Rivista di Diritti Comparati

Rivista Quadrimestrale

2/2023

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno VII – N. 2/2023

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma "Tor Vergata"
Alessandra Di Martino – Università degli studi di Roma "La Sapienza"
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università Commerciale "L. Bocconi" - Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto – Università degli studi di Roma "La Sapienza"
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 (Tilburg University) (Coordinatore), Nicola Cezzi (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"); Giulia Chinaglia (Università di Torino); Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), 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 Torino), Giampiero Gioia (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), Umberto Lattanzi (Università Commerciale "L. Bocconi" - Milano)

SOMMARIO

Recent developments in the Italian constitutional experience: a look from within (Part I)

CAMILLA BUZZACCHI, *The Meloni government and the European Union. The defence of identity values and the protection of the country's interests*
[pp. 1-20]

ANDREA DE PETRIS, *From political to technocratic government and back: the source of accountability in the government building process in Italy*
[pp. 21-55]

Saggi

ALESSANDRA DI MARTINO, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*
[pp. 56-91]

PAMELA MARTINO, *La comfort zone della Corte suprema del Regno Unito nel giudizio di reference sul secondo referendum indipendentista scozzese*
[pp. 92-115]

GIULIANO VOSA, *La lunga marcia della clausola identitaria. Riflessioni per un esame comparato della recente giurisprudenza costituzionale euro-unitaria*
[pp. 116-163]

LUCA DETTORI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: da privilegio in base allo status civile a diritto della persona. Il cammino verso la modernità della Corte Suprema indiana*
[pp. 164-198]

TANIA ABBIATE, *Uso e abuso dell'istituto referendario nei recenti processi costituzionali*

[pp. 199-213]

Note e commenti

ORLANDO SCARCELLO, *Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023): il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

[pp. 214-233]

CARLOTTA CALABRESI, *L'entreprise à mission francese e la società benefit italiana a confronto: nuove forme di coabitazione fra profitto e bene comune*

[pp. 234-254]

SALVATORE MARIO GAIAS, *Il pericolo ha 280 caratteri e nessun volto. L'evoluzione del concetto di "terrorismo en internet" tra Audiencia Nacional e Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi riflessioni su due pronunce chiave in materia di libertà di espressione*

[pp. 255-263]

CHIARA INGENITO, *L'ordinanza della Cassazione civile n. 230/2023: un'occasione per riflettere sul principio del superiore interesse del minore rispetto alla tutela degli orfani di femminicidio*

[pp. 264-290]

ISABELLA MARIA LO PRESTI, *Meccanismi e procedure di destituzione anticipata del Presidente della Repubblica in Perù e Paraguay, tra Costituzione formale e prassi applicativa*

[pp. 291-313]

Recensioni e letture critiche

LUNA MANCINI, *Recensione a Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional (Aranzadi, 2023)*

[pp. 314-320]

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

Editore: Andrea Buratti, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Francesco Saitto, 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

The Meloni government and the European Union
The defence of identity values and the protection of the country's interests *

Camilla Buzzacchi

TABLE OF CONTENTS: 1. The entry of Giorgia Meloni government on the European scene. – 2. The underwriting of the European Stability Mechanism. – 3. The '*Fit for 55'* package and the defence of strategic industrial sectors. – 4. The challenge of managing increased immigration flows. – 5. Supporting Ukraine in its conflict with Russia – 6. PNRR and prospects for change in Italy.

1. *The entry of Giorgia Meloni government on the European scene*

This paper offers some reflections on the constitutional implications of the choices made by the government that took office in October 2022 in the Italian Republic, with reference to relations with the European Union. There are aspects to be understood when reflecting on the «phenomenon of the epochal transition from opposition to government»[1] of a party formation that has always been in opposition in the parliamentary system: from a consensus of 4%, the political force Fratelli d'Italia, together with Its allies Lega and Forza Italia, was called to government with a clear victory at the ballot box[2]. It has thus gained institutional access to relations with the European Union, on which It is interesting to establish a reconstructive framework and an analysis based on constitutional dynamics.

We can start our analysis from the statements made by the newly appointed Prime Minister, Giorgia Meloni, in her political programme speech in the Chamber of Deputies: the MP, who was appointed by the President of the Republic on 22 October, immediately announced that she wished to use the masculine form of the title of President of the Council, thus abandoning the feminine form. In the light of the vote that the majority legitimised by the elections of 25 September had to cast in the two parliamentary assemblies to give confidence to the new executive, the Prime Minister presented a legislative programme that had the effect of reassuring the

* The article has been subjected to double blind peer review, as outlined in the journal's guidelines. This contribution is part of a special Focus on "Recent Developments in the Italian constitutional experience: a look from within".

[1] F. De Palo, *Promesse vs governi. Meloni non è Tsipras e i mercati lo confermano*, in *Formiche.net*, 1° December 2022.

[2] It may be useful to consider S. Ventura, *Giorgia Meloni e Fratelli d'Italia. Un partito personalizzato tra destra estrema e destra radicale*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Roma, 2022.

financial markets and the European and Atlantic allies as to the guidelines that would emphasising the Italian government's foreign and European relations.

Some of the most influential foreign newspapers have reported Giorgia Meloni's declared positions, emphasising her desire for continuity in various commitments. The "reassurance" to the Union was reported by the *Financial Times* as a promise to «work with the EU» by «trying to give guarantees to the Union's partners by promising to respect the bloc's rules and to support Ukraine against the blackmail of Russian President Vladimir Putin. Meloni, whose party has its roots in post-fascism, has worked hard to allay concerns at home and abroad about her party's euroscepticism and geopolitical positions that could hinder European unity, particularly on the war in Ukraine». The French newspaper *Le Monde* commented: «The new prime minister is said to have guaranteed that the Italian approach is not to slow down and sabotage European integration, but to make the Community machine work better. Meloni, who keeps pro-Russian partners such as League leader Matteo Salvini and Forza Italia leader Silvio Berlusconi in her coalition, promised that Italy will remain a reliable NATO partner in supporting Ukraine against Russian aggression». In Germany, *Der Spiegel* reported on the speech, highlighting both a commitment to dialogue with the European Union and a staunch defence of the Italian Republic's interest in supranational decisions. The German newspaper pointed out that in her first government statement «Italy's new Prime Minister Giorgia Meloni pledged her loyalty to the West and the EU. But at the same time she sharply criticised Brussels (...) European cooperation with an Italy under Meloni's leadership is unlikely to get any easier. She announced that she would defend her country's interests. At the same time, Italy is fully part of Europe and the Western world, Meloni assured. Her government does not want to slow down or sabotage European integration». Finally, the Spanish newspaper *El Mundo* highlighted the passage from which the new leader's vision of the EU level of government emerged: «Europe, Meloni insisted, must not be seen as a rival and the aim of her government will not be to stop or sabotage the EU, but to make it more effective in responding to crises (...). The EU is not an elite club with A- and B-list members, or a board of directors to keep the books in order, but a common house to face challenges, Meloni added, assuring that Italy will make its voice heard in Europe, as befits a great founding nation»[3].

So if Giorgia Meloni's arrival on the European scene was preceded by a kind of pre-election storytelling in which narratives such as the further expansion of public debt and a "sovereignist" were repeated, the subsequent image that prevailed from the executive was one of more appreciable pragmatism closure vis-à-vis other European states, the subsequent image that prevailed from the executive was one of more appreciable pragmatism. The positions taken on the definition of the public

[3] For reported positions, see F. Merli, *Da Der Spiegel al Financial Times, le reazioni della stampa estera al discorso di Meloni*, in *Formiche.net*, 25 October 2022.

finance manoeuvre – in particular, the preparation of a budget law that respects the European constraints stemming from the fiscal rules – as well as the first positions on immigration and energy policy – centred on the so-called Mattei plan and the reaffirmation of the Atlantic alliance – have helped to allay fears of the Italian Republic's isolation from the supranational order and from the ties built up over time within the international community. These initial concerns were allayed when the President of the Council adopted a number of positions in line with those of his older European partners: the resumption of relations with the African countries bordering the Mediterranean in view of energy interests, armed support for Ukraine and Atlantic loyalty were signs that Italy continued to be seen as a stable and reliable counterpart.

In contrast to the calmness of the new right-wing leadership's initial stance, the reaction of financial markets was calm and reassuring, after the fears that had been spread during the previous campaign phase[4]. Spread levels, which had been unstable in the run-up to the elections, returned to moderate levels[5], especially after the presentation of the public finance manoeuvre, as the Italian executive took office at the same time as the budget session opened. Within a few months, the economy also improved: at the beginning of 2023, Italy's GDP was up 0.5% quarter-on-quarter, with even better results than Germany and France. At the end of 2022, the state of the economy was less bad than forecast: this situation helped the government's work, which faced the European institutions and partners with greater confidence: even if inflationary trends and the risk of a rise in interest rates were unknowns from the outset, which led Giorgia Meloni's team to establish stable relations with the European institutions - first and foremost the Central Bank - and to coordinate in a dimension of dialogue. As noted in the Bank of Italy's Financial Stability Report no. 1/2023, «public finance conditions improved in 2022», reducing «both the net debt to GDP ratio and the debt to output ratio, the latter by more than 5 percentage points». However, the report pointed out that «the consolidation of these trends remains crucial, also in view of the uncertainty surrounding the evolution of the macroeconomic framework and the rise in interest rates».

Various issues on the government's European agenda have immediately highlighted possible areas of conflict between Italy and the European order, or

[4] C. Curti Gialdino, *Il Governo Meloni e l'Unione europea: gli esordi del nuovo Esecutivo*, in *Federalismi*, n. 33, 2022, provides in footnote 2 the bibliography commenting on what had characterized Giorgia Meloni's electoral programme.

[5] G. Zapponini, *Mercati, Pnrr e Mes. I sei mesi di Giorgia Meloni visti da Quadrio Curzio*, in *Formiche.net*, 24 April 2023, reports: «There is already one report card: that of the markets. Since the first female prime minister in Italian history took office, the spread between Btp and Bund has fallen by up to 20 per cent, while the stock market has risen by a little less than 30 per cent, after losing around 130 billion in capitalisation in 2022 alone. This is good news if we calculate that, taking Defence for a moment, in 2023 the interest on the tricolour debt will fall to 74.67 billion euros, but then it will rise to 86.21 billion in 2024, 91.28 billion in 2025 and finally break through the 100 billion threshold in 2026».

between Italy and some other key countries in the continental family linked to the integration process.

We will therefore examine some of these issues, namely the signing of the Treaty establishing the European Stability Mechanism, the policy of converting industrial production from the point of view of environmental protection objectives, immigration, the conflict between Russia and Ukraine and, finally, the issue of renegotiating the National Recovery and Resilience Plan. In each of them, we can see a constant desire for dialogue and participation on the part of the Italian executive, which is always keen to demonstrate harmony with the other countries of the Union. Even if the elements of friction and distance are obvious, the strategy of Giorgia Meloni's government seems to be characterised not by closed positions but by proactive indications, with the not too hidden ambition of influencing or even improving European decisions.

There is therefore an intense focus on not isolating oneself or adopting a stance of outright rejection of the guidelines supported by the main EU countries: if positions were and are dissonant, the cure is not to explicitly declare one's distance, but rather to seek alternative solutions that allow one to distance oneself from certain policies without appearing to distance oneself or to reject them explicitly.

2. *The underwriting of the European Stability Mechanism*

One area of misunderstanding between Italy and the countries of the Union has been clear since the beginning of the government's term of office: the government's clear desire not to sign the treaty establishing the 'new' European Stability Mechanism has effectively placed the Republic in a position of isolation.

Although the ESM no longer shares elements of the arrangement that originally involved compressing significant sovereignty[6] Italy, led by the new political majority, did not see fit to endorse what all the other states had long since ratified. After the German Federal Constitutional Court also declared that the provisions of the ESM discipline were compatible with its own law, it seemed inevitable that Italy would proceed with the ratification that the governments before Giorgia Meloni's had also avoided. Concerns that may have been well-founded compared to the

[6] The ESM Treaty refers to Art. 136 TFEU in a perspective of European solidarity through financial assistance programmes between Member States. However, the key to solidarity has increasingly been perceived as undermined, as reported by A. Scaffidi, *La riforma del Meccanismo europeo di stabilità e le persistenti criticità in materia di* decision-making, in *Federalismi*, n. 20, 2021, p. 85, «At the time of its creation, the largest contributors to the ESM reserved for themselves a privileged weight in the decision-making process by providing for a voting system based on capital shares»: for this reason, «in order to be able to benefit from the various support instruments at the ESM's disposal, the states most affected by the crisis economically, due to their lesser bargaining power, accepted the institutionalisation of unequal treatment».

version of the mechanism in force until a few years ago[7], appeared outdated in 2023 and made Italian opposition appear specious. The line taken by the Italian government was – and still is – that of a declared willingness to ratify the treaty, but on condition that the mechanism changes its functioning[8]: more than a rescue tool, it should be a vehicle for resources for growth. In arguing for this paradigm shift, the Italian government continues to shy away from being identified by voters as the one responsible for opening up to the mechanism[9], which still suffers from the notoriety that has long characterised and accompanied it: that of a potential tool for strangling and limiting the sovereignty of the country that is forced to resort to it[10].

The Minister for Economic Affairs, Giancarlo Giorgetti, has not missed an opportunity to demonstrate the determination of his executive to proceed with ratification – in order to reassure the ratifying States of the Union – even though, for reasons of internal relations within the government itself, it is unable to move in this direction.

The underlying objective is to negotiate some useful outcome, such as the recognition of capital expenditure as an excluded area for the purpose of calculating a country's financial exposure: with the addition of the request for exemptions linked to investments with the National Recovery and Resilience Plan, in particular those for the digital and environmental transition. What is certain is that «the centre-right government cannot ratify the ESM reform after blocking it in every way, even with parliamentary votes. Once you are in government you cannot change your mind completely. Or at least not without getting nothing in return. But Brussels thinks differently: the time for negotiations is over, patience is finished»[11]. In short, there are

[7] Reference is made to the considerations of A. Guazzarotti, *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, in *DPCE online*, n. 1, 2020; Id., *"Neutralità va cercando, ch'è sì cara"! Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicità dei programmi di quantitative easing della BCE*, in *DPCE online*, n. 2, 2020; A. Mangia (ed.), *MES. L'Europa e il Trattato impossibile*, ebook, Morcelliana, 2020; F. Salmoni, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi*, n. 20, 2020; A. Somma, *Scontro tra capitalismi, crisi del debito e diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2013.

[8] About this functionality A. Scaffidi, *La riforma del Meccanismo europeo di stabilità*, cit., p. 89, speaks of an «ideological and legal substratum on which its unequal decision-making mechanisms are grafted, aimed at guaranteeing the repayment of loans and protecting 'the creditor perspective' according to which the mechanism operates», and recalls the study of the Servizio Studi del Senato, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, Dossier n. 187, November 2019, p. 11.

[9] In 2019 32 economists signed a document explicitly distancing themselves from the European Stability Mechanism.

[10] See the analysis of M. T. Stile, *Il Mes nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della sovranità statuale*, in *Federalismi*, n. 2, 2020.

[11] In these terms see G. Zapponini, *L'Italia alla prova del Mes. La missione di Giorgetti*, in *Formiche.net*, 15 May 2023.

many voices calling for the ESM to be approved now and immediately, not least because the launch of the 'new' ESM is part of the wider banking union debate[12].

The Prime Minister's intention was clearly stated at the press conference at the end of 2022: «Let's start from the assumption that as long as I am Prime Minister, Italy, which is and remains a privileged creditor, will never activate the ESM (...) The question is: at a time when everyone needs resources, can we lock up tens of billions of resources that no one will use anyway? I would like to understand from Europe if it is possible to ratify a treaty and its reform in order to activate something that can be used by the member states, with different and less stringent conditions». Therefore, the Italian Prime Minister strongly reiterated her conviction that «as far as the ESM is concerned, the ratification of the reform is a secondary issue. Italy will never have access to the ESM as long as I count on something, whether the reform goes through or not, I fear that the fund will not be used because the conditions are too strict. We will discuss the reform with the parliament». The dialogue with the supranational level continues to this day, allowing the Italian government to delay as long as possible, despite the indications to the contrary given by the Governor of the Bank of Italy in June 2023: he hopes to achieve «the full operability of its reform». As has been authoritatively noted, «Italy's failure to ratify would not lead to its total or partial abolition: the ESM would continue to operate, but without having an additional power. That is, to supplement the Single Resolution Fund (which has a limited capacity of around 55 billion) with additional resources in the event of a systemic banking crisis». According to Visco, this would be «an important safety net» in view of the «recent instability phenomena observed outside the European Union»[13].

---

[12] G. Barba Navarelli, *Tassi, la Bce alza ancora. Ecco perché serve il Mes*, in *La Stampa*, 5 May 2023 admits that «our government is right to call for a single deposit guarantee fund, but it makes no sense to make it a condition for ratifying the EMS, which is already a big step forward in collectively taking on the risks of European finance. Another short-sightedness: the EMS also has the role of intervening to support the public budgets of countries in difficulty. The risks of recession and the slowdown in the ECB's purchases of government bonds are making our financial situation more fragile. The mechanism, however much we hope to use it, is a possible lifeboat here too. Of course, intervention is conditional on reforms and fiscal consolidation. But any entity, bank or state, will inevitably lose autonomy and sovereignty if it fails. Meanwhile, not ratifying the ESM increases the risks of a systemic crisis. Is it really wise to take such risks in order to guarantee, in the unlikely event of a major event, the proud autonomy of those who have failed?».

[13] V. De Romanis, *Mes, la lezione del governatore*, in *La Stampa*, 1 June 2023: The academic's assessment is that «the ESM serves to ensure greater stability for the whole area (the name says it all) and therefore greater protection for workers and savers». She also reports President Meloni's recent statements: «as long as there is an executive led by me, Italy will never be able to join the ESM», which do not clarify whether the reference is to joining the new or the old ESM. And she notes: «In the first case it would mean being in the middle of a banking crisis, in the second in the middle of a macroeconomic crisis. Two scenarios that must be avoided. But if they do, the ability to rely on the ESM should be seen as an advantage, not a disadvantage. To be convinced of this, one only has to analyse the results of the post-programme surveillance published last week by the European

3. *The 'Fit for 55' package and the defence of strategic industrial sectors*

On 14 July 2021 the European Commission adopted the *Fit for 55* climate package[14], whose legislative proposals aim to achieve the Green Deal targets by 2030: specifically, a 55% reduction in greenhouse gas emissions compared to 1990 levels, with the aim of achieving 'carbon neutrality' by 2050. The 'Fit for 55' package – 'Pronti per il 55%' in Italian – is therefore an initiative to update the Union's legislation based on the EU Emissions Trading Scheme (EU ETS). The EU ETS is the Union's main instrument for reducing emissions, and since its introduction in 2005 it has reduced emissions in the internal market by 41%. The *Fit for 55* package aims to reform the EU ETS, extending it to emissions from international maritime transport and aviation; Increasing funding to help reduce emissions: but above all by creating a new autonomous emissions trading system for buildings, road transport and fuels for other sectors. Subsequent steps were marked by a progression of these decisions, and the contribution of the Italian government was part of this.

From 2035 onwards, only electric and hydrogen vehicles will be allowed on the market, and for Italy this choice seems to have a negative impact on employment, also in terms of the related industries, which have their own specific importance, different from that of other European partners. The question that the government must also have asked itself is whether the pure electric car will be able to compensate for the departures[15]: the answer came between February and April 2023, starting with statements by the Minister for the Environment and Energy Security (Mase), Gilberto Pichetto Fratin. During question time in the Senate and in various interviews, he spoke about sustainable mobility, with the exception of the electric car, whose promotion is seen as an excessive burden on public finances. His statement – «If it's 6,000 in the first year or 60,000 in the second, there could be government incentives, but if we're looking at millions or hundreds of thousands of purchases, the incentives would probably have some impact on the country's budget and it would become very difficult» – implied that the electric car retains the characteristics of a commodity for a wealthy elite. Although he did not question this technology, he also spoke in favour of endothermic engines capable of using biofuels and biomethane. He added: «Support must be linked to the fact that the industry must

Commission on the economic, fiscal and financial situation of the countries that have signed up to an ESM adjustment plan, namely Greece, Spain, Portugal, Ireland and Cyprus. The individual reports show that the five economies are growing solidly and have the capacity to repay their debts».

[14] M. Lombardini, "Fit *for 55", il nuovo pacchetto climatico dell'UE e le sfide per l'Italia*, in *Ispionline.it*, 20 July 2021, notes that «the 55% target is extremely ambitious. By way of comparison, the EU reduced its emissions by 20% between 1990 and 2020. The Green Deal aims to reduce emissions from 20% to 55% in less than ten years. Evocative terms have been used to describe the package: 'Mammout package', or referring to the 14 July date of the energy revolution. Others have commented that 'Fit for 55', which can be translated as 'fit for 55', sounds like an advert for a gym».

[15] For more information, we recommend the following: A. Sileo, *L'auto elettrica resta una scommessa*, in *LaVoce.info*, 20 June 2022.

have a price that is affordable for the community. Today, the electric car is only for the rich. (...) The idea of replacing everything with electricity is unthinkable at the moment. It is a way forward, but we need to be less ideological and more rational and balanced». The government's line is therefore to move more gradually towards the end of the «commercialisation of endothermic vehicles from 2035» and to «promote the production of biofuels as far as possible» as an alternative to electric vehicles.

Adolfo Urso, the Minister for Enterprises and Made in Italy (Mimit), was also not entirely in agreement with the European decisions on petrol and diesel engines from 2035. The position he outlined is that of a commitment to «a more pragmatic approach on the part of the EU»«, in the hope of developing a plan to defend Italian-made vehicles in response to the protectionist policies of the United States and China. Obviously, the horizon is mainly to protect domestic production, to protect a sector mainly from a new incentive programme. The Italian government, confident that it will also face resistance in Germany and, above all, that it will have a new majority at European level after the 2024 elections, is therefore expecting a radical change in environmental and industrial policy that will abandon the objectives of combating harmful emissions and consolidate protectionism in favour of the European car industry». But the doubts of the countries are already well established, as has been clearly shown: «Too little oil or gas, when there are still not enough renewables: this is why, even in Europe, uncertainties and hesitations about stricter rules to meet the 2030 emissions reduction target are advancing (...). Despite the paradox, environmentalists should be happy about this. It shows that the policies implemented and announced in Brussels are really starting to bite. In reality, the uncertainties and hesitations show that we have been pushed into a corner without having made the fundamental choice between immediate and future costs»[16].

Meanwhile, in May 2023, Germany succeeded in getting what it considered necessary to protect its industry: it ensured that the alternative to the internal combustion engine was not only electric. This line is the same as that taken by the Italian government, which was excluded from this agreement, which would only apply to Germany and would require changes to the text to be approved. The words of the German minister, Volker Wissing, were eloquent: «We have succeeded in guaranteeing the element of technological neutrality in the regulation of fleet limits». The formula of «technological neutrality», used by both Germany and Italy, is what is saving the industry of the former of the two countries, thanks to the specific negotiation it pursued with the Commission.

[16] M. Ricci, *Le frenate sul "fit for 55" e il rischio di testa-coda delle politiche energetiche*, in *La Repubblica*, 5 June 2023: «This is a kind of 'calm down, comrades', but it does not solve the fundamental problem: imagining and designing the transition path from old to new energies, which cannot be a leap from one day to the next». One of the deputy governors of the Bank of Italy, Paolo Angelini, also pointed this out in a recent interview with Politico, stressing that «we cannot all at once and immediately disinvest from high-emission sectors».

However, the issue of developing sustainable transport and communications cannot be considered in isolation, as the environmental issue and challenge also requires attention to the difficulties of energy supply[17]. Since the beginning of the conflict between Russia and Ukraine, the European Union as a whole has had to find solutions to reverse its dependence on Russia[18]: during the period of searching for alternative sources of supply – turning to the countries of the Mediterranean and the East – the cost of energy and raw materials has risen sharply, increasing the costs for households and factories. In addition to the burdens they have to bear, which also have an impact on inflation and therefore the cost of living, the situation of an increasingly precious and difficult to obtain commodity, "energy", also makes it more difficult to carry out the works and projects envisaged in the National Recovery and Resilience Plan.

Europe's response to the general wartime energy shortage has taken the form of a plan launched in May 2022: called REPowerEU, it aims to help save energy, produce clean energy and ultimately diversify member countries' energy supplies.

The Italian government immediately saw an opportunity to revise the PNRR projects by linking them to REPowerEU, and therefore planned to revise the objectives and reformulate the priorities with a clear focus on the new lines drawn by the European level, whose efforts have already brought about significant changes. In fact, by September 2022, Russian gas will account for only 8% of all gas imported by pipeline into the Union, compared with 41% a year earlier: This result, which allowed European countries to face the winter of 2022 with limited fears about the possibility of guaranteeing heating and energy for production, was made possible by agreements concluded with other third countries to import gas by pipeline, by the joint purchase of liquefied natural gas (LNG), on the basis of strategic partnerships with Namibia, Egypt and Kazakhstan to ensure a secure and sustainable supply of renewable hydrogen, and finally by agreements with Egypt and Israel to export natural gas to Europe.

The effort to make Italy self-sufficient had already been made by the Draghi government in the aftermath of the conflict, when the President explained to Parliament some extremely relevant elements for understanding the prospects of our country: Italy was one of the European economies most tied to Moscow in terms of natural gas supplies[19], and therefore significantly affected by the Commission's

[17] For a more in-depth analysis of the issues, see the analysis of the Osservatorio dei conti pubblici italiani, Università Cattolica Milano: G. Galli, M. Garlaschi, F. Neri, C. Orlando, *Crisi energetica e rischio di spiazzamento dell'industria europea*, OCPI, 23 December 2022.

[18] See M. Giachetti Fantini, *La guerra russo-ucraina e l'approvvigionamento dell'energia*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2023; Id., *Conflitto russo-ucraino e crisi energetica: i decreti legge n. 50/2022, n. 115/2022, n. 144/2022, n. 176/2022 e n. 34/2023 tra proroga delle misure emergenziali e nuove soluzioni strutturali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2023; D. Bevilacqua, *La guerra in Ucraina e le fonti energetiche*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, RGA online, n. 31, 2022.

