold individual self-determination through the arranging of individual benefits and services aimed at exclusively self promoting the individual without the need to refer all of this to a common political endeavour. In this way, the risk is that human dignity vehiculates in the social field the same 'detachment from history' that Charles Taylor had critically highlighted some decades ago in terms of a "view from nowhere"[51]. On the other hand, the recourse to human dignity risks sometimes to overcharge its meaning and its potential in terms of a moral perfectionism, according to which a 'dignified life' coincides with

[50] According to H. Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 118 (1993), p.366, human dignity could stand as a binding legal principle only if proclaimed by a humanity which is politically unified.

[51] C. Taylor, *The Malaise of Modernity*, Concord, Anansi, 1991. In the same vein, A. Margalit, *The Decent Society*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996.

aspirational attitudes that may alternatively be grounded on the reproduction of an ideal world (in a *Platonian* fashion) or in the tendency to progressively imitate a transcendent order (in an *Augustinian* fashion). If such total views of common order and good life are transposed into legal reasoning and legal justification, they can lead to separate public deliberation over the common good from the basic preconditions of democratic life (rule of law, rights of minorities, freedom of expression, separation of powers)[52].

Against this background, the notion of social dignity emerging in Europe shows a much more balanced nature. My opinion is that it can be grasped in terms of a second-order principle, which is unlikely to be invoked as an immediately enforceable legal yardstick, since its main function is rather to steer constitutional conflicts in favor of a solution which is capable of maximizing both individual autonomy and public solidarity[53]. In a few words, a meta-principle which seeks to constantly reconnect the individual and the public according to different constitutional geometries and proportions. I would like to finally stress four main aspects of this approach.

1) Although, in the countries considered, human dignity is not *per se* a valid yardstick or justifying social policies and for ensuring the enjoyment of social rights, it is not deprived of any legal meaning. On the contrary, it can be invoked as both a lever for protecting basic human needs that coincide with a minimum threshold of citizenship and human rights (like the basic income regulations) and as a moral argument for addressing such a relief in direction of *individual self-empowerment*. Human dignity is at odds with the idea that social rights are instrument for governing social and political conflicts and not individual entitlements for promoting individual flourishing within the social and political community[54].

2) Human dignity in the social field *mediates between freedom and equality*. In the countries considered, the recourse to human dignity paves the way to different strategies of balancing the commitment to individual freedom and the constitutional mandate to preserve an acceptable degree of social homogeneity.

---

[52] M. Nettesheim, *"Leben in Würde": Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten*, in *JuristenZeitung* 74 (2019), p.8.

[53] R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers trans.), Oxford, Oxford University Press, 1992.

[54] M. Mahlmann, *Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited, Oxford, Oxford University Press, 2012, p.371.

There can be different degrees and different solutions for the same questions, but human dignity remains as a sort of 'shadow principle' that preserves the need not to entirely compress one side of the balance (freedom) against the other (equality). The different ideas of the relationship between the common good and individual liberty emerge in constitutional texts but their development and reassessment is demanded to the institutional *liaison* between legislators and judges[55]. None of them has the last word as to whether and to what extent human dignity has been respected or not: the legislator without the judge is deprived of the capacity to deal with the variety of situations, whereas the judge without the legislator remains unable to offer general responses and to take into account all conflicting interests[56].

3) Human dignity seeks to *balance individual autonomy and the pursuit of community interests*. Thanks to its nature of a 'shadow principle', human dignity does not offer a final say as to how such conflicting values should be reconciled. Political constitutions do not aim at deciding every aspect of social life, since they offer rather an institutional framework within which many actors are called to interact in order to keep an ongoing conversation about the founding elements of social and political life. In so doing, they are limited by basic constraints, such as (among others) separation of powers and the respect of fundamental rights of the individuals. In this framework, human dignity enters the scene in different ways, depending on whether its role has a prominent position (e.g. Germany and Italy) or a hidden place (France and UK). In any case, its function has some basic tenets, in that it sets the outer limits of what political authorities are basically prevented from doing, with regard to the impairment of that line dividing the individual autonomy from the interests of the community[57]. That line can be drawn according to different proportions between the areas of individual and community, as the German and the UK cases clearly demonstrate. Human dignity can be alternatively invoked in order to promote individual self-help or the commitment to the enhancement of public services. But the role and the logic of functioning of human dignity remain quite similar.

---

[55] M. Cohn, D. Grimm, *'Human Dignity' As a Constitutional Doctrine*, cit. 197

[56] J. King, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 171 pays attention to the relationships between legislative focus on a given issue and the resulting *room of manoeuvre* for judicial enforcement of social rights, and concludes that "[t]he remedy for an absence of legislative focus in legislation itself is not entirely straightforward" (p. 172).

[57] T. Khaitan, *Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous nor a Panacea*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 32 (2012), p.15.

4) At a deeper level, social dignity does not have a clear and a fully-fledged status since it is called to strike a balance between two radically incompatible dimensions, that are the *absoluteness of its moral aspiration and the situatedness of the social sphere*. Such an incommensurability of human dignity is a *fil rouge* that dominated legal and philosophical reflections of the XX century[58] but its implications do affect legal and political systems in several ways. The impossibility to use human dignity as a valid yardstick for assessing in quantitative terms what is 'basic' in basic income regulations is a clear example of such a problem. The need for judicial decisions to refer to political discretion in order to find a useful yardstick for assessing (though not exclusively) what respects human dignity (and what not) tells us something relevant about the place of human dignity in social issues. Even though in other fields human dignity can be strictly connected with other fundamental rights and can even act (in the words of Aharon Barak) as a 'mother right', i.e. as a source of unenumerated rights[59], in the social field its connection with fundamental rights is inevitably looser, since it rather operates as a constitutional mandate acting *behind* fundamental rights[60], tracing the outer boundaries of their mutual relationships and conferring different mandates upon the institutional actors whose decisions should forge the social dimension of modern democracies.

***

ABSTRACT: Starting from the assumption that the notion of 'social dignity' is a distinct feature of the European constitutional tradition due to the link between individual autonomy and solidarity, this essay intends to illustrate the extent to which the notion of human dignity is a suitable instrument for the promotion of social rights and welfare policies. The paper analyses the jurisprudence on human dignity in the field of social rights in France, Italy, Germany, and the United Kingdom, and concludes with some remarks about the

[58] E. Bloch, *Natural Law and Human Dignity* (Dennis J. Schmidt trans.), Boston, MIT Press, 1986.

[59] One can find similarities, though not a fully converging approach, with the notion of *equal dignity* referred to by Justice Kennedy in *Oberfegell v. Hodges* (135 S. Ct. 2584): in that case, dignity is mainly connected with an *antisubordination liberty* (K. Yoshino, *The Supreme Court, 2014 Term – Comment: A new Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges*, in *Harvard Law Review* 129 (2015), p. 174), whereas the notion of dignity discussed here is mainly related to the need to favour social inclusion *via* the legislative promotion of social equality.

[60] M. Nettesheim, *"Leben in Würde": Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten*, cit., p.10.

legal epistemology of human dignity in social rights issues and the opportunity to use it as a moral and legal basis for promoting individual rights and social integration via judicial decisions.

KEYWORDS: human dignity; social justice; European constitutionalism, social rights, judicial assessment.

***

Giorgio Repetto – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Perugia (giorgio.repetto@unipg.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La capacità trasformativa della cittadinanza europea. Una prospettiva comparatistica*

Leonardo Pierdominici

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto: breve storia critica della cittadinanza dell'Unione. – 3. La natura evolutiva della cittadinanza UE rispetto alle cittadinanze nazionali. - 3.1 La natura evolutiva rispetto alle cittadinanze come fasci di diritti. – 3.2 La natura evolutiva rispetto alle cittadinanze come *status*. – 3.3 La natura evolutiva rispetto alle cittadinanze come elementi d'identità. - 4. In conclusione.

1. Introduzione

Il La cittadinanza europea - osserva una delle sue più acute studiose - è istituto le cui sorti sono inestricabilmente legate alle più ampie questioni relative alla traiettoria della integrazione comunitaria e alle «changing perspectives» sulla sua definizione come criterio di *membership* anche a livello nazionale[1].

Con l'integrazione comunitaria nel suo complesso la cittadinanza europea è del resto oggi accomunata dalla caratteristica di essere massimamente discussa e considerata potenzialmente foriera di sviluppi proprio nel momento in cui, in esito alla crisi economica, alle dinamiche di *democratic backsliding* in alcuni Stati membri, e a Brexit, essa può considerarsi attraversare una delle più sfidanti congiunture: un'ennesima attualizzazione e specificazione, se vogliamo, della nota profezia di Jean Monnet[2].

---

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

[1] J. Shaw, *EU Citizenship: Still a Fundamental Status?*, in R. Bauböck (ed.), *Debating European Citizenship*, Cham, 2019, p. 1, ss.

[2] «*L'Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises*»: J. Monnet, *Mémoires*, Paris, 1976, p. 488.

Da tempo la più avvertita dottrina invita, con l'ausilio dell'analisi comparata ed in particolare rifacendosi alle esperienze federali storiche[3], ad osservare in prospettiva composita l'interazione tra differenti livelli di disciplina della cittadinanza nel continente europeo, e a ragionare dell'impatto degli uni sugli altri[4]: giacché pure, come vedremo in dettaglio, la cittadinanza europea è per caratteristiche sue proprie istituto da indagare in ottica diacronica ed evolutiva.

È usuale, ancora in prospettiva comparata, sottolineare che ogni ordinamento abbia norme sue proprie sulla cittadinanza, tanto che solo mediante un'analisi empirica, induttivamente, e con approssimazione, si può ottenere una definizione giuridica di cittadinanza valida a livello globale[5]. Anche a livello storico, ovviamente, una molteplicità di situazioni giuridiche ha diversamente caratterizzato la figura del cittadino in vari frangenti. In tal senso, una nozione di cittadinanza empiricamente e diacronicamente intesa come «condizione giuridica di contenuto variabile» fa sì che essa non possa «né determinarsi a priori, né scomporsi interamente in singoli diritti e doveri», in singole situazioni giuridiche, come osservava già in epoca risalente un maestro precursore delle odierne dottrine pluraliste[6].

In tal ottica, l'obbiettivo del contributo è di indagare in chiave comparatistica e diacronica la cittadinanza europea, nell'attuale temperie, focalizzandosi sulla sua capacità trasformativa nell'interazione con le discipline

---

[3] C. Schönberger, *European Citizenship as Federal Citizenship: Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism*, in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 19, 2007, p. 61, ss.

[4] J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in P. Craig, G. de Búrca (eds.), The Evolution of EU Law, Oxford, 2011, p. 575, 578: «the complex relationship between the two can only be effectively understood by deploying a composite and multi-facetted concept of citizenship which links together the different levels and different spheres in which individuals claim citizenship rights, carry out citizenship duties and act out citizenship practices. In other words, we should focus on citizenship in the EU context, not specifically and solely on citizenship of the Union. For those who live in complex polities which exhibit shifting and evolving vertical and horizontal relationships between different levels and spheres of political authority, citizenship itself is best understood multi-perspectively. The concept of citizenship operating in Europe today is both multilevel and composite in character».

[5] R. Clerici, *Cittadinanza*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche* (XV voll.), III, Torino 1989, p. 112; il concetto è poi ripreso come centrale in S. Scalia, *Note in tema di cittadinanza europea*, in *Studi urbinati*, vol. 59, 2008, p. 351, ss.

[6] Così S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, p. 66: si noti che la stesura del testo, rimasto inedito e pubblicato solo negli anni Ottanta, viene fatta risalire al 1914; si v. in proposito A. Sandulli, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, 2008, p. 180, e la dottrina ivi richiamata. Sul tema v. anche M. Barberis, *Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLI, 2011, p. 349, ss.

proprie delle cittadinanze nazionali, come fattore evolutivo di queste: ciò al fine di criticamente discuterne l'effettivo, continuativo rilievo.

Ed è proprio nell'ottica della variabilità di contenuto del concetto di cittadinanza in un contesto pluralista che si organizzerà il contributo. La cittadinanza è «condizione giuridica di contenuto variabile»[7] specialmente nei vari casi odierni di «cittadinanza multilivello»[8], in contesti tanto federali quanto, similmente, di interazioni tra livelli nazionali e sovranazionali, che sempre più mettono in crisi l'idea pretesa univoca di una «relazione unitaria ed esclusiva tra un individuo e uno stato sovrano»[9], e che vedono appunto il contenuto giuridico del concetto di cittadinanza provenire dall'addizione tra più discipline di fonte diversa e dalle trasformazioni che l'una apporta all'altra. La cittadinanza dell'Unione è ovviamente da più parti considerata come esempio primo di questa nuova tendenza[10].

A maggior ragione in tale prospettiva non potrà la cittadinanza «scomporsi interamente in singoli diritti e doveri», ma al più essere oggetto di un'analisi per problematiche. Detto approdo è conforme, del resto, con quello raggiunto dagli studiosi di scienze politiche e dai sociologi. Si è sviluppato di recente un ampio dibattito sulla residua capacità analitica delle note teorie di T.H. Marshall sulla cittadinanza come successione di tre classi di diritti (civili, politici e sociali), teorie che hanno avuto enorme successo nella seconda metà del Novecento sin dalla loro esposizione nelle famose *Marshall Lectures* di Cambridge del 1949[11]. All'esito, pensatori contemporanei come Christian Joppke hanno suggerito nei propri «Citizenship Studies» di analizzare le nuove cittadinanze «in trasformazione» secondo uno schema tripartito appunto per problematiche, nelle tre «dimensioni» concettuali della cittadinanza: come fascio di *diritti*, come *status*, come elemento di *identità*[12].

---

[7] V. ancora S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, op. cit., p. 66.

[8] Si v. in proposito W. Maas, *Multilevel Citizenship*, in A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad, M. Vink (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford, 2017, p. 644, ss.

[9] *Ivi*, p. 644: «*a unitary and exclusive relationship between an individual and a sovereign state*».

[10] *Ivi*, p. 644 e ss..; v. anche J. Shaw, *Political Rights and Multilevel Citizenship in Europe*, in E. Guild, K. Groenendijk, S. Carrera (eds.), *Illiberal Liberal States: Immigration, Citizenship and Integration in the EU*, Farnham, 2009, p. 29, ss., e la comparazione con la *Overseas Citizenship of India* e la *British Overseas Citizenship* nell'analisi di D. Naujoks, *Atypical Citizenship Regimes: Comparing Legal and Political Conceptualizations*, in *Comparative Migration Studies*, vol. 8, 2020.

[11] Oggi raccolte in T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, 1950.

[12] C. Joppke, *Transformation of Citizenship: Status, Rights, Identity*, in *Citizenship Studies*, vol. 11, 2007, p. 37, ss.

Sarà questo lo schema analitico seguito nell'articolo, che si comporrà, dopo un primo paragrafo introduttivo, di un paragrafo che esplori ognuna di queste dimensioni – cittadinanza come fascio di *diritti*, come *status*, come elemento di *identità* - così cercando di organizzare una serie di prime riflessioni sulla capacità trasformativa ed evolutiva della cittadinanza europea nella sua interazione con le discipline delle cittadinanze nazionali.

Si noti: si cercherà di appuntare le riflessioni proprio sull'impatto evolutivo e trasformativo della cittadinanza europea su quelle nazionali. Cionondimeno, non si può non esordire chiarendo che un'analisi in chiave diacronica ed evolutiva è del tutto naturale quando si parla di cittadinanza europea, in genere, per varie ragioni, e specificamente perché nell'attuale temperie essa si situa in un contesto globalmente evolutivo. Difatti, come tutti gli istituti del diritto dell'Unione, la cittadinanza europea si innesta in un sistema giuridico che è di per sé in evoluzione, giacché esso incarna per professa ambizione un processo – che conduca ad una «ever closer Union among the peoples of Europe»[13] (sebbene, s'è detto, tale unidirezionalità del processo sia oggi tutta da verificare)[14] - ed ogni istituto di diritto dell'Unione nasce nell'ambito di detto «sistema giuridico di nuovo genere»[15] per concorrere al processo integrativo prefigurato dall'art. 1 TUE. Non solo. Quella della cittadinanza europea è anche specificamente una storia evolutiva, non cristallizzata nelle norme di diritto primario e derivato dell'Unione, ma affidata in gran parte alla loro elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia del Lussemburgo. E' stata la Corte di giustizia ad incaricarsi di una interpretazione evolutiva dello scarno apparato di norme sulla cittadinanza positivizzato nei primi anni '90 (come oggi, secondo alcune voci critiche, essa si incarica di una speculare opera di distruzione[16]), e lo ha fatto, per anni, coniando dal nulla e ripetendo col suo tipico linguaggio formulare una locuzione dal portato altamente politico, e di evidente prospettiva evolutiva,

[13] Secondo l'espressa dizione dell'art. 1 TUE.

[14] Si vedano in proposito le riflessioni di J.H.H. Weiler, *The Political and Legal Culture of European Integration: An Exploratory Essay*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 678, ss., e Id., *In the Face of Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration*, in *Journal of European Integration*, 2012, p. 825, ss.

[15] Per rifarsi alla antica celebrata definizione offerta dalla Corte di giustizia in Arrêt du 5 février 1963, Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen (26/62, Rec. 1963 p. 3).

[16] Si vedano le riflessioni di C. O'Brien, *Civis Capitalist Sum: Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, p. 937, ss., e C. Margiotta, *I nuovi limiti alla cittadinanza europea alla luce delle sue originarie contraddizioni*, STALS research paper n. 3/2017, disponibile al sito http://www.stals.sssup.it/files/STALS%20Margiotta.pdf.

quella per cui «lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»[17].

Un'altra peculiare locuzione, non assurta al medesimo successo ma altrettanto icastica, è stata poi di recente utilizzata da un'influente Avvocato generale della Corte, Eleanor Sharpston – ed è noto il ruolo degli Avvocati generali nello sviluppo della giurisprudenza sulla cittadinanza UE[18] - nel celebrato caso *Zambrano*[19]: secondo costei, da tempo «sembra che l'esercizio dei diritti di cittadinanza dell'Unione sia governato più dall'azzardo che dalla logica», essendo da stigmatizzare – in ottica riformatrice – una storica compresenza delle due dimensioni, quella della logica, della razionalità nel disegno normativo, e dell'azzardo, dell'evoluzione casuistica, talvolta disordinata, affidata alla risoluzione di controversie concrete e alla sensibilità politica del tempo[20]. Questa particolare natura evolutiva - denunciata come preponderante anche dall'AG Sharpston - si cercherà di evidenziare nel testo: la cittadinanza dell'Unione è stata in effetti, nella classica dinamica funzionalista, disegnata in maniera minimale nell'ambito del diritto primario, ma con l'idea che essa potesse produrre effetti integrativi sul piano politico e costituzionale; detta evoluzione s'è avuta, ma mediante un processo faticoso, non privo di torsioni interpretative e talvolta di aporie, e ponendo le basi per sfide teoriche non ancora composte, ma certo tuttora aperte a sviluppi.

2.Il contesto: breve storia critica della cittadinanza dell'Unione

Intesi nel senso anzidetto gli elementi di azzardo e logica della cittadinanza UE, basta ripercorrere le tappe più note dell'istituto per notarne la storica compresenza, e per rintracciare una continua interrelazione tra razionalità funzionalistica del disegno normativo ed evoluzione *casuistica* e talvolta casuale.

La cittadinanza UE, come noto assente nell'assetto originario dei trattati comunitari, inizia ad essere prefigurata, nel dibattito politico, dagli anni '70, in particolare col noto Rapporto Tindemans del 1975. Ciò è interessante annotare

[17] Sin dall'Arrêt du 20 septembre 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. 2001 p. I-6193) ECLI:EU:C:2001:458, con formula poi ripetuta nella gran parte dei *leading cases* in tema di cittadinanza con richiamo ai precedenti man mano accumulatisi.

[18] Si v. in proposito lo studio di N. Burrows, R. Greaves, *The Advocate General and EC Law*, Oxford, 2007.

[19] Arrêt du 8 mars 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Rec. 2011 p. I-1177) ECLI:EU:C:2011:124.

[20] *Ibidem*, conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, par. 88: «Sembra che l'esercizio dei diritti di cittadinanza dell'Unione sia governato dall'azzardo più che dalla logica».

per almeno due motivi. Il primo: anticipando una logica poi perpetuatasi, la proposta di istituzione di una cittadinanza UE aveva all'epoca l'espresso scopo di contrastare una delle prime percepite fasi di cd. eurosclerosi, di stanca e potenziale regresso dell'obbiettivo integrativo[21]. Il secondo: l'idea di formale istituzione di una cittadinanza sovranazionale faceva capolino ufficialmente proprio mentre grandi pensatori come Raymond Aron dissertavano sulla impossibilità concettuale, in radice, di una cittadinanza *multinazionale*[22].

Come espressamente notato dai commentatori[23], l'istituto trovò poi conclamazione nel diritto positivo di rango primario dell'Unione, col Trattato di Maastricht, in maniera estemporanea: la proposta di includere espressi diritti di cittadinanza si ebbe in una delle ultime conferenze intergovernative di negoziazione, come concessione a qualcosa di latamente sociale nel tessuto di un nuovo Trattato per più versi innovativo ma le cui innovazioni si appuntavano specialmente su questioni tecniche e poco politicamente percepibili[24]; per di più, l'operazione avvenne, sul piano formale, in maniera cosmetica, aggruppando in una nuova, medesima sezione rubricata «non discriminazione e cittadinanza dell'Unione» tutele in gran parte già esistenti e riconosciute nel diritto comunitario vigente[25]. Il risultato di questa operazione ottriata[26], financo cinica, è

[21] Il rapporto esordiva con le seguenti parole, indirizzate al "cittadino europeo", e che sembrano adatte anche all'oggi, e forse alla descrizione di ognuna delle crisi che, con andamento sinusoidale, hanno investito l'Unione: «Perché l'idea dell'Europa ha perduto molta della sua forza e del suo slancio iniziale? Credo, da parte mia, che l'opinione europea ha perduto nel corso degli anni un filo conduttore, il consenso politico dei nostri Paesi sulle ragioni che abbiamo per intraprendere questa opera comune, le caratteristiche che vogliamo attribuirle. È innanzi tutto questa visione comune che è necessario ristabilire se vogliamo fare l'Unione europea. Il cittadino europeo non sente nel 1975 le ragioni della costruzione europea esattamente nello stesso modo in cui le sentiva nel 1950. L'idea dell'Europa è in parte vittima dei suoi successi: la riconciliazione di paesi già nemici, la prosperità economica dovuta ad un allargamento del mercato, la distensione che sostituisce la guerra fredda, grazie in particolare alla nostra coesione, tutto ciò sembra acquisito e dunque non esigere più nuovi sforzi».

[22] R. Aron, *Is Multinational Citizenship Possible?*, in *Social Research*, vol. 41, 1974, p. 638, ss.

[23] J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen - Eros and Civilization*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, 1997, p. 495, ss., p. 499, ss.

[24] *Ivi*, p. 499, s.

[25] *Ivi*, p. 500, s.

[26] In tal senso, sin da metà anni Novanta, con posizione poi ripensata criticamente, H.U. Jessurun d'Oliveira, *Union Citizenship: Pie in the Sky?*, in A. Rosas, E. Antola (eds.), *A Citizen's Europe. In Search for a New Order*, London, 1995, p. 84: «*The populations of the Member States have not asked for citizenship; it has graciously been bestowed upon them as a cover-up for the still exist- ing democratic deficit. As an alibi it may please Brussels; whether it changes anything in the sceptical attitude and weak position of the populations of the Member States is, in my view, rather improbable*»; si cfr. oggi H.U. Jessurun d'Oliveira, *Union Citizenship and Beyond*, in N.

noto: un catalogo di diritti - di libera circolazione e di soggiorno, di elettorato attivo e passivo, di protezione diplomatica e consolare, di petizione e ricorso al Mediatore europeo, di accesso documentale, di libero utilizzo linguistico nei rapporti con l'Unione - ha costituito la base delle guarentigie riconosciute in quanto tali ai cittadini europei, ferma la clausola evolutiva inserita oggi all'art. 25 TFUE che abilita il Consiglio ad adottare «disposizioni intese a completare» i diritti elencati[27].

Di primo acchito, in un simile catalogo, proprio rifacendosi alla classica tripartizione marshalliana, saltava all'occhio l'assenza di qualsiasi diritto sociale a fianco dei diritti civili e politici conferiti: con ciò, sembrava confermarsi quella tendenza storica alla «frigidità sociale» già stigmatizzata tempo addietro dalla dottrina[28] nel criticare l'atavica incapacità di occuparsi, a livello sovranazionale, di diritti di seconda generazione[29]. Per di più, è storia nota come già col Trattato di Amsterdam gli Stati membri si sentirono in obbligo di chiarire, a mo' di interpretazione autentica, l'ovvia natura aggiuntiva e non suppletiva della cittadinanza UE rispetto alle cittadinanze nazionali: quasi a voler implicare la necessarietà di un suo *status* puramente ed automaticamente derivativo, in via di pura sovrapposizione, e di mera aderenza, rispetto ai criteri di *membership* nazionali[30].

Eppure, nonostante questi grami primordi, la compresenza di azzardo e logica si è perpetuata anche nell'evoluzione in via interpretativa della disciplina sulla cittadinanza UE, una volta specificata nel diritto derivato e, specialmente, una volta messa alla prova della teleologia integrativa della Corte di giustizia[31].

Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Leiden-Boston, 2020, p. 28, ss.

[27] Stante del resto la natura espressamente non chiusa della elencazione nell'art. 20 TFUE, che presenta la cittadinanza europea come connessa «tra l'altro» ai diritti ivi richiamati.

[28] G.F. Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano. Atti del convegno di Parma del 30-31 ottobre 1985*, Padova, 1988, p. 23 ss., p. 33.

[29] Si vedano in proposito le riflessioni di M. Poiares Maduro, *Europe's Social Self: The Sickness Unto Death?*, in J. Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, 2000, p. 325, ss.

[30] Il Trattato di Amsterdam è intervenuto, col suo art. 17.1, a precisare che «La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima»: sul valore delle riforme al testo dei Trattato sul tema si vedano le riflessioni di A. Schrauwen, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2008, p. 55 ss., 60, ss.

[31] Sulla interpretazione usualmente teleologica della Corte di giustizia v., in chiave critica, G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

Basti pensare il tal senso alla minimale previsione di un «diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste» inserito all'art. 18 TCE, e oggi all'art. 21 TFUE: la prima disposizione, peraltro, ad essere oggetto di accuse di mera replicazione, retorica, dell'esistente[32]. Rammentando rapidamente, sappiamo che anzitutto il diritto derivato, nella specie con le direttive sulla cittadinanza susseguitesi[33], si è incaricato di specificare detti diritti di circolazione e soggiorno creando specifici sottoinsiemi di loro titolari ed esercenti, a seconda delle tempistiche di detta titolarità e detto esercizio, per ognuno creando minimali condizioni di rispetto passibili a propria volta di interpretazione e lasciando la circolazione per periodi sotto i tre mesi - di fatto, la modalità d'esercizio più utilizzata[34] - a condizioni lasche[35].

Con la propria opera interpretativa la Corte di giustizia si è poi prodigata ad orientare la disciplina della cittadinanza UE in senso marcatamente evolutivo[36]. Attraverso l'utilizzo del test di proporzionalità per l'apprezzamento delle misure d'interferenza apprestate dalle legislazioni statali, in breve si è espanso il diritto di circolazione anche dei cittadini economicamente non attivi[37]. Valorizzando l'ulteriore interazione con il principio di non discriminazione, inserito nella medesima sezione del Trattato di Maastricht, la Corte non arretrò dinanzi a certe

---

[32] J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, p. 500.

[33] Il primo riferimento è ovviamente alla Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

[34] Si vedano le risultanze dello studio empirico di M. Menghi, J. Quéré, *Free Movement of European. Taking Stock of a Misunderstood Right*, Notre Europe – Jacque Delors Institute Studies & Reports n. 112 of November 2016, disponibile al sito http://www.institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/freemovement-menghiquere-jdi-nov16.pdf?pdf=ok.

[35] Sottolineano il ruolo, talvolta obliterato, del legislatore dell'Unione nello sviluppo della cittadinanza D. Kostakopoulou, *Co-Creating European Union Citizenship: Institutional Process and Crescive Norms*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 15, 2013, p. 255, ss., e S. Coutts, *The Court, the Legislature and the Co-Construction of a Status of Social Integration*, in N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, op. cit., p. 113, ss.

[36] Si vedano in proposito i classici studi di S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, The Hague, 1996, e E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter*, in *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 743, ss., S. Kadelbach, *Union Citizenship*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, p. 435, ss., in particolare alle pagine 461-466.

[37] Arrêt du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, Rec. 2002 p. I-7091) ECLI:EU:C:2002:493.

pretese degli Stati membri di non vedere applicate le guarentigie della cittadinanza UE a materie tradizionalmente considerate appannaggio statuale e fuori dall'ambito di applicazione dei Trattati, seppur potenzialmente ostative rispetto ad una genuina libera circolazione degli individui, ed anzi la Corte volutamente marcò il cambio di passo per la cittadinanza europea quale fattore di espansione dell'ambito di applicazione del diritto UE[38]. Ancora e in maniera assai rilevante, la cittadinanza europea in congiunzione col diritto di non discriminazione è entrata potentemente in ballo nel contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia in tema di accesso ai servizi assistenziali negli stati ospitanti da parte del cittadino UE circolante e soggiornante, portando la Corte a scrutinare con interpretazioni integrazioniste le discriminazioni, proibite, nell'accesso a prestazioni assistenziali, anche di carattere formale o indiretto in forma di meri oneri aggiuntivi per il circolante[39], e le discriminazioni, pure rese proibite, nell'accesso a prestazioni assistenziali, fondate su requisiti di accesso o di residenza sostanzialmente protezionistici[40]. Attraverso quest'opera interpretativa, i diritti sociali che sembravano formalmente del tutto estranei alla disciplina della cittadinanza UE sono stati fatti rientrare, seppur in modo parziale, nel suo potenziale applicativo, e si è garantito l'accesso ai cittadini europei circolanti a rilevanti prestazioni assistenziali. Da ultimo, la Corte di giustizia si è prodigata in un'opera di emancipazione ed *autonomizzazione* della disciplina della cittadinanza UE: sempre in via interpretativa, essa è stata affrancata da possibili contestazioni in punta d'abuso dei relativi diritti, anche derivati per i familiari dei cittadini circolanti, mirando alla protezione dell'effetto utile e della sostanza dei diritti di cittadinanza[41]; è stata affrancata dalla necessità di un effettivo esercizio del diritto di circolazione, facendo assurgere il concetto di tutela della sostanza dei diritti di cittadinanza ad autonomo e specifico test mirando alla tutela del cittadino anche nei confronti di ostacoli potenziali alla circolazione[42]; è stata

[38] Arrêt du 2 octobre 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. 2003 p. I-11613) ECLI:EU:C:2003:539.

[39] Arrêt du 12 mai 1998, Martínez Sala / Freistaat Bayern (C-85/96, Rec. 1998 p. I-2691) ECLI:EU:C:1998:217.

[40] Arrêt du 7 septembre 2004, Trojani (C-456/02, Rec. 2004 p. I-7573) ECLI:EU:C:2004:488, Arrêt du 15 septembre 2005, Ioannidis (C-258/04, Rec. 2005 p. I-8275) ECLI:EU:C:2005:559.

[41] Arrêt du 19 octobre 2004, Zhu et Chen (C-200/02, Rec. 2004 p. I-9925) ECLI:EU:C:2004:639.

[42] Arrêt du 8 mars 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Rec. 2011 p. I-1177) ECLI:EU:C:2011:124: sul punto si vedano le riflessioni di L. Azoulai, *'Euro Bonds'. The Ruiz Zambrano Judgment or the Real Invention of EU Citizenship*, in *Perspectives on Federalism*, 2011, p. 32.

affrancata, almeno potenzialmente e nella fase della sua possibile spoliazione, dalla mera natura derivativa rispetto alla cittadinanza nazionale[43].

3. La natura evolutiva della cittadinanza UE rispetto alle cittadinanze nazionali

Insomma, già una breve storia critica della cittadinanza europea, come quella abbozzata, restituisce l'idea di un cammino evolutivo, con costante compresenza di elementi d'azzardo e logica: una disciplina nata in modo estemporaneo, cosmetico, ottriato, ma nella tipica ottica funzionalista di una normativa passibile di *spillover* politico[44], è evoluta per via interpretativa in qualcosa di rilevante politicamente e socialmente. La stessa percezione di incertezza evolutiva è del resto oggi ben presente nel dibattito in tema di diritti di cittadinanza e crisi finanziaria degli Stati membri, che vede alcuni autori denunciare un netto arretramento anche da parte della Corte di giustizia nella tutela dei cittadini circolanti[45] ed altri studiosi che relativizzano, mediante un'analisi empirica, il fenomeno[46]: sicché anche la costante evoluzione prefigurata appare almeno poter conoscere alcune battute d'arresto, proprio per temuti influssi latamente politici sull'interpretazione giuridica dell'istituto.

Come ripromesso, ci soffermeremo qui però sull'evoluzione - con costante compresenza di elementi d'azzardo e logica - della cittadinanza europea con riferimento al suo rapporto con le cittadinanze nazionali cui essa intende sovrapporsi; e lo faremo suddividendo la nostra analisi in alcune riflessioni sul tema per ognuna delle tre «dimensioni» concettuali della cittadinanza proposte dalla migliore dottrina, come fascio di *diritti*, come *status*, come elemento di *identità*. Avvalendosi di questi strumenti euristici, cercheremo di rendere evidente come per ognuno dei nuclei di significato possibili di cittadinanza al giorno d'oggi, la cittadinanza europea giochi un ruolo, un ruolo evolutivo, un ruolo evolutivo nell'impatto e nell'interrelazione con le cittadinanze nazionali.

---

[43] Arrêt du 2 mars 2010, Rottmann (C-135/08, Rec. 2010 p. I-1449) ECLI:EU:C:2010:104.

[44] Sulla teorizzazione in chiave cd. Funzionalista del processo integrativo si vedano il classico E. Haas, *The Uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces*, Berkeley, 1958, e le riflessioni più recenti di A. Moravcsik, *The European Constitutional Compromise and the Neofunctionalist Legacy*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 12, 2005, p. 349, ss.

[45] C. O'Brien, *Civis Capitalist Sum: Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights*, *op. cit.*, e C. Margiotta, *I nuovi limiti alla cittadinanza europea alla luce delle sue originarie contraddizioni*, *op. cit.*

[46] U. Sadl, R. Madsen, *Did the Financial Crisis Change European Citizenship Law? An Analysis of Citizenship Rights Adjudication Before and After the Financial Crisis*, in *European Law Journal*, vol. 22, 2016, p. 40, ss.

3.1.La natura evolutiva rispetto alle cittadinanze come fasci di diritti

Partendo dalla concettualizzazione della cittadinanza europea come diritto o meglio come fascio di *diritti*, va anzitutto rilevato che essa si sostanzi nella capacità di esercizio di un significativo insieme di diritti, caratteristici del concetto di cittadinanza anche nazionale, non più entro i confini dello stato d'appartenenza ma nel territorio e nei confronti delle autorità di altri ventisei stati membri.

Abbiamo già fatto cenno a come in questa dinamica rientrino anche elementi pretensivi nei confronti di quegli stati ed in particolare dei loro sistemi di *welfare*.

Abbiamo pure già fatto cenno alla decisiva circostanza per cui il precipitato dell'interpretazione giudiziale intervenuta in tema di diritti di cittadinanza UE, arrivata sino a prescindere dall'intervenuto effettivo esercizio della libera circolazione transfrontaliera, è quello di espandere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e delle sue tutele: oltre i tradizionali metodi di divisione di competenze tra Unione e Stati membri, che generalmente segue «*a cross-border or internal market logic*»[47], e soprattutto da un punto di vista concreto, fattuale, ossia dalla piccola percentuale di casi in cui, rispetto al novero dei più di 500 milioni di cittadini europei, un simile esercizio avviene, sino ad arrivare a potenzialmente il caso del 100% dei cittadini dei paesi membri.

Oltre a questo banale ma importante elemento quantitativo, ve ne sono altri di estrema rilevanza direttamente connessi al potenziale trasformativo della cittadinanza UE sulle cittadinanze nazionali.

Va anzitutto considerato come la cittadinanza europea, nell'offrire un fascio di diritti sovrapposti ed autonomi rispetto a quelli d'origine statuale, crei un incentivo all'esercizio dei diritti di circolazione cosicché quelle pretese possano legittimamente invocarsi, e dunque un incentivo ad una cittadinanza nuova che si estrinseca *naturaliter* nel rapporto con più centri di imputazione: stato d'origine, stato ospitante, istituzioni dell'Unione. Ciò avviene, come è divenuto usuale dire, anche mediante un possibile «voto coi piedi»: e dunque mediante la possibilità, inedita, di emanciparsi dai confini del proprio Stato d'origine, non scelto, per liberamente unirsi ad un altro invece prescelto[48].

---

[47] D. Kochenov, *EU Citizenship: Some Systemic Constitutional Implications*, in N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, *op. cit.*, p. 15.