[19] See data reported by M. Galeotti, A. Lanza, *La guerra cambia le rotte del gas*, in *LaVoce.info*, 28 February 2022.

proposals to contain gas prices in Europe[20]. Member States agreed in December 2022 to limit price spikes, with a price cap on transactions from February 2023 if prices reach exceptional levels. This is a temporary market correction mechanism – the so-called price cap[21] – to be maintained until February 2024, and this arrival point was the result of an extremely hard-fought and troubled path, with deep divisions and contrasts between the states. The Draghi government had pushed hard for the price cap horizon, but the Meloni government initially distanced itself, opposing the Commission's proposals along with countries such as Germany and the Netherlands. At a later stage, however, Italy's position aligned itself with the steps taken by the European institutions, to the point of taking credit for the result achieved: Minister Gilberto Pichetto and the Prime Minister herself stressed the merits of their cabinet's contribution to the achievement of what was described as «the victory of Italian and European citizens demanding energy security». On the other hand, Stefano Besseghini, head of the regulator Arera, acknowledged the benefits of lower gas prices, but pointed out that they were still high in absolute terms and hardly compatible with competitive industrial production.

The political significance of this shift in decision-making to the European level can be summarised as follows: "and in the end it will be a price cap". «The European Union has agreed to cap the price of methane. A purely political decision that bears two hallmarks: that of Mario Draghi, who was the first to propose one of the measures most feared by Vladimir Putin's Russia, and that of Giorgia Meloni. The Prime Minister, it is no secret, has taken up Draghi's fight, repeatedly banging his fist on the table and urging Brussels to find convergence on the price cap»[22].

The Italian government has always been at the centre of these negotiations, even if its positions have varied greatly: it has thus been able, mainly for the sake of internal consensus, to turn in its favour an operation that is not so decisive in terms of economic benefits, but which represents yet another chapter of confrontation and showdown between European states. Finally, a proposal put forward by the Italian Prime Minister constitutes another part of the strategy for energy independence, but it also concerns policies of a different nature, as will be argued in the following paragraph.

Giorgia Meloni has repeatedly mentioned a revival of the so-called Mattei Plan, which would see the EU and African states working together on security. Italy's orientation towards the Mediterranean therefore seems to be the original element of the conservative government, which, both for reasons of security of supply – in such a model Italy would become an energy hub in the Mare Nostrum – and for the need

[20] S. Villani, *Considerazioni sul principio di solidarietà energetica nel quadro giuridico dell'UE*, in *Federalismi*, n. 5, 2023, sets out the European Commission's commitment to energy security.

[21] The following technical considerations of S. Benedettini, C. Stagnaro, *Cinquanta sfumature di price cap*, in *Federalismi*, n. 18, 2022, may be useful for a better understanding of the topic.

[22] G. Zapponini, *L'Europa, il price cap e quell'impronta italiana. Come funziona il tetto al gas*, in *Formiche.net*, 20 December 2022.

to counteract migratory flows from the south to the north of the planet, seems to be attracted by a system of relations with the African continent rather than by synergy with other European capitals. The attempt has not yet yielded significant results, but it is emblematic of a geopolitical positioning that recent needs – related to energy and migration – have helped to bring to the fore. It is precisely the issue of migration that needs to be addressed. The intention has not yet produced significant results, but it is emblematic of a geopolitical positioning that recent needs – related to energy and migration – have helped to bring to the fore. It is precisely the issue of migratory movements that now needs to be addressed.

4. *The challenge of managing increased immigration flows*

In addition to energy security, the other emergency that Giorgia Merloni's government has had to face since it took office is migration. Already in 2022, the number of migrants arriving by sea was on the rise, and in 2023 it tripled: more than 14,000 landings, compared with more than 5,000 the previous year and more than 4,000 in 2021[23], in a crescendo of rejection of a phenomenon that is now out of control. The most tragic episode was the massacre of innocent people on the Calabrian coast: a boat leaving from Turkey, with about 250 migrants from Iran, Pakistan and Afghanistan on board, did not have the strength to withstand a very rough sea in the middle of winter and broke up on the night of 26 February 2023, not far from the coast, in the town of Steccato di Cutro.

The head of state, Sergio Mattarella, first pointed out that «many of these migrants came from Afghanistan and Iran, fleeing from very difficult conditions», and then called for «a strong commitment by the international community to eliminate the causes of migratory flows»: «The European Union must finally assume concrete responsibility for managing the migratory phenomenon, taking it away from the traffickers and committing itself directly to a common migration policy».

The room for manoeuvre at the supranational level is self-evident, and indeed, just a few days before this dramatic event, the European Council had once again shirked its responsibility to take decisions on a common immigration policy. The Dublin Regulation remains the apparently insurmountable legal framework – there has been only one attempt to amend it, proposed by the Commission[24] – as no European country has expressed a genuine desire to go beyond it. As is well known, the Dublin Convention imposes an obligation on the State of arrival to identify and detain migrants after disembarkation for the time necessary to examine their asylum

[23] The upward trend was also predictable, as the analysis by M. Zacchera, *Migranti, in arrivo la tempesta annunciata. Numeri e prospettive*, in *Formiche.net*, 11 May 2021.

[24] For this proposal see G. Morgese, *La "nuova" solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *Federalismi*, n. 35, 2020.

application. Alternatively, a mechanism for the fair distribution[25] of asylum seekers among the 27 states of the Union is what countries like Italy have long been calling for.

The possible Italian responsibilities in this tragic accident at sea are still being established – it was not possible to carry out a rescue operation with two patrol boats and the question is why the coastguard did not intervene – but the episode has similarities and links with the line that the government has been taking on immigration since it came to power[26]. The first positions envisaged the implementation of a military naval blockade off the coasts of the countries with the highest number of departures, but gradually the prospect of this tenor has receded in view of the costs it would entail and its difficulty of implementation. In general, however, the logic expressed by the government is one of incomprehension, if not outright rejection, of the reasons that lead migrants to undertake journeys that involve a real risk to their lives; and of studying solutions to discourage departures and, above all, landings.

At the end of 2022, the focus of government policy changed and NGOs became the target of its interventions. A new code of conduct, adopted as a matter of urgency on 2 January 2023, introduced measures to stop mass arrivals: Decree-Law No. 1/2023 on *Disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori* obliges NGOs to carry out only one rescue at sea, giving immediate notice, stating the number of migrants on board, to proceed to the indicated port, without picking up other foreigners along the way. Failure to comply will result in fines and the confiscation of the boat.

However, the subsequent maritime disaster off the coast of Cutro prompted the government to introduce further new regulations, mainly characterised by a tightening of criminal sanctions against those who facilitate illegal immigration, as well as a reduction in the requirements for residence permits and forms of protection, with a now obvious tendency to discourage entry, determined by the desperate journeys of people fleeing contexts of violence and persecution.

In the face of the Union's inertia, the government then tried to follow its own path, based on a new plan to curb the development of migratory flows. As we have

[25] C. Bertolino, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza degli Stati*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018.

[26] The Ispi editorial team broke the news the day after the tragedy in *La strage dei migranti*, in *Ispionline.it*, 27 February 2023, with a comment by M. Villa: «Europe still has no recipes. Or rather, it has only one: close the borders, send back those who have arrived illegally. The problem is that iron will and stentorian declarations are not enough to stop people from leaving. There are always more. That is why, without more concrete proposals (such as opening more regular channels than the miserable numbers of today), tragedies are destined to repeat themselves. 60% of those arriving in Italy from Turkey are Afghans and Iranians. Once they arrive here, these people have a more than 90% chance of being protected. But until they touch European soil, these same people do not 'deserve' asylum. It is around this paradox that, eight years after the 2015 refugee crisis, European chancelleries continue to go round in circles».

seen, the desire to revive the Mattei Plan, which obviously does not sound the same today, seventy years after it was drawn up, has been reiterated by the Prime Minister and certain ministers, and is being developed in solutions designed for other times and other geopolitical balances. The logic behind this strategy was well illustrated as follows: «In this respect, the Prime Minister has announced that an international conference on migration and development will be held in Rome in the near future, with the participation of the countries on the southern shore of the Mediterranean, the Middle East and the Gulf Cooperation Council, with the aim of 'bringing together all the needs related to a phenomenon that must be tackled at 360 degrees'. All will bring cases and contributions, with Italy ready to 'listen to the various needs and create projects to attract funding'. The outline is contained in the Mattei Plan, an instrument that the government intends to use in this sense»[27]. However, the government's expectations have to be reconciled with the fact that Tunisia is in a difficult economic and financial situation. Tunisia's exit from this critical scenario could depend on an agreement between the country and the International Monetary Fund, for which Giorgia Meloni has decided to use her influence. Indeed, «the 'Tunisian case' is at the top of the list of Italian concerns within the migration dossier. In recent weeks the number of people leaving the country for Lampedusa has increased as a result of a serious crisis that is strangling the country's economy. There is little data to take the pulse of the situation: an inflation rate of 10%, public debt close to 100% of GDP and unemployment stable at 15%»[28]. Negotiations with the IMF came to a standstill because of the Tunisian government's authoritarian turn and the loss of any democratic dimension in the country's life: the Italian government's attempt at mediation resulted in a trip by the Prime Minister in June, accompanied by the President of the Commission. The fruits of this mission were not reaped, however, because of the intransigence of the Tunisian President, who was not inclined to play the role of the one who must stop the journeys of hope of so many people who are now in despair. To which Europe does not seem to want to give an answer, and Italy, in this passage, seems to want to take the lead in a game that seems to be more complex than one imagines, when «in this context, not only are the Tunisian authorities unable to deal with the trafficking of foreigners who use the short distance from the Italian coast as a departure point for those from the southernmost African countries who are desperate to reach the Mediterranean, but

[27] F. De Palo, *Così Meloni prova a sbloccare la partita migranti e Fmi*, in *Formiche.net*, 6 June 2023.
[28] *Consiglio europeo e il 'caso' Tunisia*, in *Ispi.online*, 23 March 2023.

Tunisians themselves are now trying to flee Tunisia because of the restriction of freedoms and the increasingly impoverished living conditions»[29].

The success of such an operation certainly goes beyond the efforts of individual governments, so that that of the Italian government takes on the characteristics of a solitary enterprise, which – despite all the evidence – is aimed at securing a result for Italy, and which still represents a closure with regard to a development that should rather be managed jointly at European level[30].

It is worth noting that a new agreement was reached in June 2023 that was supposed to lay the foundations for a review of the Union's immigration policy: a not too courageous step that introduced a kind of "monetisation" of European solidarity, providing for countries that do not intend to receive refugees to make an equivalent contribution in the form of a transfer of financial resources in favour of states that instead open up to the influx of migrants. Two countries have particularly contested the agreement: Poland and Hungary, which are politically close to Italy, have expressed strong opposition, but despite the traditional harmony with these countries, the Italian Prime Minister decided instead to express his satisfaction with the result of the laborious negotiations and, as on several previous occasions, to extol the merits of his own contribution and his steadfastness in reaching the solution.

5. *Supporting Ukraine in its conflict with Russia*

Italy's position on the conflict in Eastern Europe, under both Mario Draghi's and Giorgia Meloni's governments, has been one of immediate alignment with the European approach: the latter, however, has managed to imbue its devotion to the Ukrainian cause with nationalist connotations, which have once again given an 'identity' connotation to our Republic's support. Although the Constitution gives clear guidance on support for wartime conflicts[31].

---

[29] E. Rossi, *Come affrontare la questione Tunisia secondo Mezran e Melcangi*, in *Formiche.net*, 13 June 2023. The author adds: «Saied is fighting against Western financial institutions using, as I said, a form of narrative similar to that of other countries that intend to seek alternatives through shores such as Brics and other spheres of influence - the bilateral relationship with China, for example - but the problem is that in reality China first links its possible activities to the release of IMF aid, which alone could trigger a virtuous circle of economic recovery that would allow Beijing to invest profitably».

[30] A. Patroni Griffi, *La gestione dell'immigrazione in Europa*, in *Federalismi*, n. 4, 2022.

[31] Italian constitutionalists have studied the coherence of the Republic's involvement in the Ukrainian-Russian conflict in the light of the coordinates of the Fundamental Charter: see the contributions by G. L. Conti, *Aristotele, l'atimia e la guerra in Ucraina*; A. Algostino, *Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2022. In addition the entire dossier in *Costituzionalismo*, n. 1, 2022 entitled *Guerra/Questioni di giustizia*, with several essays: in particular G. Azzariti, *La Costituzione rimossa*; M. Dogliani, *Amica Ucraina, sed magis amica veritas*; M. Volpi, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*. See also F. Bilancia, C. De Fiores, P. Marsocci, L. Ronchetti, M. Ruotolo, *Guerra e Costituzione*, n. 1, 2003. See also several interviews by G. Azzariti, C. De Fiores, C.

The peculiarity of the perspective invoked by the government that took office in 2022 is the ideological value it attached to the reaffirmed support for President Volodymyr Zelensky and his country: applauding his commitment to «do everything necessary to defend its freedom, sovereignty and identity», the Italian Prime Minister compared the Ukrainian struggle to the period of the Risorgimento in Italy, when our people proved to be a nation. She therefore confirmed Italy's willingness to provide Kiev with military, financial and civil support «so that the conditions for negotiations can be created», arguing that «those who support Ukraine militarily are those who work for peace»[32]. In a letter to the Corriere della Sera on the occasion of the national holiday on 25 April, the President expressed the hope that the love of freedom and democracy would not be lost because, 78 years later, «it is still the only true antidote to all totalitarianism. In Italy and in Europe. An awareness that has led the European Parliament to condemn unequivocally and definitively all the regimes of the 20th century, without exception, with a resolution of September 2019 in which I fully recognise myself and which the Fratelli d'Italia Group, together with the entire family of European conservatives and the entire centre-right, voted for without any hesitation (unlike, unfortunately, others). A resolution that takes on even greater value in the current context, given the heroic resistance of the Ukrainian people in defence of their freedom and independence against the Russian invasion»[33].

These fundamental convictions underlie the Italian government's strong commitment to supplying arms to Ukraine, also in the wake of the Union's increased commitment to providing that country with the means to turn the outcome of the conflict in its favour: despite the fact that the Italian Constitution points to a completely different horizon, namely the choice of peace between peoples rather than armed support[34]. Moreover, the implications of supporting the Ukrainian people's reasons for strengthening military production are in line with the orientation of several other EU states – certainly not those that do not intend to take such an openly anti-Russian stance, first and foremost Hungary, which in May stopped financing arms to Ukraine – that are investing massively in the development of industrial production in the function of war.

As we have seen, a number of European initiatives in recent years have been aimed at creating tax incentives for transnational military projects[35] – drones and

---

Pinelli, M.Ricciardi and A. Giannelli in *Orizzonti del diritto pubblico*, 12 giugno 2022, https://www.orizzontideldirittopub.com/ category/guerra/

[32] C. Masi, *Ucraina, Africa, Usa e Cina. Cosa (non) ha detto Meloni al "Foglio"*, in *Formiche.net*, 21 April 2023.

[33] G. Meloni, *Meloni: democrazia e libertà ora difendiamole in Ucraina. Fascismo, noi incompatibili con qualsiasi nostalgia*, in *Corriere della Sera*, 25 April 2023.

[34] G. Pistorio, La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali, in Rivista AIC, n. 4, 2022.

[35] See the data and analysis by A. Missiroli, *Chiamata alle armi per l'industria della difesa*, In *Ispionline.it*, 24 February 2023.

logistics – and in Italy, too, this orientation could lead to industrial policy choices aimed at supporting those productive sectors that are functional to Ukraine's resilience and to a favourable resolution of the conflict.

This brings us to a final point of analysis of the relationship between Italy and the European Union in the current phase of the mandate of Giorgia Meloni's government: that of the use of the financial resources of the Recovery and Resilience Facility (RRF), intended to complete the projects envisaged in the National Recovery and Resilience Plan (PNRR), for armaments. The political forces linked to the government majority in Italy have considered the possibility of using both the financial resources of the PNRR and the European Cohesion Funds to support this extraordinary expenditure. This chapter is part of the broader critical passage of Italy's ability to use productively and fully the amount of subsidies associated with European financial arrangements: this development should be addressed in conclusion.

6. *PNRR and prospects for change in Italy*

The critical issues on the horizon in mid-2023 are effectively illustrated as follows:

«The implementation of the NRP was closely linked to a comprehensive reform plan. This, at least, was clear to the European authorities. The plan could and can only be an effective economic and social stimulus if the administrative structures and procedures with which its objectives are to be developed are changed. (...) Without administrative simplification, unbureaucratisation, single texts and overcoming the conflict of competences between public administrations, we will continue to flounder between empty efficiency ideologies and equally impotent controlist ambitions. The example of health care is even more obvious. Until we understand that the institutional structure of the system is out of kilter, that each region is almost sovereign, that no authority really regulates and coordinates spending, that the relationship between public and private is becoming more and more unbalanced in favour of the latter, we will continue to spend billions without achieving anything. And all of this points to the need for a profound review of the issue of autonomy and the reorganisation of powers between the various subjects that, according to the Constitution, make up our State. The possibility of access to health care is a fundamental right, as is access to education. These are fundamental chapters in the disintegrating welfare state. Like health care, schooling has ceased to function as social promotion, a primary opportunity for the cultural and economic growth of the individual. And will it be investment in computers and new equipment for online teaching and so on that will improve the situation? Or will it be motivated and decently paid teachers? Or rather scholarships, advance salaries, student accommodation? It is the link between the plan and structural reforms that has not

been brought into focus – and if it jumps, it will jump the plan in its strategic objectives. Development cannot be achieved with mere debt. It can be done with serious reforms. The knots summarised above seem to be outside the government's cone of light, but they are certainly not in the centre of the opposition's cone of light» [36].

Much administrative and constitutional law literature has addressed the challenges and problems of the National Recovery and Resilience Plan, highlighting opportunities and contributions[37].

Faced with this scenario of reforms necessary for the country's progress and the administrative inability to carry them out, Giorgia Meloni's government seems to be heading towards a revision of the projects originally proposed by Italy and approved by the Union, and a consequent renegotiation of resources: it seems that the executive – according to the disorderly statements of ministers and vice-ministers – is no longer interested in them as a whole, fearing the risks of new debt in the face of objectives that are difficult to achieve.

In the parliamentary hearings in April devoted to the Def, both the Minister for Economic Affairs and Finance and the Governor of the Bank of Italy unravelled the knots in the plan's implementation. Ignazio Visco acknowledged the reliability of the overall growth picture painted by the DEF, but he did not fail to point out that «the uncertainties that still surround the growth trend make the implementation of the National Recovery and Resilience Plan crucial, as it could contribute to providing stability (...). These prospects are surrounded by extraordinary uncertainty, with significant downside risks. In such a context, the stabilising role of policy has been and remains relevant: in order for the instruments already available, in particular the interventions financed by the NRP, to be fully effective, it is crucial that their use be characterised by timeliness and efficiency». Equally eloquent were the remarks of Minister Giancarlo Giorgetti, who wished to start from the premise that Italy does not intend to deviate from the European fiscal path: «In 2024, the derogation clause of the Stability and Growth Pact will no longer be active. The next manoeuvre must be in line with the rules of the Stability Pact». He warned against the prospect of spending without having the resources: «The trend in interest expenditure, which will exceed 100 billion euros in 2026, must make us reflect on the tendency to use debt to finance legislative measures. It will therefore be necessary to pay the utmost attention to the definition of coverage, not only in terms of net balance and net borrowing, but also in terms of the needs of public administration and the cash forecast». In short,

[36] M. Cacciari, *Senza le riforme il Pnrr fallisce*, in *La Stampa*, 9 June 2023: italics have been added.

[37] See M. D'Alberti, *Il PNRR nel contesto delle pianificazioni*, M. Libertini, *Per una ripresa della cultura della programmazione. A proposito di PNRR e problemi di tutela dell'ambiente* e A. Sandulli, *Problematiche generali dell'attuazione del PNRR*, in *Federalismi*, 15 February 2023. See also A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2022; B.G. Mattarella, L. Fiorentino, M. Cardone (eds.), *L'attuazione del PNRR. Uno sguardo al futuro*, in *Amministrazione in cammino*, 31 ottobre 2022.

we go from 75 billion in 2023 to 100 billion in 2026: «these figures should make us reflect on the use of debt, which further reduces budgetary margins»[38]. The link between compliance with European *fiscal rules* and the challenges posed by the NRP requires a careful assessment by the government.

The suspension of the Stability and Growth Pact in 2020, coinciding with the violent outbreak of the pandemic, is about to come to an end if the Union maintains its intention to reform this regulatory framework from the beginning of 2024: this means – in the Minister's view – that rigour in the management of public accounts must not be lost, even in the face of the scenario of extraordinary funds distributed as a result of the Next Generation EU, the use of which, if not balanced, could generate new debt without bringing about effective changes in the system.

The concerns of the Government of Giorgia Meloni regarding the inadequacy of so many administrative structures in Italy with regard to the requirements of the PNRR led to the adoption of Legislative Decree no. 13 of 24 February 2022, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune*, which introduced significant changes in the governance of the implementation of the Plan: the reform of the so-called "steering committee" is certainly aimed at speeding up the implementation of the reforms, but it also signals «some lines of development of longer-term endo-governmental relations, as well as some influence on relations with the European Union». The reform of the so-called 'control room' is certainly aimed at speeding up the completion of the reforms, but it also signals «some lines of development of longer-term endo-governmental relations, as well as a certain influence of relations with the European Union on the configuration of the executive». The new discipline is intended to strengthen the figure of the prime minister[39], also to cope with «the growing influence of relations with the European Union on the configuration of the executive»[40].

---

[38] G. Zapponini, *Avanti, adagio. La crescita (e il Pnrr) secondo Giorgetti e Bankitalia*, in *Formiche.net*, 20 aprile 2023.

[39] C. Tozzi, *Procedure normative per l'attuazione del PNRR: tra vecchie e nuove prospettive di riforma*, in *Federalismi*, n. 3, 2023, offers an analysis about this evolution. See also F. Polacchini, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2022; A. Tabacchi, *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *Federalismi*, n. 9, 2023.

[40] G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2023, pp. 226 ss. The author recalls the doctrine that has already measured itself in the analysis of the impact of the NRP on the decision-making dynamics of the national form of government: A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2022; G. Menegus, *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2021; N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi*, n. 23, 2022; S. Niccolai, *L'influenza del PNRR sui processi di decisione politica*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022.

The aim is to concentrate the various European funds under the same unified political management: a "PNRR Mission Structure" has thus been created, with the task of maintaining relations with the Commission and examining proposals for changes to the PNRR; with the consequent abolition of the Agency for Territorial Cohesion and the transfer of its functions to the Cohesion Policy Department of the Presidency of the Council of Ministers, also with the aim of «promoting integration between cohesion policy and the PNRR», as provided for in art. 50 of Legislative Decree no. 13/2023. Political negotiation thus seems to be the strategy in which the government has mainly invested, in a logic of strengthening the Presidency of the Council in order to guarantee the preservation of the unity of the political-administrative direction.

It is still too early to assess the results that the PNRR will produce in the country's economic and social system: what can already be seen is how this investment plan can have a powerful impact not only on changing the face of the national community – as was the intention of the European initiative inspired by solidarity with the States most tried by the pandemic crisis – but also on the complex of powers that lie within the government's domain and on relations between the Republic and the European Union. The latter appear to be characterised by a collaborative confrontation aimed at seeking useful solutions – both for the European and national levels – but repeatedly orientations of the Italian executive have emerged and continue to appear that are not always aligned with the spirit of European integration. Such result seems to be the result of a vision of the same integration process on the continent that is only partially based on an identity of views with the rest of the community of States.

***

Abstract: With reference to Italy's relations with the European Union, the paper analyses the positions and initiatives of the government of the Republic that took office at the beginning of the 19th legislative period. The issues of immigration, the signing of the ESM, the Russian-Ukrainian war, energy and environmental policy and the management of the resources of the Next Generation EU have been addressed by Giorgia Meloni's government in accordance with a precise ideological and identity line: this approach must be understood in terms of the objectives it pursues and the effects it produces in relations with the other states of the Union.

Abstract: Con riferimento ai rapporti dell'Italia con l'Unione Europea, il saggio analizza le posizioni e le iniziative del Governo della Repubblica insediatosi all'inizio della XIX legislatura. I temi dell'immigrazione, della firma del Mes, della guerra russo-ucraina, della politica energetica e ambientale e della gestione delle risorse del Next Generation EU sono stati affrontati dal governo di Giorgia Meloni secondo

una precisa linea ideologica e identitaria: questo approccio va compreso in funzione degli obiettivi che persegue e degli effetti che produce nei rapporti con gli altri Stati dell'Unione.

Keywords: Italian Government – ESM – war – immigration - Next Generation EU

***

Camilla Buzzacchi – Professoressa ordinaria in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli studi di Milano Bicocca (camilla.buzzacchi@unimib.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

From political to technocratic government and back: the source of legitimacy in the government building in Italy *

Andrea De Petris

TABLE OF CONTENTS: 1. Government building in Italy. – 2. The 2018 elections. – 3. The Conte I Government. – 4. The Conte II Government. – 5. The Draghi Government. – 6. The reasons that led to the appointment of the Draghi Government. – 7. The 2022 general elections. – 8. Electoral flows in the 2022 elections. – 9. The Meloni Government. – 10. Government building in Italy, between political and institutional responsibility.

1. *Government building in Italy*

In Italy, the formation of a government during a legislature, which usually lasts five years, follows the procedure set out in Art. 92 of the Constitution[1]. In practice, according to custom, the formation of the government takes place through a complex process that can be divided into several phases: the consultations, the appointment, the swearing-in and, finally, the confidence phase, as provided for by Artt. 93[2] and 94[3] of the Constitution and by L. no. 400 of 23 August 1988[4].

However, even after taking office, the government may be affected by reshuffles and crises which may lead to its resignation without necessarily entailing the early dissolution of the legislature and the consequent early elections. In any case, it is up to the President of the Republic to decide to dissolve Parliament and call new elections

* The article has been subjected to double blind peer review, as outlined in the journal's guidelines. This contribution is part of a special Focus on "Recent Developments in the Italian constitutional experience: a look from within".

[1] Art. 92 Cost.: "The Government of the Republic is made up of the President of the Council and the Ministers who together form the Council of Ministers.

The President of the Republic appoints the President of the Council of Ministers and, on his proposal, the Ministers."

[2] Art. 93 Cost.: "Before taking office, the President of the Council of Ministers and the Ministers shall be sworn in by the President of the Republic."

[3] Art. 94 I-III Cost.: "The Government must receive the confidence of both Houses of Parliament.

Each House grants or withdraws its confidence through a reasoned motion voted on by roll-call.

Within ten days of its formation the Government shall come before Parliament to obtain confidence."