[48] N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir, *European Citizenship under Stress: Introduction*, in Ead. (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, *op.*

Non solo. L'esercizio, concretamente sempre maggiore[49], dei diritti di cittadinanza UE conduce automaticamente all'esistenza a sua volta sempre maggiore di quelle tipiche situazioni, frutto della coesistenza tra tutele del diritto UE e diritti nazionali, di cd. *reverse discrimination*, di discriminazione inversa di situazioni puramente interne, puramente normate dal diritto nazionale, diversamente e a detrimento rispetto a quelle trattate dal diritto UE in presenza di più alti standard di tutela del diritto sovranazionale, ma che pure diverranno fatalmente oggetto di scrutinio di ragionevolezza secondo i principi costituzionali del diritto nazionale (proprio per il loro differente trattamento rispetto a quanto prevede il diritto sovranazionale)[50].

Un caso assai discusso in proposito ha preso le mosse dalla risonanza della soluzione offerta nel 2008 nel caso *Metock*[51] da parte della Corte di giustizia. In *Metock*, è noto, la Corte dichiarò la contrarietà al diritto dell'Unione e alle tutele dei cittadini UE in tema di ricongiungimento familiare della disciplina irlandese che imponeva nel caso di un cittadino di un paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiornava in uno stato membro di cui non aveva la cittadinanza, il requisito del previo soggiorno legale in un altro stato membro prima dell'arrivo nello stato membro ospitante, al fine di poter beneficiare delle disposizioni in tema di cittadinanza UE. La conseguenza sistemica della sentenza fu che, in esito al *dictum* della corte sovranazionale, le guarentigie in essa previste per i cittadini UE migranti che volessero ricongiungersi con familiari provenienti da paesi terzi sopravanzavano quelle previste da varie legislazioni nazionali per i propri cittadini che non avessero esercitato i propri diritti di circolazione. Ciò creò lo strumentale emergere di una vera e propria *European route* per il ricongiungimento familiare: divenne una prassi per i cittadini degli stati membri dell'Unione con normative

---

cit., p. 4: «Second, moving to the rights attached to EU citizenship, the right to free movement for EU citizens and their family members is traditionally seen as the most important such right, and with reason. The right to free movement gives an EU citizen the possibility to emancipate himself from the confines of his Member State of origin – which he has not chosen – and to "vote with his feet" by moving to the Member State of his choice»

[49] M. Menghi, J. Quéré, *Free Movement of European. Taking Stock of a Misunderstood Right*, op. cit.

[50] Sul tema si vedano le recenti ricostruzioni di D. Hanf, *Reverse Discrimination' in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 18, 2011, p. 29, ss., e A. Arena, *Le 'situazioni puramente interne' nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, e, specificamente in tema di cittadinanza UE, A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: an Incongruity in a Citizens' Europe*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35, 2008, p. 43, ss.

[51] Arrêt du 25 juillet 2008, Metock e.a. (C-127/08, Rec. 2008 p. I-6241) ECLI:EU:C:2008:449.

più restrittive sul tema quella di migrare e stabilire la propria residenza in un altro stato membro, così da eludere le restrizioni nazionali, e fare successivo affidamento sul puro e semplice diritto al ricongiungimento familiare ai sensi della direttiva 2004/38 sulla cittadinanza UE come estensivamente interpretato dalla Corte di giustizia. Le rimostranze sul punto fondate sul preteso abuso del diritto erano già sconfessate dalla univoca giurisprudenza proveniente da Lussemburgo, dal già cennato caso *Zhu and Chen* sempre in tema di diritti di cittadinanza all'egualmente affine caso *Akrich*[52]; perciò furono le varie legislazioni nazionali a doversi piegare, vista l'irragionevolezza nella discriminazione inversa derivata, e vari stati riformarono la propria legislazione o le proprie politiche migratorie sul punto (Austria, Cipro, Repubblica ceca, Slovacchia, Danimarca, Germania, Finlandia, Francia, Lituania, Regno Unito)[53], alcuni, tra cui l'Italia, specificamente uniformarono il trattamento delle situazioni puramente interne a quello dei cittadini migranti[54].

Del resto, a livello simbolico - appuntando l'attenzione proprio sul tema dei diritti conferiti ai cittadini UE ed in particolare dei diritti familiari che ne derivano - può sostenersi che casi come *Zhu and Chen*, o il più recente e noto *Zambrano*, sono massimamente dibattuti, e talvolta criticati agitando pretesi abusi, proprio perché segnano un rovesciamento del tradizionale modo di pensare e normare la cittadinanza e la derivazione dei correlati diritti: a differenza della tipica visione insita nel tradizionale, o *troppo* tradizionale, criterio d'attribuzione dello *ius sanguinis*, sono in questi casi i diritti dei cittadini europei di minore età a far derivare i diritti di soggiorno e circolazione dei genitori di costoro.

In simile ottica, si sottolinea che la Germania, paese di residenza della maggiore comunità d'immigrati in Europa, e storicamente paese con la legislazione più restrittiva in tema di naturalizzazione, fu sottoposta a decisive pressioni a causa della istituzione della cittadinanza dell'Unione, per il suo privilegiare i diritti dei cittadini degli altri Stati membri comparativamente deteriorando la posizione dei residenti non comunitari, *in primis* il milione e più di immigrati dalla Turchia. A fronte di ciò, nonostante lo storico attaccamento ad

---

[52] Arrêt du 23 septembre 2003, Akrich (C-109/01, Rec. 2003 p. I-9607) ECLI:EU:C:2003:491: di cui peraltro Metock era esplicito *ovverruling*.

[53] Si veda l'analisi comparata di R. Fernhout, R. Wever, *Thematic Report 2010–2011. Follow-up of the Case Law of the Court of Justice of the European Union. European Network on Free Movement of Workers within the European Union*, 2011. disponibile al sito internet http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7738&langId=en.

[54] *Ivi*, p. 15, s.: e si v. decreto legge 23 giugno 2011, n. 89 - Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari.

una nozione etno-culturale di cittadinanza, già nel 2000 si adottarono disposizioni più inclusive, in particolare introducendo il principio dello *ius soli* prima rigettato e soprattutto riducendo il periodo di soggiorno obbligatorio richiesto per la naturalizzazione da quindici a otto anni, in presenza di una sufficiente conoscenza della lingua tedesca e dell'accettazione dei principi ordinamentali liberal-democratici dalla *Grundgesetz*[55]. Con ciò, ovviamente, si aprì significativamente all'esercizio dei diritti di cittadinanza da parte di centinaia di migliaia di persone già residenti: conformandosi alle legislazioni più liberali nell'UE, e con una riforma espressamente designata come d'«armonizzazione con gli standards europei»[56].

E se storicamente i diritti di cittadinanza per antonomasia sono stati considerati i diritti di partecipazione politica[57], va pure segnalato che con la recente sentenza *Delvigne*[58] - seppur in una decisione non di censura diretta per il caso in discussione - s'è aperta la strada ad un vaglio di proporzionalità sovranazionale, rispetto ai diritti politici dei cittadini europei, delle misure nazionali che pretendano di deprivarli di questi, ad esempio motivando in punto di condanne penali a carico[59]. Simili misure, come nel caso di specie, spesso coinvolgono simultaneamente i diritti politici nazionali e quelli sovranazionali, e dunque il diritto di elettorato attivo al Parlamento europeo: donde l'apertura – rilevante rispetto ad usi indebiti che di simili misure possano paventarsi nell'attuale temperie di *democratic backsliding* in alcuni paesi membri[60] - ad una supervisione sovranazionale sul punto, a garanzia, anche qui, di un godimento effettivo dei diritti di cittadinanza dell'Unione.

---

[55] K. Rostek, G. Davies, *The Impact of Union Citizenship on National Citizenship Policies*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 22, 2007, p. 89, ss., p. 140.

[56] *Ivi*, p. 141, con riferimento alle risultanze del sito internet dell'ambasciata tedesca nel Regno Unito https://www.german-embassy.org.uk./.

[57] R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in Id., *Staatsrechtliche Abhandungen*, Berlin, 1955, p. 316.

[58] Arrêt du 6 octobre 2015, Delvigne (C-650/13) ECLI:EU:C:2015:648.

[59] Su tal fenomeno, in prospettiva comparata, v. recentemente M. Tripkovic, *Renouncing criminal citizens: Patterns of denationalization and citizenship theory*, in *Punishment & Society*, 2022, p. 1.

[60] Tra i vari, v. N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, vol. 27, 2016, p. 5, ss.; L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 2017, p. 3, ss.; A.L. Pap, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, Abingdon, 2017, e G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE online*, vol. 44, 2020, p. 3999, ss.

3.2. La natura evolutiva rispetto alle cittadinanze come *status*

La riflessione ci conduce all'analisi della seconda proposta concettualizzazione della cittadinanza europea, quella della cittadinanza UE quale *status*.

Sappiamo che la Corte di giustizia è adusa, sin dalla propria sentenza *Grzelczyk*, a definire «lo *status* di cittadino dell'Unione» come destinato a divenire «lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri», che consenta «a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico»[61]. La locuzione è tra le più tipiche tra quelle coniate (*ex novo*!) dalla Corte e da essa ripetutamente utilizzate nell'ambito della propria interpretazione, con linguaggio da più commentatori descritto come volutamente «formulare»[62]. Quest'attitudine stilistica della Corte segnala la sua volontà nomofilattica, che nel diritto dell'Unione bordeggia, è noto, un'attività propriamente creatrice del diritto[63]. E difatti l'espressione relativa allo *status* di cittadinanza evidentemente tradisce l'intenzione dell'interprete, risalente, di rendere detto *status* autonomo e distaccato rispetto alle secche della pretesa natura meramente derivativa rispetto alle discipline nazionali[64]: tanto che, s'è detto, l'opera interpretativa di distacco delle tutele della cittadinanza UE dal requisito che le sembrava connaturato del previo esercizio della libera circolazione, insita in *Zambrano* e confermata in casi successivi come *Chavez-Vilchez*[65], coglie esattamente i frutti promessi dalla lettura della Corte delle relative norme, applicando la disciplina in situazioni che potrebbero astrattamente svilirsi come puramente interne, fondandosi sulla mera presenza di un cittadino comunitario nel territorio di uno stato membro, sul suo diritto di soggiorno, sul suo bisogno di protezione, proprio ove è reputata essere in ballo la *sostanza* di quello «*status* fondamentale». In tal ottica, si ragiona oggigiorno, a dieci anni dal

---

[61] Espressione poi reiterata nella gran parte dei leading cases in tema di cittadinanza UE cui qui si fa cenno.

[62] Si vedano in tema gli studi di L. Azoulai, *La fabrication de la jurisprudence communautaire*, in P. Mbongo, A. Vauchez (cur.), *La fabrique du droit européen*, Bruxelles, 2009, p. 178, ss. e K. McAuliffe, *Language And Law In The European Union: The Multilingual Jurisprudence of The ECJ*, in L.M. Solan, P.M. Tiersma (eds.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012, p. 206, ss.

[63] L. Azoulai, *La fabrication de la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*; J. Bengoetxea, N. MacCormick, L. Moral Soriano, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in G. de Búrca, J.H.H. Weiler (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, 2001, p. 43, ss.

[64] Arrêt du 2 mars 2010, Rottmann (C-135/08, Rec. 2010 p. I-1449) ECLI:EU:C:2010:104.

[65] Arrêt du 10 mai 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15) ECLI:EU:C:2017:354.

caso *Zambrano*, della possibilità di approfondire in via interpretativa, sulla scorta di casi quali *Rendón Marin*[66] e *K.A.*[67], i suoi portati, ampliando il concetto di "dipendenza" da cui far derivare la protezione ex art. 20 TFUE, facendo leva sui disposti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione così resa applicabile[68].

Attraverso la menzionata linea di sviluppo giurisprudenziale della disciplina della cittadinanza UE, e di sua emancipazione, si è arrivati a configurarla come *status* invocabile non solo contro le discriminazioni sofferte da cittadini in altri paesi membri ospitanti, ma anche nei confronti del proprio paese di appartenenza, e dunque come autonomo *status* che prescinde da quello nazionale da cui deriva e che *ex se* crea pretese invocabili nei confronti di qualunque autorità. Noti esempi in proposito sono il caso *D'Hoop* del 2002[69] in cui una cittadina belga, economicamente inattiva, con studi superiori in Francia e non nel proprio paese d'origine, si appellò con successo alla propria cittadinanza europea per contrastare il diniego di un trattamento assistenziale nel proprio paese ancorato su criteri protezionistici e che la penalizzavano per essersi avvalsa dei propri diritti di circolazione transfrontaliera a fini di studio; il già menzionato caso *Rottmann* in tema di automaticità della privazione della cittadinanza UE all'atto della privazione della cittadinanza nazionale; il recente caso *Tjebbes*[70], con cui di nuovo, e sulla scorta di *Rottmann*, s'è ragionato d'un vaglio sovranazionale di proporzionalità sulle discipline nazionali relative alla perdita della cittadinanza (nazionale, e per il tramite europea) in presenza di una seconda nazionalità e di una residenza continuata in paese extracomunitario.

Tale linea interpretativa è oggi portata al culmine nel dibattito post-Brexit. Ciò vale per il dibattito accademico e politico, in cui s'arriva a proporre da più parti un'autonomizzazione della cittadinanza europea rispetto a qualsiasi suo *status* derivativo rispetto a quella nazionale[71], così da poter estendere con certezza

---

[66] Arrêt du 13 septembre 2016, Rendón Marín (C-165/14) ECLI:EU:C:2016:675.

[67] Arrêt du 8 mai 2018, K.A. e.a. (Regroupement familial en Belgique) (C-82/16, Publié au Recueil numérique) ECLI:EU:C:2018:308.

[68] D. Ferri, G. Martinico, *Revisiting the Ruiz Zambrano Doctrine and Exploring the Potential for its Extensive Application*, in *European Public Law*, vol. 27, 2021, p. 685, ss.

[69] Arrêt du 11 juillet 2002, D'Hoop (C-224/98, Rec. 2002 p. I-6191) ECLI:EU:C:2002:432.

[70] Arrêt du 12 mars 2019, Tjebbes e.a. (C-221/17) ECLI:EU:C:2019:189.

[71] D. Kostakopoulou, *Scala Civium: Citizenship Templates Post-Brexit and the European Union's Duty to Protect EU Citizens*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 56, 2018, p. 854, ss.; O. Garner, *The Existential Crisis of Citizenship of the European Union: The Argument for an Autonomous Status*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 20, 2018, p. 116, ss.; lo stesso negoziatore per il Parlamento europeo in ambito Brexit, Guy Verhofstadt, ha espresso a più riprese il proprio favore per un accordo capace di perpetuare i diritto di cittadinanza dell'Unione «*for those citizens who on an individual basis are requesting it*», v. A. Ross, J. Rankin, *European parliament Brexit chief: 'Let Britons keep freedom of movement'*, in The Guardian,

e pienezza la tutela rispetto a chi ne è stato titolare ma si vede privato, per recesso ex art. 50 TUE da parte del proprio paese, di quello *status*[72]. Ciò vale nell'applicazione giudiziaria, e dunque nel variegato filone di contenzioso che da Brexit è scaturito sul punto[73], ancora in assestamento e che non produrrà certo gli esiti dirompenti vagheggiati da alcuni ricorrenti, ma in cui si nota una comune tendenza a brandire lo *status* e a salvaguardarsi contro la deprivazione. Si pensi in tal ottica, come esempio di contenzioso introdotto prima dell'entrata in vigore dell'Accordo di recesso del Regno Unito, al cd. caso Amsterdam, nel cui alveo alcuni cittadini britannici residenti nel continente arrivarono ad ottenere già nel 2018 dalla *Rechtbank* di Amsterdam un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia teso a verificare se i propri diritti e libertà di cittadinanza UE sarebbero venuti automaticamente meno all'esito del processo di Brexit, a prescindere dall'esito delle negoziazioni tra Gran Bretagna e Unione europea, o se invece lo *status* acquisito sarebbe perdurato conferendo loro residue guarentigie nel processo di uscita[74]: rinvio pregiudiziale che fu espressamente fondato sui criteri *Rottmann*[75] - e dunque sulla cittadinanza europea come autonomo *status* e sulla necessaria proporzionalità nella sua deprivazione - però abortito a fronte di impugnazione interna. E si pensi pure, come esempio di contenzioso introdotto invece successivamente all'entrata in vigore dell'Accordo di recesso, al caso *E.P. - Préfet du Gers e Institut National de la Statistique et des études économiques* pendente dinanzi alla Corte di giustizia a seguito di rinvio pregiudiziale del Tribunale francese di Auch, in cui cittadini britannici *free mover* contestano la loro contestuale deprivazione del diritto di voto tanto in Regno Unito (giacché colpiti

---

10.3.2017, disponibile al sito https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/10/let-britons-keep-freedom-of-movement-says-eus-brexit-negotiator.

[72] Non mancano voci critiche sul punto: v. tra i vari M. van den Brink, D. Kochenov, *Against Associate EU Citizenship*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, 2019, p. 1366, ss.

[73] V. la ricostruzione di S. Lattanzi, *La contestazione giurisdizionale della perdita della cittadinanza dell'Unione a seguito della Brexit: profili processuali*, in *Rivista Eurojus*, 2021, p. 134, ss.

[74] Rechtbank Amsterdam, C/13/640244 / KG ZA 17-1327, 07-02-2018, Zoekresultaat - inzien document ECLI:NL:RBAMS:2018:605, su cui si veda O. Garner, *Does Member State Withdrawal from the European Union Extinguish EU Citizenship? C/13/640244 / KG ZA 17-1327 of the Rechtbank Amsterdam ('The Amsterdam Case')*, in *European Law Blog*, 19.2.2018, disponibile al sito https://europeanlawblog.eu/2018/02/19/does-member-state-withdrawal-from-the-european-union-extinguish-eu-citizenship-c13640244-kg-za-17-1327-rechtbank-amsterdam-the-amsterdam-case/.

[75] A.P. van der Mei, *Member State Nationality, EU Citizenship and Associate European Citizenship*, in N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, op. cit., p. 441, ss., p. 450.

dalla locale regola del *Representation of the People Act 1985* che prevede infatti la decadenza del diritto di voto per i cittadini trasferiti all'estero da più di quindici anni, la cd. «*fiftheen year rule*») che nel territorio dell'Unione (perché residenti di lungo periodo ma non possessori di doppia cittadinanza)[76].

Per di più, sempre nell'ottica dell'interrelazione con le cittadinanze nazionali, è interessante tenere a mente come la disciplina della cittadinanza quale organico *status* si leghi inestricabilmente, specie oggigiorno, alla questione delle politiche migratorie e alle loro strategie. Come osservato in dottrina, «*throughout Europe the politics of immigration have become the politics of nationality*»[77]. In tal senso, l'ovvia necessità di un qualche coordinamento a livello continentale tra le discipline nazionali, capaci di aprire la porta delle frontiere interne e dunque della cittadinanza UE per derivazione, ha portato ad intensi dibattiti e riforme in vari paesi membri[78]. La Spagna, con l'adesione all'*acquis* di Schengen del 1991, dovette recedere dalle proprie storicamente lasche politiche di doppia cittadinanza rispetto ai paesi del Maghreb ed in particolare a vari paesi dell'America latina; e la sua amnistia di inizio 2005 per immigrati irregolari, che interessò centinaia di migliaia di aventi diritto, ricevette espresso contrasto da alcuni altri Stati membri, *in primis* la confinante Francia, giacché se ne temeva la connessione con le norme nazionali in tema di cittadinanza che poteva venire conferita dopo soli due anni di legittima residenza *in loco*[79]. L'Irlanda, a cavallo tra gli anni Novanta e i Duemila, posta dinanzi all'utilizzo strategico da parte di numerosi immigrati della locale norma in tema di *ius soli* puro[80] (adottata a livello

[76] Caso pendente Préfet du Gers et Institut National de la Statistique et des Études Économiques (C-673/20): si considerino però le recentissime conclusioni dell'Avvocato generale Collins, il quale propone un'interpretazione secondo la quale i cittadini britannici che hanno goduto dei benefici connessi alla cittadinanza dell'Unione non conservano in radice tali vantaggi dopo il recesso del Regno Unito dall'Unione europea, e ciò giacché la giurisprudenza della Corte di giustizia - segnatamente le sentenze nelle cause *Rottmann*, *Tjebbes* e, più recentemente, col confermativo caso C-118/20 *Wiener Landesregierung* - riconosce espressamente che gli Stati membri conservano il potere di determinare chi sia loro cittadino e, di conseguenza, cittadino dell'Unione. V. sul punto la prima analisi di S. Peers, *Brexit means Brexit for UK nationals and EU citizenship: analysis of an Advocate-General's opinion*, in EU Law Analysis, 25.2.2022, disponibile al sito http://eulawanalysis.blogspot.com/2022/02/brexit-means-brexit-for-uk-nationals.html

[77] R. Hansen, P. Weil, *Introduction: Citizenship, Immigration and Nationality: Towards a Convergence in Europe?*, in R. Hansen, P. Weil, *Towards a European Nationality. Citizenship Immigration and Nationality Law in the EU*, Basingstoke, 2001, p. 1, ss.

[78] K. Rostek, G. Davies, *The Impact of Union Citizenship on National Citizenship Policies*, *op. cit.*, p. 116, ss.

[79] *Ivi*, p. 121, ss.

[80] *Ivi*, p. 125, ss.: addirittura il 60% delle richieste d'asilo da parte di donne avveniva in quegli anni durante la gravidanza.

costituzionale, mediante referendum, nel 1998), utilizzo conclamato da casi come *Zhu and Chen* ove l'interconnessione con la cittadinanza europea veniva poi espressamente invocata, già col 2004 promosse una riforma costituzionale e un nuovo referendum che, dopo soli sei anni, modificarono nuovamente le politiche di *membership*, ad evitare nuove "strumentalizzazioni". La stessa storica e già cennata riforma in Germania della legge sulla cittadinanza - entrata in vigore il 1 gennaio 2000, e che si è lasciata alle spalle il criterio di *ius sanguinis* incondizionato ed ha alleggerito le ristrettezze pregresse in tema di naturalizzazione - è stata collegata, come s'è detto, dagli studiosi alla informale pressione delle politiche comunitarie, in un paese che annoverava all'epoca tra i propri residenti il 10% di immigrati, di cui i tre quarti erano provenienti da paesi non comunitari ma aspiravano, seppur col tempo, al riconoscimento di una cittadinanza nazionale ed europea altrimenti impossibile[81].

Le recenti vicende della cd. *Investor Citizenship* maltese - una temuta pratica di cittadinanza messa "in vendita" per un valore *in primis* collegato allo *status* derivativo di cittadino UE[82] - hanno fatto emergere il dibattito anche a livello di pubblicistica[83]. In tale prospettiva, va notato come il già descritto collimare di *politics of immigration* e *politics of nationality* ha visto le istituzioni sovranazionali intervenire a tutela della genuinità dello *status* di cittadino europeo, pretesamente messa in discussione da pratiche nazionali: un'apposita risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2014 è intervenuta a stigmatizzare la pratica, richiamando la Commissione ad una verifica delle misure nazionali sulle cittadinanze in vendita alla luce dei valori di cui all'art. 2 TUE e del diritto dell'Unione[84] (sebbene, *prima facie*, la natura meramente derivativa della cittadinanza europea dovrebbe lasciare carta bianca a livello nazionale[85]); l'allora Commissaria alla giustizia Viviane Reding rincalzò opinando che «Member States should use their prerogatives to award citizenship in the spirit of sincere cooperation with the other Member States, as stipulated by the EU Treaties. In

[81] *Ivi*, p. 135, ss.

[82] Non certo l'unica misura nazionale di tal fatta: v. W. Maas, *European Governance of Citizenship and Nationality*, in *Journal of Contemporary European Research*, vol. 12, 2016, p. 532, ss., 540, con riferimento ai casi, pur diversamente congegnati, di Francia, Paesi Bassi, Austria, Bulgaria, Cipro, Irlanda.

[83] V. tra i vari, il commento di L. Gambardella, *Malta mette in vendita i suoi passaporti (e la cittadinanza europea)*, ne Il Foglio, 17 agosto 2016, disponibile al sito https://www.ilfoglio.it/esteri/2016/08/17/news/malta-mette-in-vendita-i-suoi-passaporti-e-la-cittadinanza-europea-102884/.

[84] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2014 sulla cittadinanza dell'UE in vendita (2013/2995(RSP)).

[85] J. Shaw, *Citizenship for Sale: Could and Should the EU Intervene?*, in R. Bauböck (ed.), *Debating Transformations of National Citizenship*, Cham, 2018, p. 61, ss., pp. 63–64.

compliance with the criterion used under public international law, Member States should only award citizenship to persons where there is a 'genuine link' or 'genuine connection' to the country in question»[86]; a fronte di tali pressioni, nel giro di qualche settimana le autorità maltesi incontrarono la Commissione e raggiunsero un accordo per emendare conseguenzialmente il programma[87]. Simili circostanze richiamano le argomentazioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro nelle sue conclusioni per il caso *Rottmann* secondo cui ingiustificate naturalizzazioni in massa di cittadini di paesi terzi potrebbero considerarsi contrarie al diritto dell'Unione, ed in particolare al principio di leale cooperazione, se non svolte in consultazione con la Commissione e gli altri Stati membri[88]. E l'idea di un vaglio di ragionevolezza sovranazionale su simili pratiche nazionali si ripropone oggi nel dibattito a fronte del *Cyprus Investment Programme*, ancora teso all'attrazione di investitori esteri nel paese a fronte del riconoscimento della cittadinanza, quando si invoca il diritto dell'Unione per contrastarne i disposti: ciò in punto di lesione della libertà alla circolazione dei capitali, ove quel programma pretende di imporre obblighi di proprietà stabile nel paese, ma anche e soprattutto in punto di lesione dei principi interpretativi in tema di cittadinanza europea, ove vi si prevede la possibilità di una sua revoca retroattiva in caso di violazioni[89].

Queste ultime riflessioni impongono del resto un'ultima notazione in tema di cittadinanza UE come *status*: il suo valore in proposito si evidenzia anche nel confronto col diverso *status* giuridico dei numerosi cittadini di paesi terzi presenti nel territorio dei paesi membri, migranti lavoratori cui si applica un sistema di norme (in tema di asilo, immigrazione, diritti di soggiorno e circolazione) in parte mutuato da quello della cittadinanza UE[90], ma nel complesso meno favorevole e soprattutto meno favorevolmente interpretato, anche in sede giudiziale. In proposito, proprio riconoscendo la natura della cittadinanza UE come autonomo *status* (e nello spirito delle proposte già cennate originate dal caso Brexit), non

[86] Riporta il suo intervento dinanzi allo stesso Parlamento europeo W. Maas, *European Governance of Citizenship and Nationality*, *op. cit.*, p. 540.

[87] M. Dali, *Malta, EC reach agreement on citizenship, Reding welcomes breakthrough*, in Malta Today, 29.1.2014, disponibile al sito http://www.maltatoday.com.mt/printversion/36017/#.U8kwILGamdw.

[88] Arrêt du 2 mars 2010, Rottmann (C-135/08, Rec. 2010 p. I-1449) ECLI:EU:C:2010:104, conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, par. 30.

[89] S. Kudryashova, *The "Sale" of Conditional Citizenship: the Cyprus Investment Programme under the Lens of EU Law*, in N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, op. cit., p. 413, ss., 415.

[90] Si veda in merito lo studio di D. Kochenov, M. van den Brink, *Pretending There Is No Union: Non-Derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU*, EUI Working Paper LAW 2015/07, disponibile al sito http://cadmus.eui.eu/handle/1814/34959.

sono mancate proposte politiche di renderla vieppiù autonoma dalle cittadinanze nazionali tanto da poter essere autonomamente conferita ai *Third Country Nationals* a prescindere dal requisito della cittadinanza nazionale oggi predicato dall'art. 20 TFUE primo paragrafo: un dibattito anche questo impostosi nel decennio scorso[91] sulla scorta di una proposta della Commissione europea[92], e recentemente rinnovatosi a livello dottrinale[93] pur nella certo non favorevole contingenza politica.

3.3.La natura evolutiva rispetto alle cittadinanze come elementi d'identità

Da ultimo, fatte alcune notazioni in tema di cittadinanze quali fasci di diritti e quali *status*, sono da aggiungere alcune riflessioni in tema di cittadinanza UE quale elemento di *identità*, sempre nell'ottica della sua interrelazione con le cittadinanze nazionali.

Molto si è dubitato, e in radice, della capacità della cittadinanza europea di costituire una qualche base identitaria, giacché essa mancherebbe di quella componente sociale, etnico-culturale[94], che sola potrebbe fondare un sentito afflato comune tra individui riunitisi in comunità politica. In tal ottica, non può non rammentarsi come la Danimarca nel 1992 fece constare una clausola di *opt-out* nel Trattato di Maastricht relativamente alla cittadinanza europea, e la tematica fu nel paese tanto sentita da condurre secondo i commentatori al primo voto contrario alla sua ratifica[95]: e ciò può comprendersi anche notando come, idiomaticamente, mentre per le altre lingue dell'Unione i termini relativi a cittadinanza e nazionalità sono diversificati, ciò non è per il danese, in cui la parola '*borgerskap*' si riferisce a entrambe i concetti, in via di sovrapposizione, così da

[91] E. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe: Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, 2001.

[92] Bruxelles, 22.11.2000 COM(2000) 757 definitivo "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione".

[93] A. Wiesbrock, *Granting Citizenship-related Rights to Third Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 14, 2012, p. 63, ss. 90 [https://brill.com/downloadpdf/journals/emil/14/1/article-p63_3.pdf]; J. Lepoutre, *Entre droit du sol et droit du sang. Quelle nationalité pour les réfugiés?*, in *Esprit*, 2016, p. 81; L. Moccia, *European Civic Citizenship and EU Integration Policies*, in *Civitas Europa*, 2018, p. 107 ss., 118.

[94] Si v. tra i vari M. Jolly, *A Demos for the European Union?*, in *Politics*, vol. 25, 2005, p. 12, ss.

[95] Dà conto dettagliatamente del dibattito E. Ersbøll, *Nationality and Identity Issues - A Danish Perspective*, in *German Law Journal*, vol. 15, 2014, p. 835, ss.

aver condotto lo Stato a sentire la necessità di dichiarare espressamente che il concetto di *Unionsborger* non è certo lo stesso di *Statsborger*[96].

Si è opposta alle suddette considerazioni - cascame della *no-demos theory* che tanto influenzò, nello scorso decennio, il dibattito sulla costituzionalizzazione dell'Unione[97] - la ricerca di una nuova determinazione del concetto di cittadinanza alla luce della normativa sovranazionale, quale determinazione complementare rispetto a quella su base etnico/culturale nazionale, e che possa essere indicatrice del mutamento e della trasformazione sociale nel suo contenuto minimo definitorio. Ciò proprio in esito all'inclusione nel diritto positivo, mediante il Trattato di Amsterdam, dell'idea di natura *aggiuntiva* ed in alcun modo sostitutiva della cittadinanza UE rispetto alle cittadinanze nazionali, sancita oggi sempre nel primo paragrafo dell''art. 20 TFUE: e affinché a detta natura suppletiva potesse darsi un senso proprio, da non ricondurre a quello di mera ancillarità[98].

La prima argomentazione offerta in proposito, sulla scorta della comparazione con ordinamenti federali o comunque a connotazione pluralistica, era relativa alla effettiva possibilità di un cittadino di intrattenere un genuino rapporto identitario con più soggetti politici, con più comunità[99]. Da ciò, sempre nell'ottica di studiosi comparatisti, deriverebbe la possibilità individuale di essere contemporaneamente vincolati a più entità politiche, così da vedere determinati i propri diritti e doveri da queste mutualmente[100].

Ebbene, rispetto a questa argomentazione si è rincalzato: anche fosse possibile da parte dell'individuo, sulla base della sua pretesa multiforme «*differentity*»[101], intrattenere simultaneamente più rapporti identitari con più comunità politiche, che tipo di identità è in grado di conferire l'Unione, *rebus sic stantibus*, al proprio cittadino, e con che tipologia di cittadino essa intende intrattenere un simile rapporto privilegiato? Si è obbiettato che la cittadinanza

---

[96] Riflette sul punto anche H.U. Jessurun d'Oliveira, *Union Citizenship and Beyond*, *op. cit.*, p. 31.

[97] Si veda storicamente D. Grimm, *Does Europe Need a Constitution?*, in *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 282.

[98] Lo osservava già S. Cassese, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 6, 1996, p. 869 ss., 870 e ss.

[99] J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, p. 499 e ss., sulla scorta di N. MacCormick, *Sovereignty, Democracy and Subsidiarity*, in R. Bellamy, V. Bufacchi, D. Castiglione (eds.), *Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe*, Londra, 1995, p. 95, ss.

[100] R. Bauböck, *Studying Citizenship Constellations*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 36, 2010, p. 847, ss.

[101] J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, p. 499.

europea si sostanzierebbe in ultima analisi in una *market citizenship*[102], in una tipologia di struttura identitaria invero grama che privilegia il semplice e puro esercizio di libertà economiche dell'individuo, che concepisce l'individuo come *marktburger*, consumatore di servizi e fruitore di mezzi di produzione, per di più senza conferirgli doveri civici[103], tanto da essere essa al massimo concepibile come una «*pseudo-citizenship*»[104], un'imitazione servile del modello tradizionale nazionale alla mercé, in chiave funzionalistica, di altri obbiettivi.

Si è in questa prospettiva chiosato che, ricerche empiriche alla mano, sarebbe solo una sparuta minoranza dei cittadini europei, del resto, ad esercitare fattivamente le libertà economiche previste oggi dai trattati come precipui diritti di cittadinanza UE[105]; e ciò dimostrerebbe l'intrinseca debolezza dell'istituto, capace di creare, al più, un vincolo identitario flebile e non popolarmente allargato. Simili argomentazioni sono ancora diffuse[106], nonostante recenti statistiche mostrino, anche per via della decennale crisi economica, un ampliamento netto della platea dei cittadini che esercita i diritti di circolazione e soggiorno[107] - e s'è detto, del resto, di come una certa capacità trasformativa della cittadinanza UE si sostanzi proprio nell'incentivare i cittadini all'utilizzo sempre maggiore dei diritti conferiti. Va poi in tal ottica osservato che gli studi storico-comparatistici in materia dimostrino come tutte le esperienze di cittadinanze federali, quali ad esempio quella svizzera, quella statunitense, quella tedesca, principiarono quali forme aggiuntive rispetto alle cittadinanze statali pre-esistenti e fondate sui diritti di libera circolazione e parità di trattamento, con risultanti limitazioni rispetto ai cittadini inattivi e indigenti[108].

---

[102] M. Everson, *The Legacy of the Market Citizen*, in J. Shaw, G. More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995, p. 73, ss.

[103] J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, pp. 500-501; A. Sinagra, *La cittadinanza nella evoluzione del diritto interno, del diritto internazionale e del diritto comunitario*, in Scritti in onore di Francesco Mercadante, Milano, 2008, p. 843; P. Eleftheriadis, *Citizenship and Obligation*, in J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.), *The Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, p. 159, ss.

[104] N. Nic Shuibhne, *The Resilience of EU Market Citizenship*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1597, ss.

[105] Si vedano ancora esemplificativamente le risultanze dello studio di M. Menghi, J. Quéré, *Free Movement of European. Taking Stock of a Misunderstood Right*, *op. cit.*

[106] Sul tema proprio N. Nic Shuibhne, *The Resilience of EU Market Citizenship*, *op. cit.*

[107] Sul tema interessante l'inchiesta di F. Fubini, *L'Europa dei nuovi emigranti (europei). In 18 milioni cambiano Stato. E la Germania attira talenti*, ne *Il Corriere della Sera*, 1.1.2018, disponibile al sito https://www.corriere.it/economia/18_gennaio_01/europa-nuovi-emigranti-europei-18-milioni-cambiano-stato-germania-attira-talenti-e4222a6e-ef37-11e7-97e1-31c2bf5f7cef.shtml.

[108] C. Schönberger, *European Citizenship as Federal Citizenship: Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism*, *op. cit.*

Ma a prescindere da tutto ciò, sempre nell'ottica della capacità trasformativa della cittadinanza UE e del suo portato identitario, occorre prima di tutto intendersi concettualmente.

Abbiamo fatto riferimento già agli albori dei dibattiti sull'istituto. Il rapporto Tindemans del 1975 prefigurava l'idea di una "Unione" europea che divenisse «Europa dei cittadini», con una definitiva dimensione «sociale ed umana» costruita mediante la tutela dei diritti fondamentali, l'avviamento di nuove politiche nel settore della cultura, dell'educazione, dei media e della comunicazione, e soprattutto mediante la creazione di nuovi diritti individuali da riconoscere ai cittadini europei[109]. Questa evoluzione seguiva e suggellava l'opera di soggettivizzazione del diritto comunitario già portata avanti dalla Corte di giustizia del Lussemburgo, che sin dai celebrati primordi della propria giurisprudenza aveva inteso implicare l'idea di una Comunità non solo di Stati ma di popoli, conferendo ai cittadini comunitari precisi e importanti diritti d'azione con un decisivo risvolto latamente politico[110]. Come detto, è indicativo notare che negli stessi anni '70 - mentre l'idea politica di trasfondere il concetto di cittadinanza a livello sovranazionale iniziava ad apparire nero su bianco - un influente studioso come Raymond Aron ancora perorava l'idea di una impossibilità per una *multinational citizenship* di esistere, teoricamente ed empiricamente: e per farlo, egli prendeva a riferimento un modello preciso dell'istituto, quello delineato dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, quello appunto della cittadinanza *nazionale*[111].