[4] L. 23 agosto 1988, n. 400. Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Published in the Gazzetta Ufficiale on 12 September, n. 214 S.O.

at any time during his term of office, with the sole exception of the "white semester" provided for by the Constitution[5].

Informal consultations held by the President of the Republic are a procedure by which the Head of State initiates the formation of a government. The President is not obliged by any article of the Constitution to hold such consultations, but it is a well-established constitutional practice[6] for him to invite the leaders of the parliamentary groups and the representatives of the coalition parties, together with the Presidents of the two Houses of Parliament (Chamber of Deputies and Senate), who must in any case be consulted when the Houses are dissolved, as well as former Presidents of the Republic as senators for life. In addition, at the discretion of the President, other personalities may be consulted who, in his opinion, can help to find a person capable of forming a government and of obtaining the necessary votes of confidence in Parliament.

In any case, although it is not expressly provided for in the Constitution, in the event of a government crisis characterised by uncertainty or conflict, the task of forming a new government may be preceded by an exploratory mandate, which is generally given by the Head of State to an institutional office such as the President of the Chamber of Deputies or the Senate[7]. This mandate becomes necessary when the

[5] Art. 88 Cost.: "In consultation with the presiding officers of Parliament, the President may dissolve one or both Houses of Parliament.

The President of the Republic may not exercise such right during the final six months of the presidential term, unless said period coincides in full or in part with the final six months of Parliament." The "white semester" is the period corresponding to the last six months of the term of office of the President of the Republic, during which the President is not allowed to dissolve the Chambers unless it coincides with the last six months of the legislature. The purpose of this restriction is to prevent coups by the President, who could resort to dissolving the Chambers when there is little time left before the end of his term of office, with the intention of postponing the election of his successor or even of eliminating a Parliament that does not support his re-election or of electing a candidate of his choice. Recently, there has been a doctrinal and political debate on the advisability of maintaining the "white half-year" as a limit to the power of the Head of State to dissolve Parliament, given the risk of institutional deadlock that could arise if the Chambers were in a state of objective incapacity, for example following the collapse of the majority in office and the impossibility of finding an alternative capable of commanding the confidence of the government, when the President of the Republic is in the last six months of his term of office. According to some, one solution could be to abolish the possibility of the incumbent President being re-elected, thus making the White Semester unnecessary, as the outgoing Head of State would have little interest in influencing the composition of the new chambers in the event of an early dissolution. On the issue s. A. Gigliotti, *Il semestre bianco nel quadro del potere di scioglimento anticipato delle Camere*, in *Nomos* 3/2021. In favour of abolishing the white semester to avoid the risk of unresolvable institutional deadlocks E. Furno, *Il settennato presidenziale tra rieleggibilità e semestre bianco*, in *Nomos* 1/2023.

[6] G.U. Rescigno, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, spec. p. 2-5.

[7] This is what happened, for example, in 1987, when the crisis of the II Craxi Government prompted President Cossiga to give an exploratory mandate to Nilde Iotti, then President of the Chamber of Deputies.

President of the Republic's consultations have not led to any conclusive indications for the formation of a government: for example, when the political situation is particularly fluid and unclear, and in the absence of a fully agreed solution to the political crisis, the holder of the exploratory mandate is called upon to carry out less formal consultations than those carried out by the Head of State, in the hope of creating the conditions for the formation of a government.

What differs from the institution of the exploratory mandate is the pre-appointment[8], which is entrusted to the person who is asked to carry out further informal consultations and who, usually, but not always, coincides with the person to whom the President of the Republic would then probably entrust the task of forming the government, assuming that the checks carried out are concluded with a positive outcome[9]. A further case is that of the reappointment, which occurs when, following a government crisis, the President of the Republic assigns the task of setting up a new government to the same Prime Minister who has just resigned: he usually proceeds to reshuffle, i.e. to change the composition of the government, replacing ministers or undersecretaries as a consequence of the changed political situation compared to the one existing at the time of the formation of the previous government[10].

However, outside the above-mentioned hypotheses, the Head of State normally gives the task directly to the person who, on the basis of the indications of the political groups and institutional actors consulted, proves capable of forming a government and of gaining the confidence of both Houses of Parliament. It should be noted that, unlike in other legal systems, the person appointed to form the government does not necessarily have to be a member of Parliament. In practice, the Head of State never makes the appointment directly, either when the parliamentary majority is clear and the choice of Prime Minister is essentially a foregone conclusion, or even less so when the political situation is more complex and undefined. In fact, the practice provides for an intermediate step in which the Head of State summons the potential Head of Government, identified by the representatives of the parliamentary groups during the consultations, to the Quirinal Palace in order to appoint him.

---

[8] For a recent analysis on the differences between the described options, s. A. Morelli, *Mandati esplorativi, incarichi e preincarichi: di cosa stiamo parlando?*, *Lacostituzione.info*, 9 May 2018.

[9] However, it is by no means a granted fact that a pre-appointment is followed by the formation of a government by the mandate holder: in 2013, for example, President Napolitano gave MP Pier Luigi Bersani not the task of forming the government, but rather that of verifying the existence of a majority in the two Houses of Parliament, s. Lippolis, G. M. Salerno, *La presidenza più lunga. I poteri del Capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna 2016, p. 69-74. Another recent case of pre-appointment occurred in 2008, when President Napolitano asked Franco Marini, then President of the Senate, to form an institutional government. On this occasion, however, the crisis situation proved to be particularly complex and not even the intervention of the second highest office of the State was able to resolve it: a few days after the pre-appointment, Marini had to note the unwillingness of most parties to support a government and renounced the appointment, effectively forcing Napolitano to prematurely dissolve Parliament and call new elections, s. *Id.*, 39-40.

[10] A. Gigliotti, *Incarico, preincarico e mandato esplorativo*, in *Ballot* 23.3.2013.

The mandate to form a government is given in the usual way: it is conferred verbally, at the end of an interview between the President of the Republic and the person chosen. The Secretary General of the Presidency of the Republic announces the appointment by means of a press release. Once the office has been conferred, the President of the Republic cannot, as a rule, interfere in the decisions of the person in charge, nor can he revoke the mandate: it is possible, however, for the Head of State to intervene in the choices made by the Prime Minister in charge, for example with regard to the composition of the government[11]. Cases of "moral suasion" are also not excluded, whereby the Head of State, in the course of the talks in which the consultations take place, makes the summoned personalities or the person himself about to be appointed Prime Minister aware of any expectations of the Quirinal Palace on the objectives that the future Government should achieve.

Except in exceptional cases[12], it is customary for the President of the relevant Council of Ministers to accept the appointment subject to a reservation and to hold brief consultations with the parliamentary forces to ascertain whether there is a possibility of gaining the confidence of Parliament in a government under his leadership. At the end of these consultations, he goes to the Quirinale to report to the Head of State and to withdraw the reservation with a positive or negative result, in the latter case renouncing the task of forming a government. If the reservation is lifted, the decrees appointing the Prime Minister in charge and the proposed ministers are signed and countersigned[13]. The process then ends with the President of the Republic issuing three separate decrees:

- The decree appointing the President of the Council (countersigned by the appointed President of the Council to confirm his acceptance);
- The decree appointing individual ministers (countersigned by the President of the Council);
- The decree accepting the resignation of the outgoing Government (also countersigned by the President-in-Office of the Council).

In the period between this appointment and the eventual swearing in of the new government, a prime minister in office and a prime minister who has resigned but is still formally in office coexist.

---

[11] See the case of Paolo Savona, initially indicated as Minister of Economy for the Conte I Government, then transferred to another post due to President Mattarella's unwillingness to proceed with his appointment, *infra* par. 3.

[12] This was the case, for example, with Silvio Berlusconi's decision in 2008 to accept the post unconditionally and immediately announce the list of ministers. This decision was explained by the clear electoral victory of the centre-right coalition, of which Berlusconi was the prime ministerial candidate, which enabled him to count on a large majority in both chambers.

[13] On the role of the President of the Republic and his decision-making autonomy with respect to the person to be appointed Head of Government s. V. Baldini, *Qualche osservazione sul potere del Capo dello Stato di nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Rivista AIC* 1/2013, 29 March 2013.

Before taking up their duties, the Prime Minister and the Ministers must take the oath provided for in Art. 93 of the Constitution[14]: the oath, by which each minister takes an oath in the hands of the Head of State and recites a short formula[15], is the instrument which attests to the acceptance of the appointment by each minister. By taking the oath, the members of the Government express and acknowledge the duty of loyalty to which they are bound, not only as citizens, but above all as persons entrusted with fundamental public functions[16]. Once the oath has been taken, it is signed by the newly appointed minister and the President of the Republic. In reality, however, the oath of office only allows for a provisional entry into office, since its confirmation depends on the positive outcome of the vote of confidence by the two chambers.

Art. 94 of the Constitution[17] stipulates that the Government, once formed, must present itself to the two Houses within ten days to ask for a vote of confidence, even though the Government is already fully operational once it has been appointed. However, for reasons of expediency and institutional fairness, it should avoid taking any action that goes beyond ordinary administration until it has been confirmed in office by a vote of confidence by a majority of the members present in both Houses. The vote of confidence is expressed by means of a reasoned motion tabled by the political groups in both Houses and a roll-call vote. As a rule, the passage through Parliament is regarded as a formal exercise, since it is assumed that the various consultations have led to the identification of a Prime Minister and a Government likely to receive the favourable vote of at least a simple majority of the members of both Houses present at the vote. In the event of a negative vote, as has sometimes been the case[18], the government must resign before the Head of State, who normally

[14] Art. 93 Cost.: "Before taking office, the President of the Council of Ministers and the Ministers shall be sworn in by the President of the Republic."

[15] The ritual formula of the oath reads: "I swear to be loyal to the Republic, to loyally observe its Constitution and laws, and to perform my duties in the exclusive interest of the nation".

[16] Art. 54 Cost.: "All citizens have the duty to be loyal to the Republic and to uphold its Constitution and laws.

Those citizens to whom public functions are entrusted have the duty to fulfil such functions with discipline and honour, taking an oath in those cases established by law."

[17] S. Note 5.

[18] Since 1946 there have been five governments which, after being appointed and sworn in, did not receive the confidence of the Chamber of Deputies: the eighth De Gasperi government, which was sworn in on 16 July 1953 and failed to obtain the confidence of the Chamber of Deputies twelve days later; the first Fanfani government, which was sworn in on 20 January 1954 and failed to obtain the confidence of the Chamber of Deputies on 30 January; the first Andreotti government, which was sworn in on 8 February 1972 and failed to obtain the confidence of the Chamber of Deputies nine days later; the fifth Andreotti government, sworn in on 31 March 1979, which failed to obtain a vote of confidence at the behest of the same executive, which had been set up expressly to highlight the lack of majorities in the chambers and facilitate their early dissolution; the sixth Fanfani government, sworn in on 18 April 1987, which was rejected by Parliament ten days later, leading to early elections, again at the behest of the Christian Democratic Party, Fanfani's own party, which thus obtained an early return to elections,

asks the government to remain in office in order to deal with current affairs: at the same time, the President of the Republic considers whether to call a new round of consultations in order to find a possible alternative head of government to the one that has resigned, or whether to opt for the early dissolution of Parliament.

2. *The 2018 elections*

On 4 March 2018, elections were held for the renewal of Parliament, following the dissolution of the Chambers decided by the President of the Republic, Sergio Mattarella, on 28 December 2017, shortly before the natural end of the 17th Legislature, scheduled for 14 March 2018. They voted to elect 630 deputies and 315 senators on the basis of the electoral law adopted in 2017, nicknamed *Rosatellum bis*[19], applied for the first time on this occasion and named after its creator, Ettore Rosato. The law provides for a mixed proportional/majoritarian electoral system, with complete separation of the two parts of the seats, essentially identical for the Chamber of Deputies and the Senate[20]. Specifically, the law provides that:

- 37% of the seats (232 in the Chamber of Deputies and 116 in the Senate) are allocated in an equal number of single-member constituencies according to the first-past-the-post system: in each constituency, the candidate with the most votes is elected;
- 61% of the seats (386 and 193 respectively) are distributed proportionally between the coalitions and individual lists that have passed the required national thresholds; seats are distributed nationally for the Chamber of Deputies and regionally for the Senate; for this purpose, multi-member constituencies are created in which the lists are presented in the form of blocked lists of candidates;
- 2% of the seats (12 for the Chamber of Deputies and 6 for the Senate) are allocated to Italians living abroad by postal vote, according to a proportional system with preferential voting.

The results showed the success of the centre-right coalition with around 37% of the vote, while the single list with the most votes, the 5 Star Movement, received over 32% of the vote. Voter turnout was 72.94% for the Chamber of Deputies and 73.01% for the Senate, a decrease of about 2.3% compared to the 2013 elections. According to the conversion of votes into seats, summarised in Table 1, the centre-right coalition

s. C. Leo, *Crisi politica, quando il nuovo governo al debutto non ottiene la fiducia in Parlamento*, repubblica.it, 8 May 2018.

[19] L. 3 novembre 2017, n. 165, Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali, GU Serie Generale n. 264 dell'11 novembre 2017.

[20] L. Borsi (a cura di), *Riforma elettorale. Note sull'A.S. n. 2941*, Servizio Studi del Senato, 2017.

had 265 MPs in the Chamber of Deputies and 137 in the Senate, compared to 122 seats in the Chamber and 59 in the Senate for the centre-left coalition. The most spectacular result, however, came from the 5 Star Movement, which alone won 227 seats in the Chamber of Deputies and 112 in the Senate.

Table 1: 2018 general elections - Seats for single parties and coalitions

Lists	Chamber of Deputies					Senate of the Republic				
	Prop.	**Major.**	**Aosta**	**Abroad**	**Tot.**	**Prop.**	**Major.**	**Aosta**	**Abroad**	**Tot.**
Lega per Salvini Premier	73	50	-	2	125	37	21	-	-	58
Forza Italia	59	44	-	1	104	33	22	-	2	57
Fratelli d'Italia	19	13	-	-	32	7	11	-	-	18
Noi con l'Italia – UDC	-	4	-	-	4	-	4	-	-	4
Totale coalizione di centro-destra	151	111	-	3	265	77	58	-	2	137
Movimento 5 Stelle	133	92	1	1	227	68	44	-	-	112
Partito Democratico	86	21	-	5	112	43	8	-	2	53
+Europa	-	2	-	1	3	-	1	-	-	1
Italia Europa Insieme	-	1	-	-	1	-	1	-	-	1
Civica Popolare	-	2	-	-	2	-	1	-	-	1
Südtiroler Volkspartei – PATT	2	2	-	-	4	1	2	-	-	3

Totale coalizione di centro-sinistra	88	28	-	6	122	44	13	-	2	59
Liberi e Uguali	14	-	-	-	14	4	-	-	-	4
Movimento Associativo Italiani all'Estero	-	-	-	1	1	-	-	-	1	1
Unione Sudamericana Emigrati Italiani	-	-	-	1	1	-	-	-	1	1
Vallée d'Aoste	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
Totale	**386**	**231**	**1**	**12**	**630**	**193**	**115**	**1**	**6**	**315**

Source: Ministry of the Interior

3. The Conte I Government

The Conte I government was the sixty-fifth cabinet of the Italian Republic, the first of the XVIII legislature and the fifth to be led by a non-parliamentarian. It was in office from 1 June 2018 to 5 September 2019, for a total of 461 days. It was a coalition government, born from an agreement between the 5 Star Movement and the Lega after the general elections of 4 March 2018, dubbed by the press as the "yellow-green government" because of the colours that traditionally characterise the two parties.

On 14 May 2018, after almost three months of institutional crisis, Giuseppe Conte was nominated as Prime Minister by the 5-Stars Movement and the Lega, which had reached a programmatic agreement on the basis of which to form a coalition government. On 23 May, Conte was asked by President Mattarella to form a new government, and he accepted with reservations. On 27 May, however, Conte decided to return the mandate because Mattarella opposed Conte's choice of Paolo Savona as Minister of the Economy and Finance.

The President of the Republic's refusal to accept the proposal to appoint Paolo Savona as head of the Ministry of the Economy and Finance has caused a major political and media uproar. In a message to the nation, Mattarella justified his decision by pointing to Savona's notoriously sceptical positions on Italy's participation in the

Euro[21], and since "the appointment of the Minister of the Economy always constitutes an immediate message of confidence or alarm for economic and financial operators", Savona risked being seen as "an exponent who, beyond the esteem and consideration for the person [...] could probably, or even inevitably, cause Italy's exit from the euro"[22]. Mattarella feared that by entrusting the economy ministry to Savona, international markets and investors would have doubts about Italy's positions on Europe and the single currency, fuelling financial speculation that could burn up financial resources, with "concrete risks for the savings of our fellow citizens and Italian families"[23].

Mattarella's veto of Savona's nomination provoked a political crisis of sorts, with some party leaders harshly criticising the Head of State for having unduly rejected Conte's proposal in favour of Savona, thus exceeding the limits of his constitutional powers. Luigi Di Maio[24], the leader of the 5-Stars Movement, and Giorgia Meloni[25], the leader of Fratelli d'Italia, went so far as to propose the impeachment of the President of the Republic.

The doctrine is not unanimous on the legitimacy of the President's veto on the proposals for the appointment of ministers by the President of the Council of Ministers, who has already been appointed[26]: a substantial part of the doctrine considers illegitimate any refusal by the Head of State to accept the Prime Minister's proposal, because "at the stage of the appointment of ministers, the decisive role belongs to the one who has the power to «propose», not to the one who has the power to «appoint». It is the Prime Minister who chooses the ministers, not the President of the Republic. However, since the President of the Republic has the power of nomination and is the guarantor of the Constitution, he certainly has the power to evaluate each proposal, not on the basis of its political merit, but solely to ensure that constitutional values and the rules of the game are respected", and possibly to exercise a power of "moral suasion" on the Prime Minister if, in his opinion, there are relevant reasons for not appointing a minister[27]. A different opinion is held by those who believe that if the appointment of a minister would have potentially serious

---

[21] *Paolo Savona, l'economista candidato al Tesoro: "L'euro? Un cappio per l'Italia"*, repubblica.it, 21 May 2018. S. also F. Lugano, *Il "Piano B per l'Italia" nella sua interezza !*, in *scenarieconomici.it.*, 5 Ottobre 2015, containing the slides publisher by Paolo Savona illustrating his proposal to exit the Euro.

[22] Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il professor Giuseppe Conte, quirinale.it, 27 May 2018.

[23] Id.

[24] T. Ciriaco, *Il governo salta su Savona. Di Maio: "Impeachment per Mattarella"*, repubblica.it, 27 May 2018.

[25] S. Rame, *Impeachment, la Meloni contro Mattarella: "Non ha rispettato istituzioni"*, ilgiornale.it, 29 May 2018.

[26] For a summary of the doctrinal debate on the "Savona case" s. E. Furno, *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, Napoli 2021, p. 90-94.

[27] A. Gigliotti, *In tema di nomina dei ministri e poteri del Presidente della Repubblica*, lacostituzione.info, 31 May 2018.

consequences for the stability of the country, such as the possibility of Italy's abrupt exit from the euro, as Savona has theorised on several occasions, it would be fully within the powers of the Head of State to oppose such an appointment[28]. It is also worth mentioning those who have deemed inappropriate the systematic call by certain political figures to respect the will of the people expressed by the electoral body, which would have been violated on this occasion by the presidential veto: a call that, in order to avoid institutional conflicts, "should instead be handled with a great sense of responsibility by the political actors, without using popular legitimation in the sense of breaking the system based on constitutional democracy"[29].

After taking note of Conte's initial refusal to form a government without giving the economy ministry to Savona, the President of the Republic decided to appoint economist Carlo Cottarelli to form a "neutral government" with the specific task of implementing the 2019 finance law and guiding the country towards new elections. On 31 May, however, the scenario changed unexpectedly: perhaps faced with the risk of future early elections, the 5-Stars Movement and the League sought alternative ways of resolving the crisis with the Quirinale. Di Maio proposed, with Salvini's agreement, that Savona be transferred to another ministry in exchange for the confirmation of Conte's appointment as head of government, which in fact happened[30]. As the conditions for the formation of a political government were once again met, Cottarelli resigned his mandate; on the same day Giuseppe Conte was once again entrusted with the task of forming a government, he accepted the appointment without reservation and immediately proposed the list of ministers, which included Paolo Savona as the holder of the Ministry of European Affairs: the list was approved without reservation by the Head of State[31]. The Conte government was sworn in by the President of the Republic on 1 June 2018, with the political composition summarised in Table 2[32].

[28] A. Capussela, *Il caso Savona-Mattarella non è ancora chiuso. E anzi svela il tallone d'Achille della politica italiana*, open.luiss.it, 8 June 2018.

[29] L. Ferraro, *La nomina del Ministro Savona e le "accuse" al Presidente Mattarella*, *forum di Quaderni Costituzionali*, 29 September 2018.

[30] U. Rosso, M. Rubino, *Governo, Di Maio: "Troviamo un'alternativa a Savona". Salvini apre. Dal Colle ancora tempo per un esecutivo politico*, repubblica.it, 30 May 2018.

[31] On how the crisis was managed, from Conte's first assignment to his appointment, s. C. Pinelli, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2018.

[32] A. Morrone, *Conte I (2018-2019) Governo di cambiamento*, in B. Caravita, F. Fabrizzi, V. Lippolis, G.M. Salerno (a cura di), *La nascita dei governi della Repubblica 1946-2021*, vol. II, Torino 2022, p. 1024-1049.

Table 2: Conte I Government, members' political affiliation at the time of swearing-in						
Party	**President**	**Vicepresidents**	**Ministers**	**Viceministers**	**Undersecretaries**	**Tot.**
Movimento 5 Stelle	-	1	7	3	22	33
Lega per Salvini Premier	-	1	5	3	15	24
Indipendenti	-	-	2	-	1	3
Indipendenti di area M5S	1	-	1	-	-	2
Indipendenti di area LSP	-	-	1	-	1	2
Movimento Associativo Italiani all'Estero	-	-	-	-	1	1

Source: Senate of the Republic[33]

As mentioned above, the Five Star Movement and the League signed a government agreement, known as the "Contract for the Government of Change" (*Contratto per il Governo del Cambiamento*)[34], which contained a series of measures that the new government undertook to implement during the legislature[35]. The government

[33] *Governo Conte-I, dal 1 giugno 2018 al 4 settembre 2019*.

[34] The Contract, submitted to the approval of the members of both Lega and 5Stelle, has been interpreted as a further step towards a populist conception of politics, in which the direct voter/elected person relationship is opposed to the representative mediation circuit of the Parliament/Government system, s. M. Fichera, *The People vs. the Elite: Italian Dialectics and the European Malaise*, in *verfassungsblog.de*, 28 May 2018.

[35] Among the most important measures included in the agreement were: 1) increasing the number of detention centres, reducing the number of landings of migrants and asylum seekers from Africa and the Middle East, and expelling those who do not qualify for asylum; 2) introducing a tax-free zone for low-income families and a flat tax for individuals and companies; 3) introducing a guaranteed minimum income (the so-called citizenship income) of up to €780 per month for individuals and the citizenship pension for those living below the poverty line; 4) the introduction or promotion of instruments of direct democracy, such as propositional referenda, the abolition of the quorum for overturning referenda, and the obligation for Parliament to schedule popular initiative bills; 5) a reform of the National Health Service to minimise inefficiency and waste of resources, while preserving regional autonomy in matters of health services and leaving it to central government to indicate the essential levels of care; and 6) a new reform of the pension system that would allow people to retire when the

then obtained the confidence of the Senate of the Republic on 5 June 2018, with 171 votes in favour, 117 against and 25 abstentions. The following day, it also received the confidence of the Chamber of Deputies with 350 votes in favour, 236 against and 35 abstentions[36].

In the summer of 2019, strong tensions emerged within the yellow-green majority, culminating on 8 August with the announcement by the League secretary, interior minister and deputy prime minister, Matteo Salvini, that he was withdrawing his party's support for the government. The formalisation of a real government crisis was followed by the League's call for early elections, with the intention of forming a centre-right coalition with Forza Italia and Fratelli d'Italia[37]. The next day, the League tabled a motion of censure against the Prime Minister in the Senate[38], although all members of the government belonging to the League remained in office. On 20 August, Conte reported to the Senate on the government crisis and announced his resignation: the Lega withdrew the motion of censure, but Conte confirmed his resignation the same evening, putting an end to the government for good[39]. In the following days, Salvini agreed to support the formation of a new government with the M5S, proposing Luigi Di Maio as prime minister, but the latter refused any form of agreement with his former ally[40].

4. *The Conte II Government*

On 29 August, after several meetings between Luigi Di Maio for the 5-Stars Movement and Nicola Zingaretti, then secretary of the PD, President Mattarella again entrusted Giuseppe Conte with the task of forming a government, which the outgoing Prime Minister accepted "with reservations" and then began talks with the parties concerned. On 4 September, Conte withdrew the proviso, accepted the mandate and announced the composition of the new government, which, as Table 3 shows, involved

sum of their age and years of contributions is at least 100 ("quota 100"), s. *Contratto per il Governo del Cambiamento*. For an examination of the expressly political nature of the so-called *Contratto di Governo* and its consequent non-legally binding nature, also in a comparative perspective with the German *Koalitionsvertrag*, s. L. Mariantoni, *Contratto di governo e accordo di coalizione. Natura giuridica e vincolatività*, *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3/2018, 317-330.

[36] Governo, fiducia anche alla Camera: 350 sì. Conte: "Non stravolgiamo Buona Scuola. Giustizialisti? Rispettiamo Carta", ilfattoquotidiano.it, 6 June 2018.

[37] A. La Mattina, *Salvini tenta gli alleati: "Voglio il fronte del Sì con Berlusconi e Meloni"*, lastampa.it, 12 August 2019.

[38] A. Custodero, *Crisi di governo, mozione di sfiducia della Lega a Conte al Senato. Lunedì si riunisce la capigruppo. Martedì quella della Camera*, repubblica.it, 9 August 2019.

[39] A. Custodero, M. Rubino, *Crisi di governo, le dimissioni di Conte: "Il governo finisce qui. Salvini ha seguito interessi personali e di partito". Poi sale al Quirinale*, repubblica.it, 20 August 2019.

[40] C. Lopapa, *Salvini all'angolo offre Palazzo Chigi a Di Maio per salvarsi*, repubblica.it, 22 August 2019.

parties very different from those that had supported the majority of the previous government. The following day, the so-called Conte II government was sworn in and officially took office.[41].

Table 3: Conte II Government, members' political affiliation at the time of swearing-in					
Party	**President**	**Ministers**	**Viceministers**	**Undersecretaries**	**Tot.**
Movimento 5 Stelle	-	9	6	16	31
Partito Democratico	-	9	4	14	27
Indipendente di area M5S	1	1	-	-	2
Articolo Uno	-	1	-	1	2
Sinistra Italiana	-	-	-	1	1
Movimento Associativo Italiani all'Estero	-	-	-	1	1
Indipendente	-	1	-	1	1

Source: Presidenza del Consiglio dei Ministri

The Conte II government was the 66th of the Italian Republic and the second of the 18th legislature. It was in office from 5 September 2019 to 13 February 2021, for a total of 527 days, supported by a majority composed of the 5 Stars Movement, the Democratic Party, Liberi e Uguali and Italia Viva (the latter from 18 September 2019 to 13 January 2021) [42]. Due to the colours traditionally used by the majority parties, and similarly to the previous "yellow-green government", the Conte II government was often referred to by the media as the "yellow-red government". The government obtained the confidence of the Chamber of Deputies on 9 September 2019, with 343 votes in favour, 263 against and 3 abstentions[43]. The following day it received the confidence of the Senate with 169 votes in favour, 133 against and 5 abstentions[44].

[41] M. Marcelli, *Governo. I ministri giurano al Quirinale. L'esecutivo Conte 2 è in carica*, avvenire.it, 5 September 2019.

[42] M. Olivetti, *Conte II (2019-2021) La crisi di governo del 2019: dallo scioglimento mancato al rovesciamento delle alleanze*, in B. Caravita, F. Fabrizzi, V. Lippolis, G.M. Salerno (a cura di), *La nascita dei governi della Repubblica 1946-2021*, cit., Vol. II, p. 1050-1075.

[43] S. Buzzanca, M. Rubino, *Governo, la Camera vota la fiducia con 343 sì al Conte bis. Proteste della Lega*, repubblica.it, 9 September 2019.

[44] *Governo, diretta – Il Conte 2 ottiene la fiducia anche al Senato: 169 sì. Salvini a M5s: "Siete passati da rivoluzione a voto di Monti". Conte: "Voleva i pieni poteri, è diventato suo nemico chiunque lo ostacoli"*, ilfattoquotidiano.it, 10 September 2019.

On 26 January 2021, after a long period of tension with the leader of the Italia Viva party, Matteo Renzi, Conte returned the mandate to the President of the Republic[45]. As usual, the government remained in office only to manage current affairs, while for the third time in the same legislature the Head of State initiated consultations that led to the appointment of Mario Draghi as Prime Minister.

5. *The Draghi Government*

The Draghi government, sixty-seventh of the Italian Republic and third and last of the XVIII legislature, was in office from 13 February 2021 to 22 October 2022, for a total of 616 days. It was supported by an extremely large majority, representing almost all the political forces present in Parliament, to the point of being considered a government of national unity: a characteristic that allowed the government to overcome the usual dialectical relations between majority and opposition typical of parliamentary systems, and which usually recur in situations of serious emergency (war, financial crises and the like).[46].

After the resignation of the Conte II government on 26 January 2021, and following a quick round of consultations, President Mattarella had given the President of the Chamber of Deputies, Roberto Fico, an exploratory mandate to verify the existence of a majority between M5S, Partito Democratico, Liberi e Uguali, Italia Viva and Europeisti-MAIE-Centro Democratico[47] that would be solid enough to support a government, but the attempt failed[48].

Therefore, noting the failure of the consultations of Chamber of Deputies President Roberto Fico, on the evening of 2 February 2021 the Head of State gave a speech[49] in which he explained why - faced with the choice between immediate elections or the launch of a so-called technocratic government - he decided to opt for the latter. In his speech, Mattarella did not mention the name of Mario Draghi, but then summoned the former President of the European Central Bank from 2022 to 2019 to the Quirinale the following day to entrust him with the task of forming a new government[50]. In his speech, the Head of State clearly set out the reasons that had led

---

[45] *Il Presidente del Consiglio Conte ha rassegnato le dimissioni del governo da lui presieduto*, quirinale.it, 26 January 2021.

[46] *Che cos'è un governo di unità nazionale*, openpolis.it, 26 January 2021.

[47] *Mattarella ha affidato a Roberto Fico un mandato esplorativo*, agi.it, 29 January 2021.

[48] *Governo, fallisce il tentativo di Fico. Mattarella convoca Draghi*, Ilsole24ore.it, 3 February 2021.

[49] Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine dell'incontro con il Presidente della Camera Roberto Fico, quirinale.it, 2 February 2021.

[50] *Mattarella ha convocato Mario Draghi*, ilpost.it, 2 February 2021. On the direct involvement of Mattarella and Draghi in the formation of the government s. F. Fabrizzi, A.M. Poggi, *Draghi (2021) Il Governo Draghi, il "governo dei due Presidenti"*, with an additional of Beniamino Caravita, in B. Caravita, F. Fabrizzi, V. Lippolis, G.M. Salerno (a cura di), *La nascita dei governi della Repubblica 1946-2021*, cit., vol. II, p. 1076-1106.

him "to appeal to the political forces for a high-profile government", to deal "promptly with the serious emergencies that are underway and cannot be postponed". The country was in a profoundly complex phase: the fight against the Covid pandemic was by no means over, and indeed the measures to be taken in those months would be decisive in bringing the pandemic emergency to a successful conclusion, and this objective alone, according to Mattarella, required the presence of a government in full ownership of its functions. The President of the Republic then recalled that in Italy, several months usually elapse between the dissolution of the Chambers and the formation of the government: a period of time in which political action is necessarily suspended: a scenario that, if implemented at that stage, would have kept the country "with a government without full ownership of its functions for crucial, decisive months for the fight against the pandemic, for the use of European funding and for dealing with serious social problems." Concerns that "are well in the minds of our fellow citizens, who are demanding concrete and rapid answers to their daily problems."

What's more, by April 2021 Italy was supposed to present the plan to obtain Next Generation EU funds: a plan that is fundamental so that "those indispensable funds are committed soon, and the sooner you present the plan, the more time you have for confrontation with the Commission." Those funds "must then be used, and a government with reduced activity could not do that," Mattarella noted, "and we cannot miss this fundamental opportunity for our future." Again, the President of the Republic recalled how at the end of March 2021 the freeze on redundancies due to the pandemic would expire, and this deadline demanded "appropriate and timely decisions and social protection measures, which are very difficult to take by a government without full functions, in the midst of an election campaign".

Finally, Mattarella recalled how Italy was in the midst of the pandemic at the time, and how such a condition posed serious health security problems should a general election be held at that time. The President observed: "The contagion of the virus is widespread and alarming; and new waves of its variants are feared. It must be remembered that elections do not consist only of the day one goes to vote, but include many complex previous activities to form and present candidacies. Moreover, the subsequent election campaign requires - inevitably - many crowded meetings, assemblies, rallies: in the hectic electoral rhythm, it is almost impossible for them to take place with the necessary distances. In other countries where voting has taken place - compulsorily, because the legislatures of parliaments or the terms of presidents have expired - there has been a serious increase in contagions. This gives one pause for thought, thinking of the many victims that we unfortunately continue - even today - to record every day".

Draghi accepted the task with reservations and the government was dissolved on 12 February after intensive consultations with all political forces and talks with the social partners. As mentioned above, the government was sworn in on 13 February

2021[51] and received a vote of confidence in the Senate on 17 February 2021 (262 votes in favour, 40 against and 2 abstentions) and in the Chamber of Deputies the following day (535 votes in favour, 56 against and 5 abstentions)[52].

As Table 4 shows, the new government was supported by a particularly large majority: no fewer than nine parties were represented in the new government, including ministers, deputy ministers and undersecretaries[53]. In addition, there were thirteen other non-party personalities, starting with Draghi himself, who preferred not to create a cabinet of technicians of his own choice, but to include political personalities with weight, with a twofold purpose: to benefit from a more stable majority than he would probably have been able to count on if party representatives had not been given government posts, and to force the parties themselves to take direct responsibility for the work of the government, since some of their leading exponents were also part of it[54].

During the Draghi government, Italy also had to deal with the re-election of the President of the Republic, as Mattarella's term expired in early 2022. After a very concise phase, in which it was not at all clear when the political forces would be able to elect a successor, on 29 January 2022 the parliament in joint session decided on the re-election of the outgoing Head of State[55].

Although the constitution does not provide for a term limit, the President had previously shown himself opposed to this hypothesis, for both personal and constitutional reasons: however, faced with the request of the parliament, unable to converge the majority of its votes on an alternative candidate, and aware of the serious institutional deadlock that a delay in the re-election of the Head of State would have entailed for the country, Mattarella decided to accept the request for re-election[56].

In fact, Mattarella's re-election took place following a crescendo of concerns over an impasse from which it seemed increasingly difficult to escape. The political framework appeared objectively complex, given that the debate on the Head of State was inexorably linked to the fate of the executive. The parties, in fact, found themselves having to choose whether to favour the government alliance or the coalition alliance, aware that each choice would have led to important consequences for the political and institutional balance of the nation. Even the decision to favour the axis of government was not without risks for the executive. In that case, the seemingly most obvious choice

---

[51] *Il governo Draghi ha giurato. Il premier ai ministri: "Uniti per mettere in sicurezza il paese"*, ilfoglio.it, 13 February 2021.

[52] *Formazione del Governo Draghi*, camera.it. V. anche *Cosa ci dicono i voti di fiducia al governo Draghi*, openpolis.it, 19 February 2021.

[53] C. Fusaro, *Draghi's New Cabinet Sails but Italian Political Institutions Do not Risk Reforms*, in *verfassungsblog.de*, 24 February 2021.

[54] F. Mastroianni, *Draghi, i governi tecnici e la politica. Il nuovo volto della Repubblica*, Ilsole24ore.it, 12 August 2021.

[55] *Il secondo mandato di Sergio Mattarella*, openpolis.it, 1 February 2022.

[56] L. Mari, *Sergio Mattarella rieletto presidente della Repubblica con 759 voti: al via il bis*, repubblica.it, 29 January 2022.

could have been the election of Mario Draghi himself as President of the Republic, with the support of the large majority backing him in Parliament. With this decision, the ruling parties would have renewed their confidence in him, but at the same time decreed the end of the government he led. A situation that would have forced the political forces into negotiations and consultations to form a new one, with all the difficulties involved. All this in a phase in which the health crisis and the implementation of the PNRR[57] made the action of the executive absolutely urgent, discouraging government crises with unpredictable outcomes: scenarios that strongly recalled the conditions in which, a little less than a year earlier, Mattarella himself had explained to the country why he had opted to entrust Draghi with the task of forming a new government instead of calling new elections. For these reasons, there was probably a strong sense of urgency during the days that saw parliament engaged in voting to arrive quickly at a positive result with respect to the designation of the new President of the Republic.

Despite the fact that he had not yet been publicly indicated by any party, by the seventh vote Mattarella had received 387 votes. This was five more preferences than President Casellati had received on the fifth ballot, when she was officially nominated by the centre-right. It is therefore not surprising that after the parties agreed on his name, Mattarella was elected in the eighth ballot by a very large majority, i.e. 759 preferences, or 77.2% of the voters. This is an objectively high figure, which in the course of Republican history has only been surpassed by Sandro Pertini and Giovanni Gronchi, elected with 83.6% and 79% of the vote respectively.

By the way, the fact that for the second consecutive time an outgoing President of the Republic was re-elected, after the same had happened to Giorgio Napolitano on 20 April 2013, is a sign of the decision-making weakness of the Italian parties: a phenomenon that also explains the recourse to so-called technocratic governments in the most troubled phases of the Nation[58].

In July 2022, a crisis triggered by the abstention of the 5 Stars Movement and the withdrawal of the Lega and Forza Italia from the Chamber during a vote of confidence led to the resignation of the government, accepted by the President of the Republic on 21 July[59]. Taking note of Draghi's unwillingness to continue his work as head of government, the President of the Republic then ordered the early dissolution of the Chambers and called elections for 25 September 2022. The Draghi government

[57] The National Recovery and Resilience Plan (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, abbreviated as Recovery Plan or PNRR) is the plan approved in 2021 by Italy to revive its economy after the COVID-19 pandemic, in order to enable the country's green and digital development. The PNRR is part of the European Union's programme known as Next Generation EU, a EUR 750 billion fund for European recovery (called "recovery fund"). Italy has been allocated EUR 191.5 billion, of which EUR 70 billion - 36.5 per cent - in grants and EUR 121 billion - 63.5 per cent - in loans. S. Italia Domani, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

[58] V. Teotonico, *Note (sul dibattito) intorno alla rielezione del Presidente della Repubblica*, in: Rivista AIC, 2/2022, 60-82.

[59] F. Zatti, *La fine del governo Draghi. Cosa è successo e perché*, rainews.it, 21 July 2021.

then remained in office for the sole purpose of dealing with current affairs until 22 October[60], the day on which the Meloni government was sworn in, opening the 19th legislative period.

Table 4: Draghi Government, members' political affiliation at the time of swearing-in

Party	President	Ministers	Viceministers	Undersecretaries	Tot.
Independents	1	8	-	4	13
Movimento 5 Stelle	-	4	1	8	13
Lega per Salvini Premier	-	3	1	8	12
Partito Democratico	-	3	1	5	9
Forza Italia	-	3	1	5	9
Italia Viva	-	1	1	1	3
Articolo Uno	-	1	-	1	2
+Europa	-	-	-	1	1
Noi con l'Italia	-	-	-	1	1
Centro Democratico	-	-	-	1	1
Tot.	1	23	6	35	65

Source: Governo italiano, Presidenza del Consiglio dei Ministri

[60] A government that has resigned is nevertheless obliged to remain in office until a new one is installed, since the institutional structure cannot remain without executive and administrative leadership. In fact, there is a wide range of acts that are due (because they are required by law) or urgent, which require the daily intervention of the government, either collectively (in the Council of Ministers) or through the individual ministries. The absence of the government would otherwise lead to administrative paralysis. At the same time, the outgoing government, having resigned, no longer has the same political legitimacy as a fully functioning government. For this reason, even in the silence of the Constitution, it is customary for the government to remain in office "to deal with current business": with this expression, the Quirinale, in taking note of the resignation of the Prime Minister, invites the government to remain in office in order to ensure the continuity of administrative action, s. L. Cuocolo, *Cosa comprendono gli "affari correnti" di un governo dimissionario*, lavoce.info, 22 July 2022. In a general sense, the phrase "conducting current business" describes a state of affairs whose boundaries are not always easy to define. Despite doctrinal differences, it has been customary since the 1980s for outgoing prime ministers to indicate the limits of their government's political-administrative action in a directive. This is an act of self-limitation in which the government undertakes to confine itself to ensuring administrative continuity, implementing decisions already taken by Parliament and adopting only urgent legislation. There is no fixed content, but some guiding principles to be followed, enucleated by the doctrine according to which the government must "(...) carry out the due (obligatory) acts and all those whose extension would cause appreciable damage to the State, while it must abstain, for reasons of political correctness, from all those discretionary acts that can be left to the future government without appreciable damage", s. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, XIII edizione, Bologna 2010, p. 421 f.

6. The reasons that led to the appointment of the Draghi Government

Draghi's call to the government was mainly due to a double crisis related to Covid-19: the health crisis, which required measures to contain and prevent infections, and the economic crisis, which was a consequence of the impact of the pandemic on production activities. In many political and economic circles it was feared that Giuseppe Conte did not have what it took to adequately manage this phase of the crisis. On the other hand, Draghi's experience and authority at the international level, as well as his independence from domestic political considerations, pointed to him as the most suitable person to lead a government that would pull Italy out of its health, economic-financial and social emergency and encourage the resumption of productive activity. Draghi's appointment was greeted with enthusiasm by much of the press and political forces, while the few dissenting voices came mainly from the most extreme right and left parties.

Although it could not be classified as a political government, it is also true that it included numerous members of political parties present in parliament, as well as independent experts who Draghi himself wanted at the head of ministries crucial to crisis management. This "hybrid" composition led to some tensions between "political" and "technocratic" ministers and between political exponents belonging to the same majority. The Prime Minister's final decisions conflicted with the political strategies of individual ministers, undersecretaries or party secretaries, which weakened the Prime Minister's image in the eyes of the public. In some cases, there was a perception that certain political interests were more influential than others in the government's actions, as was the case with the attempted reform of the land registry and the reform of the citizens' income. At these junctures, Draghi seemed to avoid getting too involved in the merits of individual measures in order to maintain the distance from traditional party lines that had enabled him to secure such broad parliamentary support at the beginning of his government experience. Over time, the maintenance of broad parliamentary support became increasingly difficult, although this was not made sufficiently explicit[61].

The balance on which the majority rested also became increasingly precarious due to unforeseen events that profoundly changed the international context. If, in the first months of 2022, the overcoming of the Covid emergency still seemed uncertain, leaving the socio-economic aspects of the pandemic crisis undefined, the invasion of Ukraine by Russia triggered a series of chain reactions that called into question the strategic balances, the economic and productive structure and the political stability of several countries. The tensions that arose - for example, over intelligent working, measures to respond to the climate crisis or support for the defence of Ukraine - provoked deep tensions within the majority that could not be resolved by a government formed to respond to very different emergencies.

[61] M. Ricciardi, *La caduta del Governo Draghi*, in Il Mulino, 22 July 2022.

An increasing radicalisation of the demands of the components of the government majority, each of which defended the interests that were considered most distinctive in the eyes of their respective electorates (beach concessions, taxi drivers, property owners, small businesses, citizenship income recipients), distorted the very nature of the government: what had begun as a political project based on the *super partes* centrality of the former ECB president crystallised into different, in some cases opposing, positions.

Draghi, who in his first months as prime minister had been able to use the authority of his presidential investiture vis-à-vis the parties of his majority, some of which were allies in spite of themselves, was no longer able to exercise the same synthesis in the final phase of his mandate. It is difficult to identify the specific responsibilities for the crisis and the subsequent fall of the government, as they are many and varied. Undoubtedly, an important role was played by former 5-Stars Prime Minister Giuseppe Conte, who tried in his own way to respond to the signs of crisis in his movement. The departure of the M5S would have required the government to be reconstituted on the basis of different parties, but this would have left out the relative majority political force, which Draghi ruled out on several occasions[62].

This explains the President of the Republic's request to the then resigning Prime Minister to "parliamentarise" the crisis[63]: a dutiful step that gave Draghi a political profile that he had previously lacked. On the other hand, this very evolution of the Prime Minister from "manager" of the crisis by presidential mandate to potential referent of a future fully political government stimulated tensions in some parties of his (now almost former) majority: several exponents had in fact already expressed divergences with regard to the government's actions in the first months of 2022, and probably felt threatened by a possible realignment in a centrist key of a government potentially hegemonized by the Democratic Party and a consequent reduction of the "government supporting" right-wing parties. This was a problem that did not concern

[62] Repubblica.it, *Draghi: "Il governo con gli ultimatum non lavora. Non c'è esecutivo con me senza M5S"*, 12 July 2022.

[63] Generally speaking, government crises can be either parliamentary or extra-parliamentary. Parliamentary crises occur when there is no majority, i.e. when the count of votes shows that the government no longer has a majority in either chamber. This can happen in two main cases: when the government suffers a motion of censure, or when it finds itself in the minority following a vote of no confidence in a measure or its own policy. Extra-parliamentary crises, on the other hand, are not provoked by a parliamentary vote, but are formalised by the spontaneous resignation of the prime minister. This happens, for example, when a government coalition suffers a heavy defeat in an electoral session and finally decides to resign, as in the case of Massimo D'Alema's II government after the 2000 regional elections, or the Renzi government after the 2016 referendum on the constitutional reform promoted by Renzi himself. In Italian political-constitutional jargon, the request to "parliamentarise" an extra-parliamentary crisis aims to bring back into the parliamentary chambers a government crisis that had originated outside, e.g. as a result of initiatives by individual ministers, political leaders or the prime minister himself, as in the case of Draghi in the present case, s. Cosa significa "parlamentarizzare" la crisi, ilpost.it, 15 June 2022. For a general analysis on the parliamentarisation of government crises s. V. Lippolis, *La parlamentarizzazione delle crisi*, in *Quaderni Costituzionali* 1/1981, p. 145-154.

Giorgia Meloni, whose Fratelli d'Italia party had remained in opposition since the formation of the Draghi cabinet and who, at the time of the government crisis, was all the more hoping for a rapid return to the polls[64].

In this uncertain and contradictory scenario, Draghi's decision to break the deadlock and confirm his resignation from Palazzo Chigi was announced. This move, unexpected by some, triggered a series of actions and reactions that undermined the very element that, in the eyes of Italian and European public opinion, had justified Mattarella's decision to appoint Draghi: his *super partes* authority, as mentioned above, which was suddenly increasingly called into question.

7. *The 2022 general elections*

The general election for the renewal of the Italian Parliament was held on 25 September 2022, following the early dissolution of the Chambers ordered by President Mattarella on 21 July due to the aforementioned Draghi government crisis. The results of the vote showed that the centre-right, led by Giorgia Meloni, was the coalition with the most votes, with around 44% of the preferences, giving it an absolute majority in both chambers. It should be recalled that the constitutional reform approved in 2019 and confirmed in the 2020 referendum reduced the number of deputies from 630 to 400 and senators from 315 to 200[65]; moreover, the voting age was unified at 18 for

[64] *Meloni invoca le elezioni e chiude a un altro governo Draghi: «Questa legislatura è finita»*, open.online, 14 July 2022.

[65] L. cost. 19 ottobre 2020, n. 1 "Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari", published on Gazzetta Ufficiale n. 261 del 21 ottobre 2020. The constitutional bill was finally approved by the Chamber of Deputies on 8 October 2019 in the second reading, with 569 deputies present, 567 voting, 553 in favour, 14 against and 2 abstentions. On 10 January 2020, 71 senators submitted the request for a referendum to the Constitutional Court, as permitted by Article 138 of the Constitution. In the referendum, which did not require a quorum to be valid, the YES vote won with almost 70% of the votes cast, against almost 22% NO and almost 10% abstentions. S. La riduzione del numero dei parlamentari on the website of the Presidency of the Council of Ministers. The reform significantly altered the political balance, as the reduction in the number of parliamentarians reduced the space for the smaller political forces: however, the political debate on the subject was almost non-existent and, on the whole, extremely meagre among experts in the field. There was probably a fear of incurring the criticism of public opinion, which, according to opinion polls at the time, was overwhelmingly in favour of reducing the number of seats, with the motivation - not without populist content - of supporting a reduction in public spending on political activity. For a review of the process that led to the adoption of the reform, partly coinciding with the critical phase of the pandemic, s. C. Tripodina, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3/2020. Cautious about the consequences of the reform on the future role of Parliament in the Italian form of government E. Cheli, *Dopo il referendum costituzionale. Quale futuro per il nostro Parlamento?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, p. 697-700.

both chambers, whereas until 2018 one could vote for the Chamber of Deputies from the age of 18, while for the Senate a threshold of 25 was set[66].

The electoral law used was the same as the Rosato law for the 2018 elections, with the only difference being the aforementioned reduction in the number of seats in the two chambers. Thus, on this occasion, 61% of the seats (in this case, 245 in the Chamber and 122 in the Senate) were allocated through a proportional system in multi-member constituencies on the basis of blocked lists, with the seats distributed nationally for the Chamber and regionally for the Senate, while 37% of the seats (147 and 74 respectively) were allocated through a majority system in a single round in as many single-member constituencies (so-called first-past-the-post); finally, 2% of the seats (8 and 4 respectively) were allocated on the basis of a first-past-the-post electoral system in as many constituencies as there are seats; finally, 2% of the seats (8 and 4 respectively) were allocated on the basis of the votes of Italians living abroad, expressed by mail, using a proportional system with preferential voting[67]. The September elections were also the first in the history of the Italian Republic to be held in the autumn, whereas general elections had always been held in the first half of the year.

The electorate comprised almost 51,000,000 voters[68]. The turnout of Italian voters was just under 64%, 9 percentage points lower than the negative turnout of the previous elections in 2018[69]: this was not only the lowest turnout in the entire history of the Republic for a general election, but also the biggest drop ever between two

[66] The text of the constitutional law for the reform was definitively approved on 8 July 2021 and, as it did not achieve a two-thirds majority, it was published in the Official Gazette on 13 July 2021 to allow for a possible request for a constitutional referendum by one-fifth of the members of each chamber or five hundred thousand voters or five regional councils. The three-month deadline for requesting a confirmatory referendum was set at 14 October 2021: as no request was made, the reform entered into force unchanged. In favour of the unification of the electoral age for the two chambers, considered to be an indispensable step to rationalise a differentiation that could no longer be justified, N. Lupo, *Il "mezzo voto" ai cittadini più giovani: un'anomalia da superare quanto prima*, in: *Osservatorio Costituzionale AIC*, 6/2019, p. 71-81.

[67] Critical of the risks of combining a reduction in the number of MPs with the maintenance of an electoral law drafted when the two Chambers had significantly more seats than after the reform G. Delledonne, *A Parliament Shaped by the 'Worst Election Law Ever': Cause and Effect in the Upcoming Italian Elections*, in *verfassungsblog.de*, 31 August 2022.

[68] Namely, 50,869,304, of which 46,127,514 reside in Italy and 4,741,790 abroad, s. *Dossier sulle elezioni politiche*, Ministry of the Interior, 25 September 2022.

[69] Il Sole24ore, *Elezioni, non c'è più l'affluenza di una volta. Come va cambiato il voto*, 4 November 2022. According to the political scientist Roberto D'Alimonte, such a large drop in participation can only be partly explained by accidental factors, such as the bad weather that hit many southern regions on 25 September, but must also be attributed to structural causes, such as disaffection with politics, the loss of relevance of the parties, and the different understanding of political participation between young and old voters, s. L. Salvioli, *L'affluenza crolla al minimo storico (63,9%). In Calabria ha votato solo il 50,8%*, Il Sole24ore, 26 September 2022.

consecutive rounds of elections[70], and one of the highest abstention rates in a Western election[71].

In terms of electoral results, the 2022 parliamentary elections confirmed the outcome many had expected, with the centre-right winning, thanks mainly to the success of Giorgia Meloni and her Fratelli d'Italia party[72]. In this respect, as in 2018, these elections were also characterised as a revolution in terms of votes cast[73]. At least 30% of voters changed their vote compared to previous elections, confirming that voting in Italy has become extremely "liquid", with a very low level of electoral loyalty and a clear prevalence of the so-called opinion vote[74].