Si determinava insomma sin dall'origine dell'istituto, quella discussione - concettuale, o forse nominalistica - che ha accompagnato le visioni critiche della cittadinanza europea poi nei decenni, e che tuttora informa il dibattito. Ad esempio, Pavlos Eleftheriadis, nel suo recente e pur brillante saggio sul *contenuto*

---

[109] Rapporto della Commissione sull'Unione europea, in Bollettino CE, n. 5, suppl., 1975, disponibile anche al sito http://aei.pitt.edu/942/1/political_tindemans_report.pdf.

[110] Si fa ovviamente riferimento alle fondamentali pronunzie Arrêt du 5 février 1963, Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen (26/62, Rec. 1963 p. 3) e Arrêt du 15 juillet 1964, Costa / E.N.E.L. (6-64, Rec. 1964 p. 1141); riflette ricostruttivamente ed anche in prospettiva comparata sull'idea per cui, in Van Gend en Loos, si statuì già che «la Comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunziato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini» D. Halberstam, *Internal Legitimacy and Europe's Piecemeal Constitution: Reflections on Van Gend at 50*, in A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal (eds.), *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos (1963-2013)*, Luxembourg, 2013, p. 111.

[111] R. Aron, *Is Multinational Citizenship Possible?*, *op. cit.*

proprio della cittadinanza europea[112], ha criticato espressamente la visione di altri noti studiosi come von Bogdandy e Shaw che razionalizzano l'istituto nell'ottica di un «*dynamic process of polity building*» continentale[113]; ed è tornato anch'egli a suggerire - con rimando alla nota tripartizione marshalliana degli elementi costitutivi della cittadinanza, giuridici, politici e sociali, su cui l'istituto dovrebbe agire in senso equitativo[114] - come la cittadinanza UE «*fails in all three ways to match its national counterpart*»[115], tanto che la «*straight comparison of EU citizenship to national citizenship attempted by Shaw and others seems entirely inappropriate*»[116].

Una simile insistenza sull'idea di (mancata) replicabilità concettuale dell'istituto lascia in ultima analisi perplessi, restituendo l'idea di uno sterile e formalistico esercizio categorico; ed è comunque discutibile in più sensi. Non solo soccorrono in tal senso l'idea storica, di cui già s'è dato conto, della cittadinanza come «condizione giuridica di contenuto variabile»[117], e l'analisi comparata che sottolinea come ogni ordinamento abbia norme proprie sulla cittadinanza, che solo mediante un'analisi empirica, induttivamente, con approssimazione, possono ricondursi ad una definizione giuridica di cittadinanza valida a livello globale[118], e che, in vari contesti tanto federali quanto, similmente, di interazioni tra livelli nazionali e sovranazionali, esistono esempi di «cittadinanza multilivello»[119]. Ma la scuola della *Begriffsgeschichte*[120] pure ci ha insegnato, quanto ai rapporti tra «storia dei concetti e storia sociale»[121] - appuntando le proprie critiche sulla inavvertita applicazione al passato di espressioni del diritto pubblico e della vita

---

[112] P. Eleftheriadis, *The Content of European Citizenship*, in *German Law Journal*, vol. 15, 2014, p. 777, ss.

[113] Con riferimento ad A. von Bogdandy, *Founding Principles*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, p. 11, ss., e J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 575.

[114] T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, *op. cit.*, in particolare p. 46 e ss.

[115] P. Eleftheriadis, *The Content of European Citizenship*, *op cit.*, p. 785.

[116] *Ivi*, p. 783.

[117] Si vedano ancora S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, *op. cit.*, p. 66, e A. Sandulli, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, *op. cit.*, p.180.

[118] Si vedano ancora R. Clerici, *Cittadinanza*, *op cit.*, p. 112; S. Scalia, *Note in tema di cittadinanza europea*, *op. cit.*, p. 351.

[119] Si veda in proposito da ultimo W. Maas, *Multilevel Citizenship*, *op. cit.*, p. 644.

[120] O. Brunner, W. Conze, R Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, 1972-1992: si veda per uno studio introduttivo G. Duso, *Historisches Lexikon e storia dei concetti*, in *Filosofia politica*, vol. 8, 1994, p. 109, ss.

[121] R. Koselleck, *Storia dei concetti e storia sociale*, in R. Kosellek (cur.), *Futuro passato*, Genova, 1986, p. 102, ss.

costituzionale moderna, sulla scorta di un noto saggio del 1961 di Böckenförde[122] - che una delle fallacie tipiche nello studio storico dell'organizzazione politica e del suo diritto è quello di presentare la «storia delle idee» come lo sviluppo diacronico di «grandezze costanti», di concetti «universali, eterni, identici a se stessi», che poi si declinano in figure storiche diverse[123]: una tendenza che porta non solo all'effettivo svuotamento dei concetti pretesi universali, tanto da renderli in ultima analisi «immagine confusa», ma anche a proiettare, consapevolmente o meno, in contesti del passato concetti costruiti secondo le sole determinazioni che essi hanno nel moderno, travisandoli anziché riducendoli ad un minimo comun denominatore definitorio effettivamente utile epistemologicamente[124]. Un'analisi concettuale corretta, secondo le riflessioni degli studiosi della *Begriffsgeschichte*, è possibile «solo in quanto abbiamo coscienza della determinatezza e della epocalità che caratterizza le parole che usiamo»[125]: così da riuscire ad intendere i concetti come emersi nel loro contesto storico ma anche come passibili di mutazione nelle trasformazioni sociali, ed anzi come «indicatori dei mutamenti e delle trasformazioni sociali», correttamente intesi in quanto «inseriti nelle strutture sociali in cui agiscono»[126].

È in quest'ottica, e per enucleare una funzione della cittadinanza UE in ottica trasformativa e identitaria, che si rende rilevante il secondo corno dell'argomentazione degli autori che, come Weiler, hanno ragionato in tema di ri-determinazione concettuale della cittadinanza europea, cui già abbiamo già fatto cenno, alla luce della sua positivizzata natura *aggiuntiva*.

Non solo essa potrebbe, e dovrebbe, essere in grado di valorizzare la naturale multiforme «*differentity*»[127] dei cittadini come soggetti politici, che non solo sono capaci ma tendono a intrattenere simultaneamente più rapporti identitari con più comunità politiche, foss'anche solo a livello territoriale, cd. sub-costituzionale[128]: e ciò sarebbe peraltro conforme alle rilevazioni stabili dei

---

[122] E.W. Böckenförde, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlino, 1961.

[123] G. Duso, *La logica del potere, Storia concettuale come filosofia politica*, Milano, 2007, p. 27.

[124] *Ivi*, p. 25, ss.

[125] G. Duso, *La logica del potere, Storia concettuale come filosofia politica*, *op. cit.*, p. 26.

[126] *Ivi*, p. 25: tanto che «storia concettuale e storia sociale appaiono così complementari».

[127] J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, p. 499.

[128] Sul concetto v. G. Delledonne, G. Martinico (eds.), *Exploring Subnational Constitutionalism: A Special Issue*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 6, 2014, p. 3, ss.

sondaggi dell'Eurobarometro rispetto alle effettivamente percepite identità nazionali ed europea[129].

Ma Weiler, nell'indagare quale possa essere il sostrato identitario della cittadinanza europea e il contenuto del rapporto identitario che essa stabilisce, formula una precisa ricostruzione, coerente con la sua teorica del sovranazionalismo come fenomeno politico e giuridico[130]. La cittadinanza europea, proprio per la sua natura *aggiuntiva* rispetto a quella nazionale, e non meramente replicativa, va intesa come fenomeno di volontario distacco dall'idea solamente etnico-culturale di cittadinanza quale appartenenza ad un *demos*, per significare l'appartenenza ad una più ampia comunità composta da più *demoi* uniti, ed anzi vincolati, da un *trait d'union* insieme valoriale e procedurale, che colleghi cioè comunità unite da un *idem sentire* e che accettano di vincolarsi perciò anche al rispetto, in virtù di un'idea di tolleranza costituzionale, alle decisioni altrui[131], che necessariamente, quali esternalità, hanno impatto sulle proprie[132].

È chiaro che, già nelle intenzioni dei formulatori di una simile visione, è erroneo invocare un elemento identitario per la cittadinanza europea che somigli, e fors'anche replichi, il portato che si suole identificare con i concetti di *demos*, o financo di *ethnos*, insiti nelle cittadinanze nazionali. Così facendo, si compie proprio il menzionato errore storico di prospettiva di ridurre e condannare l'Unione europea a dover perpetrare, o replicare, gli schemi politici e di pensiero tipici statuali su più vasta scala, a mo' di super-stato[133]. Ciò quando invece la cittadinanza europea si sostanzia, e si atteggia, per converso, quale tutela di natura ideologicamente liberale che, nel suo sovrapporsi alle discipline sulle cittadinanze nazionali vista la sua natura *aggiuntiva*, libera i cittadini dai vincoli relativi a

---

[129] V. già K. Rostek, G. Davies, *The Impact of Union Citizenship on National Citizenship Policies*, *op. cit.*, p. 102-103, con riferimento ai dati 2002-2004.

[130] J.H.H. Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, p. 267, ss.

[131] J.H.H. Weiler, *To be a European citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, p. 508 ss.; si veda sul punto del resto J.H.H. Weiler, *In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg*, in Id., M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003, p. 7, ss.

[132] C. Joerges, *Unity in Diversity as Europe's Vocation and Conflicts Law as Europe's Constitutional Form*, LEQS Paper No. 28/2010, disponibile al sito http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS%20Discussion%20Paper%20Series/LEQSPaper28.pdf.

[133] Si veda sul tema lo storico dibattito tra J.H.H. Weiler e G.F. Mancini in *Mancini v Weiler: Europe - The Case for Statehood … And the Case Against: An Exchange*, Harvard Jean Monnet Working Paper No. 6/98 (anche in *European Law Journal* vol. 4, 1998,).

malintese imposizioni tradizionali fondate su presunte componenti mono-culturali o mono-identitarie costruite dagli Stati.

Un esempio evidente, in proposito, è rinvenibile nei casi, come emblematicamente il contenzioso *Nerkowska* del 2008[134], in cui la Corte di giustizia dell'Unione, dinanzi all'invocazione delle guarentigie della cittadinanza UE, censura misure protezionistiche quali requisiti di residenza stanziale o test linguistici per l'accesso a certe prestazioni pubbliche (nella specie, simbolicamente, pensioni d'invalidità concessa alle vittime civili della guerra o della repressione nei paesi di antica influenza sovietica). Anche qui, a ben vedere, la cittadinanza UE è chiamata proprio a svolgere un ruolo trasformativo rispetto alle discipline delle cittadinanze nazionali o comunque a discipline ad esse strettamente correlate.

In tal senso, il nucleo identitario della cittadinanza UE è proprio nel suo atteggiarsi in senso anti-identitario, ed emancipatorio. Nelle sue già cennate conclusioni per il noto caso *Rottmann*, l'Avvocato generale Poiares Maduro ebbe ad opinare che «facendo della cittadinanza di uno Stato membro una condizione per essere un cittadino europeo, gli Stati membri hanno voluto sottolineare che questa nuova forma di cittadinanza non rimette in discussione l'appartenenza primaria alle nostre comunità politiche nazionali. Pertanto, tale nesso con la cittadinanza dei diversi Stati membri costituisce un riconoscimento del fatto che può esistere (e di fatto esiste) una cittadinanza che non è determinata dalla nazionalità. È questo il miracolo della cittadinanza dell'Unione: essa rafforza i legami che ci uniscono ai nostri Stati (dato che siamo cittadini europei proprio in quanto siamo cittadini dei nostri Stati) e, al contempo, ci emancipa (dato che ora siamo cittadini al di là dei nostri Stati). L'accesso alla cittadinanza europea passa attraverso la cittadinanza di uno Stato membro, che è disciplinata dal diritto nazionale, ma, come qualsiasi forma di cittadinanza, costituisce il fondamento di un nuovo spazio politico, dal quale scaturiscono diritti e doveri che vengono fissati dal diritto comunitario e non dipendono dallo Stato. Ciò, a sua volta, legittima l'autonomia e l'autorità dell'ordinamento giuridico comunitario»[135]. In questa argomentazione - fondante l'idea, accolta dalla Corte, dell'autonomia della cittadinanza UE rispetto a quella nazionale - si ritrova la formalizzazione di tutte le riflessioni già avanzate da Weiler: e l'idea che la proclamata complementarietà della nuova cittadinanza sovranazionale mira ad introdurre elementi di addomesticamento delle pulsioni nazionalistiche insite nelle cittadinanze nazionali, tanto da poter costituire il logico prodromo della creazione di una

[134] Arrêt du 22 mai 2008, Nerkowska (C-499/06, Rec. 2008 p. I-3993) ECLI:EU:C:2008:300.
[135] Arrêt du 2 mars 2010, Rottmann (C-135/08, Rec. 2010 p. I-1449) ECLI:EU:C:2010:104, conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, par. 23.

struttura politica adeguata ad una democrazia composta da multipli *demoi*, con uno spazio politico europeo che si aggiunga – appunto - a quelli nazionali[136].

Non per caso, già le stesse riflessioni di Weiler erano unite a specifiche proposte per la costruzione di una dimensione politica sempre più potente della cittadinanza europea, affinché il progetto di integrazione tenga in considerazione l'istituto ed anzi si nutra del suo apporto[137]. Alcune delle proposte allora avveniristiche stanno trovando oggi attuazione politica: si pensi, a titolo di esempio, alla nomina del Presidente della Commissione europea che oggi si vuole vincolata ai risultati delle elezioni del Parlamento UE, al diritto d'iniziativa dei cittadini europei, al ruolo dei parlamenti nazionali nel controllo del rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, alla creazione di una Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione[138]. Ma tutte si sostanziavano nel potenziamento di quanto già evidente nei diritti politici riconosciuti al cittadino UE sin dai primordi dell'inclusione dell'istituto nei Trattati, e dunque nel riconoscimento di diritti di partecipazione slegati rispetto alla nazionalità e invece collegati alla residenza elettiva (quanto al diritto di partecipazione alle elezioni locali), e al principio di universalità (quanto al diritto di partecipazione alle elezioni del parlamento europeo), proprio nello spirito di costruzione di comunità politiche coesistenti in cerchi concentrici.

4. In conclusione

La cittadinanza europea sta sicuramente soffrendo, nell'attuale temperie di multiforme crisi dell'Unione[139], dinanzi ad alcune rilevanti sfide alla sua stessa funzione.

Come accennato, la crisi finanziaria ha secondo alcuni messo in crisi l'elemento solidaristico connaturato all'istituto, arrivando ad influenzare

---

[136] J.H.H. Weiler, *To be a European citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, 495; si veda anche M. Poiares Maduro, *Passion and Reason in European Integration*, prolusione presso la Humboldt-Universität di Berlino del 10 Febbraio 2010, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (FCE 03/10), disponibile al sito internet http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1709950.

[137] J.H.H. Weiler, *To be a European citizen - Eros and Civilization*, *op. cit.*, p. 511, ss.

[138] Su questi ed altri sviluppi istituzionali, volendo, M. Poiares Maduro, L. Pierdominici, *Lo spazio della cittadinanza europea al tempo della crisi*, in *Percorsi costituzionali*, 2017, p. 487, ss.

[139] Ha parlato di una «crisi esistenziale» dell'Unione, e di una crisi di natura multiforme, che ne colpisce «la struttura economica, finanziaria, fiscale, macroeconomica, politica» A.J. Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, 2013, p. 453 ss., 454 e ss.

l'interpretazione sinora sempre fedele al *telos* integrazionista della Corte di giustizia in casi come *Brey*[140] e *Dano*[141]. Si è ipotizzato da parte di alcuno a chiare lettere un *revirement* strisciante dettato da motivi politici[142], che farebbe il paio con le specificazioni della dottrina *Zambrano* in casi successivi come *Dereci*[143] e *McCarthy*[144], ove pure il portato potenzialmente rivoluzionario della prima sentenza, per le implicazioni in tema migratorio, sembrerebbe stentare ad attecchire nell'interpretazione giudiziale[145]. Tra le due teoriche della cittadinanza UE come interpretata dalla Corte, una più incline alla scelta del mero esercizio del diritto di circolazione e soggiorno da parte del cittadino, che farebbe di per sé scattare i suoi diritti di protezione, e l'altra più invece incline allo scrutinio di un *genuine link* con il paese ospitante, si suggerisce che per ragioni politiche la seconda teorica stia prendendo il sopravvento. In ciò si sostanzierebbe, peraltro, un doppio esito paradossale: la richiesta di tale *genuine link*, specie nell'attuale temperie di *democratic backsliding*, potrebbe rischiare di aprire il vaso di Pandora di nuovi nazionalismi etnici che la cittadinanza europea è nata invece per contrastare[146]; viceversa, abbiamo visto come sia la stessa Unione talvolta, al massimo piano politico e quando è chiamata a contestare i dibattuti programmi di *investor citizeship* nazionali, a richiamare l'idea di tale *genuine link*, concetto tutto da chiarire sul piano interpretativo.

Sullo sfondo di tale dibattito critico v'è però una Corte che, mediante il proprio Presidente, fa ancora professione di un approccio integrativo ed

---

[140] Arrêt du 19 septembre 2013, Brey (C-140/12) ECLI:EU:C:2013:565.

[141] Arrêt du 11 novembre 2014, Dano (C-333/13) ECLI:EU:C:2014:2358.

[142] Parla in tal senso di « *reactionary phase in the Court's interpretation of the citizenship provisions*» E. Spaventa, *Earned Citizenship: Understanding Union Citizenship Through its Scope*, in D. Kochenov (ed.), *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, Cambridge, 2015, p. 204; ragiona di « *striking shift in relation to the previous case-law*» R. Lanceiro, *Dano and Alimanovic: the Recent Evolution of CJEU Caselaw on EU Citizenship and Cross-border Access to Social Benefits*, in *UNIO - EU Law Journal*, 2017, p. 63, ss., 67.

[143] Arrêt du 15 novembre 2011, Dereci e.a. (C-256/11, Rec. 2011 p. I-11315) ECLI:EU:C:2011:734.

[144] Arrêt du 5 mai 2011, McCarthy (C-434/09, Rec. 2011 p. I-3375) ECLI:EU:C:2011:277.

[145] In tal senso, univocamente critico, C. Margiotta, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari, 2014, p. 154, che accusa la Corte di un atteggiamento « incoerente o comunque soggetto alle contingenze del clima politico e sociale», e A.O. Cozzi, *Un conflitto costituzionale silente: Corte di giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, p. 159 ss., pp. 188-189, che ragiona di « una forma di *restraint* autoimpostosi dalla Corte stessa».

[146] H.U. Jessurun d'Oliveira, *Union Citizenship and Beyond*, *op. cit.*, p. 40.

incrementale in materia di cittadinanza, secondo una esplicita strategia «*stone by stone*» in una materia espressamente considerata di rilievo costituzionale[147].

Del resto, lo stesso processo di Brexit pone la cittadinanza UE dinanzi ad un potenziale bivio. Alcuni autori hanno opinato, già commentando i primi passi del Regno Unito per l'uscita dall'Unione quale paese membro, che la cittadinanza UE avesse in quel contesto fallito, sia sul piano politico per la mancata creazione di un comune afflato che facesse resistere, o desistere, i cittadini britannici, sia sul piano giuridico quale strumento che potesse in qualche modo essere invocato *ex ante* per la giusta definizione delle *constituency* chiamata al voto nel procedimento referendario d'uscita[148], o *ex post* nel procedimento disegnato dall'art. 50 TUE, o comunque in generale per opporsi alla validità delle scelte della maggioranza dei cittadini del paese[149]. Di converso, già di primo acchito altri autori opinarono che la cittadinanza UE sarebbe stata chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nell'ambito dei negoziati tra Unione europea e Regno Unito per stabilire le condizioni del recesso: tanto che, sul piano politico almeno, ma con tutto il suo potenziale portato giuridico da far valere in quella sede, nella cittadinanza europea si sostanzierebbe un baluardo finale per la tutela degli interessi dei cittadini nel confuso ambito della Brexit[150]. Simili circostanze paiono essersi realizzate in più sensi: è emerso un variegato contenzioso, che abbiamo già richiamato, fondato proprio sui criteri di *membership* e che intende opporsi alla deprivazione automatica; in ambito politico, la tutela dei diritti dei cittadini

---

[147] K. Lenaerts, *EU Citizenship and the European Court of Justice's 'Stone-by-Stone' Approach*, in *International Comparative Jurisprudence*, vol. 1, 2015, p. 1, ss.

[148] Si fa riferimento ovviamente al noto caso Shindler & Anor v Chancellor of the Duchy of Lancaster & Anor [2016] EWHC 957 (Admin) (28 April 2016), su cui notazioni interessanti già in G. Martinico, *La confusione regna "sovrana": riflessioni sul Brexit a pochi giorni dal voto del 23 giugno*, in *Diritti comparati*, 27.6.2016, disponibile al sito http://www.diritticomparati.it/la-confusione-regna-sovrana-riflessioni-sul-brexit-a-pochi-giorni-dal-voto-del-23-giugno/.

[149] Si veda ad es. S Coutts, *Brexit and Citizenship: The Past, Present and Future of Free Movement*, in *Durham European Law Institute Blog*, 12.9.2016, disponibile al sito https://delilawblog.wordpress.com/2016/09/12/stephen-coutts-brexit-and-citizenship-the-past-present-and-future-of-free-movement/: «Union citizenship has failed. It has failed in its most fundamental role, at least in the UK, that of generating a sense of belonging and community, a sharing of a political fate, with individuals across the Union. At least as viewed from the abroad, the Brexit campaign was relentless pragmatic and economic, concerning with the benefits and costs of a purely transactional relationship. What was missing was any attempt to bring a sense of the values and ideals of a community of states sharing a common destiny».

[150] P. Mindus, *European Citizenship after Brexit. Freedom of Movement and Rights of Residence*, Cham, 2017.

europei è stata considerata obbiettivo fondamentale del negoziato sull'uscita[151], e la parte seconda del *Withdrawal Agreement* intervenuta a tutelare i diritti di permanenza dei cittadini europei nel Regno Unito, di quelli britannici già nell'Unione e delle relative famiglie, ha preso come necessario riferimento i diritti di cittadinanza UE precedentemente conferiti, per salvaguardarne buona parte[152], tanto da aver indotto i commentatori a rimarcare che «*Brexit has paradoxically brought the concept of EU citizenship alive*»[153]; addirittura sono sorti accordi bilaterali tra Regno Unito e alcuni Stati membri, tra cui Spagna, Portogallo, Lussemburgo, per conservare i diritti politici dei rispettivi cittadini residenti nelle votazioni locali e per il Parlamento europeo[154]; lo stesso diritto di iniziativa dei cittadini europei di cui all'art. 11 TUE, il cui impatto era univocamente considerato assai limitato[155], ha conosciuto dinanzi alle problematiche sfide di Brexit un rinnovato utilizzo[156].

Va poi chiosato in tema di *democratic backsliding* in Ungheria[157], Polonia[158], Romania[159] – fenomeno a fronte del quale buona parte dei cittadini nazionali invoca le guarentigie relative alla propria *membership* sovranazionale - che a più

---

[151] Council Press release 286/17 del 22 maggio 2017, disponibile al sito http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/05/22/brexit-negotiating-directives/.

[152] Ne dà conto dettagliatamente G. More, *From Union Citizen to Third-Country National: Brexit, the UK Withdrawal Agreement, No-Deal Preparations and Britons Living in the European Union*, in N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Leiden-Boston, 2020, p. 457, ss.

[153] *Ivi*, p. 461, con riferimento a H.U. Jessurun d'Oliveira, *Brexit, Nationality and Union Citizenship: Bottom Up*, EUI Working Papers RSCAS 2018/49, disponibile al sito https://cadmus.eui.eu/handle/1814/59115.

[154] *Ivi*, p. 471.

[155] V. la stessa "Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento (UE) n. 211/2011 riguardante l'iniziativa dei cittadini" Bruxelles, 28.3.2018 COM(2018) 157 definitiva.

[156] N. Athanasiadou, *The European Citizens' Initiative in Times of Brexit*, in N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), *European Citizenship under Stress Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Leiden-Boston, 2020, p. 387, ss.

[157] V. tra i vari A.L. Pap, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, *op. cit.*; G. Halmai, *The Fall of the Rule of Law in Hungary and the Complicity of the EU*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. 12, 2020, p. 204, ss.; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, *op. cit.*

[158] V., sempre tra i vari, M. Bernard, *Democratic Backsliding in Poland and Hungary*, in *Slavic Review*, vol. 80, 2021, p. 585, ss.; L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, *op. cit.*

[159] V. A. Gora, P. de Wilde, *The Essence of Democratic Backsliding in the European Union: Deliberation and Rule of Law*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 29, 2022, p. 342, ss.

riprese è emersa nel dibattito non solo accademico una proposta di tutela diretta dei diritti fondamentali d'origine sovranazionale, basata proprio sulla cittadinanza europea e l'esercizio attivo delle facoltà che vi sono connesse: proposta divenuta nota come *Reverse Solange*[160], ma già enucleata nelle note conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro nel caso *Centro Europa 7*[161], per cui «serie e durevoli trasgressioni che evidenziano un problema di natura sistemica nella tutela dei diritti fondamentali nello Stato membro considerato possono integrare (…) una violazione delle norme sulla libera circolazione, dato il pregiudizio diretto che comporterebbero alla dimensione transnazionale della cittadinanza europea e all'integrità dell'ordinamento giuridico comunitario», così da poter permettere una tutela da parte delle istituzioni europee mediante gli strumenti previsti dall'art. 258 e dall'art. 267 TFUE, di nuovo prescindendo dall'elemento dell'esercizio concreto della libera circolazione, e dotando di nuovi strumenti concreti la pretesa tutela della sostanza dei diritti di cittadinanza UE. Non è un caso, del resto, che la ormai copiosa giurisprudenza assommatasi in tema di *democratic backsliding* attenga già alla tutela effettiva delle garanzie giurisdizionali negli Stati membri[162]; e che il cd. *European Rule of Law Framework* abbia effettivamente investito la procedura d'infrazione di simili potenzialità.

Se quelle richiamate sono le principali sfide che la cittadinanza UE oggi fronteggia, certo potenzialmente esiziali, sarebbe ingeneroso negare l'importanza che essa riveste e ha rivestito nel processo integrativo sinora svolto. E come s'è cercato di illustrare nel saggio, prova evidente di questa importanza va cercata proprio nella relazione dell'istituto della cittadinanza UE, nei suoi vari significati, nei suoi vari sviluppi, con la disciplina delle cittadinanze nazionali: va insomma cercata nel suo potenziale trasformativo rispetto alla disciplina tralaticia delle cittadinanze nazionali, nel costante processo di azione e reazione che i due livelli di disciplina, intersecandosi in più dimensioni, sviluppano.

***

[160] A. von Bogdandy et al., *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, p. 489, ss.

[161] Arrêt du 31 janvier 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Rec. 2008 p. I-349) ECLI:EU:C:2008:59, conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, parr. 21-22.

[162] V. la ricca ricostruzione di L. Pech, D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Sieps – Swedish Institute for European Policy Studies 2021:3, disponibile al sito https://www.sieps.se/globalassets/publikationer/2021/sieps-2021_3-eng-web.pdf?.

ABSTRACT: This article provides a first overview of the EU citizenship's transformative impact over national ones. It looks at the capacity of EU citizenship to evolve and modify national citizenship laws by interacting with them. The analysis corroborates these links by looking at three domains and conceptual dimensions: citizenships as bundles of rights, as status, as elements of identity. It establishes that a natural coexistence of casuistry and logic nourishes the evolution of this interaction, and will do so in the future.

KEYWORDS: Citizenship of the EU; national citizenships; rights; status; identity; evolution

***

Leonardo Pierdominici – Assegnista di ricerca presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna (leonardo.pierdominici@unibo.it).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le alterazioni fisiologiche e patologiche della funzione di controllo politico durante lo stato di allarme. A proposito di alcune recenti sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo*

Laura Frosina

SOMMARIO: 1. La *judicialización* della crisi sanitaria e il protagonismo "demolitorio" del Tribunale Costituzionale. – 2. La sentenza n. 168/2021: il Parlamento non può andare in quarantena. – 3. La sentenza n. 183/2021: la centralità del controllo politico nello stato di allarme e la incostituzionalità della proroga semestrale. – 4. Conclusioni.

1. La *judicialización* della crisi sanitaria e il protagonismo "demolitorio" del Tribunale Costituzionale

In un panorama comparato[1] segnato da un diffuso atteggiamento di *self restraint* e accondiscendenza delle Corti, specie di quelle costituzionali e supreme, rispetto al procrastinarsi degli stati d'emergenza e alla drasticità delle misure approvate per contrastare la pandemia[2], il Tribunale costituzionale spagnolo si è

---

* Il contributo è stato sottoposto, in conformità al *Regolamento della Rivista,* a *double-blind peer review.*

[1] Per una rassegna comparata delle reazioni dei diversi ordinamenti giuridici in risposta alla disastrosa crisi provocata dal Covid-19 si rinvia, in particolare, alla sezione monografica a cura di A. Vedaschi e L. Cuocolo, *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in *Dpce online* n. 2, 2020; al fascicolo speciale monografico a cura di Rolando Tarchi, *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, abbinato al n. 2, 2020 della *Rivista del Gruppo di Pisa;* a N. González y D. Valadés (*Coords*) *Emergencia sanitaria por Covid 19, Derecho Constitucional comparado*, México, Unam, 2020, che si riferisce in particolare al contesto latinoamericano; e, altresì, a E. Atienza Macías y J. F. Rodríguez Alonso (*Directores*), *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública*, Madrid, Dykinson, 2020; e, infine, a S. De La Siera Morón, *Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una optica juridica internacional y comparada*, in *El Cronista del Estado Social y Democratico de Derecho*, n. 86-87, 2020, p. 32.

[2] Sottolinea questo generale atteggiamento di deferenza degli organi giudiziari nei confronti del decisore politico, in generale, e dell'Esecutivo, in particolare, mediante una ricognizione dei

distinto per un accentuato protagonismo "demolitorio" nella risoluzione delle controversie costituzionali legate all'applicazione degli stati di emergenza.

Il primo chiaro indice di questo approccio è certificato dalla sentenza sul primo stato di allarme, la nota sentenza n. 148/2021, del 14 luglio 2021, che ha denunciato l'inadeguatezza costituzionale di questo stato d'eccezione rispetto alla compressione generalizzata dei diritti fondamentali decretata a livello nazionale dal Governo Sánchez con il *Real Decreto* 463/2020 [3]. La sentenza, che ha accolto parzialmente il ricorso dei parlamentari dell'estrema destra di VOX, ha ritenuto che le restrizioni adottate durante il primo *lockdown*, sebbene proporzionate al rischio sanitario esistente, abbiano prodotto una sospensione (c.d. *vaciamento*) dei diritti fondamentali che avrebbe richiesto l'attivazione dello stato di eccezione in sostituzione di quello di allarme[4]. La sentenza, come era prevedibile, ha aperto

principali orientamenti giurisprudenziali a livello comparato A. Vedaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *Dpce online*, n. 2, 2020, pp.1466-1477. Il tema della recessività dei controlli giurisdizionali nelle situazioni di emergenza, e in quella pandemica attuale, richiederebbe un'ampia analisi che non è possibile operare in questa sede. È però d'obbligo un brevissimo richiamo all'indirizzo seguito dalla nostra Corte Costituzionale intervenuta di recente, con la sentenza n. 198/2021, sul tema dei tanto controversi e dibattuti Dpcm impiegati durante la pandemia. La Corte Costituzionale ha sancito definitivamente la legittimità costituzionale degli atti normativi protagonisti della emergenza sanitaria, nella configurazione assunta con il dl n. 19 del 2020, ossia come atti amministrativi necessitati. In particolare, la sentenza ha dichiarato infondate le censure di incostituzionalità relative agli articoli 1, 2, e 4 del dl n. 19 del 2020, con cui il remittente denunciava una illegittima delega di funzione legislativa al Governo in palese violazione degli articoli 76 e 77, chiarendo, per converso, che si è trattato unicamente di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati. Su questa sentenza si rinvia a M. Rubechi, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare,* in *Federalismi.it*, n. 27, 2021.

[3] Su questa sentenza si rinvia, *in primis*, alla raccolta di commenti pubblicati da diversi Autori, accademici, giuristi e politologi, nell'Observatorio Coronavirus y Derecho publico (cepc.gob.es). In particolare, tra i plurimi commenti, prevalentemente in senso critico, si segnalano quelli di T. De La Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, *La terrible confusión entre limitar y suspender derechos*, in *Agenda Pública*, del 05/07/2021; J. García Roca, *La constitucionalidad de la alarma*, in *Diario del Derecho* del 27/07/2021, in www.iustel.com/diario_del_derecho; M. Carrillo, *Nota acerca de las garantías de los derechos y el estado de alarma en una sentencia desacertada,* in A.a.V.v, *Las garantías penales: Un homenaje a Javier Boix Reig,* Iustel, 2021, pp. 99-105; sulla difficoltà teorica oggettiva di operare una distinzione tra limitazione e sospensione dei diritti fondamentali, v. E. Carmona Cuenca, *Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales ¿Limitación o suspensión?*, in *Revista de Derecho Político*, n. 112, 2021, pp. 13-42; F. J. Enériz Olaechea, *Algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional del Estado de Alarma*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9, 2021. Sulla necessità di decretare lo stato di eccezione in caso di sospensione dei diritti fondamentali si v., invece, M. Aragón, *¿Alarma o excepción?,* in *El País* del 06/07/2021.

[4] Sugli stati d'eccezione nel diritto costituzionale spagnolo si rinvia, tra i plurimi contributi, a P. Cruz Villalón, El *nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio),* in *Revista*

un conflitto di proporzioni inedite con il Governo statale, sollevando un ampio dibattito politico e dottrinale sui presunti errori interpretativi e valutativi commessi dai giudici costituzionali e sui plurimi problemi giuridici conseguenti alla sua applicazione. Le durissime critiche sollevate da questa controversa decisione [5] non hanno frenato il Tribunale Costituzionale, che, a distanza di pochi mesi, ha adottato altre due sentenze con cui ha smantellato l'intera strategia giuridica seguita dal Governo Sánchez per affrontare l'emergenza sanitaria. Con questi ultimi due pronunciamenti l'organo di giustizia costituzionale, accogliendo altri due ricorsi sollevati da VOX, ha sferrato, infatti, quello che nella vulgata giornalistica è stato definito un *golpe* contro l'azione del Governo[6], giudicando ingiustificata e sproporzionata la restrizione della funzione di controllo politico operata sia durante il primo che il secondo stato di allarme nazionale.

In linea generale va osservato che tali pronunce di incostituzionalità sono prosperate in un clima di profondo deterioramento nei rapporti tra politica e magistratura[7] e sono state adottate da parte di un Tribunale a maggioranza conservatrice, diviso su queste e molte altre questioni, prima che, con circa due anni di ritardo, venisse rinnovato parzialmente nella sua composizione nel mese

---

Española de Derecho Constitucional, n. 2, 1981, p. 93 ss.; Id., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984; F. Fernández Segado, *La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, in *Revista de Derecho Político*, n. 11, 1981, p. 83 ss; J. M. Lafuente Balle, *Los estados de alarma, excepción y sitio (I) y (II)*, in *Revista de Derecho Político*, n. 31, 1990, p. 28 ss.; I. Torres Muro, *Comentario al artículo 116 de la Constitución*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero, M. Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución española*, (*Segunda edición*), Fundación Wolters Kluver, 2018, Volumen II, pp. 630-638. Sullo stato di allarme, in particolare, v. A. Aba Catoira, *El estado de alarma en España*, in *Teoría y Realidad Constitucional,* n. 28, 2011, p. 313 ss; C. Vidal Prado, D. Delgado Ramos, *Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 92, 2011, p. 243; P. Requejo Rodríguez, *Teoría vs. práctica del Estado de alarma en España,* in Aa.Vv., *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral (II),* Madrid, Universitas, 2012, p. 1499 ss.; G. Villar Crespo, *Comentario a la STC 83/2016: con motivo de la naturaleza de los decretos del gobierno que declaran el estado de alarma*, in *Revista General de Derecho Administrativo,* n. 48, 2018, p. 1696.