Of the 44% of the vote won by the centre-right in both the Chamber and the Senate, 26% went to Giorgia Meloni's Fratelli d'Italia, which alone won more preferences than all the other coalition partners put together, with the Lega on 8.8%, Forza Italia on 8.2% and Noi Moderati[75] on 0.9%. In the Senate, Meloni's party alone received more preferences than the entire centre-left coalition, with 26.01% against 25.99%[76]. Compared to 2018, the League and Forza Italia were more than halved: Salvini's party - which, incidentally, had reached 34% of the consensus for the 2019 European elections - lost more than 3.2 million votes, while Fratelli d'Italia won more than twice as many votes as the Lega in Veneto and Lombardy, two regions where the hard core of the Lega electorate is traditionally found. Forza Italia, on the other hand, somehow managed to retain the core of its electorate and came very close to the Lega's result. Moreover, Silvio Berlusconi's party played a decisive role in winning a majority in both the Senate and the Chamber of Deputies, where it won 18 and 45 seats respectively[77].

The centre-left, on the other hand, suffered a heavy defeat. Compared to 2018, the Partito Democratico actually improved its percentage slightly, from 18.7% to 19.0%, but lost more than 800,000 votes in absolute terms. The Green-Left alliance, on the other hand, confirms the one million votes and a little more that the environmentalist left has received in national elections since 2008, amounting to 3.5%,

[70] YouTrend/AGI, *Chi ha vinto le elezioni, come e perché: un'analisi finale*, 1 October 2022.

[71] V. Emanuele, B. Marino, *In Italia nel 2022 uno dei maggiori cali dell'affluenza in Europa occidentale*, Centro Italiano Studi Elettorali, 26 September 2022.

[72] *Elezioni 2022, Fratelli d'Italia allunga sul Pd: Meloni sempre più vicina al 25%. Non decolla il Terzo polo*, Open.online.it, 28 August 2022.

[73] C. Fusaro, *No Institutional Upheaval in Sight in Italy*, in verfassungsblog.de, 27 September 2022.

[74] YouTrend/AGI, *Chi ha vinto le elezioni, come e perché: un'analisi finale*, cit.

[75] Noi Moderati, unlike the three other parties that make up the centre-right coalition, is not a party, but an alliance with a centrist liberal-conservative orientation created on the occasion of the 2022 general election between different political forces running on the same list: Noi con l'Italia, Italia al Centro, Coraggio Italia and Unione di Centro, v. E. Lauria, *Noi moderati, prove da partito. Lupi: "Non c'è spazio per il Centro fuori dai poli". Al primo congresso i big del centrodestra*, repubblica.it, 21 May 2023.

[76] Id.

[77] *Elezioni politiche. Vittoria del centrodestra e prime reazioni*, treccani.it, 27 September 2022.

which barely allows it to cross the threshold[78]. By a few votes (0.17% in the Chamber of Deputies and 0.07% in the Senate), the Più Europa list failed to pass the threshold[79].

The Five Stars Movement halves its 2018 result, stopping at 15.5% of the consensus, or more than 6.3 million votes compared to the previous general election. However, compared to the predictions of the electoral polls, the party of former Prime Minister Conte limits its losses and even wins some seats in single-member constituencies in the south: in the province of Naples, for example, the 5 Star Movement obtained more than 40% of the vote and, as in 2018, won all the available uninominal constituencies in both the Chamber of Deputies and the Senate[80].

Terzo Polo, the joint list of Italia Viva, the party of former Prime Minister Matteo Renzi, and Azione, the party of Carlo Calenda, former Minister of Economic Development under Renzi, obtained 7.8%: an interesting result, but one that does not allow it to overtake Forza Italia - considered by Renzi and Calenda to be the main "competitor" for the political reference area - or to play a role in the formation of the next government[81].

8. *Electoral flows in the 2022 elections*

The analysis of electoral flows provides useful insights into the meaning of the vote, although due account must be taken of the extreme electoral volatility that is now a structural component of the Italian political system[82]. Thus, when analysing the movement of support from one party formation to another in the various polls, it must always be borne in mind that the votes obtained from time to time by the various parties must to a large extent be regarded as the expression of occasional preferences, liable to change direction from one election to the next, or to become "non-votes" if the voter, disappointed by the party previously voted for, decides not to participate in the next poll[83]. This is now endemic in the Italian political landscape and helps to explain the high number of abstentions in recent elections.

---

[78] G. Bartoloni, *Elezioni 2022, dopo 14 anni i Verdi tornano in Parlamento: «Anche il nostro ambientalismo è cambiato»*, espresso.repubblica.it, 27 September 2022.

[79] *Elezioni, +Europa chiederà il riconteggio dei voti: ne mancano solo diecimila (lo 0,05%) per superare la soglia di sbarramento del 3%*, ilfattoquotidiano.it, 26 September 2022.

[80] A. Piccirilli, *Il M5s ha due facce: dilaga (ancora) al Sud, ma crolla al Nord*, today.it, 26 September 2022.

[81] *Come è andato il Terzo Polo: il fallimento dell'obiettivo del 10% e la sfida a Forza Italia*, open.online.it, 26 September 2022.

[82] F. Bordignon, L. Ceccarini, I. Diamanti, *Le divergenze parallele. L'Italia: dal voto devoto al voto liquido*, Bari 2018.

[83] It has been noted how the instability emerging from the Italian general elections of 2022 is part of a framework of persistent instability of the party system, which has characterised Italy since 2013. Looking at the cases of highest volatility recorded in 3 consecutive elections, Italy in the 2013-2022 decade records the highest overall volatility, with an aggregate value of 95.05 points, higher even

The results of 2022 confirmed the indications that emerged from the polls in the weeks before the vote, with significant variations at the political level (see the decline of Lega in relation to Fratelli d'Italia), but overall limited in terms of numbers. Compared to 2018, Fratelli d'Italia built its success on a significant influx of votes from M5S and, above all, Lega[84], while the number of abstentions, which this time decided in favour of Meloni's party, is overall limited. It has already been mentioned that the M5S vote was more than halved in relative terms, with less than a third of voters in 2018 confirming their support for Giuseppe Conte's party, while a quarter opted to abstain and one in six switched to the FdI.

On the centre-left, the Partito Democratico roughly reconfirmed its electorate compared to the 2018 general elections and the 2019 European elections, losing a little to Italia Viva and Azione in particular, but not managing to attract new voters from other political forces or abstainers: 3 out of 4 PD voters in 2022 had already voted for it in the 2019 European elections.

As mentioned above, abstention, which also increased on this occasion, was fuelled not only by M5S voters from 2018, but also by Lega, PD and Forza Italia voters who were obviously disappointed by their political performance in recent years.

A final aspect, fundamental to fully understanding the significance of the 25 September vote, is to examine the results in absolute terms and not just in percentage terms. Those commenting on the elections, even abroad, perceived an extraordinary exploit by the centre-right coalition, and in particular by the far-right party Fratelli d'Italia[85], but an examination of the electoral data in terms of votes cast, and not in terms of percentages, reveals a partially different reality:

Table 5: General Election 2022 Chamber of Deputies - Absolute Votes/Comparison 2018			
Parties	**2022 – Votes**	**2018 – Votes**	**Difference**
Fratelli d'Italia	7.301.303	1 421 109	+5.880.194
Lega	2.470.318	5.702.517	-3.232.175
Forza Italia	2.279.266	4.612.856	-2.333.630
Noi Moderati	254.127	418.177	-164.050

than that of Greece in the dramatic 2012-2015 period (87.7 points), s. V. Emanuele, B. Marino, *Volatilità elettorale sopra i 30 punti: sistema partitico instabile per la terza elezione di fila*, Centro Italiano Studi Elettorali, 26 September 2022.

[84] Nearly 4 in 10 Lega voters opted this time for Giorgia Meloni's party over the 2019 European elections, cfr. IPSOS, *Elezioni politiche 2022. Analisi del voto*.

[85] J. Horowitz, *Giorgia Meloni Wins Voting in Italy, in Breakthrough for Europe's Hard Right*, nytimes.com, 26 September 2022; P. Kirby, *Giorgia Meloni: Italy's far-right wins election and vows to govern for all*, bbc.com, 26 September 2022; C. Gijs, *Europe's right wing cheers Meloni's win in Italy, as others look on nervously*, politico.com, 26 September 2022; A. Mazoue, *Victoire de Giorgia Meloni en Italie : une nouvelle claque pour l'UE*, France24.com, 26 September 2022; M. Rüb, *Rechtsbündnis um Meloni gewinnt Parlamentswahl*, Faz.de, 26 September 2022.

Tot. Centro-destra	*12.305.014*	*12.154.659*	*+150.355*
Partito Democratico	5.348.676	6.178.205	-776.043
Alleanza Verdi-Sinistra	1.021.808	-	-
+ Europa	796.057	836.619	-40.562
Impegno civico	173.555	-	-
Tot. Centro-sinistra	*7.340.096*	-	-
Movimento 5 Stelle	4.335.494	10.734.839	-6.399.345
Terzo Polo	2 186 505	-	-
Voters	29.385.111	33.924.110	-4.538.999

Source: Ministero degli Interni

Table 5 shows the absolute number of votes obtained by each party in the 2022 election, compared to the same number obtained by the same parties in 2018. In cases where it was not possible to show the extent of preferences, because the formations corresponding to certain parties standing in 2022 were missing in 2018, the corresponding changes between the two elections were also not calculated.

The result of the centre-right coalition parties deserves attention. In absolute terms, the success of Fratelli d'Italia stands out: not only is it the only one of the four parties to increase its votes, but it is also the only one to gain more votes than the other three put together. Even in the variations between 2018 and 2022, the figure of Meloni's party stands out, whose positive balance (+5,880,194) more or less matches the loss of consensus of its coalition allies (-5,729,855). Above all, however, the numerical count of the votes reveals an aspect of the consultation that the percentage data hide: if we compare the votes of the centre-right coalition in 2018 and 2022, we see that the balance is almost unchanged, with an increase of only 150,355 preferences in four years. In other words, the centre-right did not overwhelmingly win the elections, but essentially maintained the votes it received in 2018. What transforms the numerical data into a crushing victory is the shift to percentage data: the 44% obtained by the centre-right must be evaluated in the light of the high number of abstentions, which reduces the total from which the share of preferences that went to the coalition led by Giorgia Meloni is extrapolated by a good 4,538,999 units. It can therefore be concluded that the centre-right has merely confirmed the overall result obtained in 2018: what has changed is the internal balance within the coalition, which has gone from a preponderance of the Lega and Forza Italia to a clear leadership of the Fratelli d'Italia[86].

The same table shows that even the Partito Democratico's result is less negative than it appears at first glance: the party, then led by Enrico Letta, lost 776,043 votes

[86] F. Palermo, *What's Next, Bro? Unprecedented Results and Continuity in Italian Parliamentary Elections*, in *verfassungsblog.de*, 29 September 2023.

compared to four years earlier, but this is a much smaller drop than that suffered by the Lega (-3,232,175) and Forza Italia (-2,333,630), which actually celebrated the result of the polls as a victory.

The 5-Stars' result is absolutely striking: the party that was the relative majority in 2018 loses a good 6,399,345 preferences, but still outperforms both the League and Forza Italia by around 2 million votes: a remarkable performance for a movement born in 2009 and with an electoral base that is certainly smaller than that of parties with decades of political activity, such as those of Salvini and Berlusconi.

Table 6: General elections 2022 - Seats for parties/coalitions Chamber and Senate

Party	Chamber of Deputies					Senate of the Republic				
	Prop.	**Magg.**	**VdA**	**Estero**	**Totale**	**Prop.**	**Magg.**	**VdA/TAA**	**Estero**	**Totale**
Fratelli d'Italia	69	49	-	1	119	34	32	-	-	66
Lega	23	42	-	1	66	13	14	2	-	29
Forza Italia	22	23	-	-	45	9	9	-	-	18
Noi Moderati	-	7	-	-	7	-	1	1	-	2
Totale coalizione di centro-destra	114	121	-	2	237	56	56	3	-	115
Partito Democratico	57	8	-	4	69	31	4	2	3	40
Alleanza Verdi e Sinistra	11	1	-	-	12	3	1	-	-	4
+Europa	-	2	-	-	2	-	-	-	-	-
Impegno Civico	-	1	-	-	1	-	-	-	-	-
Union Valdôtaine	-	-	1	-	1	-	-	-	-	-
Totale coalizione di centro-sinistra	68	12	1	4	85	34	5	2	3	44

Movimento 5 Stelle	41	10	-	1	52	23	5	-	-	28
Azione - Italia Viva	21	-	-	-	21	9	-	-	-	9
SVP – PATT	1	2	-	-	3	-	-	2	-	2
Sud chiama Nord	-	1	-	-	1	-	1	-	-	1
Movimento Associativo Italiani all'Estero	-	-	-	1	1	-	-	-	1	1
Totale	**245**	**146**	**1**	**8**	**400**	**122**	**67**	**7**	**4**	**200**

Source: Ministero degli Interni

In any case, as Table 6 shows, the centre-right coalition clearly prevailed, also thanks to the peculiarities of the mixed electoral system. This was only partly mitigated by the unexpected performance of the 5 Star Movement, which won 15 seats in the south of Italy with the first-past-the-post system: a surprising and unexpected performance, without which the triumph of the alliance led by Giorgia Meloni would have been even more overwhelming[87]. However, the solidity of the centre-right majority, which can count on 237 out of 440 seats in the Chamber of Deputies and 115 out of 200 in the Senate, remains undeniable. It was therefore a foregone conclusion that Giorgia Meloni would be in charge of forming the new government.

9. The Meloni Government

Meloni's government is the 68th of the Italian Republic, the first of the 19th legislature, in office since 22 October 2022 with the support of the parties of the centre-right coalition[88]. On 20 October, the Head of State initiated a rapid round of consultations which ended the following day with the appointment of Giorgia Meloni to form the government. Meloni accepted the task without reservation and presented

[87] *Elezioni 2022, M5s vince 15 collegi uninominali (uno in meno del centrosinistra). Dagli uscenti Aiello e Castellone alle new entry: chi sono*, ilfattoquotidiano.it, 26 September 2022.

[88] The formation of Italy's first post-fascist, far-right government has raised more than a few concerns about the country's political future and the resilience of its relationship with the EU. Cautiously optimistic about the risks of an authoritarian degeneration of the Italian system, Antonia Baraggia sees European constraints as a safety net against such scenarios, v. A. Baraggia, *The Shadow of the Past, the Challenges of the Future. A First Glance into the Italian General Election*, in *verfassungsblog.de*, 28 September 2022.

the list of ministers at the same time[89]. On 22 October, the government was sworn in at the Quirinale Palace and officially took office[90]. On 25 October 2022, the government received a vote of confidence from the Chamber of Deputies with 235 votes in favour, 154 against and 5 abstentions, and the following day from the Senate of the Republic with 115 votes in favour, 79 against and 5 abstentions[91].

As Table 6 shows, the government is made up of representatives of four parties: Fratelli d'Italia (Meloni's party), Lega per Salvini Premier and Forza Italia, with undersecretaries expressed by Italia al Centro and Rinascimento (lists involved in the Noi moderati alliance), plus the external support of MAIE (Movimento Associativo Italiani all'Estero), the other three parties of the Noi moderati alliance (i. e. Noi con l'Italia, Coraggio Italia, Unione di Centro) and the Movimento Animalista (a movement of MP Michela Vittoria Brambilla).

Table 6: Draghi Government, members' political affiliation

Party	President	Ministers	Viceministers	Undersecretaries	Tot.
Fratelli d'Italia	1	9	4	14	28
Lega per Salvini Premier	-	5	2	9	16
Forza Italia	-	5	2	6	13
Indipendenti	-	5	-	1	6
Italia al Centro (NM)	-	-	-	1	1
Rinascimento (NM)	-	-	-	1	1
Tot.	1	24	8	32	65

Source: Presidenza del Consiglio dei Ministri

[89] The same process of simultaneous acceptance of office without reservation and presentation of the list of ministers had already happened on two occasions in the past: Giuseppe Pella in 1953, and Silvio Berlusconi for his fourth government in 2008, *Giorgia Meloni, incarico senza riserva. I precedenti: il Dc Giuseppe Pella nel 1953 e Silvio Berlusconi nel 2008*, ilfattoquotidiano, 21 October 2022.

[90] F. Galici, *Meloni e i ministri hanno giurato: "Serviremo l'Italia, subito al lavoro"*, ilgiornale.it, 22 October 2022.

[91] *Il governo di Giorgia Meloni ha ottenuto la fiducia anche al Senato*, ilpost.it, 26 October 2022.

10. Government building in Italy, between political and institutional responsibility

The last four years are emblematic for understanding the problems of government formation in the Italian system. In less than a single legislature, and in an essentially permanent context of crisis, albeit due to emergencies of a different nature[92], no less than four governments have been formed: three of them by winning the confidence of the same Parliament, even though they were able to unite different political majorities. Three governments (Conte I and II and the Meloni Cabinet) were formed on a purely political basis, in the sense that their formation followed the usual procedure laid down by constitutional provisions and practice. Even the officially independent members of the governments, i.e. those who did not belong to any party, were identified, proposed, appointed and finally confirmed by Parliament on the basis of a choice for which the political forces of the majorities that voted for confidence on each occasion were solely responsible[93].

The discourse is different for the only government of the four that is defined as "technocratic": a term used precisely to highlight its difference from the so-called political governments. This difference is well illustrated by the event that led to the formation of the Draghi government. On that occasion, despite the efforts of the Head of State, the political forces were unable to find a compromise on which to build a government alliance, at a particularly complex and worrying time for the country. Faced with the inability of the political forces to assume their responsibilities, the President of the Republic decided to intervene in a personal capacity, committing himself to the formation of a government which, not coincidentally, like the Ciampi, Dini and Monti governments, was also called the "Government of the President"[94]. Certainly, the vote of confidence by the two chambers of Parliament, by a very large majority, indicated the willingness of most of the parties present in Parliament to support the formation and work of the government. On the other hand, while it is possible to define cabinets such as Conte I and II or the current Meloni government as "political" because the responsibility for their formation is purely political, it is possible to characterise as "institutional" the responsibility underlying a "technocratic" cabinet, in the sense that it is the institutional sphere, first and foremost the Head of State, that intervenes to compensate for the shortcomings of the more purely political

[92] R. Calvano, *Appunti sulle fonti del diritto del periodo 2020-2023, tra crisi, emergenze e squilibri della forma di governo*, in *costituzionalismo.it*, 1/2023, p. 15-64.

[93] It has also been appropriately observed how in reality, even in a properly "political" government, the appointment of the Prime Minister is to some extent shared between the presidential mediation between the parties and the outcome of the popular vote, s. A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, IX ed. 2016, p. 326.

[94] C. Bassu, *Art. 92*, in: F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna 2018, 217-222, e C. Bologna, *Art. 93*, Ibid., p. 227-231.

context[95], giving technocratic governments an imprimatur that allows them to be catalogued as "governments with a presidential matrix"[96] or "institutional"[97].

The criticism usually levelled at so-called technocratic governments is well known: that they do not really reflect the will of the political class, starting with the fact that their members are usually outside the party system. This leads to a kind of democratic deficit that forces them to deviate from the normal process of forming a government in a parliamentary system: a process that should instead be based on the centrality of the parties as an instrument for linking the will of the people to the decision-making process of the institutional sphere[98].

This criticism does not adequately take into account the contexts in which the formation of a technocratic government is achieved, where the efforts made by the President of the Republic to verify whether the conditions for the formation of a "political" government are met are in fact well known[99]. It is only when the presidential consultations fail, due to the complexity of the contingent political moment, that the Head of State intervenes directly to advocate a solution to break the deadlock in decision-making. In fact, like the Draghi government, the other technocratic cabinets[100] have tried to deal with serious tensions that could have further aggravated the country's situation[101].

---

[95] C. Fusaro, *Da Ciampi a Draghi (passando per Dini e Monti): verso una forma di governo parlamentare sotto tutela?*, in Quaderni costituzionali, 1/2021, p. 173-176, speaks in this regard of a "presidential corrective" form of government.

[96] S. Bonfiglio, *La scelta del Premier nei sistemi parlamentari*, Torino 2023, p. 119-120.

[97] This is the definition used by Giuseppe de Vergottini, who, however, sees problems with it, mainly due to the fact that in these cases the President of the Republic would not only assume an important role vis-à-vis the Prime Minister and the ministers, but would also maintain a special fiduciary relationship with the government, even after it had won the confidence of Parliament, to the point of speaking of "double confidence", s. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, Milano 2017, p. 648.

[98] Art. 49 Cost.: "Any citizen has the right to freely establish parties to contribute to determining national policies through democratic processes."

[99] In this regard, the Italian Constitutional Court states that "in order to effectively fulfil his role as a guarantor of constitutional balance and as a "judiciary of influence", the President must constantly weave a network of relationships in order to reconcile possible conflicting positions and polemical bitterness, and to indicate to the various holders of constitutional offices the principles on the basis of which the most common solutions to the various problems that arise can and must be sought", s. Cost., 15 January 2013, n.1, p. 8.3. considerato in diritto.

[100] N. Lupo, *Un governo "tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Federalismi.it*, 8/2021, p. 133-148.

[101] This was the case, for example, with the Monti government, which was formed in 2011 at the express wish of the President of the Republic, Giorgio Napolitano, to somehow overcome the crisis triggered by the resignation of the Berlusconi IV government, at a time when the Italian economy was in great danger of falling victim to international speculation, s. V. Lippolis, G. M. Salerno, *La presidenza più lunga. I poteri del Capo dello Stato e la Costituzione*, cit., p. 40-54. On the other hand, it is true that not all technocratic governments have been created to deal with moments of crisis: sometimes they have been created with the precise task of imposing far-reaching economic and social reforms that the political class was unable or unwilling to carry out, and in this sense it has been rightly observed that they have never turned out to be politically "neutral" governments, s. V. Lippolis, G.M. Salerno, *Sulla nascita dei*

In other words, by forming technocratic governments, the President of the Republic fulfils his institutional role of guaranteeing national unity, which is also understood as defending the stability of the country, enabling it to be governed[102] as far as possible, and avoiding deadlocks and power vacuums that could weigh heavily on the often already precarious national socio-economic situation. In this sense, the President of the Republic has a different margin of initiative: While in the formation of the government at the beginning of the legislature, he should act cautiously, taking into account the electoral result, in the event of a government crisis during the current legislature, it would not be possible to "mechanically dissolve the chambers", but it would be the President's main task to verify the existence of an alternative parliamentary majority to form a new government, in the knowledge that early recourse to new elections always represents, to a certain extent, a leap in the dark for the nation[103]. In these circumstances, the action of the President of the Republic cannot take the form of his direct involvement in the activities of the other constitutional powers, as has been rightly feared on other occasions when the powers of the Head of State have been stretched to the limits of their legitimacy and perhaps even beyond[104].

The Head of State thus compensates as far as possible for the lack of political responsibility on the part of the parties with his own institutional responsibility, acting "in a unifying role with regard to the pluralism" of the parties themselves[105]. Of course, this does not prevent it from taking note, if necessary, of the fact that even a technocratic government will have to relinquish its mandate when the conditions for its continuation do not exist and, in the absence of alternatives, will have to return to the ballot box in the hope of re-establishing the traditional cycle of party-political

governi e i poteri del Presidente della Repubblica, Introduzione a B. Caravita, F. Fabrizzi, V. Lippolis, G.M. Salerno (a cura di), *La nascita dei governi della Repubblica 1946-2021*, cit., Vol. I, p. 10.

[102] Beniamino Caravita observes that "the power of appointment of the President of the Republic, pursuant to Article 92(2), is not free, unlimited, entrusted to his total discretion and uncontrolled and unquestionable decision, but is a teleologically oriented power: it can and must be exercised so that the person appointed has «the confidence of both Houses» within the meaning of Article 55 II of the Constitution", v. B. Caravita, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo: i poteri di nomina e di scioglimento delle Camere*, in *federalismi.it*, n. 22/2010, 29 November 2010, p. 3.

[103] C. Colapietro, *Il Governo e la Pubblica Amministrazione*, in Franco Modugno (a cura di), *Diritto Pubblico*, Torino 2012, p. 366.

[104] G. Azzariti, *Osservazioni sul Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, in Id., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Giappichelli, Torino 2000, p. 420. Likewise P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/1958, p. 295 ss., argues that the Head of State would be the holder of a "general or constitutional political direction", aimed at implementing the permanent objectives envisaged by the constitution, as opposed to the "contingent, majority political direction" proper to parliament and the government, which would instead tend to implement the constitution only in those parts deemed congenial to their own strategic interests.

[105] A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Il Presidente della Repubblica fra unità maggioritaria e unità nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/ 1985, p. 8 s., 27.

responsibility[106]. In this case, it will once again be up to the parties to make an effort to form a new government, aware of the precariousness of the political confrontation, and to leave the floor to the electoral body as the ultimate holder of sovereignty[107].

In exercising this "maieutical" function in the formation of a technocratic government, which "enhances its political role"[108] while keeping it outside the party constellations typical of parliamentary majorities, the President of the Republic is merely fulfilling his duty to protect constitutional values in moments of crisis due to the deadlock in the traditional circuit of representation[109]. On the contrary, it is the parties that must guarantee respect for the role of Parliament, contribute to the formation of political governments, and thus fully and responsibly fulfil the role of link between citizens and institutions that the Constitution assigns to them in the interests of the nation[110].

In fact, in recent months a new debate has arisen in Italy on the advisability of reforming the form of government to remedy the endemic weakness of the Executive and the role of Parliament with respect to the composition of solid majorities capable of holding for the duration of the legislature. The Meloni government manifested its intention to intervene on these aspects, with corrective measures that firstly provided for the direct election of the President of the Republic by the citizens; secondly, this proposal gave way to the direct election of the Prime Minister. The intention of this amendment would be to strengthen the role of the Prime Minister with respect to the rest of the government on the one hand, and on the other to hinder changes of majority within Parliament during the same legislature, which historically have led to very frequent changes of government in Italian political history[111].

There is no space here to deal with such a topic, which is so complex and connected to multiple constitutional, institutional and political aspects: however, strong perplexities remain with regard to a measure that, if adopted, would attribute plebiscitary traits to the Head of Government alone, further undermining the already

---

[106] Marta Ferrara observes how in the event of an early dissolution of the Chambers, "the President acts as the reserve engine of a form of government that is intrinsically fragile due to the state of incompleteness in which the Constituents' design has remained", v. M. Ferrara, *L'attività di tutoraggio costituzionale del Presidente Mattarella sul Governo Draghi al tempo del "riformismo vincolato"*, in *costituzionalismo.it*, 2/2022, p. 125.