[5] Molto critici i commenti, ad esempio, di D. López Garrido, *El Tribunal Constitucional se olvidó del derecho a la vida*, in El País del 31 agosto 3021; J. García Roca, *Una controvertida decisión*, in *El País*, del 27/07/2021; J. Pérez Royo, *Anticonstitucionalidad anunciada e incomprensible*, in *El Diario* del 14/07/2021; R. Soriano, *La illegal sentencia del Constitucional sobre el Estado de alarma*, in *El Diario* del 23/07/2021

[6] *Nuevo golpe del TC al estado de alarma del Gobierno: el segundo también fue incostitucional,* in *Abc* del 27/10/2021.

[7] Sul tema si consenta un rinvio a L. Frosina, *L'indulto e lo stato di allarme al centro del conflitto tra politica e magistratura*, in *Nomos* 2, 2021.

di novembre 2021[8]. Queste divisioni sono emerse in tutta la loro drasticità nella redazione dei numerosi *votos particulares*[9], che hanno certificato un profondo divario di giudizio tra i membri dell'organo di giustizia costituzionale sulle modalità di gestione della crisi pandemica da parte dell'Esecutivo e sulla proporzionalità delle misure adottate rispetto al rischio sanitario esistente.

La prima sentenza n. 168/2021, del 5 ottobre [10], ha sancito l'incostituzionalità degli Accordi della *Mesa* del Congresso dei Deputati che avevano decretato, poco dopo l'attivazione del primo stato di allarme, una sospensione temporanea di ogni attività parlamentare e procedimento amministrativo, rispettivamente, in corso di esame e svolgimento in seno a tale Camera.

La seconda sentenza, n.183/2021, del 27 ottobre[11], ha dichiarato la incostituzionalità parziale del secondo stato di allarme, istituito con *Real Decreto* 926/2020 e prorogato con il *Real Decreto* 956/2020, in relazione al carattere irragionevole e infondato della proroga temporale semestrale accordata dal Congresso dei Deputati ed alla conseguente privazione della sua funzione di controllo politico sull'azione dell'Esecutivo nel quadro di tale stato emergenziale. Ha giudicato altrettanto incostituzionale la delega piena di competenze concessa alle Comunità autonome, in qualità di autorità delegate a livello autonomico, ossia il regime di *co-governance* instaurato in tale fase, ritenendola contraria al

[8] Va osservato come il Tribunale Costituzionale abbia adottato queste fondamentali pronunce di incostituzionalità sulla emergenza sanitaria e costituzionale con una composizione difettosa e parziale, che ha sollevato nella dottrina una riflessione critica sul presunto *deficit* di legittimità nell'esercizio delle sue funzioni. Il mandato di tre magistrati scaduto alla fine del 2019 non è stato rinnovato per oltre un anno, soprattutto a causa della opposizione ostentata dal Pp nel raggiungere un accordo con il Psoe sulle nomine dei nuovi magistrati. A ciò si sono aggiunte le dimissioni del magistrato Fernando Valdès, indagato per presunti maltrattamenti nei confronti della moglie, che hanno privato il Tribunale di un suo componente. La situazione si è sbloccata inaspettatamente e rapidamente, il 21 ottobre 2021, grazie ad un accordo conseguito tra i due partiti sui nominativi dei candidati del Tribunale Costituzionale, della Corte dei Conti, del Difensore del Popolo e dell'Agenzia spagnola di protezione dei dati. Nomine che, per quanto concerne il Tribunale Costituzionale, non hanno alterato la maggioranza politica interna a favore dei popolari. Questi difetti nella composizione dell'istituzione - come è stato evidenziato da una parte della dottrina - hanno generato una *situazione di precarietà* e sono un *ulteriore indicatore di disfunzionalità*. In questi ultimi termini si è espressa A. Carmona Contreras, *El Tribunal Constitucional y sus circunstancias*, in *Agenda Pública*, del 26/07/2021.

[9] Sul significato e la portata dei c.d. *votos particulares* nella giurisdizione costituzionale spagnola si v., tra i tanti, J. Cascajo Castro, *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17, 1986, pp. 171 ss.

[10] BOE n. 268, del 9 novembre 2021.

[11] BOE n. 282, del 25 novembre 2021.

protagonismo costituzionalmente riservato al Governo nazionale nell'attivazione e nella gestione dello stato di allarme.

Con queste sentenze il Tribunale costituzionale, oltre ad aver approfondito diversi aspetti legati al diritto costituzionale d'eccezione, ha tracciato più nitidamente le coordinate e i confini costituzionali entro i quali devono iscriversi e orientarsi i rapporti tra Parlamento e Governo nello stato di allarme alla luce del dettato costituzionale e della legislazione vigente in materia[12]. Nel compiere questa delicata operazione interpretativa, il Giudice costituzionale è pervenuto ad importanti conclusioni sulla piena rilevanza della istituzione parlamentare e sulla necessità della massima valorizzazione della sua funzione di controllo politico durante questo stato di emergenza costituzionale.

2. La sentenza n. 168/2021: il Parlamento non può andare in quarantena.

Uno dei primi e più suggestivi ricordi istituzionali della pandemia risale al 18 marzo del 2020, quando il Presidente del Governo, Pedro Sánchez, si presentò in un emiciclo semivuoto dinanzi a una ventina di deputati, per illustrare i contenuti del decreto sul primo stato di allarme e delle misure adottate per fronteggiare il virus e l'emergenza sopravvenuta[13].

Il giorno seguente la *Mesa* del Congresso dei Deputati, in un clima di agitazione e preoccupazione per la salute e la incolumità dei deputati e del personale amministrativo, approvava un Accordo [14] con cui sospendeva -a partire da quella data – i termini regolamentari per tutte le iniziative parlamentari in corso d'esame alla Camera, nonché i termini amministrativi, di prescrizione e decadenza dei procedimenti amministrativi in corso di svolgimento al suo interno. Nell'Accordo la *Mesa* rimetteva ad una sua successiva valutazione la decisione su quando porre fine a tale congelamento temporale dell'attività parlamentare. Ciò indusse l'opposizione parlamentare di VOX, che parlò in proposito di "sequestro del Parlamento", ad avanzare immediatamente alla *Mesa* una richiesta di riconsiderazione del provvedimento adottato, adducendo come principale

[12] In particolare, alla luce della *Ley organica* n. 4/1981, *de los estados de alarma, excepciòn y sitio*, c.d. LOEAES. Sui contenuti di questa legge si rinvia a P. Cruz Villalón, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2, 1981, p. 93.

[13] Sul primo stato di allarme e sui contenuti di tale decreto si v., in particolare, J. Barrilao, *Crisis sanitaria y Estado de alarma en España*, in *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, n. 3, p. 861 ss.; V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti,* in *Dpce online* n. 2, 2020, p. 1544 ss.

[14] BOCG n. 57, del 24 marzo

motivazione la paralisi incostituzionale delle attività del Congresso dei Deputati conseguente a tale decisione. Sospensione che fu ritenuta tanto più ingiustificata alla luce della decisione presa dal Congresso dei Deputati di estendere sin da subito l'applicazione del voto telematico *no presencial* per lo svolgimento dei lavori parlamentari[15].

Nello specifico i parlamentari di VOX criticavano l'incostituzionale sospensione della propria attività di controllo politico durante la vigenza di uno stato d'eccezione, che avrebbe giustificato, per converso, un rafforzamento di tale funzione in ragione del protagonismo acquisito dal Governo e della necessità di salvaguardare i diritti delle opposizioni parlamentari[16]. La *Mesa*, che già nella sua riunione del 7 aprile aveva deciso di revocare la sospensione dei termini a partire dal 13 aprile, respinse, dunque, tale richiesta tramite l'approvazione dell'Accordo del 21 aprile 2020.

Va ricordato che nei mesi iniziali della pandemia si alimentarono vivaci dibattiti a livello politico e dottrinale sul funzionamento degli organi costituzionali e sul regime di *check and balances* da mantenere nel quadro dello stato di allarme, che non mancarono di sollevare perplessità e critiche sulla eccessiva centralizzazione del potere in capo al Presidente del Governo e sui rischi di una iper-presidenzializzazione dell'Esecutivo. In relazione al Congresso dei Deputati, pur rilevandosi una sua iniziale inevitabile marginalizzazione, non emersero eccessive preoccupazioni in merito ad una possibile erosione della sua funzione di controllo politico[17], o all'affievolirsi della responsabilità politica del

[15] Il voto telematico *no presencial* era già previsto dai regolamenti di entrambe le Camere in presenza di condizioni specifiche, quali, ad esempio, la gravidanza, la maternità, la paternità, o una malattia grave, e sulla base di una previa autorizzazione del rispettivo Ufficio di presidenza (art. 82, comma 2 RCD; art. 92 RS). In seguito allo scoppio della pandemia, a partire da un comunicato emesso dalla Presidente del Congresso, è stata estesa a tutti i deputati la facoltà di utilizzare il voto elettronico per lo svolgimento dell'attività parlamentare durante la vigenza dello stato di allarme. Sulla *ratio* del voto a distanza e sulla sua estensione applicativa si v. S. Curreri, C. Marchese, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le* Cortes Generales *e i Parlamenti delle Comunità autonome*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2020.

[16] Anche in dottrina non sono mancati commenti critici sulla ibernazione del Parlamento e degli strumenti di controllo ordinario sull'Esecutivo, v. in particolare, C. Vidal Prado, *El Congreso no puede hibernar*, del 6/04/2020 in www.iustel.com

[17] A. Dueñas Castrillo, *Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por la Covid-19*, in P. Biglino Campos, F. Durán Alba (*Directores*), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, *Fundación Manuel Gimenez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico*, 2020, ; A. García De Enterría Ramos, I. Navarro Mejía, *La actuación de las Cortes Generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del COVID-19*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 108, 2020, p. 245 ss; P. García Escudero-Márquez, *Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19*, in J. Tudela Aranda, (*Coord.*), *El Parlamento ante la Covid-19*, in

Governo nei suoi confronti, giudicando le alterazioni dei rapporti costituzionali tra Parlamento e Governo fisiologiche allo stato di emergenza decretato e non tali da destrutturare i tratti fondamentali della forma di governo parlamentare.

In una direzione contraria si è orientato, invece, il Giudice costituzionale nella sentenza 168/2021, che ha denunciato una violazione delle garanzie costituzionali connesse allo stato di allarme, con particolare riferimento all'azione del Congresso dei Deputati e al mancato esercizio di un'adeguata attività di controllo politico sull'Esecutivo nel breve periodo di autosospensione parziale dei suoi lavori.

Con questa sentenza, di cui è stato relatore il magistrato conservatore Antonio Narváez, il Tribunale costituzionale ha accolto, con sei voti a favore e cinque contrari (confluiti in tre *votos particulares*)[18], il *recurso de amparo* (n. 2109-2020) sollevato da Ornaldo Otegi e altri 51 deputati del gruppo parlamentare di VOX (GPVOX). Ha annullato infatti, integralmente, i due Accordi della *Mesa* sopracitati, in quanto ritenuti lesivi del diritto di partecipazione politica dei parlamentari e della funzione di controllo politico del Congresso dei Deputati.

Più nello specifico, il Giudice costituzionale, dopo aver indicato le ragioni della speciale *trascendencia constitucional* del ricorso, ha fornito diversi approfondimenti interpretativi in relazione alle garanzie costituzionali coessenziali agli stati d'emergenza, al nucleo centrale e irrinunciabile della funzione di controllo politico sull'Esecutivo, e, infine, ai contenuti inviolabili del diritto di partecipazione politica. In relazione al primo aspetto, la sentenza ha

---

Fundación Manuel Giménez Abad, *Cuadernos Monografías* n. 8, 2020, pp. 18; J. García Roca, *El control parlamentario y otros contrapesos del gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus*, in D. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Toja; M. Guimaraes Teixera Rocha, *Covid 19 y parlamentarismo*, Mexico, *UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Instituto de Derecho Parlamentario*, 2020, p. 17 ss.

[18] La sentenza reca i voti particolari formulati da: il Presidente, Juan José González Riva, che ha dissentito dalla decisione della maggioranza, giudicando la restrizione dei diritti di partecipazione politica dei deputati ricorrenti proporzionata alla crisi sanitaria provocata dal Covid, ed ha evidenziato, altresì, l'assenza, nel periodo di sospensione dei termini parlamentari, di una iniziativa concreta dei ricorrenti idonea a dimostrare la urgenza e il nesso causale tra il contenuto dell'atto e la lesione dell'articolo 23, comma 2 della Costituzione; Candido Conde-Pompido Tourón, il quale ha osservato come tale sospensione non abbia determinato una interruzione del funzionamento del Congresso, vietata dall'articolo 116, comma 5 della Costituzione, ma unicamente una sospensione temporalmente limitata dell'iter procedurale delle iniziative in corso di esame al suo interno, evidenziando, altresì, come tale decisione sia intervenuta in circostanze straordinarie, imprevedibili, e di estrema gravità, tali da superare un controllo di proporzionalità in senso stretto; e infine, il voto di Maria Luisa Balaguer Callejón, la quale ha osservato come, attraverso un test di proporzionalità rigoroso, né la incidenza né tantomeno la durata della sospensione dell'attività parlamentare possano considerarsi tali da ritenersi violato lo *ius in officium* dei ricorrenti.

operato una ricostruzione del regime giuridico dello stato di allarme, con particolare riferimento ai limiti costituzionali, alla luce della legislazione e della giurisprudenza costituzionale[19]. Ha ribadito che la sua attivazione non può determinare un'interruzione del funzionamento degli organi costituzionali dello Stato, e in particolare del Congresso dei Deputati, istituzione che non può essere sciolta durante la vigenza degli stati di eccezione (cd. *clausola di garanzia parlamentare* di cui all'art. 116, comma 5 Cost.); così come non può modificare il principio della responsabilità politica del Governo e dei suoi membri riconosciuta dalla Costituzione e dalle leggi (art.116, comma 6 Cost); né alterare il dovere di quest'ultimo di informare immediatamente il Congresso dei Deputati dell'attivazione dello stato di allarme e delle misure adottate nel suo ambito (artt.116, comma 2, e 6 e 8 LOAES); e neppure, infine, legittimare la sospensione dei diritti fondamentali, sebbene possano adottarsi misure che ne limitano e restringono l'esercizio[20].

La sentenza ha rimarcato, poi, l'importanza della funzione di controllo politico sul Governo come consustanziale alla forma di governo parlamentare, fondata sul carattere rappresentativo delle *Cortes Generales*, in base alla quale i deputati possono far valere la responsabilità politica del Presidente e dei membri del Governo attraverso gli strumenti costituzionali contemplati dal Titolo V della Costituzione e dai regolamenti parlamentari[21]. Secondo i giudici costituzionali, anzi, in tempi eccezionali di crisi si intensifica la necessità di far valere la responsabilità del Governo per la sua gestione politica, promuovendo un'azione di controllo maggiormente rigorosa e incisiva rispetto ai momenti di ordinario funzionamento del sistema costituzionale [22]

In questo quadro generale si inscrive la decisione finale della maggioranza del collegio giudicante di decretare la incostituzionalità integrale degli Accordi della *Mesa* del Congresso dei Deputati. La decisione di ibernare

[19] In particolare ha richiamato la cd. LOEAES e le SSTC 86/2016; 148/2021. Sui contenuti di questa legge si rinvia in dottrina a F. Fernández Segado, *cit.*, p. 83 ss. (v. anche *supra* nota 12). Sulla STC 86/2016 si rinvia a M. I. Álvarez Vélez, *Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril*, in *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 34, 2016, p. 325. G. Villar Crespo, *cit.*

[20] [FJ 3, A, p. 28-29]

[21] [FJ 3, B, a) p.31]

[22] [FJ 3, B, a), richiamando così la STC 124/2018, FJ 7 b)]. Su questo aspetto in dottrina si v., in particolare, J. Tudela Aranda, *Parlamento y Estado de Alarma*, in C. Garrido López, C. (*coord.*) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, *Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad,* 2021, pp. 16; 24; il quale osserva: "Controlar como ejercicio de limitación del poder y como oportunidad para enriquecer la acción gubernativa es esencial a la democracia siempre". "La declaración del estado de alarma no altera el normal funcionamiento del Congreso y el ejercicio en plenitud de sus funciones, muy en particular la de control"

temporaneamente l'attività di tale Camera, seppur circoscritta a un arco temporale ristretto (dal 19 marzo al 13 aprile) e giustificata dalla sopravvenienza di una situazione di gravità eccezionale, è stata ritenuta dai giudici costituzionali lesiva del diritto di partecipazione politica dei parlamentari, di cui all'articolo 23 della Costituzione, che si sostanzia ampiamente nell'esercizio dell'azione di controllo politico. Violazione ulteriormente aggravata dalla mancata previsione di un termine, o di un lasso temporale, entro il quale la *Mesa* avrebbe dovuto decidere in merito alla rimozione di tale sospensione, rilasciando la decisione alla sua completa discrezionalità.

I giudici hanno concluso che, negando temporaneamente ai parlamentari l'esercizio di tale funzione, sia stato violato il nucleo essenziale del loro *ius in officium*, costituendo l'attività di controllo politico parte integrante e inscindibile di tale diritto. Hanno risaltato l'importanza di questa funzione quale *conditio sine qua non* per l'esercizio del diritto di partecipazione politica, anche e soprattutto nel quadro di uno stato giuridico eccezionale come quello di allarme, in cui si rafforza l'esigenza di salvaguardare lo Stato di diritto e il regime dei diritti fondamentali dinanzi alle alterazioni costituzionali fisiologicamente legate alla sua attivazione[23].

Questa sentenza ha contribuito, quindi, a definire meglio lo strumentario delle garanzie costituzionali degli stati di eccezione, e di quello di allarme in particolare, che vanno soprattutto nella direzione di una piena vitalità della istituzione parlamentare e di una valorizzazione della sua azione di controllo politico quale contrappeso fondamentale per garantire, durante la relativa

[23] La sentenza precisa che la sospensione, seppur temporanea e parziale dei lavori parlamentari, comporta un "*desapoderamiento*" della funzione di controllo dell'Esecutivo assegnata dalla Costituzione al Congresso dei Deputati, "funzione costituzionale che deve essere esercitata con la massima intensità, durante uno stato eccezionale come in questo caso quello di allarme, per garantire in tal modo i diritti dei cittadini e lo Stato di diritto" [FJ 5, B), i). p. 46]. Il Tribunale ha chiarito, in definitiva, che il Parlamento, *rectius* il Congresso dei Deputati, oltre a non poter abdicare neanche transitoriamente all'esercizio delle sue funzioni costituzionali, in *primis* a quella di controllo politico, ha il "dovere costituzionale" di far valere in maniera esclusiva la responsabilità del Governo per la gestione politica degli stati d'eccezione e delle misure adottate nel loro ambito. [FJ 3, A, p.28].

In dottrina, cfr. C. Vidal Prado, *El Congreso no puede hibernar, cit.*, osserva come un "momento como el de la declaración del estado de alarma, en el cual el Gobierno español concentra más poder del que nunca ha tenido, es crítico respetar estos elementos básicos en un régimen democrático. Y es esencial, en concreto, que el Parlamento esté más activo que nunca, que nuestros representantes se dediquen intensamente a su labor de control del Gobierno"

vigenza, la piena sopravvivenza dello Stato di diritto costituzionale e democratico[24].

3. La sentenza n. 183/2021: la centralità del controllo politico nello stato di allarme e la incostituzionalità della proroga semestrale

Lungo la direzione della piena salvaguardia della funzione di controllo politico del Congresso dei Deputati si è orientata anche la recente sentenza n. 183/2021, che ha decretato la parziale incostituzionalità del secondo stato di allarme nazionale protrattosi in Spagna dal 25 ottobre del 2020 fino al 9 maggio del 2021.

Va ricordato che, dinanzi al dilagare della seconda ondata pandemica, il Governo Sánchez, su richiesta di ampia parte dei Presidenti autonomici, decretò con il *Real Decreto* 926/2020 il secondo stato di allarme sull'intero territorio nazionale (salvo che nelle Isole Canarie) per quindici giorni, estendendone, poi, la durata per altri sei mesi con il successivo *Real Decreto* 956/2020[25]. Tale proroga fu disposta sulla base della previa autorizzazione concessa dal Congresso dei Deputati mediante Risoluzione del 29 ottobre 2020 con cui venne ordinata la pubblicazione del relativo accordo di autorizzazione. Questa risoluzione fu approvata a larga maggioranza delle forze politiche con il solo voto contrario del gruppo parlamentare di VOX e l'astensione del gruppo parlamentare dei popolari.

Le ragioni che condussero all'approvazione di quest'unica estensione temporale dello stato di allarme sono ben note e legate al rapido e inaspettato deterioramento della situazione epidemiologica nell'intero territorio nazionale, che generò uno stato di preoccupazione generale e spinse le forze politiche a dare il proprio assenso a questa richiesta eccezionale avanzata dal Governo di

[24] Sui limiti e le garanzie degli stati d'eccezione si rinvia, in particolare, al contributo di P. Cruz Villalón, *Entre proporcionalidad y identidad: Las claves de la excepcionalidad en el momento actual*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 27, 2017, che insiste, in particolare, sulla proporzionalità e la identità costituzionale dello Stato spagnolo (intesa quest'ultima come nucleo costituzionale essenziale che resiste ad ogni stato di eccezione), che rappresentano *las claves de la excepionalidad* e agiscono come limiti insuperabili degli stati d'eccezione.

[25] Per una ricostruzione della vicenda nella sua interezza, e un raffronto tra il primo e il secondo stato di allarme, si rinvia, in particolare, a M. Azpitarte Sánchez, *Coronavirus y Derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 121, 2021, pp. 105-138.

coalizione[26]. Quest'ultimo optò per una soluzione simile principalmente per ragioni di pragmatismo e opportunismo politico, al fine di evitare quei medesimi problemi di governabilità che nel primo stato di allarme lo avevano obbligato a complesse negoziazioni interpartitiche per superare le ricorrenti votazioni di proroga che avevano messo a dura prova la sua stabilità parlamentare.

Tale scelta, tuttavia, non mancò di generare sin da subito perplessità e contestazioni tanto a livello politico che dottrinale. Non stupisce, infatti, che la decisione di un'unica proroga semestrale, di uno stato d'eccezione che secondo il dettato costituzionale può essere attivato per soli quindici giorni iniziali ed eventualmente prorogato sulla base di un'autorizzazione parlamentare, abbia suscitato un ampio dibattito, non tanto sulla opportunità politica di tale scelta, quanto piuttosto sulla sua legittimità costituzionale. Le critiche dottrinali più diffuse, senza contestare la legittimità del ricorso allo stato di allarme e la legalità costituzionale della estesa proroga temporale, ravvisarono in tale decisione una soppressione ingiustificata di una forma di controllo indispensabile per preservare gli equilibri costituzionali dello stato d'eccezione decretato[27].

Riprendendo alcune delle argomentazioni emerse in questo dibattito, i parlamentari di VOX presentarono ricorso di incostituzionalità n. 5342-2020 avverso diversi articoli del *Real Decreto* 926/2020 (artt. 2 (commi 2 e 3), 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 14), del *Real Decreto* 956/2020 (art. 2, disposizione transitoria unica e disposizione finale prima, commi 1, 2 e 3), nonché della Risoluzione del Congresso

[26] In senso critico, sulla generale accondiscendenza delle forze politiche alla proroga semestrale, si rinvia alle considerazioni di J. Tudela Aranda, *Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento*, in *Cuadernos Constitucionales*, n.1, 2021, p. 106, il quale osserva, con specifico riferimento alla proroga semestrale, che il c.d. *desapoderamiento* del Parlamento è avvenuto con l'acquiescenza più o meno attiva della maggioranza dei suoi protagonisti

[27] In dottrina alcuni Autori ravvisano seri dubbi di incostituzionalità rispetto ad una proroga di durata simile M. Aragón Reyes, *Epílogo*, in P. Biglino Campos, F. Durán Alba (*Directores*), *op.cit.*, p.3, il quale ritiene che la durata della proroga non possa superare il termine massimo che la Costituzione prevede per la sua dichiarazione iniziale; ovvero, in senso pienamente critico, v. J. Tudela Aranda, *Parlamento y el Estado de alarma*, *op. cit.*, p. 27, che parla di "durata esorbitante" della proroga e accenna ai dubbi di legittimità costituzionali sollevati da tale proroga legati al mancato rispetto del principio di proporzionalità e alla violazione di altri principi della Costituzione. Altri Autori, invece, hanno evidenziato le criticità di una scelta politica simile, pur ritenendo pienamente legale una proroga temporale di durata semestrale nella misura in cui né la Costituzione né la Legge organica stabiliscono un limite temporale esplicito per la sua estensione temporale. Così, ad esempio, alcuni Autori intervistati dal *Diario.es* (Angel Presno Linera, Alba Nogueira, Xavier Arbós), che hanno sottolineato la scarsa convenienza e i rischi connessi al ridimensionamento del controllo parlamentare risultante da una proroga temporale così estesa, forma di controllo che rappresenta un contrappeso fondamentale durante la vigenza di questo stato di emergenza. V. E. Herrera, *Uno estado de alarma de seis meses: una medida legal pero con riesgo de no tener "contrapeso" parlamentario,* in *Diario.es*, del 25/10/2020

dei Deputati (paragrafi 2, 4 e 5). Nel ricorso lamentarono, soprattutto, un'illegittima erosione della funzione di controllo parlamentare prodotta dalla "esorbitante" proroga temporale, e l'incostituzionalità della delega generale concessa ai Presidenti delle Comunità autonome, che rilasciava loro ampia discrezionalità nella gestione applicativa dello stato di allarme all'interno del proprio territorio. Per quanto concerne il primo aspetto, i ricorrenti mettevano in evidenza il carattere lesivo della proroga per l'esercizio della funzione di controllo parlamentare sull'Esecutivo e per l'attività di *rendición de cuentas* del Governo al Congresso dei Deputati[28]. Quest'ultima ridotta, infatti, nel decreto di proroga (art.14) esclusivamente a resoconti bimestrali del Presidente del Governo dinanzi al *Pleno* e ad audizioni mensili del Ministro della Sanità in seno alla Commissione Sanità e Consumo. Per quanto riguarda il secondo aspetto, insistevano, invece, sulla competenza esclusiva del Governo statale nella direzione e gestione dello stato di allarme e nella determinazione del relativo ambito geografico e temporale di applicazione; sulla indelegabilità di tali funzioni ai Presidenti delle Comunità autonome; e, infine, sulle conseguenze incostituzionali di un'asimmetrica applicazione di tale stato d'eccezione a livello territoriale, specie per quanto concerne le limitazioni e le restrizioni dei diritti fondamentali.

Il *Plenum* del Tribunale Costituzionale, il cui relatore è stato come nella precedente sentenza il magistrato conservatore Antonio Narváez, ha accolto parzialmente, con sei voti a favore e quattro contrari (confluiti in altrettanti *votos particulares*)[29], il ricorso di incostituzionalità sollevato da VOX. Nello specifico,

[28] Sul tema della *rendición de cuentas* durante lo stato di allarme si rinvia a J. Sierra Rodriguez, *Estado de alarma, transparencia gubernamental u rendición de cuentas*, in J. María Reniu, V. Meseguer Sánchez (dir.*),¿Política confinada? Nuevas tecnologías y tomas de decisiones en un contexto de pandemia*, Aranzadi, 2020, pp. 255-276. Insiste sulla differenza tra *rendición de cuentas* e il controllo politico ordinario sulla attività del Governo durante lo stato di allarme cfr. J. Tudela Aranda, *Parlamento y Estado de Alarma*, *op. cit.*, p. 26 ss.

[29] La sentenza reca i voti particolari formulati: dal Presidente, Juan José González Riva, che in questa come nella precedente sentenza sopra commentata, si è schierato contro la decisione della maggioranza, ritenendo, in merito alla proroga, che fosse giustificata dalla congiuntura straordinaria e dalla emergenza sanitaria in atto, e, in relazione alla delega di competenza alle Comunità autonome, che fosse una delega revocabile e non un trasferimento della titolarità delle competenze; Antonio Xiol Rios, che si è dichiarato completamente contrario alla decisione adottata sia per le premesse di partenza sia per il contenuto delle argomentazioni espresse, insistendo in particolare sulla legalità costituzionale e la proporzionalità delle misure adottate; Conde-Pumpido Tourón, che ha considerato conformi a Costituzioni tanto la autorizzazione parlamentare della proroga semestrale, quanto la delega ai Presidenti delle Comunità autonome, giudicando entrambe le misure rispettose del canone della proporzionalità e idonee a proteggere la salute e la sicurezza della popolazione; e infine, quello di María Luisa Balaguer che si è dissociata non solo dalla decisione finale ma anche da tutto il percorso logico e argomentativo seguito dalla maggioranza, la quale -a suo giudizio- non

ha dichiarato la incostituzionalità della proroga semestrale e la delega concessa ai Presidenti autonomici[30], mentre ha giudicato conformi a Costituzione e al principio di proporzionalità le misure restrittive delle libertà fondamentali previste nel quadro di questo secondo stato di allarme, in quanto rivolte al perseguimento di fini costituzionalmente legittimi consistenti nella tutela del diritto alla salute e alla vita dell'intera collettività.

In relazione alla proroga, su cui si focalizza questo breve commento, i giudici costituzionali hanno ravvisato profili di indubbia incostituzionalità legati non tanto alla sua estensione temporale, ritenuta di per sé legittima in mancanza di indicazioni costituzionali e legislative su eventuali limiti temporali da rispettare[31], quanto, invero, alla sua infondatezza e incoerenza rispetto alla *ratio* di tale istituto. I giudici hanno chiarito *in primis* che la proroga non è un atto di carattere meramente ed esclusivamente autorizzativo, ma un atto con contenuto normativo, che rappresenta un passaggio istituzionale fondamentale per svolgere un dibattito e operare un controllo sulla gestione politica dell'emergenza costituzionale da parte del Governo e, altresì, per co-determinare le condizioni da applicare nel prosieguo di tale stato emergenziale[32]. In tale ottica i magistrati hanno sottolineato, in questa sentenza come nella precedente, la centralità della funzione di controllo politico del Congresso dei Deputati sull'azione del Governo durante la vigenza di questo stato emergenziale, quale fattore di irrinunciabile riequilibrio costituzionale per controbilanciare il protagonismo governativo ed evitare uno snaturamento della forma di governo parlamentare[33].

I giudici hanno specificato, altresì, che, benché non esista un limite temporale a livello costituzionale o legislativo, la dilatazione temporale si sia rivelata priva di qualsiasi consistenza e coerenza anche rispetto alle motivazioni addotte dal Governo nella richiesta di proroga, che ha fatto principalmente riferimento alla necessità di un tempo congruo per implementare le misure di contrasto al virus e tutelare la salute dei cittadini. I giudici hanno ritenuto, pertanto, che le ragioni giustificative poste a fondamento di tale proroga fossero prive di qualsiasi razionalità. Il giudizio di irragionevolezza si è incentrato sul fatto

---

ha preso in considerazione le connessioni esistenti tra il diritto costituzionale d'eccezione e il disegno attuale dello Stato autonomico.

[30] Sui profili generali dello stato di allarme e del modello di co-governance si rinvia a J. Ridao, *Derecho de crisis y Estado autónomico. Del Estado de alarma a la co-governance en la gestión de la Covid-19,* Madrid, Marcial Pons, 2021

[31] Sulla legittimità della estensione temporale della proroga v. *supra* nota 26.

[32] [FJ 8 C, b, p. 80]

[33] Parla proprio di cautele necessarie per preservare la democrazia parlamentare in una situazione di incremento del potere dell'Esecutivo e di restrizione dei diritti P. García Escudero-Márquez, *op. cit.*, p. 18.

che, al momento dell'autorizzazione parlamentare, non vi fosse alcuna prevedibilità circa l'andamento futuro della situazione epidemiologica e che, in forza della delega concessa ai Presidenti delle Comunità autonome, non vi fosse alcuna certezza su quali misure di contrasto alla pandemia e di restrizione dei diritti fondamentali sarebbero state approvate e applicate all'interno dei rispettivi territori, contribuendo, così, a creare uno stato di incertezza giuridica generale[34].

Partendo da queste premesse argomentative, il Giudice costituzionale ha insistito soprattutto sugli effetti incostituzionali della drastica contrazione dell'azione di controllo politico del Congresso dei Deputati derivante dall'applicazione congiunta della proroga temporale con la delega ai Presidenti autonomici e il conseguente regime di *co-governance* attivato. Ha evidenziato, infatti, come per l'intera durata della proroga l'attività di controllo politico e di cd. *rendición de cuentas* dinanzi al Congresso dei Deputati, limitata ad un resoconto sui dati e la gestione della crisi operato congiuntamente dal Presidente del Governo e dal Ministro della Sanità, non abbia potuto estendersi alle azioni e alle misure adottate dai Governi regionali nelle Comunità autonome, privando tale Camera della possibilità di operare una completa azione di supervisione politica sull'attuazione dello stato di allarme a livello territoriale.

Queste osservazioni spiegano perché nella sentenza si pervenga alla dura conclusione secondo cui la proroga temporale abbia di fatto portato "ad una cancellazione del regime di controllo politico che, a garanzia dei diritti di tutti, corrisponde al Congresso dei Deputati durante la vigenza dello stato di allarme. Controllo parlamentare che si pone al servizio, anche, della formazione di un'opinione pubblica attiva e vigile che non può in alcun modo eliminarsi durante la vigenza di uno stato costituzionale in crisi" [35].

4. Conclusioni

Le sentenze brevemente descritte, nel sanzionare la scelta del Congresso dei Deputati di sospendere temporaneamente i suoi lavori e di autorizzare una proroga semestrale del secondo stato di allarme, hanno fornito una lettura complessiva del ruolo della istituzione parlamentare e della funzione di controllo

[34] Sulla irragionevolezza e la inconsistenza della proroga semestrale i giudici si sono espressi chiaramente evidenziando come non potesse qualificarsi ragionevole o fondata una proroga semestrale fissata dal Congresso dei Deputati in un momento in cui non vi era alcuna certezza sulle misure che sarebbero state applicate, sul momento dell'applicazione, e sulla loro effettiva durata nelle diverse parti del territorio nazionale (art. 3 del Real Decreto 926/2020). [FJ, E, c), p. 91]

[35] [FJ, 10, D, b), p. 109]

politico nel quadro dello stato di allarme che ne valorizza a pieno la connotazione garantista.

La linea seguita dai giudici costituzionali è stata quella di difendere e sostenere la massima valorizzazione della istituzione parlamentare e della sua funzione di controllo politico come garanzia fondamentale per orientare lo stato di allarme in una direzione pienamente costituzionale e democratica e salvaguardare lo Stato di diritto e il regime dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, i giudici hanno evidenziato come nei momenti di crisi ed emergenza costituzionale non si possa ridimensionare il ruolo dell'organo di rappresentanza politica ma si renda semmai necessario accrescere il suo intervento in funzione garantista, rafforzando, in particolare, la sua azione di controllo politico sull'Esecutivo quale canale necessario per preservare gli equilibri del sistema costituzionale. Tali osservazioni, alimentate anche da un ampio dibattito dottrinale, hanno trovato ragione di prosperare dinanzi al lungo protrarsi dello stato di allarme nello Stato spagnolo, che ha spinto a ragionare in questi mesi sull'opportunità di consolidare le garanzie istituzionali ad esso collegate per scongiurare i rischi di sue potenziali involuzioni democratiche e costituzionali[36].

In questo contesto le sentenze commentate hanno contribuito a consolidare il quadro delle garanzie costituzionali, erigendo i confini "parlamentari" invalicabili degli stati d'eccezione e, in particolare, di quello di allarme. La sentenza n. 168/2021 ha chiarito perentoriamente l'illegittimità costituzionale di qualsiasi sospensione, seppur temporalmente limitata, dell'attività parlamentare durante gli stati di emergenza costituzionale, prevalentemente in ragione della

[36] Il dibattito sul tema è stato ampiamente approfondito in questi ultimi due anni di attivazione, per certi versi e di sperimentazione, dello stato di allarme quale strumento giuridico atto a gestire la crisi sanitaria. Molti sono stati i profili dibattuti concernenti la preservazione dello Stato di diritto, i diritti fondamentali, il sistema dei *check and balances* per mantenere gli equilibri della forma di governo e del tipo di Stato. Tra i numerosi contributi, in questa sede mi limito a richiamare V. Álvarez García, El *coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria,* in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020; J. Carlos Orens Ruiz, *Estado de alarma y control parlamentario, la experiencia de la Covid-19*, in R. Luquin Bergareche (dir), *Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 545-564; V. Piergigli, *op.cit.;* J. Ridao, *op. cit.*, G. Ruiz-Rico Ruiz, *Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en España. Dudas e incertidumbres presentes y futuras,* in *Dpce online*, n. 2, 2020, p. 1511 ss.; J.J. Solozábal Echvarría, *Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma*, in P. Biglino Campos, F. Durán Alba (*Directores*), *op. cit.,* pp. 19 -42; F. Velasco Caballero, B. Gregorci Fernandez (*Coord*), *Derecho y Política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, Tomo I, *Anuario de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Extraordinario*, Madrid, BOE, 2021, spec. J. José Solozábal Echvarría, *El Estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema consitucional*, p. 17 ss; C. Aguado Renedo, Gobierno *y Parlamento en la emergencia sanitaria*, p. 47; F. Velasco Caballero, L. López de Castro García Morato, *Distribución territorial del poder durante la pandemia*, p. 61.

esistenza della clausola di garanzia parlamentare e della necessità di tutelare il diritto di partecipazione politica dei parlamentari; la sentenza n. 183/2021 ha valorizzato il ruolo dell'autorizzazione parlamentare alla proroga quale forma di controllo politico e garanzia procedimentale per una eventuale prosecuzione dello stato di allarme nell'ordinamento costituzionale.

La chiarezza e la perentorietà delle conclusioni adottate contrastano, però, con il giudizio discordante di quella parte dei giudici costituzionali che si è opposta apertamente a queste decisioni nel quadro dei rispettivi *votos particulares*. In questo senso va sottolineata la profonda spaccatura del Tribunale Costituzionale su tali questioni, il numero e la rilevanza delle opinioni dissenzienti, che hanno insistito principalmente sulla necessità e la proporzionalità della strategia e delle misure adottate dall'Esecutivo rispetto al rischio sanitario esistente e sulle catastrofiche conseguenze giuridiche derivanti, soprattutto, dalla dichiarazione di incostituzionalità parziale del secondo stato di allarme[37]. Da questo punto di vista, è indubbio che tali sentenze abbiano creato una conflittualità politico-costituzionale inedita e un livello di incertezza giuridica generale nel Paese, le cui conseguenze rimangono ancora da verificare.

A conclusione di questo breve commento, si può tuttavia osservare come tali interventi giurisprudenziali, al netto dei gravi e numerosi problemi giuridico-costituzionali sollevati, abbiano il pregio di stimolare una riflessione più generale e approfondita sulla necessità di rivalutare il ruolo e l'azione delle *Cortes Generales* entro e oltre l'emergenza costituzionale. Le sentenze forniscono, infatti, interessanti spunti interpretativi che inducono a riflettere, in senso critico, sulla tendenza alla progressiva marginalizzazione del Parlamento, sulla erosione e lo svuotamento delle sue competenze costituzionali, sulla banalizzazione della sua azione di controllo politico, e sulla necessità di una rivitalizzazione complessiva di tale organo costituzionale[38]. Valutazione che risulta pienamente confermata dall'evoluzione politico-costituzionale di questi ultimi anni, in cui si sono registrati nuovi fenomeni di inedito pluralismo partitico, di deparlamentarizzazione del sistema politico-istituzionale, e di indebolimento del parlamentarismo razionalizzato[39]. Fenomeni questi che sono stati aggravati dalla

[37] In particolare sottolinea in senso critico i problemi derivanti dalla esistenza di due visioni nettamente contrapposte e inconciliabili A. Carmona Contreras, *cit.*

[38] Su questi temi, in particolare, E. Gómez Corona, *La* desparlamentarización *del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido,* in *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021, pp. 129 ss., che parla espressamente di banalizzazione del controllo dell'azione del Governo.

[39] Evidenziano in dottrina questa tendenza, ad esempio, E. Gómez Corona, *Las limitaciones del Gobierno recién constituido durante la prorrogatio gubernamental*, in *Revista de Derecho Político*, n. 96, 2016, p 149; R. Blanco Valdés, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo*

pandemia, che -come si è avuto modo di osservare- ha contribuito a comprimere ulteriormente le funzioni parlamentari sotto le incessanti pressioni del centralismo governativo e del decentramento territoriale alimentate dal lungo procrastinarsi della emergenza costituzionale[40]. In questo scenario di piena crisi della istituzione parlamentare, le sentenze commentate ci ricordano come in questo momento sia più che mai necessario ricercare la centralità perduta delle *Cortes Generales*, recuperando quella "insostituibile centralità della funzione parlamentare nello sviluppo di una società nazionale", a cui ha fatto recentemente riferimento il Presidente Sergio Mattarella nel discorso pronunciato dinanzi al Congresso dei Deputati[41].

***

ABSTRACT: The paper analyses two recent and relevant judgments of the Spanish Constitutional Courtwhich denounced the unconstitutional marginalization of Parliament during the long health emergency produced by Covid-19. Especially, it focuses on the main jurisprudential reflections concerned the unjustified and irrational compression of the Congress of Deputies' functions - specifically the one of the Executive's control - in the framework of the two states of alarm decreed and prolonged at national level.

KEYWORDS: Covid-19 crisis; State of Alarm; Spanish Constitutional Court; parliamentary control; disempowerment of Parliament

***

Laura Frosina – Ricercatrice di Diritto pubblico comparato, "Sapienza" Università di Roma (laura.frosina@uniroma1.it).

---

imperfecto a la perfecta ingovernabilidad, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, p. 64.

[40] Sul ruolo delle *Cortes Generales* e dei Parlamenti autonomici durante la crisi sanitaria si v. J. Tudela Aranda, (Coord.), *El Parlamento ante la Covid-19*, *op. cit.* Sul ruolo generale dei Parlamenti ai tempi della pandemia, si v. anche, R. Marañon Gómez (coord), A. Arevalo Gutiérrez (dir.), *El Parlamento en los tiempos de la pandemia*, Madrid, Dykinson, 2021.

[41] Si rinvia al testo scritto del discorso pronunciato dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, dinanzi al Congresso dei Deputati il 17/11/2021, pubblicato sul sito della presidenza della repubblica www.quirinale.it

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La legge cinese sulla protezione delle informazioni personali: un GDPR con caratteristiche cinesi?*

*Davide Clementi***

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cenni sul riconoscimento giuridico del diritto alla privacy nel diritto cinese – 3. Sistema "duale" di tutela della privacy fra codice civile e PIPL – 4. Ambito di applicazione e problematiche definitorie – 5. Fra consenso (granulare) e dati sensibili: i diritti degli interessati dal trattamento – 6. Obblighi e responsabilità dei *data controller* cinesi – 7. Il cross-border delle informazioni personali: gestori stranieri e grandi gestori alla prova della tutela dei dati – 8. Prime considerazioni conclusive: tutela del singolo nel quadro delle "caratteristiche cinesi"?

1. Introduzione

A partire dall'ottobre del 2020 il governo cinese ha avviato una intensa attività di regolamentazione e controllo del settore privato, in special modo di quelle industrie tecnologiche ad alto valore aggiunto (*hi tech*)[1] che rappresentano il fiore all'occhiello della moderna struttura economica della Repubblica

---

* Il contributo è stato sottoposto, in conformità al *Regolamento della Rivista,* a *double-blind peer review.*

** Il saggio è realizzato nell'ambito del dottorato di ricerca programma PON "Ricerca e innovazione" 2014-2020 con riferimento all'Azione IV.5 "Dottorati su tematiche green", progetto in Diritto privato comparato – IUS02 dal titolo "L'implementazione delle Innovation technologies nell'industria creativa e culturale italiana alla prova degli ordinamenti e dei mercati dei paesi asiatici".

[1] Questa ondata regolatoria è stata innescata, almeno a livello temporale, da un discorso pronunciato da Jack Ma, fondatore del gruppo Alibaba, al Summit finanziario del Bund di Shanghai. Ma, che il 1° ottobre dello stesso anno si era dimesso dal consiglio di amministrazione del gruppo da lui fondato, critica in quell'occasione il sistema di supervisione dello Stato cinese, molto buono nella gestione *("management")* ma "gravemente carente" per quanto concerne il controllo, rimasto sostanzialmente ai livelli qualitativi di una "stazione dei treni" quando si sta in realtà governando – metaforicamente – un aeroporto. Cfr. Jack Ma, *Jack Ma's Bund Finance Summit Speech*, tradotto da Kevin Xu, disponibile al sito web: https://interconnected.blog/jack-ma-bund-finance-summit-speech/.

popolare. Nell'ambito di quello che è stato definito "Red New Deal"[2], lo stop all'offerta pubblica iniziale di Ant[3], controllata del gruppo Alibaba, ha simboleggiato l'inizio di una stretta – anche giuridica – a settori in rapidissima espansione, come quello del commercio elettronico[4], dei social network, della *gig economy*, etc.

In questa ottica di progressivo rafforzamento della cyber-sovranità, vista in Cina come "naturale estensione della sovranità nazionale nell'ambiente cibernetico"[5], si posiziona a pieno titolo l'approvazione in via definitiva della

[2] Con tale espressione si vuole sottolineare lo sforzo governativo di "ridurre la disuguaglianza e rendere migliore la vita delle persone normali" attraverso "azioni che hanno una logica comunista vecchio stile, ma anche perché le aziende che intralciano il governo perderanno sangue" v. Kaiser Kuo et al., *China's Red New Deal: Tracking all the different crackdowns on companies going on right now*, disponibile al sito web: https://supchina.com/2021/09/09/chinas-red-new-deal-a-guide-to-all-the-different-crackdowns-on-companies-going-on-right-now/.

[3] Il giorno prima della sospensione, Jack Ma era stato convocato dalle autorità della Banca del popolo cinese, la banca centrale della Repubblica popolare cinese che, oltre a esercitare la politica monetaria, gode di ampi poteri di ispezione e controllo degli strumenti e mercati finanziari. In base a quanto riferito in una nota del gruppo Ant, la discussione è consistita in uno scambio di visioni sul tema della "salute e [del]la stabilità del settore finanziario". Cfr. Jing Yang, *Chinese Regulators Summon Ant Leaders Ahead of Gigantic IPO*, consultabile al sito internet https://www.wsj.com/articles/chinese-regulators-summon-ant-leaders-amid-record-ipo-11604327306?mod=article_inline.

[4] Allo stop dell'offerta pubblica iniziale di Ant è seguito l'intervento dell'autorità amministrativa di controllo del mercato – l'Amministrazione Statale per la Regolazione del Mercato ("SAMR") – che con un breve comunicato sul proprio sito web [http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202012/t20201224_324638.html] ha annunciato l'apertura di indagini per condotte monopolistiche proprio contro il gruppo Alibaba, accusato di praticare il c.d. *"er xuan yi"* ("fra due, scegline (solo) uno"), ossia quella strategia di business che obbliga i consumatori o le imprese (specie le piccole e medie imprese) a scegliere esclusivamente una e una sola piattaforma di commercio elettronico con i servizi a essa annessi e non quelli dei concorrenti. L'indagine della SAMR si è conclusa con l'adozione della Decisione n. 28 del 10 aprile 2021: in questo provvedimento amministrativo sanzionatorio l'autorità regolatoria del mercato cinese, oltre a comminare al gruppo Alibaba una multa da circa 2 miliardi e 315 milioni di euro, corrispondenti al 4% delle vendite nel 2019 sul territorio cinese del gruppo, ha allegato una "lettera di orientamento amministrativo", nella quale ha altresì ordinato che agli operatori (*vendors*) nelle piattaforme e-commerce di Alibaba non sia impedito di operare in ogni modo anche su altre piattaforme. Il provvedimento è in controtendenza rispetto a pronunce giurisprudenziali, anche di rilievo costituzionale [cfr. *Qihoo 360 v. Tencent*, dove la Corte Suprema del Popolo aveva riconosciuto che la pratica del *"er xuan yi"* non costituisse abuso della posizione dominante. L'analisi del caso è disponibile in China Institute Of Applied Jurisprudence, *Selected Cases from the Supreme People's Court of the People's Republic of China, Volume 1*, Pechino (PRC) e Singapore, 2020, pp. 325-341].

[5] Il concetto di "cyber-sovranità" (网络主权) appare sul Quotidiano del Popolo, organo ufficiale del Partito comunista cinese, dove viene indicato come una "questione inevitabile per l'affermazione stessa della sovranità nazionale nell'era di Internet" [cfr. Wang Yuan, Xin Qiang,

Legge sulla protezione delle informazioni personali (o "PIPL"), adottata il 20 agosto 2021 dal Comitato permanente del Congresso nazionale del popolo in terza lettura e promulgata lo stesso giorno con ordine del Presidente della Repubblica n. 91[6] ed entrata in vigore il 1° novembre 2021. La legge, composta da 74 articoli, si pone l'obiettivo di proteggere i diritti e gli interessi legati alle informazioni personali, standardizzandone le attività di trattamento e promuovendo un uso razionale degli stessi[7].

Nelle seguenti note s'intende ripercorrere brevemente lo sviluppo della tutela giuridica della privacy all'interno del diritto cinese, proponendo poi una analisi comparata fra la regolamentazione della Repubblica popolare cinese in materia di protezione delle informazioni personali e la disciplina europea presa a modello dal legislatore cinese.

2. Cenni sul riconoscimento giuridico del diritto alla privacy nel diritto cinese

Nonostante sia invalsa l'idea che la cultura e la società cinese, specie anticamente, non solo mal sopportassero l'idea di riservatezza[8], ma che non fosse

---

La sovranità di Internet, una questione inevitabile, in *Quotidiano del Popolo*, 23° ed., 23/4/2014]. Va segnalata la pubblicazione sul sito internet ufficiale della Cyberspace Administration of China di un documento dal titolo "Cyber-sovranità: Teoria e pratica (versione 2.0)", scritto in collaborazione con l'Università di Wuhan, il China Institute of Modern International Relations e l'Accademia delle scienze sociali di Shanghai in cui, oltre a ribadire la definizione suindicata di cyber-sovranità, ne vengono delineate caratteristiche e principi: centrale nella presente analisi è la giurisdizione dello stato sovrano nello spazio digitale, che ricomprende anche "i dati e le informazioni di rete all'interno dei propri confini in conformità con la legge", verso cui gli Stati hanno dei "doveri di prudenza e di prevenzione" onde evitare che Paesi terzi mettano a repentaglio la sicurezza e gli interessi nazionali [cfr. UNIVERSITÀ DI WUHAN ET AL., *Cyber Sovranità: Teoria e Pratica (Versione 2.0)*, pubblicato il 25/11/2020 sul sito web della Cyberspace Administration of China, accessibile al link http://www.cac.gov.cn/2020-11/25/c_1607869924931855.htm].

[6] Zhonghua Renmin Gongheguo Geren Xinxi Baohu Fa (中华人民共和国个人信息保护法) [Legge sulla protezione delle informazioni personali della Repubblica Popolare Cinese] (adottata alla 30° riunione del Comitato permanente del 13° Congresso nazionale del popolo e promulgata con ordine del Presidente della Repubblica n. 91/2021). In avanti si adotterà per ragioni di sinteticità l'acronimo inglese "PIPL".

[7] Art. 1, PIPL.

[8] La civiltà cinese, tuttora profondamente influenzata dai principi del confucianesimo e del taoismo, viene vista da parte della letteratura come mancante di un "concetto perfettamente parallelo" a quello di privacy nelle forme che assume nel pensiero occidentale. Per riferimenti al pensiero cinese antico sulla riservatezza cfr. C.B. Whitman, *Privacy in Confucian and Taoist*

contenuta neppure nel vocabolario mandarino prima di un *legal transplant* da Occidente[9], la Repubblica popolare, con l'avvicinarsi agli standard delle moderne economie di mercato e con l'ingresso nell'Organizzazione mondiale del commercio, ha accelerato la propria marcia sulla strada della protezione giuridica delle informazioni personali sia nel mondo fisico tradizionale che nel cyberspazio.

La Legge sulla protezione delle informazioni personali non giunge inaspettata. Se già nella Costituzione del 1982 avevano trovato espressione i più

Thought, in *Individualism and Holism: Studies in Confucian and Taoist Values*, 1980, p. 85-100, dove si segnala che a un primo sguardo confucianesimo e taoismo dei primordi avessero concetti avvicinabili alla moderna privacy, come l'amicizia, il rispetto dei legami familiari, la non-interferenza, la crescita personale, l'abbandono della società, l'eremitaggio, l'introspezione. In realtà, una analisi più accurata di queste filosofie suggerisce che i suindicati concetti fossero assimilabili a dispositivi politici di controllo e persuasione in favore della onnipresente società per i confuciani, e della ricerca personale non gerarchizzata di ciò che era comune agli uomini per i taoisti. Contro tale ricostruzione cfr. B.S. McDougall, *Privacy in Modern China*, in *History Compass*, vol. 2(1), 2004, p. 1-8, ove si contesta l'idea, ampiamente diffusa in Occidente già negli anni Trenta, della assenza totale della privacy in Cina. Al contrario, l'a. afferma non solo che la privacy nella Cina tradizionale fosse presente primariamente nell'"esistenza di reami privati per individui, coppie, e piccoli gruppi non familiari", ma che, nonostante la contrapposizione confuciana fra 私 (*si*, privato) e 共 (*gong*, pubblico), la Cina sia arrivata autonomamente al conio di una parola, 隐私 (*yinsi*), per definire ciò che in inglese la civiltà occidentale definisce con "privacy". Si veda per una comparazione culturale fra individualismo e collettivismo G. Hofstede et al., *Cultures and Organizations: software of the Mind: intercultural Cooperation and Its Importance for Survival*, 2010, p. 125 ss., ma anche Xiaogang Chen – Yuhui Zhang, *The construct of information privacy concerns in the Chinese cultural setting*, in *Nankai Business Review International*, vol. 12(1) [anno?], p. 42-55, dove si accetta l'idea che nel complesso la società cinese, a differenza di quella occidentale, sia una società altamente collettivistica, ove l'individuo è fortemente connotato dalle sue affiliazioni di gruppo e la sua unicità-personalità abbia una priorità inferiore rispetto alle norme sociali e ai ruoli di gruppo.

[9] Cfr. E. Poon Wai Yee, *The Cultural Transfer in Legal Translation*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 18, 2005, p. 307-323, in cui si compie un'analisi semiotica e comparata della traduzione giuridica. L'a. giunge alla conclusione che "nessuna cultura o lingua sia superiore alle altre nel descrivere l'universo" e che, durante il processo traduttivo, la lingua cinese deve per forza di cose "cambiare a volte il suo lessico e la struttura grammaticale a causa dell'influenza dell'inglese legale, senza perciò perdere la sua tipicità". Sul tema più specifico dei trapianti linguistico-giuridici da Occidente verso la Cina è ottimamente affrontato in M. Timoteo, *Il diritto nelle parole: aspetti linguistici del diritto cinese contemporaneo*, in E. Calzolaio – R. Torino – L. Vagni (a cura di), *Liber Amicorum Luigi Moccia*, Roma, 2021, p. 643-655, ove l'A. segnala come, a seguito anche delle conquiste imperialiste occidentali nel fu Impero del Centro, arrivarono in Cina "tassonomie, costrutti normativi, concetti, termini dei diritti occidentali, del tutto estranei alla storia locale [...] creando un codice espressivo destinato a sostenere il processo di modernizzazione".

elementari corollari del più ampio diritto alla privacy[10], anche norme di livello primario precedenti alla PIPL cercavano di fornire una prima ma limitata tutela al bene della riservatezza. Si veda la Legge sul servizio postale, promulgata nel 1986 ed emendata l'ultima volta nel 2015, che già nel testo originario si poneva "nell'ottica di proteggere la libertà e la confidenzialità della corrispondenza"[11]. Poco dopo, sulla base dei "Principi generali del diritto civile" del 1988, la Corte Suprema del popolo ha fornito una Interpretazione legale giuridicamente vincolante per le corti d'ogni livello ove si esplicitava che l'esposizione di segreti di una persona al pubblico dovesse essere considerata come violazione del diritto alla reputazione e pertanto perseguita in sede civile[12]. Proprio le disposizioni sulla riservatezza della corrispondenza hanno fornito in combinazione ad altre la base giuridica per pronunce su casi controversi e dall'ampia eco nel discorso giuridico e nell'opinione pubblica ove si è fornita tutela anche al diritto alla privacy[13].

---

[10] Varie disposizioni della Costituzione del 1982, giunta al suo quinto emendamento nel 2018, proteggono in vario modo la riservatezza dei cittadini: l'art. 38 stabilisce che la "dignità personale dei cittadini della Repubblica popolare cinese è inviolabile" contro ogni forma di "insulto, diffamazione, falsa accusa o macchinazione, con ogni mezzo condotti", mentre l'art. 40 tutela esplicitamente e garantisce – almeno teoricamente – il diritto alla riservatezza nella corrispondenza e il dovere da parte di ogni cittadino od organizzazione di inviolabilità, salva per gli organi statali di pubblica sicurezza la possibilità di investigare illeciti penalmente rilevanti e di censurare la corrispondenza in conformità alla legge.

[11] Zhongua Renmin Gongheguo You Zheng Fa (中华人民共和国邮政法) [Legge sul servizio postale della Repubblica popolare cinese] (adottata alla 18° riunione del Comitato permanente del 6° Congresso nazionale del popolo e promulgata con ordine del Presidente della Repubblica n. 47/1986, 3° emendamento in vigore dal 24 aprile 2015), art. 1, che utilizza la parola "segretezza" (*mimi* 秘密), di frequente resa in inglese e in italiano come privacy. Già l'art. 4 nella versione del 1986 (oggi art. 3) si forniva tutela a favore della "libertà e della segretezza della corrispondenza" contro ogni organizzazione o individuo che la violasse "per ogni ragione", salvo i casi in accordo con le procedure legali da parte della forza pubblica.

[12] Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Guanche Zhixing "Zhonghua Renmin Gongheguo Min Fa Tongze" Ruogan Wenti de Yijian (Shixing) (最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)) 法[办]发[1988]6号 [Pareri n. 6/1988 della Corte Suprema del Popolo su diversi problemi concernenti l'applicazione dei Principi generali del diritto civile (per l'attuazione del processo)] (adottato il 26 gennaio 1988 e in vigore dal 4 aprile 1988), art. 140 [trad. inglese a cura di W. Gray – H.R. Zheng, in *Law & Contemp. Probs.*, vol. 52, 1989. p. 59-87].

[13] Qui ci si riferisce in particolare al caso-guida *Zhongmao Sungari International Auction Co., Ltd., contro Yang Jikang (nome d'arte Yang Jiang), et al.* < (2014)高民终字第1152号 >, in cui la nota scrittrice Yang Jiang (al secolo Yang Jikang) lamentava la lesione dei diritti di copyright e alla privacy subita da lei, dal marito e dalla figlia – entrambi deceduti – per via della riproduzione e diffusione della corrispondenza privata fra di essi e l'amico di famiglia Li Guoqiang, che aveva consegnato i manoscritti alla casa d'aste Zhongmao Shengjia, la quale aveva provveduto a interrompere l'asta a seguito di istanza pregiudiziale della parte attrice. La medesima parte attrice

A distanza di un secolo dal seminale articolo di Warren e Brandeis sul diritto alla privacy[14], anche la dottrina cinese ha cominciato a individuare nel diritto alla privacy un certo grado di autonomia, distinguendolo e allo stesso tempo ricomprendendolo fra i diritti di personalità[15]. Tale incompiuta autonomia rilevata dai giuristi cinesi è stata infine sanata con la promulgazione della Legge sulla responsabilità civile del 2009, ove il diritto alla privacy trova espresso riconoscimento quale diritto civile, autonomo e distinto dagli altri[16].

3. Sistema "duale" di tutela della privacy fra codice civile e PIPL

Dalla legge sulla responsabilità civile in avanti la Cina ha preferito adottare un sistema unitario (o "statunitense") di privacy, proteggendo congiuntamente sotto il *genus* della tutela della riservatezza la *species* della protezione delle informazioni e dei dati personali[17]. Tale sistema monistico di tutela è entrato in crisi ovvero ha subìto uno sdoppiamento con l'emersione e la diffusione delle tecnologie dell'informazione. La Cina è infatti rapidamente diventata una delle superpotenze globali nell'uso di Internet e delle tecnologie digitali e ciò ha reso

---

ha comunque agito giudizialmente per chiedere il risarcimento del danno per la perdita economica causata, la violazione del copyright e i "danni mentali" cagionati. L'Alta Corte del popolo di Pechino, pur riducendo la quantificazione del danno, ha accolto le ragioni dell'attore, condannando congiuntamente la casa d'aste e Li Guoqiang e confermando la pronuncia del giudice di prime cure. La sentenza, definitiva e passata in giudicato, è disponibile al sito web http://ipr.cupl.edu.cn/info/1740/11067.htm.

[14] S. D. Warren – L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, vol. 4(5), p. 193-220, che segna appunto la comparsa ufficiale nella moderna cultura giuridica *latu sensu* occidentale (e *stricto sensu* di *common law*) del diritto alla privacy. Due anni dopo il caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co. [1905] 122 G.A.* 190 aprirà l'epoca della tutela giurisdizionale del diritto alla privacy,

[15] Si accenna qui a Tong Ruo et al., Zhongguo Minfa (*Chinese Civil Law*), Pechino, 1990, p. 487, citato in Zhu Guobin, *The Right to Privacy: An Emerging Right in Chinese Law*, in *Statute Law Review*, 1997, vol. 18(3), p. 208-214.

[16] Zhonghua Renmin Gongheguo Qinquan Zeren Fa (中华人民共和国侵权责任法) [Legge sulla responsabilità civile della Repubblica popolare cinese] (adottata alla 12° sessione del Comitato permanente dell'11° Congresso nazionale del popolo e promulgata con decreto del Presidente della Repubblica n. 21/2009), art. 2.

[17] Si rimanda in particolare a Shujie Cui – Peng Qi, *The legal construction of personal information protection and privacy under the Chinese Civil Code*, in *Computer Law & Security Review*, 2021, n. 41, p. 7-8. Contro il tracciamento di una netta "linea di demarcazione" tra diritto alla privacy e diritto alla protezione delle informazioni personali pur distinguendo tra esse, Su Wenwei, *L'impatto della distinzione del codice civile tra privacy e informazioni personali sulla gestione del lavoro aziendale*, 2 giugno 2020, accessibile in lingua cinese al sito web: http://www.dehenglaw.com/CN/tansuocontent/0008/018724/7.aspx?MID=0902&AID=.

necessaria l'adozione di policy autonome volte a regolare il trattamento e la protezione delle informazioni personali condivise ogni secondo su Internet dalla popolazione del gigante asiatico[18]. Cogliendo il ruolo portante dei *big data* e delle informazioni personali nelle economie del XXI secolo, il Comitato centrale del Partito comunista cinese ha anzi riconosciuto con una certa *nuance* marxista i dati come "fattore di produzione" assieme alla terra, al lavoro, al capitale e alla tecnologia[19].

All'incorporazione della legge sulla responsabilità civile nel primo Codice civile della Repubblica popolare si è avuto il consolidamento di un sistema dualistico, astrattamente annoverabile come "europeo", in cui la tutela della privacy e quella delle informazioni personali si affermano come autonomi diritti (*quanli* 权利) in capo al cittadino. Il Codice civile del 2020, che marcatamente segnala la presenza del diritto cinese nella grande *familia* giuridica romanistica[20], ha visto la gemmazione dal diritto alla privacy, definita quale "[diritto] di una persona fisica [a] una vita privata indisturbata e ad un suo spazio privato, attività private e informazioni private che egli/ella non vuole rendere noti ad altri"[21], della

[18] Il governo cinese con nota n. 50 del 2015 ha predisposto un "Piano d'azione per la promozione dello sviluppo dei big data" (促进大数据发展行动纲要), al fine di promuovere l'industria digitale e innalzando per la prima volta a strategico il ruolo dei big data.

[19] Cfr. Zhonggong Zhongyang Guowuwuan Guangyu Guojian Gengjia Wanshan de Yao Su Shichang Hua Peizhi Tizhi Jizhi de Yijian (中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见) [Pareri del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese e del Consiglio di Stato sulla costruzione di un sistema e un meccanismo più completi per l'allocazione dei fattori basata sul mercato]. A commento dei Pareri, si rimanda a Lilian Li, *Data as a factor of production* (versione ridotta), del 4/11/2021, disponibile al sito web: https://lillianli.substack.com/p/abridged-data-as-a-factor-of-production. Sul tema della qualificazione giuridica dei dati come fattori di produzione, assoggettabili al regime giuridico dei beni, anche la dottrina italiana sta da tempo dibattendo: G. Carullo, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. mer.*, 4 [mi sembra l'issue: in caso, dopo l'anno?], 2016, p. 181; M. Maggiolino, *Big data e prezzi personalizzati*, ivi, 1, 2016, p. 3; G. De Minico, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 89 ss.

[20] Tanto è stato scritto e tanto ancora si potrebbe scrivere sull'argomento. Si rinvia per sinteticità e chiarezza espositiva a R. Cardilli, *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della Rpc*, in *Mondo Cinese*, vol. 167, anno XLVII, p. 25-45. Nello stesso numero si segnala M. Timoteo, *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, p. 13-24. Per un approccio completo al tema, F.R. Antonelli, *Il diritto cinese. Dall'antica alla nuova Via della Seta*, Padova, 2021.

[21] Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Dian (中华人民共和国民法典) [Codice civile della Repubblica popolare cinese] (adottato alla 3° Sessione del 13° Congresso nazionale del popolo e promulgato con ordine del Presidente della Repubblica n. 45/2020), art. 1032, co. 1. Cfr.

distinta protezione delle informazioni personali, obbligando (e dunque facendo sorgere un diritto) ogni organizzazione o individuo "che necessiti di accedere alle informazioni personali altrui" di farlo esclusivamente in "ottemperanza alla legge e garantendo la sicurezza di tali informazioni"[22]. Nella medesima disposizione si trova il divieto di *collection, use, processing, trasmission* ovvero *trading, provision* e *publishing* illegali di informazioni personali[23].

Il libro IV, capo VI disegna dunque "due sistemi (di protezione), due diritti": il primo diritto, quello alla privacy (*yinsi quan*隐私权), visto come diritto "negativo"[24], cioè alla non-intrusione nell'altrui vita privata con ogni mezzo che possa disturbare il "reame privato" di un individuo[25]; il secondo, quello alla protezione delle informazioni personali, diritto "positivo", legato non solo alla personalità della persona fisica ma anche al valore d'uso delle informazioni personali e dunque al diritto di controllare chi fa uso delle proprie informazioni e come viene estratto valore dall'utilizzo delle informazioni personali al fine di obiettare, correggere ovvero chiedere un risarcimento all'autorità giudiziaria[26]. Diversi sono pure i rimedi legali che il Codice civile appresta: da un lato un'azione

anche art. 110, dove si riconosce il godimento del diritto alla privacy a ogni persona fisica, distinguendolo esplicitamente da diritti attigui come quello alla reputazione e all'onore; art. 990, che annovera il diritto alla privacy fra i diritti di personalità: l'art. 994, che stabilisce il coniuge, i figli, i genitori o, in mancanza di questi, i parenti più stretti hanno il diritto di azione avverso colui che ha violato la privacy del proprio *de cuius*.

[22] Art. 111 cod. civ. PRC.

[23] *Ibidem.*

[24] Ciò del tutto similmente a quanto è avvenuto nello spazio giuridico europeo. Si veda la ricostruzione compiuta in L. Miglietti, *Profili storico comparativi del diritto alla privacy*, in *questa Rivista*, 2014, accessibile al sito web https://www.diritticomparati.it/profili-storico-comparativi-del-diritto-alla-privacy.

[25] Cfr. l'elenco piuttosto dettagliato di condotte intrusive indicate all'art. 1033, cod. civ. PRC, nn. 1-6.

[26] Cfr. Wang Liming, *Sulla protezione legale dei diritti sulle informazioni personali,* in 现代法学 (*Modern Law Science*), 2014, n. 4, dove l'autore definisce da un lato la privacy come "diritto passivo e difensivo", mentre quello sulle informazioni personali "diritto attivo, di controllo e di utilizzo" grazie al quale il titolare può chiedere a un soggetto che detiene i suoi dati personali di modificarli o cancellarli anche quando non sono stati violati. Sulla stessa posizione G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da* Google Spain *a* Schrems, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Anno XXX, Fasc. 4-5, 2015, p. 118, in cui l'A. sostiene che il "diritto alla protezione dei dati personali deve essere considerato distinto dalla libertà negativa di non subire interferenze nella propria vita privata [...] costituendo invece il fondamento della libertà positiva di esercitare un controllo sul flusso delle proprie informazioni".

per risarcimento dei "danni psichici", dall'altro anche il risarcimento per violazione di una propria proprietà[27].

Il sistema duale cinese è stato ulteriormente perfezionato con l'entrata in vigore della Legge sulla protezione delle informazioni personali, il cui collegamento con la dimensione cibernetica è esplicitato pure nella volontà del legislatore cinese. La "continua e profonda integrazione tra informatizzazione e società economica"[28] hanno reso necessaria una regolamentazione *ad hoc* che integrasse e innalzasse la protezione fornita ai cittadini-utenti dal Codice civile, segnalando al contempo come fino ad ora la tranquillità della vita, la salute e la sicurezza della proprietà di cittadini cinesi sia stata messa a repentaglio proprio da chi, specie fra le aziende e le organizzazioni, ha compiuto atti illegali sulle informazioni personali altrui[29].

Come emergerà di seguito, tale sistema non è *self-sufficient*: esso piuttosto fa parte di un regime giuridico cibernetico che, a partire dall'emanazione della Legge sulla cybersicurezza nel 2017[30] – vera e propria *basic law* delle reti cinesi – , ha visto il fiorire di disposizioni legislative, regolamenti amministrativi, provvedimenti locali e agenzie statali che hanno accresciuto l'influenza dello Stato-partito sulla società. All'interno di tale ordinamento, la PIPL rappresenta forse la legge che, pur fornendo allo Stato-partito nuovi strumenti di controllo special modo sul settore privato, ha allo stesso tempo riconosciuto e garantito ai cittadini l'essenziale diritto alla protezione giuridica delle proprie informazioni personali.

---

[27] Cfr. Shujie Cui – Peng Qi, *op.cit.*, p. 15.

[28] Così Liu Junchen, vicepresidente della Commissione Affari Legislativi del Comitato permanente del Congresso nazionale del popolo nella *Spiegazione alla bozza di Legge sulla protezione delle informazioni personali della Repubblica popolare cinese*, pubblicata a seguito della 22° sessione del Comitato permanente del 13° Congresso nazionale del popolo il 13/10/2020 e disponibile in lingua cinese al sito web http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/fbc9ba044c2449c9bc6b6317b94694be.shtml.

[29] *Ibidem*. Si veda il caso del 2018 di un cittadino, William Zhang, subissato di chiamate telefoniche giornaliere da parte di agenti assicuratori nei due mesi che precedevano la scadenza della polizza assicurativa per la propria macchina fra lui e il gruppo Ping An Insurance. Reuters segnala come la vendita online delle informazioni personali fosse (*sia?*) una pratica comune in Cina su piattaforme come QQ o Tieba. Per maggiori informazioni, E. Tham, *Data dump: China sees surge in personal information up for sale*, del 23/08/2018, disponibile al sito web https://www.reuters.com/article/us-china-dataprivacy-idUSKCN1L80IW.

[30] Zhonghua Renmin Gongheguo Wangluo Anquan Fa (中华人民共和国网络安全法) [Legge sulla cybersicurezza della Repubblica popolare cinese] (adottata alla 24° Sessione del Comitato permanente del 12° Congresso nazionale del popolo il 7 novembre 2016 e promulgata con ordine del Presidente della Repubblica n. 53/2016). In avanti si adotterà per ragioni di sinteticità la trad. inglese "*Cybersecurity Law*" oppure l'acronimo inglese "CSL".

4. Ambito di applicazione e problematiche definitorie

Se la *Cybersecurity Law* ha un vasto ambito di applicazione corrispondente alla costruzione, operatività e gestione delle reti, dei servizi digitali e della loro sicurezza all'interno e pure all'esterno della Grande muraglia digitale cinese[31], anche la PIPL ne delimita uno proprio, più ristretto e in rapporto ancillare rispetto alla normativa sulla cybersicurezza. L'art. 3, comma 1 PIPL stabilisce infatti che la legge si applica a tutte "le attività di trattamento delle informazioni personali di persone fisiche (*ziranren* 自然人) dentro i confini della Repubblica popolare cinese"[32], dunque senza distinzioni di sorta tra mondo "tradizionale" e mondo digitale, in modo del tutto simile a quanto disposto all'art. 3, co. 1 GDPR[33].

Dal canto suo, la CSL interferisce già fornendo una sua più precisa e soddisfacente definizione di informazioni personali (*geren xinxi* 个人信息) come "tutti i tipi di informazioni, registrate elettronicamente o con altri mezzi, che, da sole o insieme ad altre informazioni, sono sufficienti a identificare l'identità di una persona fisica, compresi, ma non solo, i nomi completi delle persone fisiche, le date di nascita, i numeri di identificazione nazionale, le informazioni biometriche personali, gli indirizzi, i numeri di telefono e così via"[34]. La PIPL compie un passo indietro, preferendo utilizzare una definizione generica di informazione legata alla identificabilità di una persona fisica per mezzo delle stesse tramite mezzi elettronici o di altro tipo, ad esclusione delle informazioni trattate in modo anonimo (anonimizzazione)[35]. Il GDPR europeo, che pure si concentra

[31] Cfr. Art. 2, CSL. Sul tema della territorialità e relativa "territoralizzazione" del cyberspazio v. N. Tsaugourias, *Law borders and the territorialisation of cyberspace*, in *Indonesian Journal of Internationa Law*, 18(4), p. 523-551, dove l'A. contesta l'opinione comune che vede nel cyberspazio in luogo di diritto sprovvisto di confini e di norme giuridiche vincolanti.