[107] Gustavo Zagrebelsky appropriately warns of the risks that presidential intervention in the event of a crisis in the party-government-parliamentary relationship could become endemic, definitively marginalising the political participation circuit, s. G. Zagrebelsky, *La democrazia dall'alto*, in Repubblica, 25 February 2021.

[108] P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, III Ed. 2018, p. 230.

[109] F. Politi, *Diritto Pubblico*, VII Ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 316. In this regard, Gino Scaccia defines that of the Head of State as a "magistratural representation" (rappresentanza magistratuale), s. G. Scaccia, *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena 2015.

[110] P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino 2011.

[111] For a collection of opinions by constitutionalists and experts on the subject on the proposed direct election of the Prime Minister see the Focus "Institutional Reforms and Forms of Government" in the legal journal Federalismi.it.

overt weakness of political parties, which, as forms of parliamentary government comparable to the Italian one such as Spain and Germany demonstrate, should actually remain the key to guaranteeing the functioning of political representation[112].

Certainly, the Italian system suffers from an obvious rationalisation deficit, which would ultimately require: an in-depth regulation of the role and internal organisation of the parties; an adjustment of the parliamentary regulations that would prevent deputies and senators from changing parliamentary groups during an ongoing legislature or from forming parliamentary groups that are not linked to parties that are candidates in the elections; a revision of the electoral law that would return to the voters a real power to choose the elected representatives, which is currently a virtual monopoly. These are factors that weaken the very representative function of the parliamentary body; a revision of the electoral law that would return to the voters a real power to choose the elected representatives, which is currently de facto monopolised by the party leadership and which helps to explain the low turnout of Italian citizens. However, this is another issue that, until it is resolved, will continue to require institutional substitution interventions, such as those that the President of the Republic has so far deployed.

***

ABSTRACT: This paper proposes an analysis of the process of government formation in the Italian system, taking as a reference the events that took place between 2018 and 2022. In just four years, Italy has seen four governments: the Conte I and II governments, the so-called technocratic[113] Draghi government and the Meloni government, which is currently in office. The first part of this article describes how governments are formed in Italy, on the basis of both constitutional norms and established practices[114]. This is followed by an analysis of the particular context in which the four governments mentioned above were formed. Finally, the last part aims to show how the formation of a government in Italy can involve different types of responsibility, even though they all have the same objective of providing political leadership for the country: a truly political responsibility and an "institutional" responsibility, defined here as "institutional" in order to better distinguish it from the

[112] A. Algostino, *Premierato… Purché capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spoliticizzata*, in: Rivista AIC, 3/2023, 120-131.

[113] On technocratic governments in Italy s. A Pierini, *I governi tecnici in Italia*, in: Mauro Volpi, a cura di, *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino 2017, p. 43-86.

[114] M. Giannetto, *Governo e Presidente della Repubblica. Dettato costituzionale e prassi nella partecipazione alla funzione di governo*, in S. Cassese, A. Melloni e A. Pajno (a cura di), *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'età repubblicana. Storia, politica, istituzioni*, Laterza, Roma-Bari, 2022, Vol. II, p. 1453-1518. For an overview in English of the role of the government in the Italian constitutional framework s. A. Tarzia, *The Government*, in G.F. Ferrari (Ed.), *Introduction to Italian Public Law*, Milano 2008, p. 75-96.

former, both of which have their own legitimate dignity. This is clearly a source of aporias and problems, due to the persistent systemic dysfunctions mentioned in the last part of this article, which should be overcome by an urgent and profound rationalisation.

KEYWORDS: Italy - technocratic government - Head of State – confidence - representation

***

Andrea De Petris – Scientific Director Centro Politiche Europee, Rome/Research Fellow in comparative public law, Università degli Studi Internazionali, Rome (andrea.depetris@unint.eu)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici *

Alessandra Di Martino

SOMMARIO: 1. Il Klima-Beschluss del Tribunale costituzionale tedesco nel contesto della climate litigation transnazionale. – 2. La tutela del clima tra obblighi di protezione e diritti intertemporali. Le coordinate della dogmatica. – 3. Segue. L'argomentazione del Bundesverfassungsgericht e le reazioni della dottrina. – 4. Klima-Beschluss e forme democratiche. – 5. Una breve conclusione.

1. *Il Klima-Beschluss del Tribunale costituzionale tedesco nel contesto della climate litigation transnazionale*

A due anni dalla pubblicazione della pronuncia del Bundesverfassungsgericht avente ad oggetto la legge sulla protezione del clima[1], da molti ritenuta di portata storica[2], può essere utile per i lettori italiani tornare a riflettere su questa decisione: sia per la sua argomentazione, nella misura in cui ha introdotto alcune importanti innovazioni dogmatiche con riferimento al nesso tra principio oggettivo della tutela

* Il contributo è stato sottoposto, conformemente al Regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] BVerfG, 1 BvR 2656/18 et al., del 24.3.2021 (*Klima-Beschluss*), reperibile su bundesverfassungsgericht.de, anche in inglese, francese e spagnolo. Rimando alle traduzioni ufficiali e ai commenti già usciti in lingua italiana (infra, n. 3) per una ricostruzione del contenuto del ricorso e della decisione. In sintesi, e ai fini di questo contributo, mi limito a ricordare che il *Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG), una legge adottata nel 2019 per affrontare in maniera sistematica le sfide del cambiamento climatico, prevedeva un obbligo di riduzione delle emissioni antropogeniche del 55% entro il 2030, mentre, con riguardo al periodo tra il 2030 e il 2050, impegnava il Governo federale ad adottare a partire dal 2025 dei regolamenti, senza tuttavia specificarne il contenuto. Il BVerfG ha dichiarato incostituzionale questa parte della legge per violazione dei diritti di libertà, ricorrendo al principio di proporzionalità e alla *Wesentlichkeitstheorie*, e conferendo alla norma di scopo sulla tutela ambientale (art. 20a GG) un ruolo decisivo nel contesto del giudizio di bilanciamento. Per approfondimenti sul significato di questi passaggi dell'argomentazione rimando ai par. 3 ss. di questo lavoro.

[2] L'affermazione si trova sia negli autori che hanno condiviso, sia in quelli che hanno criticato il *Klima-Beschluss*; un gruppo relativamente più numeroso di commentatori ha valutato positivamente il risultato della pronuncia, muovendo alcuni rilievi critici alla motivazione: cfr. i riferimenti bibliografici *infra*, par. 3-4.

ambientale e diritti fondamentali, sia per il suo seguito e, più in generale, per le sfide che la questione ambientale pone ai processi democratici.

Anche se alcuni commentatori italiani hanno sottolineato presto gli aspetti salienti del *Klima-Beschluss*[3], in questo contributo vorrei esaminare la pronuncia prendendo le mosse dallo specifico contesto giuridico e politico tedesco, in cui si è svolto un dibattito molto articolato. Prima di approfondire l'esperienza tedesca, però, può essere utile delineare alcune coordinate comparative essenziali del problema.

Nell'avvicinarsi al *Klima-Beschluss*, infatti, non si può non tenere presente la fitta trama di contenzioso climatico che è stata intessuta negli ultimi anni, presso corti nazionali, sovranazionali e internazionali, anche grazie a una rete di attivisti particolarmente organizzata[4]. Occorre peraltro tenere presenti le distinzioni semantiche che si accompagnano a concetti come giustizia ambientale, giustizia ecologica, giustizia climatica e *litigation* climatica, dove profili etici, politici e giuridici si sovrappongono e si intrecciano. Il concetto di giustizia si lega a considerazioni di equità, alle quali si accompagnano richieste di redistribuzione e riparazione, non solo all'interno di uno stato ma tra diversi stati, soprattutto tra il nord e il sud del mondo, alla luce delle conseguenze di lungo termine del colonialismo, nonché di forme più recenti di neocolonialismo. Mentre la giustizia ambientale implica fenomeni territorialmente localizzabili, quella ecologica e quella climatica riguardano, in maniera più generale, i rapporti tra attività umane e dinamiche naturali, e hanno un orizzonte potenzialmente globale, benché gli effetti di tali rapporti siano, in determinati momenti, percepibili più in alcuni luoghi che in altri. Ancora, se la giustizia ecologica solleva questioni relative ai processi di produzione, al modo di attribuire valore a determinati beni e risorse, considerando i costi del loro sfruttamento, la giustizia climatica chiama in causa il modo di attribuire la responsabilità per le emissioni

[3] M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in *lacostituzione.info*, 3 maggio 2021, p. 1 ss.; M. Pignataro, *Il giudice costituzionale tedesco parla al futuro. La protezione del clima e la sua dimensione internazionale come limite alla discrezionalità legislativa*, in *Quad. Cost.*, p. 694 ss.; più ampiamente R. Bifulco, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *astrid online* 12/2021, p. 1 ss.; A. De Petris, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERIDAP*, 4/2021, p. 127 ss.; A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022, p. 261 ss. Con riferimento ai profili di extraterritorialità v. C. Gentile, Climate Litigation *ed extraterritorialità dei diritti,* in *federalismi.it*, 5/2023, p. 1 ss.

[4] In una bibliografia ormai molto vasta, v. almeno S. Baldin - P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 597 ss.; S. Bagni, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico" attraverso i formanti giudiziale e forense*, in *DPCE online*, 2021 n. speciale, p. 1027 ss.; A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., p. 261 ss.; J. Peel - H.M. Osowsky, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Clean Energy*, Cambridge, 2015; W. Kahl - M.P. Weller (eds.), *Climate Change Litigation. A Handbook*, München, 2021; F. Sindico - M.M. Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021; I. Alogna - C. Bakker - J.P. Gauci (eds.), *Climate Change Litigation*, Leiden Boston, 2021; S. Bagni, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solutions*, in Ead. - D. Amirante, *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Oxon, 2022, p. 409 ss.

antropogeniche inquinanti e il surriscaldamento del pianeta, tenendo conto anche del luogo finale di esportazione e consumo dei beni (non solo di quello di produzione). Diversamente, la *climate litigation* si concentra sulla dimensione giudiziale e, in senso lato, può riguardare una serie di pretese che mostrano punti di collegamento anche solo indiretti con la questione climatica, la quale entra nel processo strumentalmente, al fine di realizzare quelle pretese. In un senso più stretto, il contenzioso climatico ha ad oggetto l'obbligazione climatica, ossia l'obbligo degli stati (e in alcuni casi delle imprese) di stabilizzare i gas serra ed evitare ulteriori interferenze negative dell'uomo sulla natura, riducendo le emissioni e adottando provvedimenti di mitigazione, al fine di rispettare i *target* internazionalmente condivisi, secondo una logica di responsabilità differenziata verso il pianeta e i suoi abitanti. La *climate litigation* investe così anche il tema del *carbon budget*, la quantità di anidride carbonica che può essere ancora emessa nell'atmosfera senza pregiudicare l'obiettivo del contenimento della temperatura terrestre entro i 1,5-2°C nel corso del secolo, come raccomandato, tra gli altri, dai più recenti rapporti dell'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change* presso le Nazioni Unite). Nella misura in cui le azioni giudiziarie hanno il fine ultimo di preservare le condizioni per la nostra sopravvivenza, esse presentano dei nessi più stretti con la giustizia climatica[5].

Come è stato ben illustrato[6], i casi di contenzioso climatico possono essere molto diversi tra loro, con riferimento ai soggetti ricorrenti (individui, associazioni, enti territoriali substatali, azionisti di società), convenuti o destinatari della pretesa (stati, enti regolatori, organizzazioni sovranazionali, imprese), oggetto del giudizio (annullamento di norme o provvedimenti amministrativi, responsabilità extracontrattuale, mancato adempimento di un *public trust*, etc.). In ambito europeo, l'apripista per la circolazione di argomenti legati al diritto climatico[7] è stato il caso olandese *Urgenda*[8]: nato con un'azione di responsabilità intentata da un'associazione ambientalista contro lo stato olandese, si è concluso con la condanna di quest'ultimo a innalzare dal 20% al 25% la soglia di riduzione delle emissioni di gas serra entro il 2030. È noto che gli argomenti adottati dalle corti olandesi nei diversi gradi di giudizio sono stati differenti: mentre in primo grado i giudici hanno fatto leva su un

[5] Il tema è analizzato approfonditamente da M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, 2020/2, p. 1345 ss., al quale rimando per ulteriori riferimenti bibliografici. V. altresì S. Baldin - P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie*, cit., p. 599 ss., 626 ss., per i quali la *climate litigation* è un sottoinsieme della giustizia climatica.

[6] V. *supra*, n. 4, nonché in particolare F. Lange - M. Lippold, *Höchstrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip – eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in *JuristenZeitung* (*JZ*), 2022, p. 685 ss.

[7] Sulla questione specifica v., anche con riferimento al formante forsense, S. Bagni, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico"*, cit., *passim*; M. Carducci, *Stato di diritto, art. 28 Cost. e precedenti di contenzioso climatico nello spazio della UE*, in *diritticomparati.it*, 28 marzo 2023. Sui trapianti in questa materia v. B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico - M.M. Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation*, cit., p. 610 ss.

[8] Cfr. Hoge Raad (Supreme Court), 20 dicembre 2019, 19/135, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*.

duty of care, legandolo al principio costituzionale di tutela ambientale e di abitabilità del paese (art. 21 Cost. ol.), e hanno escluso la configurabilità di un pregiudizio per i diritti umani (art. 34 Cedu), i giudici di appello hanno rinvenuto la violazione di due diritti contemplati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quello alla vita (art. 2 Cedu) e quello alla sfera privata (art. 8 Cedu), quest'ultimo nella declinazione ampia che include l'ambiente. Il secondo approccio è stato confermato dalla Corte Suprema olandese. Maggiore unità sul fronte argomentativo, tra i tre gradi di giudizio, si è avuta sul ruolo decisivo da attribuire alle fonti internazionali in materia climatica, compreso il *soft law*, e sulla legittimità di un intervento incisivo del potere giudiziario, considerato compatibile con il principio di separazione dei poteri[9].

Delle sentenze olandesi – e degli atti introduttivi dei relativi giudizi – hanno tenuto conto i procedimenti giudiziari in altri paesi, filtrandole alla luce delle peculiarità del diritto processuale e sostanziale di ciascun ordinamento. Non sempre, peraltro, i ricorrenti hanno avuto successo davanti alle corti. Il primo ostacolo da superare è stato quello relativo all'interesse e alla legittimazione ad agire: ad esempio, restando in Europa, la Corte di Giustizia di Lussemburgo, il Tribunale costituzionale austriaco e il Tribunale federale svizzero si sono pronunciati negativamente[10]. In altri paesi, dove le cause hanno avuto esito positivo, come in Francia, in Belgio e in Irlanda[11], le norme legislative hanno consentito l'azione di associazioni ambientaliste. In alcuni di questi giudizi, come quello irlandese e quello francese, è stata riconosciuta una responsabilità omissiva dello stato basandosi soprattutto sulla legislazione e dunque sul diritto oggettivo interno – per quanto interpretato alla luce degli obblighi internazionali e sovranazionali –, e non direttamente a partire dai diritti fondamentali o dai diritti umani[12]. Nel giudizio belga (che attualmente non è arrivato a sentenza definitiva) è stata invece riscontrata una violazione dei diritti umani, ma il Tribunale non ha indicato una specifica soglia di riduzione delle emissioni antropogeniche, affermando di non volersi sostituire agli organi politici[13].

All'interno di questo scenario, il *Klima-Beschluss* del Tribunale costituzionale tedesco si caratterizza per alcuni aspetti peculiari: un'ampia legittimazione processuale dei singoli individui, una ridefinizione del parametro costituzionale alla

[9] Per un commento, con la ricostruzione dei tre gradi di giudizio, v. per tutti M.F. Cavalcanti - M.J. Terstegge, *The* Urgenda Case*: the Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism*, in *DPCE online* 2020/2, p. 1371 ss.

[10] Cfr. Trib. UE, 8 maggio 2019, T-330/18, *Carvalho*,; CGUE, 15 marzo 2021, C-565-19 P, *Carvalho*; VGH Österreich, 30 settembre 2020, G 144-145/2020; BG Schweiz, 5 maggio 2020, 1 C_37/2019.

[11] Cfr. Supreme Ct. Ireland, 31 luglio 2020, n. 205/19, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*; Tribunal Amdinistratif Paris, 3 febbraio 2021 e 14 ottobre 2021, *Affaire du siècle*, v. anche l'ammissione degli interventi in Conseil d'État, 19 novembre 2020, 1° luglio 2021 e 10 maggio 2023, *Grand-Synthe*; Trib. 1ère instance francophone Bruxelles, 17 giugno 2021, *Klimaatzaak c. Belgique*.

[12] Cfr. Supreme Ct. Ireland, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*, cit.; Tribunal Administratif Paris, *Affaire du siècle*, cit.; Conseil d'État, *Grand-Synthe*, cit..

[13] Trib. 1ère instance francophone Buruxelles, *Klimaatzaak c. Belgique*, cit.

luce del carattere intertemporale dei diritti, un equilibrio tra fonti internazionali e fonti interne (costituzionali e ordinarie) reso possibile anche dalla condivisione di una base non controversa di dati scientifici, il riconoscimento di un margine di azione per il legislatore. Le due sentenze straniere più citate nel *Klima-Beschluss* sono quelle delle corti supreme olandese e irlandese, probabilmente perché si tratta di pronunce che, nello spazio giuridico europeo, hanno affermato in via definitiva un'obbligazione climatica dello stato, e forse anche perché la decisione tedesca si colloca a metà strada tra l'una e l'altra. Al momento della sua adozione, comunque, il Bundesverfassungsgericht era ben consapevole della portata innovativa del *Klima-Beschluss* in un orizzonte transnazionale, tanto da aver cercato di agevolare la sua diffusione all'estero, attraverso la pubblicazione di una traduzione non solo in inglese, ma anche in francese e in spagnolo[14]. Nei paragrafi che seguono mi soffermerò quindi sui passaggi della pronuncia che hanno destato maggiore interesse, e sulla collocazione di essa nell'ambito di processi democratici più vasti.

2. *La tutela del clima tra obblighi di protezione e diritti intertemporali. Le coordinate della dogmatica*

All'indomani della decisione si è svolta nella dottrina costituzionalistica tedesca una discussione vivace, il cui nucleo centrale ha riguardato i passaggi argomentativi nei quali il Tribunale costituzionale ha elaborato le categorie dogmatiche dell'«effetto anticipato simile a quello di interferenza» (*eingriffsähnliche Vorwirkung*)[15] e dei diritti fondamentali come «garanzia intertemporale della libertà» (*intertemporale Freiheitsicherung*)[16]. Per comprendere appieno il senso di questa discussione, bisogna avere presente le specificità della dogmatica tedesca in tema di *Grundrechte*, e il modo serrato in cui la dottrina dialoga – anche in maniera critica – con il Bundesverfassungsgericht, il quale a sua volta tiene conto delle posizioni dottrinali nelle proprie sentenze. Sebbene ciò abbia avuto la controindicazione di indirizzare una parte significativa delle elaborazioni dottrinali verso l'esegesi e l'anticipazione di orientamenti interpretativi della giurisprudenza del Tribunale, a scapito di altri generi letterari, la fitta interazione tra la dottrina costituzionalistica e il Bundesverfassungsgericht (nel lessico comparatistico: tra il formante dottrinale e

[14] V. *supra*, n. 1.

[15] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 116, 183 ss. Per la traduzione italiana ho scelto una sfumatura più vicina alla versione francese (*effet anticipé similaire à celui d'une ingérence*) e a quella inglese (*advance interference-like effect*) che a quella spagnola (*efecto similar al de una interferencia anticipada*).

[16] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 122, 142, 183, 190, 191.

quello della giurisprudenza costituzionale) resta un aspetto caratterizzante della cultura giuridica e costituzionale tedesca[17].

Con qualche semplificazione, si può affermare che, nella dogmatica consolidata, i diritti fondamentali presentano una doppia dimensione: quella individuale di *Abwehrrechte*, ossia diritti di difesa contro ingerenze dello stato, che fondano una pretesa di astensione, e quella istituzionale di *Schutzpflichten*, ossia obblighi di protezione rivolti allo stato, che fondano una pretesa di azione. In realtà, la dimensione istituzionale è a sua volta molto più articolata – comprende anche le sotto-dimensioni assiologica, organizzativa e procedurale, democratico-partecipativa, dei diritti di prestazione e degli effetti orizzontali –[18], ma ai fini di questo contributo ci si può limitare a considerare la giustapposizione e soprattutto l'inedita correlazione, nella pronuncia che si sta esaminando, di *Abwehrrechte* e *Schutzpflichten*. Gli obblighi di protezione, in particolare, sono stati elaborati dal Bundesverfassungsgericht nella giurisprudenza sull'interruzione volontaria di gravidanza[19], a partire da una lettura congiunta del principio di dignità (art. 1, comma 1 GG) e del diritto alla vita (art. 2, comma 2 frase 2 GG), e sono stati riferiti all'embrione e al feto. Sebbene la dottrina non abbia escluso l'enucleazione di obblighi di protezione con riguardo all'insieme dei diritti fondamentali, la giurisprudenza più rilevante li ha finora ricollegati soprattutto ai diritti alla vita e all'integrità fisica (art. 2, comma 2 frase 2 GG). Ciò vale anche per gli obblighi di protezione che ineriscono alla materia ambientale (ad esempio, con riguardo all'uso dell'energia nucleare, all'inquinamento acustico, all'elettrosmog). In misura relativamente più circoscritta, obblighi di protezione in tale ambito possono essere dedotti a partire dal diritto di proprietà (art. 14 GG) e dal diritto a scegliere liberamente la professione (art. 12 GG)[20].

---

[17] Da ultimo cfr. D. Grimm (hrsg.), *Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsrprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, Tübingen, 2019.

[18] La bibliografia sul tema è imponente; mi limito a richiamare H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 1993; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), Frankfurt a.M., 1994; J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in Id. - P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch Staatsrechts*, v. V, Heidelberg, 1992, § 111; H.D. Jarass, *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*, in D. Merten - H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, Heidelberg, 2006, p. 625 ss.; W. Kahl, *Grundrechte*, in O. Depenheuer - Ch. Grabenwarter (hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, p. 807 ss.; Ch. Calliess, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, in H. Pünder - Ch. Waldhoff (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, 2014, p. 27 ss. Nella dottrina italiana v. P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti di libertà in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, p. 166 ss. e, se si vuole, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2016.

[19] BVerfGE 39, 1, 25 febbraio 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*); 88, 203, 28 maggio 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

[20] BVerfGE 46, 160, 16 ottobre 1977, *Schleyer*; 49, 89, 8 agosto 1987, *Kalkar I*; 53, 30, 20 dicembre 1979, *Mühlheim-Kärlich*; 56, 54, 14 gennaio 1981, *Fluglärm*; 77, 170, 29 ottobre 1987 (*Lagerung chemischer Waffen*); BVerfG, 12 novembre 2008, 1 BvR 2465/06, *Standortzwischenlager für atomare Kernbrennstoffe,* in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (*NvwZ*), 2009, p. 171 ss.; BVerfG, 10 novembre 2009, 1 BvR 1178/07, *Schacht Konrad*; BVerfG, 24 gennaio 2007, 1 BvR 382/05, *Mobilfunkanlagen*, in

Quando i giudici motivano una decisione, un diritto fondamentale viene normalmente considerato alternativamente alla luce di un profilo o dell'altro (*Abwehrrecht* o *Schutzpflicht*): la scelta si ripercuote sul tipo di analisi e sui passaggi che scandiscono l'argomentazione della sentenza, ai quali corrisponde spesso un lessico specifico, a seconda che si imbocchi l'una o l'altra strada. Tra queste differenze, vi è anche il modo in cui opera il principio di proporzionalità: esso è per lo più associato agli *Abwehrrechte*, rispetto ai quali nell'ultima fase (quella della proporzionalità in senso stretto), diviene un *Übermassverbot* (divieto di compressione eccessiva di un diritto). Nella costellazione delle *Schutzpflichten* si parla invece di un *Untermassverbot* (divieto di abbassare la protezione del diritto sotto una determinata soglia). È un canone di scrutinio meno incisivo rispetto al precedente, e tiene conto del più ampio margine di valutazione e conformazione di cui gode lo stato – e soprattutto il legislatore – nel disegnare gli obblighi di protezione. Per valutare il rispetto di questo secondo canone, l'*Untermassverbot*, il Tribunale costituzionale utilizza normalmente uno standard piuttosto blando, l'*Evidenzkontrolle*, secondo il quale una legge viene considerata incostituzionale solo se la carenza di protezione appare evidente, vuoi per una totale omissione da parte del Parlamento, vuoi per una palese inadeguatezza o insufficienza della misura in relazione allo scopo da raggiungere. Più stringente, ma comunque meno penetrante dello scrutinio di proporzionalità, è la *Vertretbarkeitskontrolle*, un controllo relativo all'accuratezza nell'accertamento dei fatti, alla plausibilità della valutazione (*Vertretbarkeit*) e all'efficacia della tutela apprestata[21].

In questa cornice si può inquadrare, nella Legge fondamentale tedesca, anche il problema della tutela ambientale. Se, in una prospettiva comparativa, si distinguono costituzioni in cui l'ambiente rileva come oggetto di un diritto soggettivo individuale e costituzioni in cui esso è protetto da una norma di scopo (*Staatszielbestimmung*)[22], in Germania l'approccio prevalente è stato finora il secondo. La discussione si era aperta nella dottrina, nella giurisprudenza e nel mondo politico durante gli anni settanta. Il diritto soggettivo fondamentale all'ambiente è stato accantonato per una serie di obiezioni, tra cui la portata apparentemente indeterminata e la cerchia indefinita dei suoi potenziali titolari. Era stata altresì proposta l'introduzione di un dovere dei cittadini, nei confronti dello stato, relativo alla protezione dell'ambiente da parte dei privati. Il dibattito ha incontrato momenti di accelerazione dapprima con

---

NvwZ, 2007, p. 805 ss.; ed altre decisioni relative all'inquinamento acustico negli areoporti, tra cui BVerfG, 4 maggio 2011, 1 BvR 1502/08, in *NvwZ*, 2011, p. 991 ss. Per un quadro d'insieme cfr. Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen, 2001, p. 312 ss.; A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, in *NvwZ*, 2013, p. 6 ss.

[21] Cfr. la nota precedente, ed altresì J. Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl., Berlin, 2005, p. I ss. e *passim*; J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, cit., p. 181 ss.; Ch. Calliess, *Schutzpflichten*, in D. Merten - H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, cit., p. 963 ss.; D. Grimm, *The Protective Function of the State*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, p. 149 ss.

[22] Per un ampio quadro v. D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, p. 94 ss., 124 ss.

l'entrata nel Bundestag del partito dei Verdi negli anni ottanta, e poi, in maniera risolutiva, con la riunificazione. All'inizio degli anni novanta, nei lavori della Commissione comune istituita per apportare revisioni al *Grundgesetz* si sono confrontate le seguenti posizioni: da un lato, i Verdi erano favorevoli alla previsione di un diritto soggettivo, da introdurre attraverso un'integrazione dell'art. 2, comma 2 GG (ma occorre ricordare che i primi promotori di un diritto siffatto sono stati negli anni settanta i liberali dell'FDP). Dall'altro, cristiano-democratici e social-democratici appoggiavano la norma di scopo. Nel 1994, con l'art. 20a GG, è stata adottata quest'ultima soluzione: la norma prevede che lo stato tuteli «le basi naturali della vita» (*natürliche Lebensgrundlagen*), mentre è venuto meno sia il riferimento diretto all'attività dell'uomo (voluto dalla CDU) sia il carattere "particolare" della tutela ambientale (richiesto dalla SPD)[23]. La formulazione sembra aver lasciato aperta la questione, forse eccessivamente polarizzata, circa l'impostazione antropocentrica o ecocentrica della norma, mentre un'interpretazione sistematica, e in particolare il principio di intangibilità della dignità dell'uomo, hanno spinto parte della dottrina ad attribuire la prevalenza, nelle operazioni di bilanciamento, agli interessi umani[24]. Come si è anticipato, la tutela dell'ambiente è ricondotta anche alla dimensione degli obblighi di protezione che scaturiscono dal diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 2, comma 2 GG) e, in misura minore, dal diritto di proprietà (art. 14 GG) e dal diritto a scegliere liberamente la professione (art. 12 GG)[25].

Le proposte di elaborazione di un diritto soggettivo non sono tuttavia venute meno, soprattutto per quanto concerne il "diritto a un minimo esistenziale ecologico" (*Recht auf ein ökologisches Existenzminimum*). Si tratta di una posizione soggettiva che, per un verso, è un diritto di difesa contro ingerenze statali «estremamente nocive» per l'ambiente, per l'altro conferisce un diritto di prestazione, una pretesa positiva alla conservazione di un nucleo di elementi naturali considerati necessari a vivere in maniera dignitosa (aria respirabile, acqua potabile, cibo commestibile, etc.) o a preservare la salute umana (ad esempio lo strato dell'ozono), elementi indispensabili sia alla sopravvivenza fisica di ciascuno, sia al mantenimento di un tessuto relazionale elementare. Anche la salvaguardia di condizioni climatiche tali da rendere il pianeta abitabile, e quindi la prevenzione dei rischi che possano

[23] M. Kloepfer, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Berlin, 1978, p. 7 ss.; B. Bock, *Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Berlin, 1990, p. 53 ss., 225 ss.; H. Schulze-Fielitz, *Art. 20a GG*, in H. Dreier (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl., Tübingen, 2015, Rn. 7-8; J. Luther, *Antropocentrismo e biocentrismo nel diritto dell'ambiente in Italia e in Germania*, in *Pol. Dir.*, 1989, p. 677 ss.; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 132 ss.; E. Buono, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, p. 472 ss. Tra i commentatori del *Klima-Beschluss*, queste vicende sono ripercorse in particolare da J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2021, p. 702 ss. Sull'art. 20a GG v. anche Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 104 ss.

[24] Ivi, pp. 111-114, 509 ss.

[25] *Supra*, n. 20.

provocare il superamento dei *tipping points*, rientra nel contenuto di un diritto siffatto. Da un punto di vista interpretativo, tale contenuto viene ricavato da un'interpretazione congiunta degli art. 1, comma 1 GG e 2, comma 2 GG, da un lato, e del principio dello stato sociale di cui all'art. 20 GG, dall'altro. Le assonanze con il diritto al minimo esistenziale economico-sociale (*Recht auf Existenzminimum*), prefigurato dalla dottrina e in seguito riconosciuto dal Tribunale costituzionale[26], sono evidenti[27]. L'obiezione principale sollevata verso il diritto a un minimo esistenziale ecologico è quella per cui la costituzione non offre indicatori relativi alle soglie o agli standard di vivibilità, tali da determinare il livello minimo di tutela[28]; a questo argomento si è replicato osservando che indicatori simili non sono reperibili nemmeno con riguardo al *Recht auf Existenzminimum* sociale, e che, ciononostante, il Bundesverfassungsgericht ha individuato alcuni criteri di tipo procedurale idonei a guidare il legislatore nella definizione del contenuto del diritto[29]. Il diritto al minimo esistenziale, tanto sociale quanto ecologico, attiene ai beni materiali e naturali che costituiscono il presupposto per l'esercizio effettivo di questo e di altri diritti fondamentali (ad esempio, il diritto alla vita presuppone un'aria respirabile)[30].

Prima della pubblicazione del *Klima-Beschluss*, le previsioni degli studiosi erano in buona parte sfavorevoli al riconoscimento delle pretese dei ricorrenti, alla luce della giurisprudenza sugli obblighi di protezione, caratterizzata come si è visto da un livello meno penetrante di scrutinio. Ne era la riprova il fatto che, fino ad allora, il Tribunale costituzionale non aveva mai riscontrato una violazione delle *Schutzpflichten* in materia ambientale[31]. Ma vi è stato anche chi aveva immaginato che questo caso potesse essere l'occasione per un'evoluzione di quella giurisprudenza, inaugurando un tipo di scrutinio relativamente più stretto, appoggiandolo eventualmente al diritto al minimo esistenziale ecologico[32].

I pronostici, tuttavia, sono stati smentiti, e il Tribunale ha dichiarato incostituzionali alcune norme della legge sul clima del 2019, per non aver previsto – direttamente essa stessa, o indirettamente tramite la fissazione dei criteri per futuri regolamenti governativi – un percorso graduale di riduzione delle emissioni di gas serra fino al 2050, tale da fornire a cittadini e imprese un orizzonte temporale adeguato per orientare i propri comportamenti alla luce dell'obiettivo della neutralità

[26] BVerfGE, 125, 175, 9 febbraio 2010, *Hartz IV*.

[27] Cfr. Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 300; Id., *Klimapolitik und Grundrechtsschutz – Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz?*, in *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR), 2021, p. 326 ss.; A. Buser, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland,* in *Deutsches Verwaltungsblatt* (*DVBl*), 2020, p. 1391 ss.

[28] A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, cit., p. 6

[29] *Supra*, n. 26 e *infra*, n. 117.

[30] Cfr. già M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen, 2014, p. 309 ss.

[31] Cfr. tra gli altri A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, cit., p. 7; W. Kahl, *Klimaschutz und Grundrechte*, in *Juristische Ausbildung*, 2021, p. 121.

[32] A. Buser, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz?*, cit.; Ch. Calliess, *Klimapolitik und Grundrechtsschutz*, cit.; W. Kahl, *Klimaschutz und Grundrechte*, in *Juristische Ausbildung*, 2021, p. 121 ss.

climatica. La legge originaria prevedeva precisi obiettivi di riduzione delle emissioni fino al 2030, mentre con riferimento al periodo successivo rinviava a regolamenti del Governo da adottare a partire dal 2025. La leva dogmatico-argomentativa adoperata per la declaratoria di incostituzionalità, tuttavia, non sono stati gli obblighi di protezione, ma i diritti individuali nella dimensione difensiva, e in una proiezione intertemporale. Ad essi è stato associato il giudizio di proporzionalità. Si tratta delle parti della decisione più inaspettate, laddove i profili processuali di ammissibilità sono strettamente connessi a quelli sul merito.

Nonostante siano stati individuati sostegni nella dogmatica precedente (soprattutto per quanto concerne il diritto di proprietà)[33], questo tipo di argomentazione e di ricostruzione dogmatica può considerarsi una *Grundrechtsinnovation*. Nell'esperienza costituzionale tedesca tali innovazioni non sono infrequenti, soprattutto in ambiti legati allo sviluppo tecnologico, che ha causato mutamenti nell'interpretazione del diritto, spesso attraverso un'interazione tra fonti costituzionali e fonti internazionali o sovranazionali[34]. Una spia formale-procedurale della portata significativa di questo mutamento è costituita dal fatto che la pronuncia sia stata assunta all'unanimità[35]: attraverso il carattere unanime della decisione, i giudici hanno trasmesso verso l'esterno l'immagine di una coesione interna – la cui ricerca presso il Bundesverfassungsgericht costituisce bensì la regola[36], ma che è altamente improbabile sia stata effettivamente raggiunta in questo caso su tutta la motivazione –, e hanno dunque rafforzato la nuova figura dogmatica rispetto alle probabili obiezioni dei commentatori. In tale prospettiva, colpisce che la decisione non sia stata preceduta da un'udienza pubblica – sulla base del presupposto, quantomeno dubbio, che non vi fosse ulteriore bisogno di chiarificazioni e che la decisione si inserisse armonicamente nella giurisprudenza precedente –[37], e che, conseguentemente, essa non sia stata emessa nella forma di una sentenza (*Urteil*) ma di un *Beschluss*, per quanto lunghissimo (ho scelto di tradurre questo termine con

[33] In particolare l'«effetto anticipato di espropriazione»: cfr. tra gli altri v. N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, in *Der Staat*, 2022, p. 114-115; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen. Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), 2021, p. 148-149. Per un possibile aggancio alle future generazioni, ma con riferimento alle *Schutzpflichten*, v. M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, cit., p. 296 ss.

[34] G. Hornung, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen, 2015.

[35] Tra gli altri, notano questo aspetto J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 710; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, in *DVBl*, 2021, p. 1340; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *JZ*, 2021, p. 1071, S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion*, in *Der Staat*, 2022, p. 101.

[36] Cfr. U. Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, 2010.

[37] K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen*, in *NJW*, 2021, p. 2085; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1070, S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 93 ss.

"decisione", in altri contesti si può trovare "ordinanza"). Il tempo dirà se e in che misura questa innovazione potrà consolidarsi, essendo rimaste, come era prevedibile, alcune questioni aperte.

3. *Segue. L'argomentazione del Bundesverfassungsgericht e le reazioni della dottrina*

È opportuno a questo punto osservare più da vicino il percorso argomentativo dei giudici. Il primo ostacolo – comune a una parte della *litigation* climatica, là dove manca una specifica legittimazione ad agire per le associazioni[38] – riguardava l'ammissibilità della *Beschwerde*: i requisiti per la procedibilità della domanda sono normalmente un interesse proprio (*selbst*), immediato (*unmittelbar*) e attuale (*gegenwärtig*) dei ricorrenti. Mentre questi elementi non possono essere rinvenuti in capo ai gruppi ambientalisti, i quali non sono titolari di un diritto o di una situazione giuridica azionabile tramite *Beschwerde*, per i singoli la situazione è diversa. Il Tribunale costituzionale ha utilizzato un'interpretazione ampia dei presupposti processuali, ritenendo possibile una lesione dei diritti alla vita e all'integrità fisica e del diritto di proprietà, con riguardo specifico alla dimensione delle *Schutzpflichten*, nonché una più generica lesione dei diritti di libertà, visti nella dimensione individuale di diritti di difesa[39]. A ben vedere, il rinvenimento di tutti e tre i requisiti può apparire problematico e dare l'impressione che il Bundesverfassungsgericht abbia di fatto aperto la strada a un'azione popolare[40], suscitando obiezioni in parte simili a quelle che erano state formulate a proposito dell'interpretazione estensiva dell'art. 38 GG, visto come un *Grundrecht auf Demokratie* nell'ambito dell'ormai fitta giurisprudenza relativa ai rapporti tra i principi costituzionali di struttura e il diritto dell'Unione europea[41]. I giudici hanno cercato di prevenire i rilievi critici con i seguenti argomenti: da un lato – e con un'esplicita presa di distanza dalla più restrittiva giurisprudenza

[38] Per un quadro d'insieme cfr. *supra*, n. 6.

[39] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 91 ss. Per una ricostruzione del ricorso diretto nell'esperienza tedesca v. F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in Id. - G. Repetto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2021, p. 43 ss. Nella letteratura tedesca cfr. tra i molti H. Bethge, *§ 90*, in Id. *et al.* (hrsg.), *BVerfGG*, Bd. II, München, 2018; R. Zuck - H. Eisele, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 6. Aufl., München, 2022.

[40] M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"? – auf Konturensuche*, in *NVwZ*, 2021, pp. 921-922; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, in *Umwelt- und Planungsrecht* (*UPR*), 2021, p. 251.

[41] Cfr. per tutti R. Lehner, *Die "Integrationsverfassungsbeschwerde" nach art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, 2013, p. 535 ss.; criticamente tra gli altri Ch. Schönberger, *Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht*, in *JZ*, 2010, p. 1160 ss.

della Corte di Lussemburgo[42] – hanno affermato che il carattere "proprio" dell'interesse non richiede che esso debba essere al contempo qualificato. In altre parole, il pregiudizio per il ricorrente non deve differenziarsi in maniera significativa da quello degli altri consociati[43]. Il fatto, dunque, che si tratti di un pregiudizio condiviso all'interno della collettività non esclude l'interesse del singolo a ricorrere. Dall'altro lato, hanno insistito sui pregiudizi concreti ai quali, alla luce degli effetti delle misure adottate, con elevata probabilità sarebbero stati esposti i ricorrenti: si tratta degli esseri umani oggi viventi più che delle generazioni future – anche se bisogna ricordare che l'ultimo concetto non è delimitato in maniera netta: vi sono in esso delle sovrapposizioni di fasce generazionali, soprattutto per quanto riguarda i giovani[44]. Tali pregiudizi, pericoli reali, attengono ai diritti alla vita e all'integrità fisica (indirettamente alla salute, un bene non previsto espressamente dalla Legge fondamentale), nonché al diritto di proprietà, se non vengono adeguatamente adempiuti gli obblighi di protezione. Ma toccano anche – in una prospettiva speculare e in generale – i diritti di libertà, che potrebbero essere compressi a causa dell'adozione improvvisa di misure drastiche volte al contenimento delle emissioni[45]. Il Tribunale costituzionale non si dilunga invece sul "diritto a un minimo esistenziale ecologico" e sul "diritto a un futuro degno dell'uomo", pur invocati dai ricorrenti, la cui esistenza è ritenuta astrattamente possibile ma non appare pregiudicata in questo caso. Qualche considerazione in più è riservata al diritto al minimo esistenziale ecologico, laddove si afferma che esso copre uno spettro non interamente sovrapponibile a quello degli art. 2, comma 2 e 14 GG, e che riguarda in particolare l'esistenza delle precondizioni ecologiche che rendono possibile la partecipazione alla vita sociale, politica e culturale sul territorio. Ma non può dirsi, secondo i giudici, che

[42] Cfr. Trib. UE, 8 maggio 2019T-330/18, *Carvalho*; CGUE, 15 marzo 2021, C-565-19 P, *Carvalho*.

[43] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 110. Sul carattere innovativo e particolarmente ampio di questa interpretazione v., tra gli altri, J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 708-709; Ch. Calliess, *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts: "Versubjektivierung" des Art. 20a GG?*, in *ZUR*, 2021, p. 355; per un'interpretazione ampia dell'ammissibilità alla luce della dottrina delle *Schutzpflichten* v. Ch. Bickenbach, *Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung vor den Gerichten*, in *JZ*, 2020, p. 176.

[44] Sulla stratificazione del concetto di generazioni future v. A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, *Annali IX*, Milano, 2016, p. 337 ss. Sul problema della soggettività giuridica delle generazioni future v. ivi, p. 365 ss.; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 71 ss.; nel contesto tedesco M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, cit., p. 9 ss., 63 ss. Per una inquadrabilità della questione dal punto di vista delle responsabilità e dei doveri delle generazioni presenti v. già, muovendo dalle *Schutzpflichten*, H. Hofmann, *Nachweltschutz als Verfassungsfrage*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* (*ZRP*), 1986, p. 87 ss.; nel contesto italiano R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 178 ss.; M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, p. 145 ss.

[45] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 96 ss.; 116 ss.; 129 ss.

la legge sul clima avrebbe cagionato effetti di portata talmente catastrofica da pregiudicare quel contenuto minimo[46].

Colpisce inoltre l'apertura della via processuale alle *Beschwerden* promosse da individui residenti in Nepal e in Bangladesh: il BVerfG la giustifica richiamandosi a una giurisprudenza recente sull'efficacia extraterritoriale dei diritti[47], ma ravvisa una differenza tra dimensione difensiva e obblighi di protezione (la prima appresta una protezione più robusta), e soprattutto tra obblighi di protezione da far valere in Germania e quelli da far valere all'estero, sottolineando come nel secondo caso il legame tra ricorrenti ed eventuali misure normative attuative delle *Schutzpflichten* sia molto più debole[48]. Nel merito dunque, la pretesa basata sull'efficacia extraterritoriale dei diritti viene respinta.

Sono invece accolti i ricorsi dei cittadini tedeschi, che fanno riferimento anzitutto al territorio nazionale, anche se vi è piena consapevolezza della portata globale dell'emergenza climatica, come mostra il ruolo decisivo che nella motivazione occupano gli Accordi di Parigi. Prima di toccare questo profilo, però, occorre tornare sui passaggi della decisione che hanno maggiormente sorpreso i commentatori, e cioè sullo slittamento dell'attenzione dagli obblighi di protezione/*Schuzpflichten* a quella della dimensione individuale e difensiva dei diritti/*Abwehrrecht*, corredata quest'ultima da una prospettiva intertemporale.

La mancata dichiarazione di incostituzionalità per violazione degli obblighi di protezione[49] si può probabilmente spiegare con l'intenzione, da parte dei giudici, di non volere introdurre cambiamenti significativi nella dogmatica delle *Schutzpflichten*, e soprattutto nello scrutinio da parte del Tribunale costituzionale, scrutinio che come si è visto è stato fino a oggi, in questa costellazione, piuttosto debole[50]. I giudici, dunque, pur avendo per la prima volta riconosciuto chiaramente che la tutela del clima rientra negli obblighi di protezione di cui agli art. 2, comma 2 e 14 GG[51], hanno valutato una loro possibile violazione e, applicando i criteri ricavabili dai precedenti, la hanno negata. Non pochi costituzionalisti ed esperti di diritto ambientale, tuttavia, hanno sottolineato come i giudici avrebbero potuto sviluppare la dottrina degli obblighi di protezione lungo la direzione che suggerisce una maggiore incisività del controllo di costituzionalità nel senso di una *Vertretbarkeitskontrolle*, specie dinanzi a

[46] Ivi, Rn. 113 ss. Sulla concezione restrittiva del "diritto a un minimo esistenziale ecologico" adottata dal Tribunale cfr. M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1135.

[47] BVerfG, 19 maggio 2020, 1 BvR 2835/17, *BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*.

[48] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 101, 173 ss. Sulla questione specifica della extra-territorialità v. C. Gentile, Climate Litigation *ed extraterritorialità dei diritti*, cit., *passim*.

[49] Cfr. BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 152 ss., 171 ss.

[50] Così chiaramente la giudice costituzionale, membro del Senato che ha pronunciato la decisione, G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *NVwZ Sondarausgabe Klimabeschluss*, 2022, p. 12-13, ma il punto si coglie sotto traccia nella gran parte dei commenti richiamati.

[51] Cfr. G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 12

rischi gravi, rispetto ai quali il verificarsi di eventi dannosi è altamente probabile – una costellazione che è difficile negare con riguardo all'attuale emergenza climatica[52]. Un'ulteriore alternativa sarebbe stata quella di esplorare più a fondo il diritto a un minimo esistenziale ecologico concepito come un diritto di prestazione basato sul principio di precauzione[53]. Per entrambe le prospettive – obblighi di protezione e diritti di prestazione, che includono in questa materia anche la dimensione partecipativa dei diritti – è rilevante il tema dei presupposti dei diritti fondamentali (*Grundrechtsvoraussetzungen*); precondizioni naturali, materiali o giuridiche dell'esercizio dei diritti, che rientrano nell'ambito di applicazione di questi. Un sistema climatico stabilizzato è raffigurabile come una di tali precondizioni[54].

La via percorsa dal Tribunale, tuttavia, è differente: dapprima i giudici negano la lesione degli obblighi di protezione, relativi al diritto alla vita e all'integrità fisica, nonché al diritto di proprietà, e successivamente – riformulando il parametro del giudizio rispetto a quanto indicato dai ricorrenti[55] – emettono una declaratoria di incostituzionalità muovendo dai diritti fondamentali, inquadrati nella loro dimensione difensiva e nella loro proiezione intertemporale. Il ragionamento dei giudici, tanto semplice quanto ingegnoso, è il seguente: la legge sul clima prevede obiettivi di riduzione delle emissioni fino al 2030, ma, considerato il *carbon budget* a disposizione della Germania, in quella data sarà stata consumata quasi tutta la quantità consentita. Per soddisfare l'obiettivo del contenimento dell'aumento della temperatura tra 1,5 e 2°C entro il 2050, in una misura preferibilmente più vicina al primo termine che non al secondo, lo stato avrebbe dovuto adottare misure molto drastiche in un arco di tempo molto breve, misure che avrebbero avuto un impatto restrittivo sulla maggior parte delle attività umane (energia, produzione, trasporti, servizi, consumo, cultura, etc.). Tali attività costituiscono forme di esercizio di diritti e libertà individuali, che vengono quindi limitate[56]. La limitazione si verificherà bensì nel futuro, ma sulla base di norme giuridiche in vigore nel presente; per questo i giudici parlano di un «effetto (della legge) simile a quello di interferenza»[57].

---

[52] Ch. Calliess, *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 356-357; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 244, 248; K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2087-2088; J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 710, 725; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1137-1139.

[53] Ch. Calliess, *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 357; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 244, 246-247, che tuttavia contesta al Bundesverfassungsgericht una eccessiva genericità nella definizione di quel minimo (le condizioni, la cui assenza renderebbe impossibile la partecipazione e l'integrazione sociale, culturale e giuridica).

[54] W. Frenz, *Klimagrundrecht*, in *DöV*, 2021, p. 720 ss. Cfr. *supra*, n. 27, 30.

[55] C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 140 ss.

[56] BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 116 ss., 182 ss., 247 ss.

[57] Sul profilo giuridico e non solo fattuale di questo rapporto causale v. ivi, Rn. 118, 187. Parla di un «surrogato di interferenza» e di una «messa in pericolo del diritto fondamentale che sostituisce l'interferenza» S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 90.

Alcuni autori hanno inquadrato questa impostazione, condividendola, come un coordinamento della dimensione dei diritti di difesa con quella degli obblighi di protezione[58]. Altri hanno considerato più problematico questo approccio, per la confusione che può ingenerare tra le due dimensioni, venendo meno a quelle funzioni di guida e di prevedibilità che dovrebbero caratterizzare la giurisprudenza costituzionale[59]. Uno degli aspetti più controversi della ricostruzione del Bundesverfassungsgericht è relativo alla genericità delle posizioni giuridiche la cui lesione fonda l'incostituzionalità[60]: mentre alcuni hanno ritenuto che i giudici avessero in mente soprattutto le libertà economiche[61], altri hanno sottolineato come a essere interessata fosse la quasi totalità dei comportamenti umani, dipendendo ciascun tipo di attività dal consumo di energia[62]. I giudici non hanno individuato uno o più diritti fondamentali, né una concreta libertà, ma hanno parlato, in maniera appunto generica, di diritti di libertà (*Freiheitsrechte*) che nel loro insieme sarebbero stati compromessi. O meglio, hanno ricordato che il *Grundgesetz* protegge in maniera specifica alcuni diritti di libertà, e che in ogni caso è rilevante la libertà generale di agire (*allgemeine Handlungsfreiheit*) di cui all'art. 2, comma 1 GG, interpretata dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria alla stregua di un diritto generale di libertà (*allgemeines Freiheitsrecht*)[63]. Tale norma è stata ritenuta una sorta di diritto-ombrello (*Auffanggrundrecht*), riconosciuto attraverso una clausola sussidiaria, che offre protezione a comportamenti non ricompresi nei diritti enumerati (letteralmente, l'*Auffanggrundrecht* è un "diritto che raccoglie" potenzialmente, nel suo ambito di applicazione, un ampio spettro di situazioni soggettive). Non si tratta, tuttavia, di una ricostruzione dogmatica pacifica, nella misura in cui la sentenza che negli anni cinquanta ha inaugurato questa linea interpretativa – l'*Elfes-Urteil*[64] – è stata criticata per alcune ricadute negative: l'impulso che ha dato a una progressiva e penetrante giuridificazione dei comportamenti e dei rapporti umani (che tendono a essere osservati attraverso le lenti e il lessico dei diritti fondamentali), la corrispondenza tra

[58] Nel complesso adesivi rispetto a questa impostazione del Tribunale S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, in *NVwZ*, 2021, p. 914, 916; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 144.

[59] Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1073-1074; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 90 ss.; M. Kloepfer, J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1139.

[60] Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1071; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 245-246; J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 711-712; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 90 ss.

[61] Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1073, 1076.

[62] V. la giudice G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 13.

[63] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 117, 184. Cfr. da ultimo M. Eifert, *Persönliche Freiheit*, in M. Herdegen - J. Masing - R. Poscher - K.F. Gärditz (hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, p. 1163 ss.; per alcuni profili problematici v. *infra*, n. 65.

[64] BVerfGE 6, 32, 16 gennaio 1957.

ampiezza dell'ambito di applicazione e ampiezza dei limiti apponibili al diritto (entrambi piuttosto larghi), l'allargamento dello spettro del sindacato del giudice costituzionale e la riduzione dello spazio della conformazione politico-legislativa[65]. Di qui l'impressione che il *Klima-Beschluss* si fosse posto in sostanziale continuità con questa giurisprudenza e la lettura della decisione alla stregua di una «versione ecologica di *Elfes*» (*Öko-Elfes*), che avrebbe – contrariamente a quanto deliberato in sede di revisione costituzionale – «soggettivizzato» l'art. 20a GG, aprendo il varco a una pretesa individuale avente ad oggetto un'azione dei poteri pubblici rispettosa dei canoni ambientali[66].