[32] Art. 3, comma 1, PIPL.

[33] Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati). In avanti si userà l'ormai noto acronimo "GDPR".

[34] Art. 76, n. 5, CSL.

[35] Art. 4, comma 1, PIPL. Nessuna reale innovazione rispetto alla legislazione di secondo livello finora emanata dal Governo o dalle agenzie governative. Ci si riferisce qui in particolare a Quanguo Renmin Daibiao Dahui Changwu Weiyuanhui <Guanyu Jianqiang Wangluo Xinxi Baohu de Jueding> [Decisione del Comitato permanente del Congresso nazionale del popolo sul *rafforzamento della protezione delle informazioni personali nelle reti*] (adottata il 28/12/2012), che, invece di una definizione di informazione personale, forniva una protezione per le "informazioni elettroniche che possono rivelare le identità personali dei cittadini e coinvolgere la loro privacy personale" (art. 1).

sull'identificabilità, elenca allo stesso tempo una serie non tassativa di identificativi diretti (come il nome o il numero di identificazione) oppure indiretti (come le caratteristiche psico-fisiche di un soggetto o lo stato economico)[36].

Ispirato alla normativa europea di riferimento sembra pure il principio di extraterritorialità, allorquando la PIPL estende il proprio ambito di applicazione territoriale alle attività eseguite al di fuori della RPC, ma che abbiano a oggetto le informazioni personali di personali di cittadini cinesi e a condizione che lo scopo sia fornire un servizio o un prodotto agli stessi ovvero analizzare e valutarne i comportamenti (c.d. *targeting*)[37]. Un'ultima specificazione completa però il quadro sull'applicabilità della PIPL, distanziandosi sensibilmente dal GDPR, ossia la previsione che nuove leggi o regolamenti amministrativi possano richiamare direttamente la PIPL[38]. Quest'ultima specificazione lascerebbe mano libera alla ormai onnipresente Amministrazione cinese del cyberspazio[39] (in inglese *Cyberspace Administration of China*, CAC) di integrare ovvero estendere l'applicabilità della PIPL al di fuori dell'elenco, tutt'altro che tassativo, dell'art. 3, co. 2, nn. 1-2. Ciò che finora è certo è che ai sensi del PIPL, le società straniere – anche senza presenza in Cina – impegnate nel trattamento delle informazioni

[36] Cfr. Art. 4, para 1, n. 1, GDPR. Inoltre il considerando 26 adotta il criterio della "ragionevole probabilità di identificazione", a mente del quale si ha identificabilità allorquando è possibile per il titolare del trattamento ovvero per un terzo identificare una persona fisica servendosi di tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui egli può ragionevolmente avvalersi. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si deve prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici. Sul tema, v. C. Irti, *Personal Data, Non-personal Data, Anonymised Data, Pseydonymised Data, De-identified Data*, in R. Senigaglia – C. Irti – A. Bernes (eds.), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Singapore, 2022 p. 50-2.

[37] Art. 3, comma 2, PIPL. Allo stesso modo l'art. 3, par. 1 del GDPR reitera il principio di stabilimento già presente nella direttiva 95/46/CE, seppur quest'ultima si soffermava sull'individuazione della legge di attuazione della direttiva applicabile al titolare del trattamento stabilito in un territorio nazionale. Di grande portata innovatrice rispetto alla previgente disciplina è il disposto dell'art. 3, par. 2 del GDPR, da leggersi necessariamente in collegato con il considerando 23, che, ravvisando la difficoltà tecnica nell'accertare la volontà del titolare di offrire beni o servizi data l'ubiqua accessibilità di un sito web, pone in capo al titolare del trattamento un generico obbligo di rendere chiara tale volontà. A conferma di ciò anche la giurisprudenza eurounitaria, in particolare in CGUE, [data?] *Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co* e *Hotel Alpenhof v. Heller*, cause riunite C-585/08 e C-144/09, dove la CGUE ha elaborato degli indici di massima per la sussistenza della volontà di *targeting*.

[38] Art. 3, co. 2, n. 3 PIPL.

[39] Con decreto n. 33 del 2014, il Consiglio di Stato della Repubblica popolare cinese ha provveduto a riorganizzare i già esistenti uffici con responsabilità legate agli "affari cibernetici", creando un ente governativo unificato sotto il nome di 国家互联网信息办公室 (*Guojia Hulianwang Xinxi Bangongshi*) e nota, anche nella *mainland*, con l'acronimo inglese di CAC.

personali di individui con sede in Cina sono vincolate dalla legge e sono tenute a costituire un'entità dedicata ovvero nominare un agente o un rappresentante designato in Cina per essere responsabili della gestione di questioni che rientrano nell'ambito di applicazione materiale della PIPL.

Le attività di trattamento consistono – ma non si limitano – alla raccolta, conservazione (*storage*), uso, elaborazione, trasmissione, fornitura, pubblicazione e cancellazione *(erasure)* delle informazioni personali[40]. La normativa europea nella lunga rubrica delle definizioni di cui all'art. 4 più diligentemente puntualizza che è trattamento "qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insieme di dati personali", elencando poi tutta una serie non esclusiva di attività che costituiscono attività di trattamento. Il legislatore cinese non segue tale impostazione, lasciando di fatto all'interprete il compito di definire di volta in volta quali operazioni possano costituire attività di trattamento. La legge impone comunque che le attività di trattamento debbano essere il più limitate possibile, e la raccolta eccessiva di informazioni personali viene proibita. Il trattamento deve dunque avere uno scopo chiaro, ragionevole e diretto unicamente al trattamento con metodi che abbiano la minore influenza sui diritti e gli interessi del singolo[41]. Vanno in ogni caso escluse le attività di persone fisiche nel trattamento di informazioni personali o familiari[42].

La legge cinese definisce in modo inequivoco i gestori del trattamento (*geren xinxi chuli zhe*个人信息处理者) come "organizzazioni o soggetti che, nelle attività di trattamento delle informazioni personali, determinano autonomamente le finalità del trattamento"[43]. L'omologo del gestore per la normativa europea è il titolare (*controller*) del trattamento, cioè "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali"[44]. Più complessa è invece la ricostruzione della figura di un "responsabile del trattamento" all'interno della PIPL: se il GDPR preferisce individuare tale figura con più disposizioni "professionalizzanti"[45], al contrario la PIPL riconosce solo la

[40] Art. 4, comma 2, PIPL.
[41] Art. 6, comma 1, PIPL.
[42] Art. 72, comma 1, PIPL.
[43] Art. 73, n. 1, PIPL.
[44] Art. 4, n. 7, GDPR. Al *considerando n. 74* si specifica la "responsabilità allargata" del titolare del trattamento "per qualsiasi trattamento di dati che quest'ultimo abbia effettuato o che altri abbiano effettuato per suo conto".
[45] Cfr. Art. 4, n. 8 GDPR, ove il responsabile del trattamento (*data processor*) assume una connotazione quasi professionale, dato il combinato disposto dell'art. 4 del GDPR – in cui si afferma che è *data processor* "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento" – e dell'art. 28, per cui

generica possibilità per i gestori del trattamento di stipulare accordi con terzi – definiti "affidatari" (*shoutuoren* 受托人) – al fine di far gestire a questi ultimi il trattamento nei tempi, modi e per le categorie previsti nel detto accordo, specificando misure di protezione, diritti e doveri di entrambe le parti e in ogni caso con l'obbligo per il gestore affidante di supervisionare sulle attività del gestore affidatario. Il gestore affidatario sarà obbligato al trattamento nelle finalità e nei metodi previsti dall'accordo, al termine del quale – o in caso di inottemperanza, nullità o cancellazione dello stesso – dovrà trasferire i dati al gestore affidante, ovvero cancellarli, senza possibilità alcuna di trattenerli. È vietato il trasferimento ad ulteriore gestore da parte dell'affidatario senza il consenso del gestore affidante[46].

La *Personal Information Protection Law* cinese prevede poi all'art. 20 – e similmente compie il GDPR, all'art. 26[47] – la possibilità di contitolarità del trattamento, che si realizza mediante un accordo fra due o più gestori del trattamento che "decidono congiuntamente su finalità e metodo del trattamento [e] sui diritti e obblighi di ciascuno".

5. Fra consenso granulare e dati sensibili: i diritti dei soggetti interessati dal trattamento

Fra gli istituti maggiormente paragonabili presenti tanto nel GDPR quanto nella PIPL spiccano certamente la base legale e il consenso informato. In entrambe le normative l'operatività del trattamento dei dati deve poggiare su una base giuridica che conferisca al trattamento stesso liceità, spesso fornita dal

quando il trattamento debba essere effettuato per conto del titolare del trattamento, questi deve ricorrere a responsabili del trattamento che presentino garanzie sufficienti, ovverosia specifiche competenze tecniche.

[46] Art. 21, PIPL. Si segnala che per la dottrina cinese, rilanciata anche dalle autorità competenti, non vi sarebbero differenze sostanziali fra la legislazione cinese ed europea nel concetto di "responsabile del trattamento" [Cfr. Fang Yu, *La legge sulla protezione delle informazioni personali al fine di risolvere i problemi più diretti e realistici che toccano le grandi massi popolari*, pubblicato sul sito internet della Cyberspace Administration of China il 25/08/2021 e accessibile in lingua cinese al seguente link http://www.cac.gov.cn/2021-08/25/c_1631491549783065.htm].

[47] La disciplina della contitolarità impone ai contitolari del trattamento di definire congiuntamente con un atto giuridico ("accordo interno") le finalità e i mezzi del trattamento, così come le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi derivanti dal GDPR e, in particolare, quelli riguardanti l'esercizio dei diritti dell'interessato. Cfr. art. 4, n. 8, art. 26 GDPR.

consenso della persona interessata[48]. Nella normativa europea, il consenso è rappresentato da qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile[49] e può essere espresso per il trattamento dei dati per una o più specifiche finalità[50]. La legge cinese invece non definisce univocamente il consenso, lasciando un vuoto che nei fatti è colmato dal Codice civile[51], dalla *Cybersecurity Law*[52] e dalla prassi giudiziaria, con non poche criticità dal lato dell'utenza[53].

Il legislatore cinese, similmente a quanto avviene nello spazio giuridico europeo sui dati, adotta lungo tutta la legge il modello "granulare" di consenso: questo dovrà essere nuovamente ottenuto allorquando lo scopo del trattamento, il metodo di trattamento o le categorie di informazioni trattate subiscano mutamenti[54]. Ogni persona ha diritto a revocare il consenso, in ottemperanza del

---

[48] L'art. 13, nn. 2-6 PIPL è perfettamente sovrapponibile all'art. 6, para. 1, lett. b-e GDPR. La normativa cinese è invece del tutto assente dell'interesse legittimo quale base legale stabilito invece all'art. 6, para. 1. lett. f GDPR. Ciò che invece prevede la PIPL (art. 13, n. 7) è la possibilità di allargare le basi legali con gli emanandi regolamenti amministrativi.

[49] Art. 4, n. 11 GDPR. Come specificato nel *considerando n. 32*, il consenso non sarebbe legittimamente manifestato attraverso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Ciò è stato ribadito in *Orange Romania SA c. ANSPDCP (Causa C-61/19)*, dove la CGUE ha tenuto a precisare che la mancata deselezione di una cartella preselezionata non possa costituire manifestazione del consenso informato dell'utente.

[50] Art. 6, para. 1, lett. a, GDPR.

[51] Artt. 1035-6 cod. civ. PRC. Nel Codice civile il concetto di consenso non ha natura unitaria, v. Lu Qing, *La costruzione normativa della regola del "consenso" nella protezione delle informazioni personali*, in *Journal of Wuhan University (Philosophy and Social Sciences)*, 2019, n. 5, dove l'A. parla correttamente di "consensi" data la diversa efficacia giuridica che tali manifestazioni di volontà hanno, a volte di semplici autorizzazioni, altre di volontà di mutamento di un rapporto giuridico.

[52] Art. 41, CSL, che impone agli operatori di rete di pubblicare le regole per raccogliere e conservare dati, di esplicitarne scopi e mezzi, e di ottenere il consenso delle persone le cui informazioni sono raccolte.

[53] Cfr, Beijing Hulianwang Fayuan, *Huang c. WeChat Reading ("Tencent")*, dove la Corte Internet di Pechino, se da un lato ha riconosciuto una violazione delle informazioni personali dell'attore nei frequenti collegamenti fra la "lista amici" dell'app WeChat e i "suggerimenti di amicizia" nell'app WeChat Reading, definito come un "irragionevole collegamento", dall'altro non ha riconosciuto la violazione della privacy e ha anzi affermato che è del tutto legittimo impedire l'utilizzo di un software allorquando gli utenti scelgano di non fornire i propri dati personali. Su tutta una serie di problematiche emerse in materia, v. Kong Mengna, *ricerche sulla regola del "consenso" nel trattamento delle informazioni personali*, China Court Network del 17/12/2021, accessibile in lingua cinese al sito web: https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/12/id/6440753.shtml.

[54] Art. 14, comma 2, PIPL ma cfr. European Data Protection Board, *Linee guida 05/2020 sul "consenso nel reg. 2016/679, versione 1.1"*, adottate il 4/5/2020.

quale i gestori del trattamento debbono provvedere con modalità opportune[55]. Sono fatti salvi gli effetti delle attività di trattamento prima della revoca del consenso[56]. Inoltre, è specificato che, salvo il caso in cui il trattamento dei dati sia necessario per la fornitura di prodotti o servizi, i gestori del trattamento non possono rifiutarsi di fornire i propri prodotti o servizi sulla base del rifiuto della persona interessata[57].

La PIPL ovvero altre leggi o regolamenti amministrativi possono altresì disporre che, oltre al consenso generico al trattamento dei dati personali, siano richiesti ulteriori consensi, distinti e separati da quello originario. Il caso in assoluto più rilevante è quello del trattamento delle informazioni sensibili (*mingan geren xinxi* 敏感个人信息), disciplinate al capo II, sez. II, ove si prevede che per trattare informazioni sensibili vada richiesto il consenso separato dell'individuo, anche in forma scritta se così disposto da altre leggi o regolamenti[58].

Se il GDPR categorizza in modo speciale i "dati particolari", vietandone il trattamento salvo il consenso esplicito dell'interessato[59], in netto contrasto rispetto alla tecnica europea troviamo le omologhe disposizioni cinesi per le quali sono sensibili tutte quelle informazioni che possono, "una volta trapelate o usate illegalmente, causare danno alla dignità della persona fisica e grave danno alla sua sicurezza personale o patrimoniale, includendo in ciò le informazioni su caratteristiche biometriche, sul credo religioso, su status specificamente designati, sulla salute, sui conti finanziari, sulla localizzazione, etc., così come le informazioni di minori di anni 14"[60].

---

[55] Art. 15, comma 1, PIPL.

[56] Art. 15, comma 2, PIPL.

[57] Cfr. art. 16, PIPL ma in modo dissimile si era già pronuncia la Corte Internet di Pechino, nel già ricordato *Huang c. WeChat Reading ("Tencent"), supra.*

[58] Art. 29, PIPL. Il trattamento dei dati sensibili è ammesso solo per scopi specifici e sotto strette misure di protezione. È quindi assai probabile che, oltre a un regolamento che disciplinerà il sistema di licenze previsto dall'art. 32 PIPL che consentirà di trattare tale categoria di informazioni, si assisterà all'emanazione di linee guida in materia, come lasciato intendere da Liu Ying, *Protezione delle informazioni personali sensibili: elementi importanti della nostra legge sulla protezione delle informazioni personali*, pubblicato sul sito web della Cyberspace Administration of China e accessibile in lingua cinese al seguente link http://www.cac.gov.cn/2021-09/08/c_1632692967456129.htm.

[59] Cfr. l'art. 9, GDPR e il relativo *considerando n. 51*, dove si afferma che i dati sensibili meritano di una specifica protezione per via del fatto che il loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali.

[60] Art. 28, PIPL. Va qui riportato che, in caso di trattamento delle informazioni di un minore di 14 anni, il consenso dovrà essere ottenuto da entrambi i genitori o dal tutore (unico caso di *"consenso speciale"*) e i gestori dovranno formulare regole specifiche per il trattamento di tali informazioni a norma dell'art. 31 PIPL. Il GDPR, all'art. 8, stabilisce invece che il trattamento

Nel prestare il consenso, in modo volontario ed esplicito, le persone devono essere messe nella precondizione di avere piena conoscenza del trattamento. Emulando la disciplina europea, la PIPL dispone l'obbligo di informativa per i gestori del trattamento[61]. Salvo altrimenti previsto, ovvero in caso di urgenza, emergenza o necessità[62], i gestori del trattamento hanno l'obbligo di informare in modo pieno, veritiero e accurato i titolari del trattamento (1) del loro nome e della modalità per contattarli; (2) dello scopo del trattamento, dei metodi, delle categorie e del periodo di conservazione dei dati; (3) dei metodi e procedure per esercitare i diritti previsti dalla legge; (4) e di ogni altra informazione prevista dalla legge o dai regolamenti[63]. Si hanno ulteriori obblighi di informativa in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge[64].

Gli interessati hanno altresì il diritto di conoscere, consultare, ricevere copie e di decidere sui propri dati, così come il diritto di limitare o di rifiutare il loro trattamento salvo che la legge o i regolamenti amministrativi dispongano il contrario[65]. I gestori dovranno fornire spiegazioni agli interessati circa le regole impiegate nel trattamento[66]. In caso di errori o di incompletezza, gli interessati potranno richiedere la correzione ovvero azioni volte a completare i propri dati personali in un tempo opportuno[67].

I soggetti del trattamento hanno il diritto di richiedere la cancellazione (*youquan qingqiu shanchu*有权请求删除) delle informazioni personali raccolte quando (1) lo scopo del trattamento sia stato raggiunto, sia diventato impossibile da raggiungere ovvero non sia più necessario lo *storage* delle informazioni per lo scopo stesso; (2) il gestore del trattamento ha cessato la fornitura di servizi o prodotti, ovvero il periodo di conservazione è scaduto; (3) il soggetto ritira il consenso; (4) il gestore tratta i dati personali in difformità alla legge o ai

per il minore di 16 anni è lecito se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale.

[61] Art. 14, comma 1, PIPL.

[62] Art. 18, PIPL.

[63] Art. 17, PIPL.

[64] Si pensi agli obblighi di informativa specifica in caso di trattamento dei dati sensibili (art. 30); in caso di fusione, separazione, scioglimento, dichiarazione di bancarotta e per ogni altra ragione che renda necessario il trasferimento delle informazioni dal gestore originario a terzi (art. 22); quando il gestore fornisce ad altri gestori di informazioni le informazioni che gestisce, fatti salvi i diritti originari dell'interessato verso il gestore terzo (art. 23).

[65] Art. 44 e 45, comma 1, PIPL.

[66] Art. 48, PIPL.

[67] Art. 46, PIPL.

regolamenti amministrativi; (5) in ogni altra circostanza prevista da disposizioni legislative o amministrative[68].

Il decesso del soggetto al trattamento fa sorgere in capo agli eredi il diritto a esercitare tutti i diritti che il *de cuius* avrebbe potuto esercitare, salvo che egli/ella abbia stabilito diversamente prima di morire[69].

Una norma di raccordo fra diritti dell'interessato e doveri del gestore è quella dell'art. 50, in cui si stabilisce che quest'ultimi debbano instituire un meccanismo di risoluzione delle controversie circa i diritti degli interessi. Nel caso di rigetto delle richieste provenienti dall'interessato, i gestori dovranno spiegare le proprie ragioni. È fatto salvo il diritto degli interessati di proporre ordinaria citazione a giudizio nei circuiti giudiziari ordinari[70].

6. Obblighi e responsabilità dei data controller cinesi

I *controller* soggetti alla legge cinese sono in primo luogo gravati da un generico obbligo di salvaguardia dei dati personali che trattano e dalla conseguente responsabilità[71]. Obbligo che da generico diviene specifico allorquando la legge impone a tutti i gestori di svolgere regolarmente verifiche sul trattamento dei dati e sul rispetto delle disposizioni di legge[72]. Essi debbono adottare tutta una serie di accorgimenti (es.: formazione del personale, tecniche avanzate di crittografia, pseudonimizzazione, piani di sicurezza contro *data leak*, etc.) volte a prevenire l'accesso non autorizzato, la diffusione, la distorsione o la perdita di dati[73]. Nel caso di *leakage* – frequenti anche in Cina[74] – i gestori – oltre

[68] Art. 47, comma 1, PIPL. Un tale diritto, che non va confuso con il diritto all'oblio di cui all'art. 17 GDPR, era già previsto dall'art. 1037 cod. civ. PRC.

[69] Art. 49, PIPL. Similmente cfr. art. 2-terdecies d.lgs. n. 101/2018 ("Codice Privacy"), che prevede che i diritti di cui agli artt. 15-22 GDPR (concernenti il diritto di accesso, rettifica, integrazione, oblio, portabilità) riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possano essere esercitati "da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione".

[70] Art. 50, comma 2, PIPL.

[71] Art. 9, PIPL. Va inoltre segnalato che gli obblighi di cui si dirà sono posti, sbrigativamente, a carico anche dei terzi affidatari del trattamento (art. 59 PIPL).

[72] Art. 54, PIPL.

[73] Art. 51, PIPL.

[74] Nel 2011 il database della China Software Developer Network è stato oggetto di quello che è stato definito dagli esperti il più grave *data leak* di utenti della storia cinese, esponendo e diffondendo i dati di più di 6 milioni di utenti [cfr. Xue Yang, *Chinese Internet Suffers the Most Serious User Data Leak in History*, del 26/12/2011 accessibile in lingua inglese al sito web: https://www.forcepoint.com/fr/blog/x-labs/chinese-internet-suffers-most-serious-user-data-leak-history.

a adottare immediate misure di rimedio – dovranno notificare i dipartimenti di sicurezza e gli individui sulle cause e possibili danni causati dalle condotte, sulle misure correttive adottate e su quelle che i singoli individui possono adottare e sulle modalità per contattare il gestore del trattamento[75].

Nel caso in cui i dipartimenti competenti dovessero venire a conoscenza di rischi relativamente seri nelle attività di trattamento delle informazioni personali ovvero in caso di incidenti, essi potranno contattare direttamente il rappresentante legale del gestore o la persona responsabile ovvero potranno richiedere ai gestori di affidare a istituzioni specializzate il compito di condurre controlli di conformità delle loro attività di trattamento, così come l'adozione di misure volte a correggere ed eliminare le vulnerabilità[76].

I dipartimenti competenti dovranno in ogni caso riferire e trasferire immediatamente alle autorità competenti in materia di pubblica sicurezza tutte le informazioni necessarie in caso di attività illecite nel trattamento ovvero di attività che si sospettino essere dei crimini[77].

In modo forse più netto rispetto al GDPR[78], la PIPL prescrive che il periodo di conservazione debba essere "il più breve periodo, necessario alla realizzazione dello scopo del trattamento delle informazioni personali"[79].

L'art. 24 impone ai gestori del trattamento i principii di trasparenza e non discriminazione in caso di utilizzo dei dati raccolti per i processi decisionali automatizzati[80], laddove il GDPR stabilisce per l'interessato (*data subject*) "il diritto di non essere soggetto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo

[75] Art. 57, comma 1, PIPL.

[76] Art. 64, PIPL.

[77] Art. 64, comma 2, PIPL.

[78] Cfr. art. 28, para. 1, GDPR, che prevede che i dati vadano conservati "per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati".

[79] Art. 19, PIPL. Se il periodo di conservazione non è ancora terminato o la cancellazione delle informazioni è difficile da realizzare, i gestori dovranno cessare il trattamento, eccetto per lo *storage* e per le misure di sicurezza a ciò necessarie (art. 47, co. 2, PIPL).

[80] La definizione di "processo decisionale automatizzato" viene data dall'art. 73, n. 2 della legge, cioè "l'attività di usare programmi computerizzati per analizzare o valutare automaticamente i comportamenti personali, le abitudini, gli interessi, gli hobby, ovvero lo status finanziario, di salute, di credito, o altri status, per poi prendere decisioni [basate su quanto raccolto]". La persona, oltre ad avere il diritto di rifiutare il tracciamento in caso di utilizzo di algoritmi decisionali che producano "decisioni con grande influenza" sui suoi diritti e interessi, in caso contrario ha il diritto di chiedere spiegazioni al responsabile del processo automatizzato (art. 24, c. 3). Un *non-targeting right* viene in ogni caso riconosciuto all'interessato sarebbe il *target* di tecniche di *push delivery* ovvero di vendite commerciali attraverso processi decisionali automatizzati (art. 24, co. 2).

riguardano o che incida in modo analogo o significativo sulla sua persona"[81], salvo i casi stabiliti dal GDPR medesimo.

Allorquando trattino dati sensibili, utilizzino algoritmi decisionali, affidino la gestione a un responsabile del trattamento ovvero divulghino informazioni personali, forniscano dati all'estero o svolgano attività di trattamento con grande influenza sui soggetti del trattamento, i gestori del trattamento dovranno svolgere una valutazione d'impatto preventiva sulla protezione delle informazioni personali, oltre che registrare le proprie attività[82]. Tale valutazione riguarda non solo la legalità, legittimità e necessarietà del trattamento ma anche l'influenza sugli individui, i rischi sulla sicurezza e una valutazione ulteriore circa la legittimità e la sostenibilità al rischio delle misure protettive adottate[83]. I report circa le valutazioni sul rischio e i record sullo stato del trattamento andranno conservati per almeno tre anni[84].

In risposta a diverse rimostranze per l'utilizzo di strumenti di riconoscimento facciale[85], la PIPL ha posto alcuni limiti a tali strumentazioni, utilizzabili in luoghi pubblici solo se: (1) sono poste a salvaguardia della sicurezza pubblica; (2) nel rispetto delle normative statali; (3) e installando chiari segnali di indicazione. Le immagini così raccolte non possono essere usate per altri scopi se non per pubblica sicurezza[86].

I "grandi gestori" del trattamento dovranno nominare uno o più *personal information protection officer* (*geren xinxi baohu fuzeren* 个人信息保护负责人). Mentre le omologhe disposizioni europee si dilungano nel descrivere designazione, posizione e compiti del *data protection officer*[87], l'art. 52 della PIPL si limita ad affermare che tale figura è responsabile della supervisione delle attività di trattamento, così come dell'adozione di misure di protezione, oltre che essere il riferimento di ogni eventuale contatto da parte degli interessati[88].

---

[81] Art. 22, GDPR.
[82] Art. 55, PIPL.
[83] Art. 56, comma 1, PIPL.
[84] Art. 56, comma 2, PIPL.
[85] La città cinese di Hangzhou nella provincia dello Zhejiang è stata la prima città cinese a proibire l'utilizzo obbligatorio di tecnologie biometriche (fra cui il riconoscimento facciale) per l'accesso alle comunità residenziali, v. Wang Qiuyan – Qin Jianhang – M. Walsh, *East China Internet Hub Mulls Ban on Facial Recognition in Residential Areas*, in *Caixin Global*, pubblicato il 29/10/2020 e accessibile in lingua inglese al seguente link: https://www.caixinglobal.com/2020-10-29/east-china-internet-hub-mulls-ban-on-facial-recognition-in-residential-areas-101620299.html.
[86] Art. 26, PIPL.
[87] Cfr. artt. 37-39, GDPR.
[88] Art. 52, comma 2, PIPL.

Similmente ai "grandi gestori", la PIPL prevede una "norma anti-BATX" che ha come target proprio i gestori di informazioni personali che forniscano importanti servizi Internet su piattaforma, i quali abbiano un importante numero di utenti, e i cui modelli di business siano complessi. Questi dovranno rispettare una serie specifica di obbligazioni, la più importante delle quali è l'istituzione di sistemi e strutture di conformità alla protezione dei dati personali e l'istituzione di un organismo indipendente composto principalmente da membri esterni per la supervisione degli impegni sulla protezione dei dati[89]. Inoltre, tali società dovranno "accettare la supervisione della comunità" (*jieshou shehui jiandu* 接受社会监督)

In tema di responsabilità amministrativa, laddove non si ottemperi alle disposizioni della PIPL, i dipartimenti competenti potranno ordinare la correzione delle condotte, confiscare i guadagni illeciti e ordinare la sospensione momentanea o la cessazione della fornitura del servizio dei programmi che gestiscono illecitamente le informazioni personali. Allorquando il gestore rifiuti di ottemperare agli ordini dipartimentali di correzione, sarà imposta una sanzione amministrativa di non più di 1 milione di yuan (ca. 130'000 euro) e la persona direttamente responsabile sarà sanzionata con una cifra che va da 10'000 a 100'000 yuan[90].

Nel caso in cui le condotte siano gravi, il dipartimento provinciale o quello di livello superiore (fino a giungere, ovviamente, alla CAC), potrà imporre, oltre che le succitate misure, una sanzione amministrativa di non più di 50 milioni di yuan (ca. 6'550'000 euro), oppure una sanzione fino al 5% del fatturato annuo. Di maggiore gravità è il potere di ordinare la sospensione delle relative attività economiche o la cessazione delle stesse per scopi di rettifica, così come la comunicazione alle autorità competenti al fine di cancellare la corrispondenza licenza amministrativa se non addirittura della licenza per compiere attività economiche. La persona direttamente responsabile sarà in caso punibile con sanzione amministrativa fino al milione di yuan e con l'interdizione momentanea dagli uffici di direttore, supervisore, manager di alto livello o di *personal information protection officer*[91].

Le condotte illecite del gestore o dei responsabili del trattamento saranno inserite all'interno dei fascicoli creditizi (*xinyong dang'an* 信用档案) così come stabilito da leggi e provvedimenti amministrativi e verranno pubblicizzati[92].

---

[89] Art. 58, n. 1, PIPL.
[90] Art. 66, comma 1, PIPL.
[91] Art. 66, comma 2, PIPL.
[92] Art. 67, PIPL. La legge qui si riferisce agli strumenti di conservazione elettronica che stanno venendo messi a punto nell'ambito del c.d. "Corporate Social Credit System" (*shehui*

Allorquando non sia possibile per il gestore del trattamento dimostrare che egli non sia responsabile della violazione dei diritti e degli interessi, risultante in un danno per la persona fisica soggetta al trattamento, egli sottostarà a una forma di responsabilità oggettiva, dovendo perciò compensare in base al danno emergente per la persona e al lucro derivato per il gestore stesso[93].

È fatto salvo il diritto per più soggetti del trattamento che siano stati cagionati di una lesione ai propri diritti o interessi da una medesima condotta lesiva di adire le Corti del Popolo in base alla legge. Hanno potere d'intervento principale anche le Procure del Popolo, gli organismi dei consumatori designati dagli statui, e le organizzazioni designate dalla CAC[94]. Se dai fatti lesivi delle disposizioni della PIPL dovesse emergere violazione della legge penale o sulla pubblica sicurezza, si applicheranno le disposizioni riguardanti le indagini penali e sulla responsabilità penale[95].

7. Il *cross-border* delle informazioni personali: gestori stranieri e gestori critici alla prova della tutela dei dati

Di fondamentale importanza per gli operatori stranieri è il Capo III della PIPL, dedicato al fenomeno del trasferimento "oltre Grande muraglia digitale" dei dati personali dei cittadini cinesi.

È bene segnalare come l'art. 43 della legge stabilisce il "principio di reciprocità nel trattamento delle informazioni personali": se, infatti, un Paese o una regione adotta politiche discriminatorie, limitazioni o misure simili contro la Cina, la Repubblica popolare si riserva la facoltà di adottare a sua volta misure simili[96]. La Cina si impegna inoltre a rispettare i trattati e gli accordi internazionali che pongano ulteriori condizioni sulla fornitura di dati al di fuori dei confini della

---

xinyong tixi 社会信用体系), un piano del Governo cinese di uso delle più moderne tecnologie per monitorare e guidare il comportamento degli operatori di mercato. Il "Corporate Social Credit System" si basa su una serie di requisiti fissati dalle autorità governative, sul monitoraggio del settore privato e sull'impiego di algoritmi valutativi tramite i quali vengono stilate delle classifiche di punteggio. All'aumentare o al diminuire del punteggio, corrispondono *bonus* e *malus* per la singola impresa. Per un'analisi del "Corporate Social Credit System" dal punto di vista delle imprese europee, v. European Chamber of Commerce in China – Sinolytics, *The Digital Hand. How China's Corporate Social Credit System Conditions Market Actors*, European Chamber of Commerce in China, 2019.

[93] Art. 69, PIPL.

[94] Art. 70, PIPL.

[95] Art. 71, PIPL.

[96] Art. 42, PIPL.

Repubblica popolare[97]. Da parte cinese si ribadisce l'impegno nel collaborare con le autorità giudiziarie e di polizia straniere per la fornitura di dati personali immagazzinati in Cina a seguito di approvazione delle competenti autorità della *mainland*[98].

Ruolo chiave verrà svolto dalla Cyberspace Administration of China, che dovrà valutare e autorizzare il *cross-border* di dati personali solo se il gestore (1) passerà la valutazione di sicurezza di cui all'art. 40 della PIPL; (2) verrà certificato da un organo specifico sempre interno alla CAC; (3) concluderà un contratto con una parte ricevente straniera in linea con gli standard formulati dalla CAC; e (4) se ottempererà ad altre condizioni previste dalla legge, dai regolamenti amministrativi, o dalla CAC stessa[99]. I gestori cinesi si impegnano affinché i ricettori stranieri di dati personali adottino gli standard di protezione della PIPL nello svolgimento delle attività di trattamento dei dati[100].

Il gestore cinese è gravato da uno specifico obbligo di informare l'interessato di tutte le informazioni personali del ricettore straniero, oltre che dall'obbligo di ricevere il consenso separato dell'interessato per la fornitura transfrontaliera dei suoi dati[101], mentre l'operatore straniero che desidera gestire dati all'interno dei confini della Repubblica popolare dovrà stabilire un organo dedicato o nominare un rappresentante entro i confini della Repubblica popolare per ogni attività riguardante la gestione dei dati[102].

In ottemperanza a quanto previsto dall'art. 38, comma 1, n. 1, l'art. 40 va a porre specifiche disposizioni per gli operatori di infrastrutture informatizzate cruciali (*"Critical information infrastructure operators*, "CIIOs") e per i gestori di dati che raggiungono una certa soglia di immagazzinamento stabilita dalla CAC:

---

[97] Art. 38, comma 2, PIPL. È bene ricordare che la Cina non ha finora siglato alcun trattato internazionale o accordo che abbia a oggetto il trasferimento di dati. Nell'ambito dell'Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) è stato adottato nel 2015 l'*APEC Privacy Framework (2015)*. L'APEC è un organismo di diritto internazionale e non è dotato di personalità giuridica.

[98] Art. 41, PIPL.

[99] Art. 38, comma 1, PIPL. Sono in fase di pubblica revisione le "Misure per la valutazione della sicurezza delle esportazioni di dati", Guojia Hulianwang Xinxi Baogongshi <Shuju Chujing Anquan Pinggu Banfa (Zhengqiu Yijian Gao)> [Cyberspace Administration of China, *Misure per la valutazione della sicurezza delle esportazioni di dati (bozza per commenti)*, pubblicato sul sito web della CAC il 29/10/2021 e accessibile in lingua cinese al seguente link http://www.cac.gov.cn/2021-10/29/c_1637102874600858.htm]. In base alle misure, si imporrà ai CIIOs, ai gestori di informazioni di più di un milione di persone, ai gestori di informazioni sensibili di più di 100.000 persone o di 10.000 persone "all'estero" una serie di obblighi procedurali per la fornitura di dati all'estero (art. 3) sui quali supervisioneranno i competenti uffici provinciali della CAC.

[100] Art. 38, comma 3, PIPL.

[101] Art. 39, PIPL.

[102] Art. 43, PIPL.

in primis, quella che i dati vadano conservati *(storing)* entro i confini della Repubblica popolare cinese. Se i CIIOs e i "grandi gestori" del trattamento hanno la necessità di fornire dati all'estero, dovranno passare una valutazione di sicurezza strutturata dalla CAC, salvo specifiche disposizioni che li sollevino da tale valutazione[103].

8. Prime considerazioni conclusive: tutela del singolo nel quadro delle "caratteristiche cinesi"?

Le disposizioni approvate dal Comitato permanente del CNP ed entrate in vigore il 1° novembre 2021 rappresentano il primo tentativo di regolamentare in maniera olistica il complicato terreno del trattamento dei dati personali nella Repubblica popolare. La PIPL segue di qualche mese un'altra importante legge, la *Data Security Law* (DSL), che ha anch'essa lo scopo di regolare e limitare le operazioni quotidiani che vengono compiute sui dati di cittadini e organizzazioni cinesi, sempre nel framework della *Cybersecurity Law* del 2017.

Rimanendo focalizzati sulla Legge sulla protezione delle informazioni personali, il più alto consesso legislativo cinese ha cercato, anche per una certa comodità nomopoietica, di emulare il *General Data Protection Regulation* europeo. Come si è potuto brevemente constatare, sono diverse le disposizioni nella PIPL che ricalcano, vuoi per definizioni, vuoi per portata normativa, le corrispondenti europee, creando ciò che potrebbe venire sbrigativamente etichettato come un "GDPR con caratteristiche cinesi".

Certamente la PIPL recepisce alcune tendenze emerse non soltanto nella società cinese ma anche nella giurisprudenza a favore della limitazione (se non del bando) delle più moderne tecniche di sorveglianza, tracciamento e regolamentazione degli spazi che fanno uso di dati personali e biometrici, tanto da portare la Corte Suprema del Popolo a emanare una interpretazione giuridica, efficace dal 1° agosto 2021[104], che bandisce l'utilizzo obbligatorio del

[103] Art. 40, secondo e terzo periodo, PIPL. La PIPL qui rimanda alla Legge sulla cybersicurezza e alla categoria di "infrastruttura informatizzata critica", cioè di tutte quelle reti che, se a rischio, possono danneggiare gravemente la sicurezza nazionale. La CSL elenca una serie di infrastrutture critiche, come i servizi informatici e di comunicazioni pubbliche, l'energia, la finanza, i trasporti, la conservazione delle acque, le reti di *e-governance*, etc. (art. 31 CSL). Gli operatori di queste reti, oltre ai generici obblighi previsti dalla CSL per i *network provider*, sono gravati da specifici obblighi e sanzioni.

[104] Zuigao Renmin Fayuan <Guanyu shenli shiyong ren lian shibie jishu chuli geren xinxi xiangguan minshi anjian shiyong falü ruogan wenti de guiding> Fashi [2021] 15, <<关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定>>, 法释 [2021] 15号

riconoscimento facciale sulla base di una lettura restrittiva del Codice civile. Tutti i cittadini avranno progressivamente esteso il diritto di optare (*opt-out right*) fra il riconoscimento facciale ed altre modalità obbligatoriamente fornite dalle compagnie di gestione e app[105].

Va segnalato che, a differenza del GDPR[106], la PIPL nulla dice circa il "diritto all'oblio" ("*right to be forgotten*", in cinese *bei yiwang quan* 被遗忘权)[107], confermando la giurisprudenza cinese in materia, che già prima

---

[*Interpretazione circa disposizioni su diverse questioni relative all'applicazione della legge in cause civili riguardanti l'uso in prova della tecnologia di riconoscimento facciale per elaborare informazioni personali*], Interpretazione giuridica n. 15/2021 (adottata nella 1841° riunione della Commissione giudicatrice della Corte Suprema del Popolo dell'8 giugno 2021 ed entrata in vigore il 1° agosto 2021). In base a tali disposizioni, le Corti del popolo dovranno valutare come violazione dei diritti della personalità e degli interessi di una persona fisica allorquando un *service provider* non renda note le regole per il tracciamento delle informazioni facciali; quando non abbia indicato chiaramente lo scopo, il metodo o la portata del trattamento; e quando il trattamento delle informazioni facciali è soggetto al consenso di un individuo e il *service provider* non ottiene il consenso separato della persona fisica o del suo tutore ovvero il consenso scritto in conformità alle leggi e ai regolamenti amministrativi.

[105] Cfr. F. Hersey, *China court interpretation to limit use of facial recognition*, 28/6/2021, disponibile in https://www.biometricupdate.com/202107/china-court-interpretation-to-limit-use-of-facial-recognition.

[106] Art. 17, GDPR. Per un commento sul tema del diritto all'oblio, S. Martinetti, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione*, in *Dir. inf.*, [vol.?] 2017, p. 566; ma anche G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, [vol.?] 1990, 808, sul tema delle connessioni fra diritto all'oblio e privacy, dove si rinviene la nota affermazione che "il diritto all'oblio appartiene alle ragioni e alle "regioni" del diritto alla riservatezza". In ordine temporale, sul diritto all'obblio si veda M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009.; A. Miletti, *La protezione dei dati nella rete tra* cloud computing *e diritto all'oblio: questioni di riservatezza e responsabilità*, in *Corti salernitane*, 2-3, 2012, p. ?; D. Marongiu, *Il diritto all'oblio come diritto all'esclusione dai motori di ricerca. Dalla giurisprudenza europea al diritto amministrativo italiano*, in *Riv. dir. e proc. amm.*, 1 [vol. o issue?], 2015, p. 243-264.

[107] Il tema suscita comunque l'interesse della dottrina cinese più attenta, che ha esaminato, proprio a partire dal celebre caso *Google Spain c. AEPD (C-131/12)*, le problematiche di natura etica e politica che sorgono attorno al problema del *right to be forgotten*. In particolare, Liu Zegang, *La protezione del diritto all'oblio e il costo per la libertà nell'Era dell'Iper-connessione*, in (当代法学) *Contemporary Law Review*, 2019, vol. 1, p. 91-100, ove l'A., inquadrando prima la natura giuridica del diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo, ha rilevato la "tensione" tra libertà e diritto all'oblio, avvertendo del "rischio di una lesione della libertà" se si addiviene ad un compiuto riconoscimento del diritto all'oblio, e preferendo dunque lo *status quo* cinese sul tema, ove esisterebbero autonomi "diritti alla cancellazione" di determinate informazioni. A favore dell'introduzione del diritto all'oblio, specie nell'"era dei *big data*", valutando positivamente l'impatto che ciò avrebbe sullo sviluppo della "tutela della privacy personale nella nuova era e nello sviluppo dell'e-commerce", v. Zhang Jianwen, *The Field Thinking of Right to be Forgotten and the Relationship with Privacy Right and Right of Individual Information*, in *Journal of*

dell'emanazione della PIPL e della Cybersecurity Law aveva negato che nell'ordinamento cinese esistesse un tale diritto[108].

Un'area dove la Cina ha seguito l'esempio europeo è la limitazione nell'utilizzo di algoritmi decisionali, compresi quelli basati sul *profiling*: in entrambe le legislazioni il soggetto del trattamento ha "il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato" (art. 22, comma 1, GDPR) ovvero "il diritto di rifiutare che i gestori del trattamento compiano decisioni esclusivamente sulla base di metodi automatizzati di decisione" (art. 24, comma 3, PIPL).

Se vanno lodate le accresciute tutele del singolo in un ordinamento giuridico e in una cultura che spesso sacrificano la riservatezza e le informazioni personali sull'altare del controllo collettivo[109], non bisogna dimenticare le "caratteristiche cinesi" (*Zhongguo tese* 中国特色) di cui la legge è disseminata, a partire dal fatto che questa non pone gli stessi obblighi ai quali devono sottostare i gestori del trattamento anche in capo alle autorità statali[110].

Chongqing University of Posts and Telecommunications (Social Science Edition), 2017, 29(1), p. 24-30; per una posizione mediana e mediata ma pur sempre favorevole all'introduzione del diritto all'oblio nel diritto cinese per "tornare al punto di partenza etico della natura umana", cfr. Li Lifeng, *Il "diritto all'oblio" nei contesti locali: una costruzione procedurale del diritto alle informazioni personali*, in *Journal of Wuhan University (Philosophy and Social Sciences)*, 2019, n. 3, p. 145 ss.

[108] Cfr. Sentenza del Primo Tribunale Intermedio del Popolo di Pechino, *Ren Jiayu v. Beijing Baidu Netcom Technology Co., Ltd. (2015), Zhongmin Zhongzi n. 09558* in cui la parte attorea affermava di godere del "diritto all'oblio" delle informazioni su un rapporto di lavoro pregresso – reputato poco edificante per la sua immagine – e che pertanto tali informazioni dovessero essere cancellate dal motore di ricerca Baidu, controllato dalla società convenuta in giudizio. La Corte, oltre a rubricare l'oggetto del caso come afferente ai "diritti alla reputazione", ha rigettato la richiesta dell'attore, statuendo oltretutto che la descrizione oggettiva del precedente lavoro non richiedeva alcun tipo di protezione speciale.

[109] Il fenomeno più incisivo e di massa a cui si fa riferimento nell'era digitale è certamente quello dei "motori di ricerca di carne umana" (*renrou sousuo yinqing* 人肉搜索引擎). Paragonabile all'inglese *doxing*, il termine indica quel fenomeno, cominciato dai primi anni 2000, in cui i *netizen* cinesi si riunivano in forum o community per cercare e mettere insieme informazioni private su singoli individui. Il fenomeno è stato descritto sia nelle arti [v. il film "*Caught in the Web*" (2012), regia di Chen Kaige] e nel diritto, v. Dai Jitao, *Internet Mass Hunting: una protezione equilibrata della privacy e della libertà di parola*, in 法学 (*Legal Studies*), 2008, n. 11, p. ?.

[110] Il Capo II, Sez. III della PIPL pone alcune disposizioni specifiche che si applicano agli organi di Stato, i quali, nel trattamento delle informazioni personali, non devono comunque eccedere gli scopi necessari al raggiungimento dei loro doveri e responsabilità previste dalle leggi (art. 34). Salvo in caso di urgenza, necessità o emergenza, gli organi statali debbono notificare all'interessato scopi e responsabilità del trattamento (art. 35). La legge inoltre specifica che i dati gestiti dallo Stato (o da altre organizzazioni autorizzate alla gestione per conto dello Stato) in

Anzi, gli accresciuti poteri della Cyberspace Administration of China – da una parte produttore attivo di disposizioni e controllore dell'applicazione delle stesse – fanno sì che questa agenzia governativa, creata nel 2016, assurga al ruolo di *dominus* non solo del cyberspazio cinese, ma anche del controllo e del trattamento dei dati e dei gestori di dati che desiderano operare in Cina. Sarà CAC l'ente che coordinerà gli altri dipartimenti nella formulazione di regole e standard di protezione delle informazioni personali, anche per gestori di piccole dimensioni e per l'impiego di nuove tecnologie che facciano impiego di informazioni sensibili (es. riconoscimento facciale, intelligenza artificiale), anche a scopo di propaganda[111]. Sempre la CAC supporterà la ricerca, lo sviluppo e l'adozione diffusa di tecnologie e servizi pubblici di autenticazione dell'identità elettronica, anche online[112].

Inoltre, il livello delle sanzioni previste in caso di violazione delle disposizioni si pongono in linea con quel *leitmotiv* cominciato con l'indagine su Alibaba condotta della State Administration for Market Regulation, l'antitrust cinese, e con tutta quella serie di multe e condanne che hanno raggiunto le big tech del Paese asiatico e di cui si accennava nelle introduzioni.

È bene quindi ricordare il costante accenno che la legge compie non soltanto al ruolo delle agenzie governative – in un sistema politico-istituzionale in cui queste sono tutt'altro che indipendenti – ma anche alla *governance* statale sui dati personali del singolo: se l'art. 10 vieta infatti ogni attività di trattamento che metta a repentaglio la sicurezza nazionale (*guojia anquan* 国家安全) e l'interesse pubblico (*gonggong liyi* 公共利益), gli artt. 11 e 12 sanciscono il ruolo attivo del Governo centrale, che istituisce una struttura di protezione dei dati personali con la partecipazione degli organi di governo, delle imprese, di organizzazioni sociali rilevanti e della popolazione, il tutto in un quadro di "vigorosa partecipazione" dello Stato nella formulazione di *best practices* a livello internazionale per il trattamento dei dati e per la cooperazione fra Stati.

---

attività di trattamento sono oggetto di *storage* nel territorio della *mainland* cinese, salvo sia assolutamente necessario fornirli al di fuori di esso (art. 37). Il capo VI enuncia in maniera limitata i doveri e le responsabilità dei dipartimenti di Stato – in particolare CAC e MIIT – nella pianificazione, coordinazione, gestione, protezione dei dati personali (art.60, co. 1). Saranno le pertinenti disposizioni statali a determinare i dipartimenti competenti in materia a livello di contea e superiore (art. 64).

[111] Cfr. art. 62, nn. 1-2, PIPL. I dipartimenti a ogni livello incaricati della protezione dovranno condurre attività di educazione e propaganda in materia di protezione delle informazioni personali, accettare e gestire reclami e report, effettuare valutazioni, produrre e pubblicare report e risultati delle valutazioni, condurre investigazioni in caso di attività illecite, etc. (art. 61).

[112] Art. 62, n. 3, PIPL.

Come alcuni commentatori hanno notato, l'emanazione della PIPL può peraltro rappresentare un punto di riferimento sul tema del trattamento dei dati per i Paesi dell'Asia-Pacifico ovvero per regimi politici autocratici e illiberali, portando – dopo oltre un secolo di "importazioni legali" – a una "esportazione legale" e quindi nel caso di specie alla diffusione del modello di controllo cinese sui dati[113]. Allo stesso tempo, come nota la Camera di commercio europea in Cina, il combinato della PIPL e della DSL, produrrà, al netto dei "significativi sviluppi nel regime della sicurezza digitale", anche un "impatto estremamente negativo sulle operazioni finanziarie"[114].

***

ABSTRACT: The essay, following a brief outline of the legal evolution of the implementation of the right to privacy in the Chinese legal culture, focuses on the analysis of the Personal Information Protection Law (PIPL) of the People's Republic of China, by comparing it with the General Data Protection Regulation (GDPR) of the European Union.

The provisions of the new information protection law will be analysed, in order to prove the evolution of the Chinese legal system from a monistic scheme of privacy protection to a dualistic protection of both privacy and personal information, and to assess the recognition of certain individual rights within the framework of the "rule of law with Chinese characteristics".

---

[113] Invero, seppur con eco ridotta rispetto alle spesso decantate o temute implicazioni economiche e finanziarie, la "Belt and Road Iniatitive" sta già influenzando soprattutto i Paesi in via di sviluppo. Cfr. F.R. Antonelli, *Gli aspetti giuridici della Belt and Road Initiative*, in *Mondo Cinese*, vol. 165.168, 2018, p. 121-135, ove l'autore sostiene come "il basso livello di istituzionalizzazione e l'uso della *soft law*" stiano favorendo il diffondersi nei Paesi africani e asiatici dei modelli e principi giuridici della Repubblica popolare attraverso l'arrivo dei finanziamenti e dei progetti legati alla BRI. In particolare poi l'a. fa riferimento al "Forum on the Belt and Road Legal Cooperation", tenutosi a Pechino il 2 luglio 2018 sotto l'egida del Ministero degli affari esteri e dalla China Law Society, visto come un tentativo di *moral suation* giuridica.

Si veda anche P. Swabey, *Here's what 'China's GDPR' means for international businesses*, del 27/8/2021, accessibile al sito web https://techmonitor.ai/policy/heres-what-pipl-china-gdpr-means-for-international-businesses, dove l'A. riporta che la "PIPL rappresenta il livello massimo degli obblighi di conformità alla privacy dei dati nella regione [nda. dell'Asia-Pacifico], e stiamo vedendo sempre più organizzazioni adottare un approccio regionale alla conformità dei dati".

[114] EUROPEAN CHAMBER OF COMMERCE IN CHINA, *European Chamber Stance On China's Data Security Law And Personal Information Protection Law*, 25/8/2021, in: https://www.europeanchamber.com.cn/en/press-releases/3367#.

KEYWORDS: China – privacy – personal information protection – data

***

Davide Clementi – Dottorando in diritto privato comparato, Università di Macerata (d.clementi1@unimc.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Book Review: Broberg, Morten and Fenger, Niels: *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2021

Lorenzo Cecchetti

Regarding the issue of the reference for preliminary ruling increase, it has been argued that the Court of Justice of the European Union ('CJEU') has been the 'victim of its success'. We might say that the same applies to *Preliminary References to the European Court of Justice by Morten Broberg and Niels Fenger*. The updated and revised third edition of this volume, finally published with Oxford University Press in 2021, was indeed very much awaited and 'called for' across Europe following the success of the first two, published in 2008 (in Danish; while an English edition was out in 2010) and in 2014 and translated into Romanian, French, and German.

Like the previous editions, the volume is dedicated to Professor Ole Due and carries out a detailed and thorough analysis of the preliminary reference procedure ('PRP'). The analysis is updated to 2020, except for chapter 2, which focuses on the ten-year period from 1 January 2009 to 31 December 2018 (p 29). Besides the hardback version, it is worth noting that the volume is available as E-book and in the Oxford Scholarship Online library.

Being the two Authors leading scholars in the field, suffices it to recall their current affiliation: Morten Broberg is Professor and Honorary Jean Monnet Professor at the Faculty of Law of the University of Copenhagen while, as of 1 December 2019, Niels Fenger is serving as Danish Parliamentary Ombudsman.

Considering that this review concerns the third edition of the volume, before moving on, it is necessary to tackle two – let's say – 'preliminary questions'. On the one hand, one might wonder whether this new edition was needed six years after the second one. On the other hand, no substantive amendment to Article 267 TFEU (originally 177 and then 234 of the 1957 of the Treaty of Rome) has been made over the last seventy years and this mechanism has been undoubtedly the subject of numerous studies already. Hence, one might also question, more generally, whether a (further) half-thousand-page examination of the PRP was necessary.

With regard to the former aspect, it is self-evident that the impact of some innovations introduced by the Lisbon Treaty couldn't be duly taken into account in the case law examination behind the 2014 edition (for example, the extension of the CJEU's PRP competence in the field of Police and Judicial Cooperation). This is why a new edition able to take into consideration the first ten-year period after Lisbon was a good idea, as the proliferation of the studies on some of the said innovations in the proximity of the tenth anniversary confirms. At the same time, the rise in the number of references over the five years 2015-2020 urged a new edition soon.

The second question finds a partial answer on page 2, where the PRP's crucial role in the development of EU law and its multifaceted functions are sketched. In addition to this, the PRP *modus operandi* evolution experienced over the last seventy years (in the absence of any amendment to Article 267) is easily noticeable from the analysis carried out in the book. Indeed, we might say that the procedure enshrined today in Article 267 TFEU is not 'merely' the keystone of the EU judicial system (Opinion 2/13, Para 176), but it is a sort of 'mirror' of the European integration process as a whole. It 'somatises' the different issues affecting this process over time and, at the very same time, shapes the EU integration. This explains the evergreen interest in the PRP and justifies the large number of studies published over the last few years on this subject.

For these reasons, this new edition is greatly welcomed and comes at the right time. The third edition shares many of its predecessors' features and strengths, including the book structure and the methodology approach.

About the structure, it comprises 13 chapters covering almost any aspect of the PRP, arranged by the Authors in order to 'broadly mirror the order in which the various issues connected with a reference under Article 267 arise for a national court' (p 3). Thanks to its pragmatic approach, the volume continues to primarily be the pole star of any national judge and legal practitioner confronted with such issues. The reduction in the character size of the brief analysis of the cases that are mentioned in the text body is new to this edition. In the light of this primary target, this stylistic decision proves to be effective in this reviewer's opinion. However, this monumental book will undoubtedly continue to serve as a point of reference for academics and students across Europe too.

Like the previous editions, moreover, the volume adopts a 'pure' legal perspective (except for the quantitative analysis in chapter 2), which is apparent from the bibliography, mainly involving legal scholarship in English, Danish, and French, and from the rich 'table of cases' section. The Authors clearly state that the 'role' and the 'significance' of the PRP for the European integration process

and its development (pp 2-3) and the internal organisation and working method of the Court (p 6) are not in-depth investigated in the volume. However, this methodology choice does not prevent them from laying down broader reflections, as we are about to see.

Below, the most interesting aspects of each chapter will be briefly highlighted. Particular attention will be devoted to those sections that have been updated the most *vis-à-vis* the previous editions (and thus include new findings, as well as to those passages that, in light of recent developments, are of undoubted topicality for the PRP's future development.

Chapter 1 briefly introduces the path followed by the PRP, from the first 1961 preliminary reference to the present, outlining the different issues encountered by the Court of Justice over time. The broader context in which this procedure should be understood is also sketched: the other possibilities to make references to the CJEU (for example, on the basis of the so-called Brussel I and Rome I Regulations) or to other Union bodies (to seek guidance in the interpretation of EU law) are briefly presented. Examining the EFTA Court system here is an added value for the subsequent analysis as it allows to draw comparisons and point of contact between that system and the PRP (see, *e.g.*, pp 89-90 and 321-3 and 338 ff). The section discussing possible reforms to the system is a second aspect that is worth mentioning (p 20 ff). Here, the Authors take a clear stance in favour of the transfer of certain (limited) PRP competence to the General Court as the best long-term solution should the increase in the number of PRP show no sign of abating in the future (pp 22-3, and 28).

The quantitative analysis in chapter 2 aims to understand the most relevant factors that determine the variations in the Member States' use of the PRP. The analysis draws from an article published by the Authors and Henrik Hansen in the European Law Review in 2020 (p 29, footnote 4). It relies on proxies (which have some limits, as acknowledged by the Authors) and is based on 'multivariate regression model' (p 41). The study seems to be more mature in several respects *vis-à-vis* the previous editions of the book, and the findings suggest that the central government total expenditure on law courts (linked to the number of cases before national courts, p 31) is the dominant proxy able to explain more than the 70% of the variations (pp 41-2). Further aspects that are considered to impact on the number of references are, for instance, the intensity of intra-EU-trade and the duration of the EU membership. Although the writing style remains clear, the chapter's technical character makes sometimes it challenging to grasp some methodology choices behind the analysis and the ultimate significance of some of the findings, in respect to which reading the 2020 article may help. In general, it

is possible to wonder whether this is the correct position of this analysis in light of the book's overall structure. Another possibility would have been to place it at the end of the volume.

Chapters 3, 4, 5 and 6, deal with the *noyau dur* of the PRP, as shaped by the CJEU's case law over the last sixty years. More specifically, they analyse, respectively, the (EU) meaning of 'court or tribunal of a Member State', the category of questions which can be referred to the Court and their range *vis-à-vis* EU law, the 'relevance' of a preliminary question which determines whether it will be admissible or not, and the scope of application of the duty to refer under Article 267(3). The main strengths of this part of the book are the thoroughness of the case law analysis and of the categorisation of the possible scenarios, which is arguably the most complete and updated on the market. A further aspect is the following: with regard to many issues, the book does not merely provide the reader with a clear 'picture' of the present situation but summarises in a few words how the understanding of those issues has developed over time.

As regards chapter 3, the analysis of the limitations on the 'right to refer' imposed by national law has been updated significantly, taking into consideration the Court rulings in *A* (Case C-112/13) and in some recent cases arisen mainly in Poland and Bulgaria (p 83 ff). The investigation of these issues is of the utmost importance today, considering that the relationships between the CJEU and national higher courts are tense and similar cases are currently pending before the Court (for example, concerning Hungarian and Romanian legislation). This is the reason why it is argued that the intertwined issues relating to the 'multiple loyalties' of national judges and to 'dual preliminarity' would have deserved closer examination (on these issues, see, *e.g.*, Giuseppe Martinico, *Multiple loyalties and dual preliminarity: The pains of being a judge in a multilevel legal order*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp 871-896).

In chapter 4, it is contended that, in 'truly exceptional circumstances', the CJEU could consider to be admissible a preliminary question on the 'validity' of the treaties and also declare invalid treaty provisions for breaching some fundamental constitutional principles of EU law (pp 89-90). Although the Authors' stance is based, at least in part, on the experience of the EFTA Court and is shared by some EU law scholars, the feasibility of such a reference might be at least doubted and thus discussed further. However, the twenty-page analysis devoted to the distinction between the acts of the Union's institutions, bodies, offices, and agencies (on which the CJEU has the competence to rule) and the agreements under international law (which fall outside that competence) is remarkable (pp 101-119). In the same vein, the study of the limits of the Court's

jurisdiction and the major inconsistencies in this line of jurisprudence is also of paramount importance today (p 121 ff). Suffice it to recall situations where the facts of the main proceeding predate the Member State accession to the Union (p 134 ff) or where the level of details of the Court's judgment amounts to a *de facto* application of EU law, thus blunting the distinction between interpretation and application of EU law and the allocation of roles between the CJEU and national courts (pp 138-139).

Chapter 5 focuses on the 'relevance' requirement (*i.e.*, the fact that the answer sought by national courts via the PRP must be relevant to solve the main proceeding) and on the delicate assessment in this regard. Although this assessment is at first in the hands of the national courts, it is highlighted that the CJEU can have a say in this aspect in many circumstances. Building on the categorisation developed in the previous editions, the analysis of the more recent case law allows the Authors to outline some *new* trends about the Court's assessment of the admissibility of PRP (see, *e.g.*, pp 159-60 and 180-2).

The duty to refer under Article 267(3) TFEU, in chapter 6, is one of the sections of the book which has undergone the most significant update due to the well-known developments that occurred since the previous edition. However, being updated to 2020, Case C-561/19, *Consorzio Italian Management II* ('*CIM II*') could not be included in the analysis so much so that future updates seem necessary already. Coming back to the 'add-ons', this third edition examines the developments about both the interpretation of that provision (with the relaxation of the said duty in *X and van Dijk* and *Ferrera da Silva e Brito* soon abandoned in *Association France Nature Environnement*) (pp 213-7) and the consequences of the breach of the said duty. Two aspects appear to be of topical interest besides *Commission v France (Advance Payments)* (pp 241-2). First, it is worth recalling the analysis, albeit brief, of the national procedures under which one can introduce a complaint before the Constitutional Court for violation of the duty to refer (pp 235 ff). Indeed, these procedures, which are in force in some Member States, have recently been the subject of interest in the academic literature. With regard to the Spanish system, see Xabier Arzoz Santisteban, *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020. Second, the Authors scrutinise the failure to refer in light of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights ('ECHR') (as interpreted by the Strasbourg Court). Since Article 47(2) of the Charter of Fundamental Rights of the EU ('Charter') corresponds to this ECHR provision, it is argued that Article 47(2) must be understood as prohibiting national courts of last instance from *arbitrarily* refusing to make a preliminary

ruling to the Court (p 245). The topicality of this position and the direct link with the recent judgment in *CIM II* is self-evident. Indeed, in this judgment, the CJEU explicitly affirmed that last instance national courts, when they decide not to refer a question, are under a duty to state the reasons. According to the Court, that duty results from Article 267 TFEU read in light of Article 47(2) of the Charter (Para 51). The relationship between the PRP and the right to effective judicial protection has been recently explored, *inter alia*, by Clelia Lacchi, *Preliminary References to the Court of Justice of the European Union and Effective Judicial Protection*, Brussels, Larcier, 2020.

Chapters 7 and 8 complete the toolkit in the hands of national judges *before* deciding to refer to the CJEU. More in detail, the former examines the situations where national courts have discretion as to refer to the Court and sketches out the several criteria to be considered, including the Court's power to restrict the temporal effect of a given interpretation of EU law and the time necessary to obtain the preliminary ruling. The stage of the main proceeding in which a reference should be made is also examined here. Chapter 8 focuses on the 'form' and 'content' requirements of a reference. As for the 'form', the new edition takes into consideration the introduction of e-Curia (p 269). Building on Article 94 of the Court's Rules of Procedure and on the Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, both the requirements and the best practices for the reference's content are carefully examined. Even here, the overview of the variations in national practices about the role of the parties in preparing the preliminary question (pp 267-8) and of the 'proactive approach' of some national courts, which propose their interpretation of the EU law provisions at stake, (pp 278-9) is of great interest.

In the following two chapters, the Authors lay down a detailed description of the procedural aspects of the PRP. Chapters 9 takes a closer look at the possible scenarios before the national court after the reference has been made, including the *interim* relief measures which may be sought. Its first section deals with the possibility to challenge the decision to refer (pp 295-303). This section is inherently linked to the analysis carried out in Chapter 3 (section 6.3, p 87 ff), so much so that the Authors might consider *not* dividing the treatment of this subject matter into two different chapters. The procedure before the Court of Justice is analysed in detail in chapter 10, also exploring the possibility of submitting observations on the preliminary reference and the representation and language rules applicable to the proceeding. The Expedited Procedure and the Urgent Preliminary Ruling Procedure are also examined (p 394 ff). In this regard, the updated data on the length of these procedures and the recent case law in this

regard may well satisfy the curiosity of national judges and practitioners about these special procedures.

The crucial factor for any 'dialogue' is understanding what the other part says. This is precisely the rationale behind the last three chapters. In a nutshell, chapter 11 deals with the 'types' of ruling and the different Court's approaches in answering the preliminary questions and chapter 12 with the binding effects of the ruling, while some insights on the regime governing costs and legal aid are briefly laid down in chapter 13.

In chapter 11, the Authors come back to the 'troubled' distinction between 'interpretation' and 'application' in investigating how the Court tailors the preliminary ruling to the facts of the case. This issue, already treated in chapter 4 while exploring the limits of the Court's jurisdiction, is significant for the reflection on the future of the PRP. The study of the Court's approaches to the facts of the case (p 387 ff) allows the reader, even when lacking any direct experience about how the CJEU works, to grasp the basic elements behind the drafting of a ruling.

The binding effect of the preliminary ruling in the main proceeding and beyond it is examined in chapter 12, where the Authors advocate its 'general effect' and put forward five (to some extent convincing) arguments (pp 407-8). The effect of the preliminary ruling beyond the main proceeding has been debated extensively in academic literature and still represents an open issue. In this regard, much depend on the precise understanding of '*erga omnes* effect' and 'general effect'. By these terms, here the Authors mean that 'all national courts are obliged to apply not only the operative part of a preliminary ruling but also its ratio when interpreting EU law' (p 408). The temporal effect of the preliminary rulings and the circumstances that may justify a limitation on these effects, a further topical question with which national judges are confronted, are also in-depth analysed in the same chapter (p 411 ff). This chapter could have complemented by a brief outline of the 'structural principles' and 'remedies' that govern the situations where the national legal order is found to be incompatible with EU law (*e.g.*, primacy, direct effect, disapplication, consistent interpretation, and State liability). National courts and practitioners could benefit from such addition the most. For a similar editorial decision see recently, for example, Celestina Iannone and Fabio Ferraro (eds), *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli Editore, 2020.

Overall, the book's third edition offers an up-to-date and clearly written examination of almost any aspect of the PRP, from the arising of a 'relevant question' of EU law before national courts to the allocation of costs. The reasons

behind the need for this new edition have been highlighted in the preceding discussion. Thanks to the in-depth case law analysis and the monumental categorisation of any possible scenario, the volume does not merely provide the reader with a clear and comprehensive understanding of the PRP *today* but also sheds some light on the near future of this cooperation procedure. This amounts to one of its major strengths and is why this new edition continues to be a 'classic' for academia and students and a pole star for national judges and practitioners. Hence, it might be time for the Authors to consider a translation of the book into other (at least) EU languages to allow a broader number of readers to have a deeper understanding of the keystone of the judicial system of the EU.

***

Lorenzo Cecchetti – Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università LUISS Guido Carli - Dipartimento di Giurisprudenza (lcecchetti@luiss.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Recensione ad András Sajó, *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021

Giulia Chinaglia

1. Il volume di András Sajó si inserisce nel dibattito relativo alla degenerazione della democrazia in diverse aree del mondo[1] e alla contestuale emersione delle c.d. "democrazie illiberali"[2], trainate da forze populiste[3].

---

[1] L'orizzonte geografico preso in considerazione dall'Autore risulta piuttosto esteso: i casi più emblematici – più recenti e vicini al contesto occidentale – sono quelli di Polonia e Ungheria, ma non mancano riferimenti ad altri contesti, come quello della Turchia o di alcuni Paesi dell'America latina (Venezuela, Bolivia, Brasile…); anche Singapore viene preso a esempio più volte nel corso del volume. Non mancano, altresì, riferimenti alle democrazie occidentali (si parla, ad esempio, della riemersione del populismo in Italia e Grecia), a dimostrazione della tesi per cui nemmeno queste ultime dovrebbero ritenersi "immuni" dall'affermazione di forze illiberali.

[2] Pur tenendo conto della disputa terminologica sull'idoneità del termine "democrazia illiberale", cui pure si farà cenno, da qui in avanti, per chiarezza, faremo uso dell'espressione proposta dall'Autore, per seguire la trattazione con agilità.

[3] Trovare una definizione univoca del concetto di populismo esula dai fini del presente contributo, ma vale la pena di segnalare l'esistenza di un acceso dibattito in materia. Parte della dottrina concorda sull'associare il populismo con un'ideologia che mette in evidenza la necessità di "valorizzare" il popolo sovrano, contrapponendolo a un *establishment* ritenuto elitario e corrotto. Spesso, soprattutto nell'ambito del populismo di destra, tale popolo è caratterizzato da un forte senso di appartenenza a un'identità nazionale, culturale e/o religiosa che si considera l'unica "autentica" identità del popolo sovrano, a esclusione dei gruppi di minoranza. C'è chi proclama la assoluta contrapposizione tra populismo e democrazia, così come chi avanza l'ipotesi che i due concetti possano convivere, dal momento che il populismo al potere potrebbe fornire elementi di critica e "ristrutturazione" della democrazia costituzionale. Per alcuni spunti sul tema, si vedano, *ex multis*, P. Blokker, *Populism as a constitutional project*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 535 ss.; P. Blokker, *Populist nationalism, anti-europeanism, post-nationalism, and the East-West distinction*, in *German Law Journal*, 2005 p. 372 ss.; B. Bugarič, *Central Europe's descent into autocracy: a constitutional analysis of authoritarian populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 597 ss.; G. Halmai, *Is there such thing as "populist constitutionalism"? The case of Hungary*, in Fudan *Journal of the Humanities and Social Sciences*, 2018, p. 323 ss.; G. Halmai, *Populism, authoritarianism, and constitutionalism*, in *German Law Journal*, 2019, p. 296 ss.; D. Landau, *Populist constitutions*, in *University of Chicago Law Review*, 2018, p. 521 ss.; JW. Müller, "*The people must be extracted from within the people": reflections on populism*, in *Constellations*, 2014, p. 483 ss.; A. Golec de Zavala – O.

Giulia Chinaglia

Recensione ad András Sajó, Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracies, CUP, 2021

Già dall'efficace titolo, è possibile intravedere il tracciato che seguiremo insieme all'Autore[4]: la democrazia illiberale è l'esito di un *inganno* operato dal suo *leader*, manifestamente populista e di ambizioni autoritarie più o meno abilmente celate. Questi[5], dipinto nel volume come "giocatore" piuttosto abile al "gioco democratico", decide di barare (*cheats*), manipolandolo e distorcendolo, facendo uso della retorica populista, in modo tale da accordarlo ai propri interessi illiberali – e potenzialmente dispotici. Tuttavia, e questo è uno dei nodi principali della trattazione condotta dall'Autore, la democrazia illiberale è *pur sempre*, formalmente, una democrazia: a differenza di quanto accade in un regime apertamente dispotico, il leader illiberale non "cambia gioco", ma lo fa proprio, "limitandosi" ad alterare il regolare funzionamento degli istituti e delle istituzioni tipici della democrazia costituzionale. Il rispetto della legalità e delle ordinarie procedure democratiche è *formalmente* garantito, ed è proprio questo a rendere più sottile, almeno inizialmente, il graduale passaggio alla democrazia illiberale: più l'inganno è subdolamente architettato, maggiore sarà il successo con cui l'illiberalismo riuscirà a insinuarsi nel contesto democratico.

Obiettivo del volume è illustrare il modo in cui si articola e opera il *ruling by cheating*, ossia lo "stile" di conquista e consolidamento del potere basato, per l'Autore, sull'inganno e sul raggiro. Dopo una panoramica sul concetto chiave di "*cheating*", infatti, viene inquadrato anche il contesto in cui questo "inganno" ha luogo, e cioè quello della "democrazia illiberale", in contrasto con le democrazie costituzionali di stampo liberale (Capitolo 1). Definito il "campo d'azione", vengono illustrate le principali tecniche con cui il leader illiberale "bara", al fine di indebolire lo stato costituzionale a proprio vantaggio (Capitolo 2). Risulteranno funzionali alla realizzazione di tale piano la creazione di una rete clientelare composta da un *entourage* fedele al proprio "capo", in modo tale da permettere

---

Keenan, *Collective narcissism as a framework for understanding populism*, in *Journal of Theoretical Social Psychology*, 2020, p. 2 ss.; G. Martinico, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE Online* (http://www.dpceonline.it), 16 ottobre 2020, p. 3961 ss.; C. Pinelli, *The populist challenge to constitutional democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 5 ss.

[4] L'impianto teorico su cui l'Autore sviluppa le tesi – in special modo il concetto di *cheating* – e i casi illustrati nel volume sono già rintracciabili in scritti precedenti; a tal proposito, si veda A. Sajó, *The rule of law as legal despotism: concerned remarks on the use of "*rule of law*" in illiberal democracies*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, p. 371 ss.

[5] Non potendo individuare un termine neutro per indicare la persona a capo della *leadership* illiberale, ci "rassegniamo" a usare il maschile, anche a fronte della mentalità sessista, tradizionalista, affascinata dal c.d. "uomo forte", che caratterizza il tipo di populismo di cui andiamo discutendo. Sui "valori" diffusi nei contesti populisti illiberali, si veda il riepilogo proposto da A. Golec de Zavala – O. Keenan, *op. cit.* (p. 5).

al controllo di quest'ultimo di penetrare capillarmente nel settore pubblico quanto in quello privato, (Capitolo 3), così come l'affermazione di una *narrazione* relativa all'identità del "popolo autentico" e sovrano (Capitolo 4): questa forte connotazione identitaria – sia del popolo che si riconosce nella forza politica populista e nel suo leader, sia dello stesso leader, che "traccia" le caratteristiche della propria base elettorale – si allinea con una visione illiberale della democrazia (senza necessariamente ambire a un aperto autoritarismo) e dei rapporti di forza all'interno dello Stato.

Se, fino a questo punto, abbiamo fatto cenno alla disamina degli aspetti più "operativi" del *cheating*, non possiamo non constatare che il raggiro messo in atto avrà necessariamente dei risvolti costituzionali: le manomissioni della democrazia liberale rendono la stessa costituzione subordinata all'inganno illiberale (Capitolo 5), al punto che non solo i diritti umani (Capitolo 6), ma persino il concetto stesso di stato di diritto (Capitolo 7) assumono significati distorti, e, senz'altro, un ruolo molto più marginale, rispetto a quelli che hanno di consueto nelle democrazie costituzionali.

Il punto che emerge, però, è il fatto che tutte queste distorsioni avvengono nel formale rispetto della legge e delle procedure democratiche: per l'Autore, non si tratta di esplicite violazioni, ma di sottili alterazioni degli elementi alla base dello stato di diritto, manipolati *quanto basta* – al contrario, *trasformare* il tipo di regime *non* è tra le priorità – affinché il leader illiberale possa realizzare i propri obiettivi – barando, appunto, senza dover "uscire dal gioco". La democrazia, conclude l'Autore, ha dei "punti deboli", degli anfratti in cui è più facile insinuare il germe dell'illiberalismo: il leader dalle ambizioni illiberali sfrutta quanto più possibile proprio queste debolezze per continuare a tessere la sua rete di raggiri, fino a che non riterrà di cambiare strategia, o fino a quando l'illusione non verrà "smascherata" – magari dal popolo stesso, contemporaneamente vittima e "complice" del regime illiberale – per la mistificazione che è sempre stata (Capitolo 8).

La tesi dell'Autore racchiude, infine, un monito. Le democrazie illiberali appartengono alla "famiglia" democratica: non sono l'esito di una creazione *ex nihilo*, né entità da ritenere radicalmente "altre" rispetto alle democrazie costituzionali consolidate. Non dovremmo figurarci una divisione manichea, dunque, ma, piuttosto, uno *spettro* che congiunge la democrazia "sana" alla sua deriva illiberale – non a caso, nel testo, si parla di "*potenziale* totalitario"[6] della

[6] Nel testo, tale espressione indica l'assunto per cui l'essenza stessa della democrazia – pluralista, aperta alla partecipazione di attori diversi e a un certo grado di flessibilità e duttilità –

democrazia –, e lungo il quale la democrazia illiberale si colloca in qualità di variante della democrazia, che forse arriverà a realizzare del tutto questa forma di totalitarismo "in potenza" (o forse no), anche a seconda dell'abilità del detentore del potere a non far scoprire la propria strategia agli "avversari". Il germe del dispotismo, pertanto, è insito nella democrazia stessa (si badi, in *qualunque* democrazia): mai dare per scontata la tenuta del sistema democratico e costituzionale, anche nei contesti più "maturi" e consolidati; ostentare, forse sin troppo fiduciosamente, che «*it can't happen here*» potrebbe essere il primo sintomo di una disattenzione "letale" anche per la democrazia più longeva (p. 4).

Tra gli aspetti più interessanti del volume – oltre all'illustrazione del concetto di *cheating* e della figura del leader della democrazia illiberale –, segnaliamo gli spunti relativi al potenziale totalitario delle democrazie, al rischio corso persino dai regimi costituzionali più solidi e longevi, e al ruolo del popolo, che, in un certo senso, risulta un attore di primaria importanza per il destino della democrazia di cui è costituzionalmente sovrano.

2. Il primo nodo affrontato dall'Autore consiste nella definizione e contestualizzazione della *democrazia illiberale*[7], fondata sul *ruling by cheating* operato dal leader populista.

---

aprirebbe a una degenerazione in senso autoritario, nel caso emergesse una forza intenzionata a sfruttare questo "potenziale".

[7] Partendo dal presupposto per cui il tipo di regime che tende a instaurarsi in un dato contesto politico e giuridico è l'esito delle dinamiche derivanti dal vissuto storico e culturale del Paese, le democrazie illiberali si affermano come tali, e non, ad esempio, come regimi autoritari, proprio perché viene mantenuta una sorta di continuità con l'impianto democratico iniziale. I casi di Ungheria e Polonia ne sono una dimostrazione: i due Paesi stanno assistendo da anni al declino delle rispettive democrazie, ma entrambi sono partiti da una transizione democratica iniziata nel 1989 e proseguita per diverso tempo con discreto successo. La *leadership* illiberale si è affermata inserendosi nella "regolare" vita democratica dei rispettivi paesi, e non imponendosi mediante l'uso della forza. Allo stesso tempo, si riscontra una certa disaffezione verso l'impegno democratico, dovuta, appunto, al vissuto di questi paesi, senz'altro differente rispetto a quello delle democrazie affermatesi da molto più tempo, ad esempio in Europa occidentale. Parte della dottrina rileva anche una delusione rispetto alla "promessa" democratica post-1989 che, per una serie di fattori, non è stata mantenuta del tutto; delusione che ha senz'altro agevolato l'emersione delle forze politiche illiberali di cui stiamo esaminando il *modus operandi*. Vedasi, ad esempio, P. Blokker, *Populist nationalism…*, cit.; B. Bugarič, *op. cit.*; T. Drinóczi – A. Bién-Kacała, *Illiberal constitutionalism: the case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 2019, p. 1140 ss.; G. Halmai, *Is there such thing…*, cit..; G. Halmai, *Populism…*, cit.; D. Kosař – J. Baroš – P. Dufek, *The twin challenges to the separation of powers in Central Europe: technocratic governance and populism*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 427 ss.; R. Sata – I.P. Karolewski, *Caesarean politics in Hungary and Poland*, in *East European Politics*, 2020, p. 209 ss.

2.1 La democrazia illiberale sarebbe l'esito dell'ascesa al potere da parte di forze populiste[8] rappresentate da una guida *carismatica*[9] che, forte di una notevole legittimazione popolare, incarna (almeno apparentemente) valori e interessi del popolo "autentico" – in opposizione, notiamo, alle "imposizioni" derivanti dal costituzionalismo di stampo liberale[10].

Le democrazie illiberali e i loro leader, infatti, *si mostrano* democratici, e, del resto, rispettano le consuete procedure democratiche, quanto meno formalmente[11]; sostanzialmente, invece, a fronte di una manipolazione dell'ordinamento costituzionale e giuridico, dell'organizzazione dei poteri dello Stato e del sistema di garanzie tipiche della democrazia costituzionale (dalla funzione di controllo ricoperta dalle Corti costituzionali, al bilanciamento tra i poteri statali), si tratta di regimi che hanno già intrapreso un graduale declino verso l'autoritarismo – che potrà, o meno, realizzarsi del tutto, e potrà, o meno, "uscire allo scoperto" in un secondo momento, a seconda delle circostanze (p. 4 ss.).

---

[8] Per quanto concerne la scelta lessicale operata dall'Autore, riscontriamo l'uso dei termini "forza" e "partito", per indicare la struttura guidata dal leader populista. Ciò, forse, a suggerirci che il "pericolo" illiberale potrebbe derivare sia da un progetto "di partito", sia da una forza non strutturata secondo la logica della politica "tradizionale" – anche a riprova dell'orientamento, frequentemente assunto in ambiente populista, di opposizione all' *establishment.*

Nell'esame del legame tra populismo e democrazia illiberale, peraltro, sarebbe opportuno delineare anche le caratteristiche del populismo che interviene in questo tipo di contesto: rimandando a parte delle considerazioni fatte alla n. 12, segnaliamo un acceso dibattito in merito alle diverse tipologie di populismo, non tutte interamente sovrapponibili a regimi come la democrazia illiberale qui in esame.

[9] L'Autore stesso, per definire la democrazia illiberale, fa riferimento all'immagine weberiana del leader carismatico a capo della *democrazia plebiscitaria* (nel testo, "*plebiscitarian leader democracy*", ossia quella che Weber chiama "*Plebiszitäre Führerdemokratie*", p. 2 ss.). Si veda anche R. Sata – I.P. Karolewski, *op. cit.*, p. 207 ss.

[10] Non è tanto la *democrazia* in quanto tale, ad essere oggetto del "*cheating*" e della contestazione da parte del leader populista, quanto invece il costituzionalismo liberale, con la serie di valori che lo definiscono e accompagnano (p. 7; 19-20). In particolare, le democrazie illiberali dell'Europa Centro-orientale (Ungheria *in primis*, seguita dalla Polonia), percepiscono il costituzionalismo come concetto "altro", appartenente al mondo occidentale e, pertanto, non facente parte della serie di valori, tendenzialmente etno-nazionali, promossi dalle forze al potere. Si veda anche p. 47: «Illiberal democracies function within the formal requirements of the democratic process, but without the constitutional commitment and democratic culture that would restrict the potential totalitarianism of democracy». Sul punto, anche P. Blokker, *Populism as…*, cit.

[11] « *These regimes may or may not be democracies in an ideal term, but they* operate *democratically*» (p. 6).

Giulia Chinaglia

Recensione ad András Sajó, Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracies, CUP, 2021

Nella discussione intorno alle democrazie illiberali, risulta utile richiamare il chiarimento terminologico proposto dall'Autore, che si colloca (se vogliamo, lanciando anche una sorta di provocazione) tra coloro che considerano il termine "democrazia illiberale" opportuno ed efficace a illustrare il fenomeno, pur nella sua complessità – a differenza, invece, di quella parte di dottrina che rifiuta il termine, ritenendolo ossimorico e tecnicamente inadatto[12]. Per quanto possa risultare "rassicurante" contestualizzare le democrazie illiberali come qualcosa di completamente "altro" rispetto alle democrazie più mature e solide, esse, argomenta l'Autore, fanno pur sempre parte della "famiglia" democratica (p. 21). Accettare questa fallibilità, insita nel concetto stesso di democrazia, quasi quest'ultima fosse "portatrice sana" di quello che, nel volume, è denominato "potenziale totalitario", ci offre l'opportunità non solo di osservare le democrazie illiberali con occhio più attento, ma anche di riflettere sullo stato delle democrazie ritenute più solide: non solo indagine, dunque, ma anche diagnosi.

[12] Il dibattito terminologico sull'appropriatezza del termine "democrazia illiberale" è piuttosto ampio e articolato: oltre alla parte di dottrina più assimilabile a quanto proposto dall'Autore, dobbiamo anche tenere presente che un'altra parte consistente della produzione scientifica in materia vede il termine come un ossimoro che difficilmente si accorda con il concetto di democrazia. La contraddizione è tanto più evidente in quanto questa incompatibilità è spesso dovuta all'associazione tra democrazia e concetti quali "liberalismo" e "costituzionalismo", non privi di contenuti valoriali che risultano in aperto scontro con il populismo illiberale. C'è anche chi propone una visione più "estrema", suggerendo di vedere il populismo come portatore di una "propria" visione costituzionale, in alternativa al modello di democrazia costituzionale cui siamo avvezzi. A onor del vero, sarebbe anche il caso di isolare il tipo di populismo da analizzare nell'ambito delle democrazie illiberali, dal momento che, come notiamo dalla letteratura in materia, diverse tipologie di populismo possono condurre a esiti differenti, non tutti necessariamente assimilabili al contesto delle democrazie illiberali. Sul tema, P. Blokker, *Populism as…*, cit.; G. D'Ignazio, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online* (http://www.dpceonline.it), 16 ottobre 2020, p. 3863 ss.; T. Drinóczi – A. Bién-Kacała, *op.cit.*; G. Halmai, *Is there such thing…*, cit.; G. Halmai, *Populism…*, cit.; per alcune riflessioni sulla tipologia dei regimi "ibridi", vedasi anche L. Morlino, *Hybrid regimes*, in A. Sajó – R. Uitz – S. Holmes (eds.), *Routledge handbook of illiberalism*, New York, 2021, p. 142 ss. Una proposta terminologica piuttosto interessante si trova anche in D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis Law Review*, 2013, p. 189 ss., in cui l'Autore suggerisce l'espressione "costituzionalismo abusivo" per fare riferimento a fenomeni analoghi alle "democrazie illiberali" qui discusse.

Per l'Autore, comunque, è il caso di accettare questa contraddizione: le categorie "pure" difficilmente esistono in natura, e, più che tentare di stabilire quale categoria sia più adatta a sostituirsi al concetto ossimorico di "democrazia illiberale", è opportuno concentrarsi sul funzionamento effettivo di questo tipo di regime (p. 19, 25), nell'ottica di trarre informazioni sull'illiberalismo, ma anche sulle "debolezze" della democrazia.

Per quanto le garanzie costituzionali offrano senz'altro delle sicurezze, non si può dare per scontato che reggeranno a qualsiasi minaccia che, agendo con l'inganno, potrebbe insinuarsi nel regolare funzionamento della democrazia e deteriorarla dall'interno. Riuscire a individuare e fermare in tempo il declino della democrazia verso l'autoritarismo risulta tanto più difficile quanto più subdolamente riuscirà a operare il leader. Di qui, peraltro, il monito che cogliamo nel corso della trattazione[13].

2.2 Nella sua ascesa al potere – sia prima di ottenerlo, sia nella fase di consolidamento – il leader mette in atto una serie di "inganni" che manipolano la democrazia costituzionale in senso illiberale. Tali "raggiri" consistono nella distorsione di elementi – quali le elezioni, la separazione dei poteri, il sistema di garanzie atte a tutelare la tenuta dello stato di diritto – che, pur rimanendo parte integrante dell'ordinamento, vengono strumentalizzati e resi funzionali al soddisfacimento degli interessi del leader. La democrazia, dunque, è manomessa, ma – specifica l'Autore –, uno dei nodi essenziali del "*cheating*" è proprio il fatto che l'approdo a un regime apertamente autoritario, pur rimanendo un possibile esito della democrazia illiberale, non è una priorità. Anzi, per certi aspetti, pare addirittura conveniente mantenere un assetto formalmente (e ingannevolmente) democratico il più a lungo possibile, e che la realizzazione del potenziale totalitario sia addirittura da considerarsi un "fallimento" per cui il detentore del potere, incapace di reggere il proprio gioco, deve passare a un manifesto autoritarismo, pur di mantenere il controllo[14].

A livello operativo, la strategia del leader illiberale mira ad accentrare il potere sull'esecutivo (di fatto, su di sé) mantenendo la "facciata" della democrazia, delle sue istituzioni e delle sue dinamiche; l'obiettivo non è tanto quello di abolire *tout court* la democrazia[15], quanto di indebolirne le basi, asservendola alle proprie priorità. Il volume affronta le principali modalità con cui tale strategia, basata sull'alterazione delle dinamiche democratiche, prende

[13] «Once the nonliberal component is built into the existing constitutional system, it catalyzes a process that will undermine the institutional limits to overwhelming state power and transforms democracy […] into an unbound majoritarianism» (p. 22 ss.).

[14] «The commitment to democracy makes the difference between populism in power and fascism, whichever way democracy is used. The difference is between respectful abuse and hateful denial. Even if the populist leaders were neo-Bolsheviks, they become leaders of authoritarian regimes only when forced to be authoritarian, when democracy betrays them» (p. 164).

[15] «[…] the power must be grabbed and maintained without expressly renouncing constitutional institutions and legal forms. In order to allow arbitrariness to prevail, the regime must cheat and lie about the laws it uses» (p. 61).

forma, le quali consistono, sostanzialmente, nel controllo del sistema giuridico e costituzionale del Paese, nell'asservimento tanto del settore pubblico quanto di quello privato, nella circonvenzione del popolo mediante l'uso della retorica populista[16].

A tal fine, risulta necessario agire su più fronti, intervenendo sulla trama costituzionale e legislativa del Paese e apportando modifiche che, pur assicurando il formale rispetto delle procedure democratiche, alterino il sistema delle norme a favore del leader[17]. Sono emblematici i casi di Ungheria e Polonia: nel primo, Viktor Orbán è addirittura riuscito a introdurre una nuova Legge Fondamentale, grazie alla maggioranza qualificata ottenuta da Fidesz nelle elezioni del 2010; nel secondo, pur non disponendo di una altrettanto ampia maggioranza, PiS ha fatto in modo di modificare indirettamente la Costituzione, mediante la legge ordinaria[18] (p. 62 ss.). Non solo l'ordinamento giuridico, ma anche le istituzioni democratiche sono oggetto dell'ingannevole manipolazione illiberale. Il

[16] Vedasi anche B. Bugarič, *op. cit.*; R. Sata – I.P. Karolewski, *op. cit.*

[17] L'ordinamento, infatti, viene "piegato" alla convenienza del leader: pur mantenendo un assetto formalmente legale, il rispetto della legge viene aggirato, le tecniche di interpretazione delle norme sono spesso alterate, la legge – e, successivamente, la magistratura – "colpisce" gli avversari (seppur non in modo apertamente arbitrario), e non gli alleati. Insomma, il *cheating* non è un concetto astratto, ma riguarda la tenuta, in senso molto concreto, dell'ordinamento giuridico (p. 302 ss). Risulta altresì interessante la riflessione in tema di diritti umani proposta dall'Autore, per il quale ci troveremmo in un generalizzato clima di declino dell'*autorità* dei diritti umani, a fronte di una "relativizzazione" degli stessi. L'Autore procede con una riflessione che molto ha in comune con il dibattito sull'universalità dei diritti umani: è senz'altro interessante riflettere su come questo "declino" potrebbe rappresentare una di quelle lacune che non appartengono necessariamente solo a regimi autoritari e democrazie illiberali, ma, anzi, sarebbe proprio delle democrazie più solide che, per "distrazione" o per "convenienza" ((geo)politica, commerciale…), arrivano ad ammettere eccezioni alla garanzia dei diritti umani, contribuendo ad "abbassare lo *standard*": se persino le democrazie più solidamente radicate al rispetto dei diritti ammettono deroghe, conclude l'Autore, le democrazie illiberali si sentiranno legittimate a riservare una minore attenzione per la questione. Vale comunque la pena di notare che, spesso, gli ordinamenti giuridici delle democrazie illiberali prevedono, formalmente, persino la tutela dei diritti umani più "avanzati": è bene sottolineare, però, che si tratta di garanzie esistenti solo "sulla carta" – in linea con la logica dell'inganno su cui si basa il *cheating* di cui stiamo discutendo –, e che la situazione è sostanzialmente differente. Per una più estesa trattazione, si veda il Cap. 6; vedasi anche A. Sajó, *The rule of law…*, cit.

[18] Il Cap. 2 dedica parte della sua riflessione alla contestazione delle rispettive Costituzioni da parte delle forze politiche populiste, affermatesi in Ungheria, Polonia, Turchia e Venezuela. Ciò ha successivamente condotto all'adozione di nuove costituzioni o, laddove non sia stato possibile, alla revisione delle norme costituzionali. Sui casi di Ungheria e Polonia si veda anche D. Kosař – J. Baroš – P. Dufek, *op. cit.*; per un approfondimento sull'Ungheria, vedasi G. Halmai, *Is there such thing…,* cit.; T. Drinóczi – A. Bién-Kacała, *op.cit.*; L. Morlino, *op. cit.*

Parlamento, se inteso come sede del confronto democratico, tipicamente "plurale", e della deliberazione, diviene quasi "superfluo"[19]. Allo stesso tempo, assistiamo all'indebolimento delle Corti costituzionali e della magistratura ordinaria, nonché al loro "asservimento" all'esecutivo (p. 66 ss.): il regime illiberale non si sottrae, *proceduralmente*, al controllo costituzionale o giudiziario, ma questi perdono, di fatto, il loro *status* di garanti del rispetto della Costituzione e della legge. Le istituzioni sono "svuotate" – mediante espedienti come l'abbassamento dell'età pensionabile[20] – e ripopolate da "fedelissimi", posti a tutela di un ordinamento ormai fortemente manipolato: la Corte costituzionale e la magistratura finiscono per essere uno strumento *nelle mani* del leader. È poi necessario intervenire in maniera analoga anche sulla pubblica amministrazione e sulle agenzie indipendenti, in cui verranno inseriti membri dell'*entourage* del leader, al fine di accentrare il potere anche in questi settori (p. 81 ss.). Risulta utile, inoltre, il controllo dei media, "convertiti" in mezzo di propaganda o, nel caso dei canali di comunicazione più vicini all'opposizione, significativamente indeboliti – per quanto non messi del tutto a tacere (p. 84 ss.). In generale, al fine di realizzare questi interventi, è interesse del leader illiberale circondarsi di una propria "clientela" (il c.d. "*neo-patrimonial patronage*", Cap. 3)[21], alle sue dipendenze e, pertanto, fedele. L'Autore ci fa notare una sostanziale differenza, rispetto ai sistemi clientelari propri dei regimi autoritari: l'inganno, qui, sta nel fatto che questo sistema non funziona arbitrariamente, svincolato dalla legge; al contrario, questa manipolazione avviene "a norma di legge" (seppur si tratti, ormai, di una

[19] A tal proposito, v. *infra*; per riferimenti bibliografici, si veda la n. 25.

[20] Di qui, notiamo anche la logica, basata sulla contrapposizione tra interessi, dietro alla quale si cela la *leadership* illiberale: abbassare l'età di pensionamento non è necessariamente una misura "illiberale", e, infatti, il governo la giustifica come finalizzata a promuovere, ad esempio, un maggiore ricambio nel settore lavorativo. Tale giustificazione è una manifestazione del *cheating*: misure apparentemente "innocue" sono, in realtà, un modo per assicurare l'accentramento del controllo. Il pensionamento anticipato dei magistrati ungheresi (ma questo scenario si è riproposto anche altrove, come in Polonia e a Singapore), ha permesso di "ripopolare" la magistratura con soggetti fedeli al leader (p. 75 ss.).

[21] «Using public resources the plebiscitarian leader operates a patronage system in accordance with the rules he has created […]. Control over the state enables an effective patronage system that will serve the leader and his party, and first and foremost enables him to hold on to power. The privileged access to state resources, the possibility to shape decisions of the state in favor of oligarchs, etc., depends on the holders of political power. […] The legal sphere is guided by the formal, general rules of the law, but it will be overwhelmingly influenced by private considerations, in particular the preservation of power and the spoils, preferably via democratic means. Yet private interest can be legalized under the pretext of the common good, and this indeed happens in many illiberal democracies» (p. 94 ss.).

legge alterata). È così, quindi, attraverso questa "feudalizzazione", che il pubblico e il privato si compenetrano, in una dinamica asservita "legalmente" agli interessi della *leadership* e del suo *entourage* (p. 95 ss.).

L'esito è la creazione di un regime che, secondo l'Autore, formalmente e proceduralmente risponde ancora al nome di "democrazia" (p. 58 ss.), ma che, *sostanzialmente*, rigetta radicalmente il costituzionalismo, la separazione dei poteri e il sistema di pesi e contrappesi a garanzia dello Stato di diritto[22], a favore di un accentramento del potere e dell'influenza nella persona del leader.

3. Questa "finzione democratica" gode della legittimazione popolare democraticamente espressa, fornita da un popolo che si identifica con il leader, ne condivide le priorità e, pertanto, gli dà sostegno. A dire il vero, viene argomentato, anche tale supporto viene intercettato mediante l'uso dell'inganno, sotto forma di retorica populista mirata al raggiro, al punto che anche in questo caso possiamo parlare di *cheating* (p. 27 ss.).

Tra la guida della democrazia illiberale e il "suo" popolo, infatti, intercorre un rapporto dalle molteplici sfaccettature, in cui il secondo risulta, contemporaneamente, sia uno strumento nelle mani del primo, l'oggetto di uno dei tanti inganni tesi al fine di consolidare la democrazia illiberale, sia l'entità che attivamente e deliberatamente – mediante l'istituto del voto democratico[23] – conferisce legittimazione al leader, sia, forse, l'unico soggetto in grado di "smascherare" l'inganno e liberarsi dal dominio illiberale. Il rapporto tra "governante e governati" è funzionale ai fini dell'instaurazione e del consolidamento della democrazia illiberale, e si realizza in diversi ambiti della vita (più o meno) democratica: il *δῆμος*, dunque, non perde il suo ruolo centrale, nemmeno nella democrazia illiberale – per quanto questa centralità risulti prettamente retorica e funzionale al rafforzamento del dominio del leader[24].

---

[22] È il caso di sottolineare che, per quanto alterato, il concetto di stato di diritto rimane, formalmente, alla base della democrazia illiberale, dove il leader non è *al di sopra* della legge, ma è vincolato alla "*sua*" legge (p. 251 ss.).

[23] Senz'altro bisognerà prendere in considerazione il fatto che, più il potere del leader illiberale si estende, più le consultazioni elettorali serviranno a mantenere la "facciata" democratica (v. nota successiva), in quanto considerate essenzialmente una conferma del suo dominio. Tuttavia, le prime forme di legittimazione fornite al partito populista che non ha ancora tessuto del tutto la sua rete di "raggiri" possono considerarsi "sincere", non "pilotate". Di qui, l'interesse per la "complicità" tra popolo e leader illiberale.

[24] Non a caso, osserva l'Autore, per quanto la democrazia diretta e la partecipazione popolare vengano spesso invocate dalle forze populiste, queste diventano marginali, nella democrazia illiberale consolidata: anche in questa circostanza il popolo è stato "ingannato". Raramente, infatti, vengono convocati *referendum*, e, quando ciò succede, serve principalmente a

La logica, seguendo l'Autore, è la seguente (p. 112 ss.): se, nelle democrazie illiberali, il popolo, identificato come gruppo omogeneo, è sovrano, allora esercitare la sovranità popolare corrisponderà con l'eseguire la volontà generale. Per l'ottica populista, peraltro, la sovranità dovrebbe essere illimitata e immediata; di qui la "superfluità" di tutti quegli "ostacoli" costituzionali che ne impedirebbero un autentico esercizio – come la deliberazione in sede parlamentare, luogo dello "scontro" democratico tra posizioni differenti (qui, peraltro, non contemplate, proprio poiché la volontà generale è considerata *una*)[25]. In quest'ottica, "il popolo vero" corrisponde a un gruppo ben identificato ed esclusivo, distinto dalle "*élite* corrotte" e da tutte le minoranze che, per molteplici ragioni (etniche, sociali, religiose…) vengono escluse dalla possibilità di contribuire all'esercizio della volontà popolare. Analogamente, il leader, forte di una connessione diretta ed empatica con la sua base elettorale, fabbrica una *narrazione* identitaria, non necessariamente veritiera (è interessante riflettere anche sulla manipolazione della verità, al fine di confermare tale narrazione

conferire legittimazione a scelte che il governo illiberale ha già preso – tanto che la consultazione ha toni prettamente plebiscitari. Allo stesso modo, le consultazioni elettorali, pur rimanendo centrali anche nell'ambito della democrazia illiberale, risultano una conferma del leader – proprio al fine di conferirgli legittimazione democratica –, più che un confronto all'insegna del pluralismo. Questa manipolazione della partecipazione popolare mediante l'istituto del voto – in sede elettorale e referendaria –, è dunque inquadrata nell'ottica della corrispondenza tra popolo e leader, il quale, nella retorica populista, si fa rappresentante di una *volontà generale* di quasi rousseauiana memoria, in virtù della quale, proprio per il principio per cui il leader rappresenterebbe la volontà del popolo, "va da sé" che qualsiasi cosa egli faccia coinciderà con la volontà generale, redendo "superflua" la consultazione popolare (p. 191 ss.). Sul punto, anche, C. Pinelli, *op. cit.*; JW. Müller, *op. cit.*

[25] Vedasi anche p. 32: «This totalitarianism […] where the people is sovereign and unified and the general will emerges from them. […] when raw popular self-rule prevails in democracy. Raw self- rule knows no limits, and this is (ab)used by the populist leader […]. The leader who hijacks the people endorses the idea of unlimited (i.e. total) power that he can exercise for his benefit on behalf of the people». A tal proposito, fornisce spunti interessanti la dottrina che si occupa di rapporto tra populismo ed esercizio della sovranità popolare come forma di potere costituente "perpetuo". Vedasi, tra i molti, L. Corrias, *Populism in a constitutional key: constituent power, popular sovereignty and constitutional identity*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 6 ss.; P. Blokker, *Populism, constituent power and constitutional imagination*, in M. Belov (ed.), *Populist constitutionalism and illiberal democracies. Between constitutional imagination, normative entrenchment and political reality*, Cambridge, 2021, p. 149 ss. Per una riflessione sulla centralità del potere costituente nelle esperienze di costituzionalismo e populismo dell'America Latina, si veda A. Mastromarino, *Il* nuevo constitucionalismo *latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2020, p. 317 ss.

esclusiva e identitaria)[26], per la quale il popolo "puro" sarebbe, in realtà, una minoranza che ha a lungo atteso di riscattarsi dall'oppressione e che ha finalmente trovato il modo per fare ciò grazie al suo intervento[27]. In effetti, apprendiamo, anche questo fa parte del *cheating*: il leader della democrazia illiberale non fa altro che sfruttare e strumentalizzare a proprio vantaggio delle pulsioni – tra cui razzismo e xenofobia, omofobia, fondamentalismo religioso, caratterizzanti il c.d. "popolo vero"[28]– che, già esistenti anche nelle democrazie costituzionali, finiscono per prevalere, nel contesto illiberale (p. 42 ss.; p. 120 ss.; p. 170 ss.). In breve, il leader che, democraticamente legittimato, si erge con l'inganno a rappresentate del popolo, è, in realtà, l'unico vero detentore della sovranità, e la esercita per i propri fini (p. 114 ss.).

L'aspetto più interessante della riflessione proposta dall'Autore, tuttavia, è forse quello relativo alla *complicità* del popolo nella realizzazione della democrazia illiberale: per quanto sia anch'esso soggetto alle macchinazioni del leader, è pur sempre esso stesso ad averlo scelto mediante l'esercizio del voto democratico. Se una parte della popolazione sufficientemente consistente individua il leader populista come propria guida e, eleggendolo, ne legittima l'ascesa al potere, questa non potrà non essere considerata quanto meno sua complice (p. 50 ss.). Diversa sarebbe l'ipotesi del regime impostosi con la forza, ma non è questo il caso, poiché il leader della democrazia illiberale ha interesse a vedere il proprio dominio sorgere e persistere mediante l'impiego di mezzi democratici. È interessante, infatti, l'ipotesi che avanza l'Autore, e cioè che anche

[26] « Which narrative is accepted is unrelated to evidence: evidence is selected as a matter of identity and loyalty. […] truth is what other members of the people consider to be true, especially if the truth is formulated by the leader» (p. 133); vedasi anche D. Lantos – J.P. Forgas, *The role of collective narcissism in populist attitudes and the collapse of democracy in Hungary*, in *Journal of Theoretical Social Psychology*, 2020, p. 65 ss.

[27] Sull'*immaginario* populista e sulla "fabbricazione" dell'identità del popolo "autentico", vedasi anche, *ex multis*, P. Blokker, *Populist nationalism…*, cit.; P. Blokker, *Populism as…*, cit.; P. Blokker, *Populism, Constituent Power…*, cit.; L. Corrias, *op. cit.*; T. Drinóczi – A. Bién-Kacała, *op.cit.*; G. Halmai, *Populism…*, cit.; JW. Müller, *op. cit.*; D. Lantos – J.P. Forgas, *op. cit.*; A. Golec de Zavala – O. Keenan, *op. cit.*; A. Cichocka – A. Cislak, *Nationalism as collective narcissism*, in *Current Opinion in Behavioral Science*, 2020, p. 69 ss. (peraltro, gli ultimi tre contributi affrontano il tema argomentando in merito allo sviluppo di un *collective narcissism* alla base dell'identità nazionale del popolo "puro" dei regimi illiberali); D. Landau, *Populist constitutions*, cit.; G. Martinico, *op. cit.*

[28] « […] populism's problem (among others) is that it tends to rouse destructive characteristics in individuals (particularly intolerance, in the name of restored self-esteem and pride) and their interactions. These emotional and somewhat irrational (biased and mistaken) and intolerant features become constitutive parts of illiberal democracy. […] populists select the socially destructive emotions that undermine deliberation-based democracy» (p. 117).

il popolo può essere totalitario e avere ambizioni che vanno nella direzione dell'autoritarismo (p. 49 ss.), ponendosi in diretto rapporto di reciprocità con la propria guida (p. 115 ss.). Nel selezionare il proprio rappresentante, il popolo, per certi versi, "sceglie se stesso" (p. 136; p. 146), poiché vi vede un riflesso della propria immagine. E questo pare essere un ulteriore elemento a prova della vulnerabilità della democrazia costituzionale, che, ammettendo la necessità del confronto democratico tra posizioni estremamente differenti, permette anche questo tipo di scelta, per quanto potenzialmente distruttiva (p. 45 ss.).

Ma il popolo, proprio perché (almeno parzialmente) responsabile del proprio destino, potrebbe essere anche l'unico attore in grado di intercettare la serie di inganni tesi dal leader illiberale e, eventualmente, di disfarsene, liberandosi da un regime altrimenti diretto verso una deriva progressivamente più autoritaria. È il popolo stesso, dunque, ad avere non solo la possibilità, ma anche la responsabilità di resistere all'illiberalismo[29].

4. Di qui, giungiamo al nodo conclusivo. A fronte del pericolo rappresentato dalla democrazia illiberale e dal suo leader, accertato che non si tratta di una realtà troppo lontana da quella delle democrazie costituzionali più resistenti, e che anche il popolo può avere una sua parte nell'accelerazione verso una eventuale svolta illiberale, ecco il monito dell'Autore: nessuna democrazia è invulnerabile, e, pertanto, è indispensabile "mantenere viva", senza darla per scontata, la cultura della democrazia costituzionale e delle sue istituzioni. Diversamente, anche le democrazie più solidamente radicate potrebbero essere esposte al rischio del potenziale totalitario, senza che ce ne accorgiamo o, addirittura, con la nostra complicità (p. 151 ss.)[30]. L'emergere e l'affermarsi del populismo (pur tenendo conto della pluralità di accezioni che il termine può assumere), del resto, sono fenomeni che si stanno manifestando persino nel contesto del costituzionalismo occidentale: quando si parla di degenerazione della democrazia, infatti, si fa riferimento anche a quanto vediamo accadere in Europa occidentale e negli Stati Uniti, ossia proprio in quelle culture giuridiche in cui il costituzionalismo affonda le proprie radici.

---

[29] L'Autore osserva che «Nevertheless, the study of illiberal democracy demonstrates the opportunities for resistance. Structural injustices may one day convince even bigots that they were cheated in the illiberal regime. Illiberal democracies may end thanks to the disillusionment of the same authoritarian electorate that brought such leaders to power» (p. 17). Vedasi anche B. Bugarič, *op. cit.*; C. Pinelli, *op. cit.*

[30] Una simile preoccupazione si percepisce anche in C. Pinelli, *op. cit.*

Proprio perché la democrazia apre al pluralismo delle idee e al confronto, ecco che possono emergere forze politiche illiberali; *proprio* perché la legge (e, a dire il vero, nemmeno la Costituzione in ogni sua parte) non è granitica e inamovibile, ecco che un Parlamento trainato da una maggioranza illiberale può tentare di piegare l'ordinamento e le istituzioni dello Stato; *proprio* perché il Parlamento, eletto mediante l'istituto del voto democratico, è rappresentativo dell'elettorato, ecco che anche il popolo, pur destinato alla marginalizzazione in caso di consolidamento di un regime illiberale, è comunque da ritenersi (almeno parzialmente) complice di questa "disfatta". L'antidoto pare essere fornito, da una parte, dal sistema di garanzie costituzionali derivanti dalla ripartizione del potere e dalle istituzioni democratiche, che possono intervenire a tutela dell'ordinamento (quanto meno prima che sia troppo tardi), dall'altra, dalla diffusione di una cultura costituzionale salda – un senso di responsabilità nei confronti della tenuta dell'ordinamento democratico e dei suoi princìpi fondamentali –, sia tra gli attori della politica, sia tra gli stessi cittadini (p. 292 ss.). Risulta necessario, pertanto, rivolgere una rinnovata attenzione per la salvaguardia della democrazia costituzionale, poiché il *cheating* illiberale è sottile, e si insinua nei suoi anfratti più cedevoli, logorandola, dall'interno (p. 284 ss.; p. 321 ss.): una "distrazione" potrebbe essere "fatale" per la tenuta della democrazia costituzionale e delle sue istituzioni. Oltre che alle istituzioni democratiche, concludiamo, sta anche al popolo, dunque, il compito di fermare l'avanzata dell'illiberalismo.

Per quanto l'Autore paia "rifuggire" dal delineare un "idealtipo" della democrazia illiberale, data anche la difficoltà di trovare una definizione univoca del termine, è pur vero che il volume affronta in maniera piuttosto sistematica le caratteristiche principali di questo tipo di regime, riportando casi ed esperienze provenienti da diversi contesti. Conseguentemente, risulta comunque possibile immaginare un "modello" della democrazia illiberale, che può tornare utile ai fini dell'attività di osservazione e diagnosi a cui l'Autore stesso pare invitarci.

***

Giulia Chinaglia – Università di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza (giulia.chinaglia@unito.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 esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.