Un altro profilo sul quale si è discusso attiene al significato dell'intertemporalità: vi è chi ha parlato addirittura di un «diritto fondamentale alla garanzia intertemporale dei diritti»[67], chi di una (ulteriore) dimensione dei diritti fondamentali[68], chi di una funzione di questi ultimi[69]. Alcuni hanno ritenuto di dover tradurre l'istanza di tutela intertemporale dei diritti individuali in un'esigenza di giustizia intergenerazionale o di una «giustizia intertemporale sistemica»; in particolare, sono apparsi rilevanti i principi di giustizia complessiva del sistema e di coerenza oggettiva interna della legislazione, principi sviluppati nell'ambito della materia fiscale e collegati al principio di eguaglianza[70]. I giudici hanno parlato invero

---

[65] Per una ricostruzione storica cfr. D. Grimm, *Das Elfes-Urteil*, in F. Meinel (hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, Tübingen, 2019, p. 155 ss.; Ha. Birkenkötter, *Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht und Auffanggrundrecht: Das Elfes-Urteil*, in D. Grimm (hrsg.), *Vorbereiter – Nachbereiter?*, cit., p. 9 ss.

[66] Cfr. criticamente Ch. Calliess, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *verfassungsblog.de*, 25 maggio 2021; Id., *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 356; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1076; J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 710, 712; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 243, 249; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1135. La tesi della soggettivizzazione dell'art. 20a GG è contestata da chi invece ravvisa un coordinamento di diritto di difesa e obbligo di protezione: *supra*, n. 58. C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 154, sostiene che non è stato soggettivizzato l'art. 20a GG, ma che siano stati «intertemporalizzati» i diritti di libertà, attraverso l'art. 20a GG.

[67] S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, cit., p. 913; M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 921, che attribuiscono il diritto (erroneamente) alle generazioni future; critico M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 243, 246

[68] S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, cit., p. 914; M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"? – auf Konturensuche*, in *NVwZ*, 2021, p. 918; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 144; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende. Neukonstruktion des Umweltrechts unter verfassungsrechtlichen Einfluss*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* (*AöR*), 2022, p. 593 ss.

[69] M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 918 (come risulta dalle citazioni, le scelte lessicali dei vari autori non sono sempre univoche).

[70] M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 920-921. V. anche J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art.*

di un'esigenza di distribuire tra le generazioni sia le opportunità di libertà, sia gli oneri di riduzione delle emissioni[71]. E tali passaggi hanno comprensibilmente indotto a richiamare le tesi di John Rawls sulla giustizia intergenerazionale[72]. Ma la riformulazione della questione in termini di giustizia intergenerazionale non è pacifica: sia perché non si può dare per scontata la trasposizione della logica adoperata con riferimento alla giustizia redistributiva (che normalmente fa riferimento alla ripartizione di beni materiali nel tempo presente) alla redistribuzione di quote di libertà nel futuro; sia perché nel caso specifico non si ha a che fare con una distribuzione diseguale delle ricadute negative del cambiamento climatico, ma di una distribuzione diseguale degli oneri così come risultante da un preciso atto normativo (la legge sul clima del 2019). Non si tratta, inoltre, di una successione di generazioni diverse (quindi di un'alterità di soggetti), ma degli stessi individui, considerati a una distanza temporale di dieci-venti anni. Più che di un problema di efficacia verso terzi (ancora non esistenti o in attesa di raggiungere la piena capacità di agire) di determinate decisioni, si tratterebbe di un problema relativo alla modulazione temporale di un'autolimitazione delle proprie libertà[73]. Occorre peraltro sottolineare come il Tribunale non abbia chiamato in causa il principio di eguaglianza – che probabilmente avrebbe richiesto ripartizioni simmetriche e non proporzionatamente graduate tra le generazioni[74] – e come esso sia stato attento a strutturare il ragionamento intorno a diritti che potranno bensì essere compressi negli anni a venire, ma i cui titolari sono esseri viventi già oggi. I giudici hanno del resto rigettato chiaramente la titolarità di posizioni giuridiche soggettive in capo alle generazioni future[75]. Se i titolari dei diritti sono attualmente viventi, e se si coglie un effetto anticipato di interferenza, ciò può avvenire perché la soglia di pericolo giuridicamente rilevante è stata ulteriormente anticipata rispetto a quanto è normalmente accettato nell'ambito della prevenzione dei rischi (*Vorsorge*), alla luce

20a GG), cit., p. 712 ss.; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, p. 244; M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl.*, 2021, p. 1145-1146; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, p. 590-591. Svaluta questo profilo S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 99.

[71] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 183, Rn. 192 ss.

[72] J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, nuova ed., ed. orig. *A Theory of Justice* (1999), Milano, 2008, p. 278 ss. Cfr. J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 712-713; N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, cit., p. 116-117, 120.

[73] N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, cit., p. 116 ss. Rilievi critici anche in Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1073.

[74] G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 14.

[75] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 109. Cfr. C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 154. Per un quadro dei problemi relativi alle generazioni future, molti dei quali affiorano anche nella sentenza che si sta considerando v. *supra*, n. 44.

delle specifiche dinamiche ecologiche[76] . Colpisce, peraltro, che nella decisione non sia stato tematizzato il principio di precauzione.

Un ulteriore aspetto della pronuncia che ha sollevato perplessità tra i commentatori è relativo al modo in cui il Tribunale ha fatto ricorso agli Accordi di Parigi sul clima del 2015 e al criterio del *carbon budget*. I giudici, infatti, hanno assunto come vincolanti, al par. 1 frase 3 della legge del 2019, gli obiettivi del Trattato di Parigi (ben al di sotto dei 2 C° e possibilmente vicino a 1,5 C°: cfr. art. 2, comma 1 lett. a)), nella misura in cui essi sono stati recepiti come «fondamento»» della legge stessa[77]. Essendo incorporati nella legge, tali obiettivi costituiscono per i giudici una «concretizzazione» dell'art. 20a GG e svolgono una «funzione costituzionale di orientamento»[78]. Si crea quindi l'effetto, apparentemente paradossale, per cui alcune norme del *Klimaschutzgesetz* (par. 3, comma 1 frase 2; par. 4, comma 1 frase 3 e allegato 2) sono dichiarate incostituzionali per aver violato dei fini posti da altre norme della medesima legge (par. 1 frase 3). In realtà, il rapporto dialettico tra costituzione e legge ordinaria, in relazione alla precisazione del contenuto di alcune clausole elastiche della costituzione, è noto da tempo: la legge ordinaria può essere vista primariamente come oggetto del giudizio di costituzionalità, nella misura in cui interferisce con i diritti fondamentali, ma può anche rappresentare l'attuazione di una norma costituzionale, che conforma i rapporti giuridici alla luce dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali[79]. Con riferimento a questo caso specifico, in dottrina il ragionamento del Tribunale è stato criticato da alcuni autori, poiché esso avrebbe esteso la funzione di parametro alle norme legislative di concretizzazione, laddove invece l'integrazione del parametro andrebbe limitata alle norme che, in maniera puntuale, integrano il contenuto della costituzione stessa[80]. E, tuttavia, la forza passiva rinforzata che i giudici attribuiscono al par. 1 del *Klimaschutzgesetz* si spiega anche attraverso il legame tra gli obiettivi generali della legge, gli Accordi di Parigi e le risultanze scientifiche. È così che un trattato internazionale sul clima viene ad acquisire un rilievo, nel sistema delle fonti, superiore a quello che tradizionalmente gli spetterebbe, essendo recepito attraverso una legge ordinaria (non si fa invece

[76] M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 919-920; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, cit., p. 594. V. anche S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 92.

[77] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 210.

[78] Ivi, Rn. 185, 204 ss. (213), 219 ss. Cfr. G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 9.

[79] Tra gli altri v. M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999; M. Cornils, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Tübingen, 2005, spec. 586 ss., 633 ss.; C. Bumke, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, 2009.

[80] S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 80 ss.; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 244. Per il lessico della concretizzazione, ma meno problematici verso la soluzione dei giudici M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1144-1145; F. Lange, M. Lippold, *Höchstrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip*, cit., p. 690-691.

riferimento al principio della *Völkerrechtsfreundlichkeit*). Va peraltro ricordato che una proposta di revisione volta a introdurre un principio di protezione del clima, conformemente ai trattati internazionali, era stata formulata dai Verdi poco tempo prima, senza però essere stata approvata[81]. A giustificare il ragionamento dei giudici è soprattutto l'elevato consenso della comunità scientifica intorno ai dati utilizzati dal Tribunale. I giudici – richiamando anche i rapporti dell'IPCC e i pareri del Sachverständigenrat für Umweltfragen (il Consiglio di esperti per le questioni ambientali)[82] – hanno preso le mosse dal presupposto che su tale questione vi sia un legame strutturale (*strukturelle Koppelung*) tra diritto e scienza climatica[83]. In particolare, i dati scientifici avrebbero avallato sia l'esigenza di interpretare in maniera rigorosa gli obiettivi della riduzione del surriscaldamento terrestre, sia la commutazione di questi obiettivi in quelli del contenimento delle emissioni di gas serra e la plausibilità metodologica del *carbon budget*. Alcuni hanno definito questo approccio «minimale», nella misura in cui il Tribunale ha poggiato le sue argomentazioni su alcune risultanze scientifiche note al pubblico, relativamente poco complesse e condivise in maniera trasversale[84]. Sulla questione della complessità avrò modo di tornare in seguito, in ogni caso il Bundesverfassungsgericht se ne è mostrato a suo modo consapevole, nella misura in cui ha insistito a più riprese sul grado di incertezza che accompagna le prognosi del legislatore e più in generale dei poteri pubblici, relativamente alle azioni da intraprendere in ambito climatico[85]. Concludendo sul punto, credo si possa condividere la tesi secondo cui il *Klimaschutzgesetz* contiene, nelle primissime norme, alcune decisioni fondamentali della regolazione ambientale, che il legislatore ha assunto in maniera «consapevole» e alla luce di una «urgenza» scientificamente plausibile; il carattere fondamentale di quelle decisioni è inoltre suffragato dal consenso raggiunto a livello sovrastatale tramite l'accordo internazionale[86].

---

[81] M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, p. 244. Perplessità sono espresse da Ch. Möllers, N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1074-1075; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 84 ss., 110.

[82] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 121, 159 ss., 211 ss.

[83] Su questo aspetto v. adesivamente Ch. Calliess, *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 355-356; S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, cit., p. 915; sulla *strukturelle Koppelung* v. K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2086.

[84] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 216 ss. Rilievi e citazione sono di F.K. Gärditz, *Die Erkenntnisdimension im Klimaschutzbeschluss des BVerfG*, in *Recht und Politik*, 2021, p. 312 ss. Critico sull'uso del criterio del *carbon budget*, non privo di una sua intrinseca politicità, S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 87 ss.; sulla sua plausibilità v. invece, tra i molti, G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 10.

[85] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 211 ss. Cfr. G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 8, 10.

[86] Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1075.

La chiave di volta del ragionamento della Corte è stata – ancora una volta[87] – il principio di proporzionalità, ritenuto compatibile con le esigenze di gradualità dell'intervento dello stato nel tempo e con l'incertezza e la mutevolezza che caratterizzano il rapporto tra evoluzione tecnico-scientifica e rischio concreto al quale viene esposta la popolazione (tale rischio, ad esempio, potrebbe essere contenuto tramite misure di adattamento che si perfezionano nel corso degli anni). In particolare, una volta spostato il fulcro dell'analisi sull'effetto anticipato di interferenza nei diritti di libertà (intesi in maniera indifferenziata), i giudici hanno fatto ricorso alla dogmatica consolidata in materia di diritti di difesa, e hanno dunque valutato dapprima la legittimità del fine perseguito dalla misura restrittiva, poi la relativa proporzionalità, rimodulandola in senso *ergebnisorientiert*, cioè orientato a un risultato effettivo[88]. È infatti con riguardo al primo aspetto – giustificazione (*Rechtfertigung*) e dunque legittimità della misura –, che entra finalmente in gioco l'art. 20a GG. La *Staatszielbestimmung* relativa alla tutela dell'ambiente ricomprende senz'altro la salvaguardia del clima, che anzi si rafforza in maniera proporzionale alla irreversibilità degli effetti delle emissioni di gas serra[89]. È interessante osservare, peraltro, come il Tribunale sottolinei una differenza tra l'obbligo di agire che scaturisce dall'art. 20a GG, e quello delle *Schutzpflichten* relative agli art. 2, comma 2 e 14 GG: benché ci siano sovrapposizioni, gli obblighi non sono identici nei contenuti. Ad esempio, il primo richiede comunque una riduzione molto significativa delle emissioni, mentre il secondo può in certa misura essere soddisfatto anche da misure di adattamento (edifici eco-compatibili, dighe, rimboschimento, etc.)[90]. A questo stadio della motivazione viene dunque pienamente apprezzata la portata normativa dell'art. 20a GG, vista come norma di diritto costituzionale oggettivo: giustiziabile, essa sorregge la finalità della legge in questione (la protezione del clima), ma non dà luogo a diritti individuali azionabili attraverso la *Beschwerde*[91].

Un profilo di intertemporalità si coglie anche nella ponderazione tra diritti e principi coinvolti, perché il loro peso relativo cambia: più passa il tempo, più l'irreversibilità del cambiamento climatico e le relative conseguenze risultano evidenti,

---

[87] Il principio di proporzionalità è stato la chiave di molti casi importanti, anche laddove a prima vista non avrebbe dovuto essere esteso, come nella decisione sul PSPP della BCE (BVerfG, 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15). Nella sterminata letteratura v. P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961), erw. Aufl., Goldbach, Keip, 1999; D. Merten, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in Id. - H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. III, Heidelberg, 2009, p. 518 ss.; R. Poscher, *Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismässigen Ausgleichs*, in Id. - M. Herdegen - J. Masing - K.F. Gärditz (hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, cit., p. 149 ss.

[88] J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 714; K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2087

[89] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 190 ss., 197 ss.

[90] Ivi, Rn. 163, 164. Sul punto v. M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1143; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1136-1137; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 77.

[91] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 112, 120, 205.

più l'esigenza di tutelare il clima prevale rispetto ai diritti individuali di libertà[92]. A tale riguardo si avverte un mutamento rispetto all'impostazione dei decenni scorsi: se prima il ricorso alla dottrina degli obblighi di protezione lasciava un ampio margine al legislatore nella scelta dei mezzi per perseguire i fini ambientali, e se il bilanciamento tra diritti di libertà e tutela della natura dipendeva da elementi fattuali e giuridici del caso concreto, ora l'abbinamento tra emergenza climatica, diritti di difesa e proporzionalità impone una rimodulazione temporale dei termini del bilanciamento. Col passare del tempo, aumenta il peso dell'equilibrio ecologico e si indebolisce quello dei diritti di libertà[93]: si è parlato a tale proposito di una «proporzionalità, [o di una] ponderazione, intergenerazionale»[94] come un triangolo, i cui lati sono costituiti da una garanzia di libertà nel presente, da una sicurezza di libertà nel futuro, e da una loro distribuzione equilibrata attraverso il tempo.

Il ricorso al principio di proporzionalità e la modulazione temporale del bilanciamento sono stati confermati, esattamente un anno dopo il *Klima-Beschluss*, dalla sentenza sui parchi eolici, in cui il Tribunale ha articolato un lungo giudizio di proporzionalità tra il diritto alla scelta della professione (art. 12 GG), da un lato, e l'obbligo di protezione del clima (collegato sia all'art. 20a GG sia agli art. 2, comma 2 e 14 GG), dall'altro: una legge del Mecklemburg-Vorpommern aveva imposto agli imprenditori dell'energia eolica la creazione di una società con sede nel *Land*, nonché la partecipazione alla stessa, per una quota del 20%, di cittadini e comuni della zona dove sarebbero stati costruiti gli impianti (o, in sostituzione, l'offerta di prodotti di risparmio o il pagamento di un'imposta). In seguito al giudizio di proporzionalità, la protezione del clima è nel complesso prevalsa sulla libertà di impresa: in particolare, i giudici hanno sottolineato come le misure impugnate avessero contribuito ad alimentare il consenso delle comunità locali, altrimenti debole, nei confronti degli impianti di energia eolica e più in generale della produzione di energie rinnovabili[95].

Le norme del *Klimaschutzgesetz* sono state dichiarate incostituzionali nei passaggi della motivazione relativi allo scrutinio sulla proporzionalità. Secondo alcuni autori[96], tuttavia, il Tribunale non lo avrebbe svolto in maniera coerente: nella modalità ritenuta più corretta, l'esame si articola in quattro fasi, relative rispettivamente alla legittimità del fine, alla idoneità della misura (*Geeignetheit*), alla sua necessarietà (*Erforderlichkeit*) e alla proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismässigkeit im engeren*

[92] Ivi, Rn. 120, 185, 198, 246.

[93] Particolarmente chiari G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 11; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, cit., p. 589, 597 ss.

[94] Ivi, p. 597-599.

[95] BVerfG, 23 marzo 2022, 1 BvR 1187/17, Rn. 98 ss., 134 ss., 155.

[96] E. Hofmann, *Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG. Rezeption, Dogmatik, Kritik*, in *NVwZ*, 2021, p. 1589-1590. Per ulteriori profili critici in ordine all'uso del principio di proporzionalità v. *supra*, n. 88 e S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 95 ss. Da una diversa prospettiva, notano come la valutazione sulla *Erforderlichkeit* possa portare a esiti differenti, a seconda che si considerino gli effetti presenti o futuri di una misura M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, cit., p. 598.

Sinne)[97]. Nel caso di specie, il *test* avrebbe dovuto dare un esito negativo nel passaggio sulla *Erforderlichkeit*, volto a verificare se la misura oggetto del giudizio fosse la meno invasiva per i diritti coinvolti, oppure se vi fossero alternative meno pregiudizievoli per questi ultimi e per gli interessi della comunità.

I giudici hanno rimproverato al legislatore di non aver previsto un percorso più graduale di riduzione delle emissioni antropogeniche, tale da evitare l'«inchiodata» che si sarebbe prodotta negli anni immediatamente successivi al 2030, con le conseguenti drastiche interferenze nella sfera di protezione dei diritti fondamentali[98]. Il Tribunale costituzionale, tuttavia, non ha percorso fino in fondo questa strada, e non ha utilizzato esplicitamente il canone della *Erforderlichkeit*. Da un lato, esso ha riformulato un giudizio di proporzionalità sull'asse temporale, relativamente al godimento di *chances* di libertà e alla distribuzione di oneri che non devono pregiudicare unilateralmente le generazioni future[99]. A tale proposito, ha insistito molto sul concetto di *grundrechtsschonend*, per indicare soluzioni che devono tenere adeguatamente conto di (tutti) i diritti fondamentali coinvolti, nelle loro manifestazioni temporali, con la consapevolezza dell'aggravamento della situazione di rischio quando alcune condizioni diventano irreversibili[100]. Dall'altro lato, ha re-indirizzato lo scrutinio di proporzionalità verso la *Wesentlichkeitstheorie*, ossia quella dottrina – espressione di un'istanza democratica – secondo cui la parte essenziale di una determinata disciplina deve essere regolata dalla legge parlamentare. Nell'alveo del principio di proporzionalità è stata riportata anche l'esigenza di osservare la norma costituzionale che impone una previa e determinata autorizzazione legislativa quale presupposto per l'approvazione di un regolamento del Governo (art. 80, comma 1 GG). In questo caso, si tratta di definire preventivamente il contenuto, il fine e la portata del potere regolamentare che periodicamente interviene sulla determinazione della quantità di emissioni da ridurre[101]. In particolare, la legge sul clima del 2019 non avrebbe disegnato una via adeguatamente rispettosa dei diritti fondamentali (*grundrechtsschonend*, appunto), un percorso lineare, prevedibile e progressivo, che avrebbe dovuto collegare il periodo antecedente al 2030 a quello

[97] *Supra*, n. 87.

[98] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 126, 192. È lo stesso Tribunale costituzionale a usare l'efficace metafora della *Vollbremsung* (traducibile con "inchiodata" o come "tirata del freno a mano"), riprendendola dai ricorrenti.

[99] *Supra*, n. 71.

[100] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 et al., Rn. 243 ss. Per tutti v. C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 150 ss. Sulla ponderazione come concordanza pratica (*praktische Konkordanz*), contemperamento che ha riguardo per le diverse posizioni in conflitto (*schonender Ausgleich*) cercando di assicurarne l'ottimizzazione v. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudr. der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, Rn. 72, 317 ss., nonché *supra*, n. 87.

[101] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 182 ss., 195, 243 ss. Cfr. Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1076; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 152; criticamente S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 98 ss.

successivo: astrattamente la disciplina della prima fase sarebbe stata soddisfacente, ma non lo era quella della seconda, per l'effetto sproporzionato di ingerenza nei diritti che essa provocava. Questa valutazione, però, finisce per ripercuotersi anche sulla regolamentazione degli anni anteriori al 2030: se occorre introdurre un contenimento graduale delle emissioni, affinché l'impatto successivo al 2030 sia meno gravoso, bisogna innalzare anche la soglia di riduzione inizialmente fissata per l'arco temporale antecedente a quella data. Si ha così una sorta di incostituzionalità di fatto per gli anni fino al 2030[102].

Il Tribunale costituzionale si rivolge quindi nuovamente al legislatore, invitandolo a rimodulare il programma di contenimento delle emissioni. In particolare, suggerisce di delineare una traiettoria graduale e continua, che fornisca ai soggetti pubblici e privati il necessario orientamento, anche attraverso incentivi e stimoli all'azione, di modo che essi possano programmare e adottare comportamenti compatibili con la neutralità climatica[103]. Tali conclusioni hanno indotto alcuni a sostenere che il significato profondo della decisione risieda – più che nella intertemporalità dei diritti soggettivi individuali – nel rafforzamento della credibilità del diritto oggettivo in una prospettiva temporale lunga, tale da guidare i comportamenti umani in uno scenario difficilmente prevedibile, esposto a variabili significative sul piano fattuale e alle decisioni di altri stati sulle quali né il Tribunale né il solo stato tedesco possono avere un'influenza determinante[104].

4. *Klima-Beschluss e forme democratiche*

Arriviamo qui all'ultima questione rilevante, che costituisce bensì una riedizione dell'antico problema relativo al rapporto tra giudici costituzionali e legislatori[105], ma pone anche le premesse per una considerazione allargata dei processi democratici, ricomprendente istituti e pratiche che non si esauriscono nella pur centrale rappresentanza parlamentare.

Gli autori più perplessi nei confronti del *Klima-Beschluss* hanno reiterato verso il Tribunale costituzionale la critica secondo cui questo avrebbe interferito con gli ambiti della decisione politica, aggiungendo alcuni motivi legati alla peculiarità della questione climatica: complessità della materia e inidoneità della sede giudiziaria a

---

[102] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 247 ss. Per le ultime valutazioni cfr. M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1144, 1146. Sulla *Wesentlichkeitstheorie* cfr. tra gli altri Ph. Lassahn, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, Tübingen, 2017, p. 77 ss.

[103] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 249 ss.

[104] N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, cit., p. 123 ss.

[105] Mi limito a richiamare qualche testo classico, tralasciando il dibattito weimariano: A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. ed., New Haven, 1986 [prima ed. 1962]; C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; da ultimo D. Grimm, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 2021.

disciplinarla, nonché scarsa effettività delle soluzioni proposte[106]. Alcune perplessità sono state formulate con argomenti noti alla giustizia costituzionale: eccessivo ampliamento della sfera di ammissibilità dei ricorsi, dovuto a una disinvolta invocazione dei diritti fondamentali come veicolo principale per la definizione delle politiche pubbliche; contrarietà rispetto alla *litigation* strategica, che sarebbe estranea alla tradizione giuridica continentale e condurrebbe a un abuso delle forme del processo – istituite per risolvere controversie individuali – al fine di raggiungere fini di carattere generale e sociale; mancata adozione del *test* di scrutinio (più blando) tipico degli obblighi di protezione[107]. Altri rilievi critici hanno fatto leva su alcune specificità (relative) della materia climatica: si tratta di una materia oltremodo complessa, nella quale entrano in gioco molti interessi e diritti potenzialmente confliggenti – da un lato protezione del clima e diritti correlati, dall'altro interesse a conservare posti di lavoro e competitività delle imprese, a mantenere l'approvvigionamento energetico e trasporti a costi accessibili etc. –, in un contesto nel quale le conoscenze tecnologiche sono in continuo mutamento. Per bilanciare tali posizioni, all'interno di un orizzonte in cui si prepara una difficile transizione ecologica, il soggetto istituzionale più adatto non sarebbe il giudice costituzionale ma il legislatore, che è il solo a poter coagulare nella sede rappresentativa una maggioranza politica. In quest'ottica, si sono invitati gli attivisti climatici a mobilitarsi al fine di ottenere non già una sentenza, ma una maggioranza parlamentare favorevole[108]. Ancora, si è sostenuto che la strategia volta a raggiungere obiettivi di neutralità climatica attraverso la giurisdizione è una forma di idealismo astratto, intendendo con tale espressione non la corrente filosofica ma l'atteggiamento mentale di chi è lontano dalla realtà e usa la retorica dei diritti fondamentali e dei diritti umani per rafforzare la compenetrazione tra diritto e morale, anche sulla scia di sentimenti diffusi di indignazione, svalutando il più concreto e ruvido legame tra diritto e politica[109].

Solo parzialmente sovrapponibile è la tesi di chi – prendendo le mosse dalla teoria dei sistemi e raggiungendo esiti sostanzialmente neoliberali – sottolinea il dato

---

[106] Per un quadro generale v. M. Payandeh, *The Role of Courts in Climate Protection and the Separation of Powers*, in W. Kahl - M.P. Weller (eds.), *Climate Change Litigation*, cit., p. 76 ss.; v. altresì B.W. Wegener, *Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes*, in *ZUR*, 2019, p. 1 ss.; in inglese Id., *Urgenda – World Rescue by Court Order? The "Climate Justice" – Movement Tests the Limits of Legal Protection*, in *J. European Environmental & Planning Law*, 2019, p. 125 ss.; e, con specifico riferimento al *Klima-Beschluss*, Id., *Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private*, in *NJW*, 2022, p. 425 ss.; G. Wagner, *Klimaschutz durch Gerichte*, in *NJW*, 2021, p. 2256 ss.; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 100 ss.; M. Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende. Idealismus und Realismus in Recht und Politik*, München, 2023, p. 200 ss.

[107] Cfr. la n. precedente.

[108] B.W. Wegener, *Urgenda – World Rescue by Court Order?*, cit., p. 140 ss.; Id., *Menschenrecht auf Klimaschutz?*, cit., p. 426-428-429; G.Wagner, *Klimaschutz durch Gerichte*, cit., p. 2259-2260.

[109] M. Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, cit., p. 29 ss., 193 ss., 260 ss.

di una sempre maggiore complessità, per concludere che le istituzioni statali, e tra queste il Tribunale costituzionale, non sono idonee a gestire fenomeni come quello climatico. Si rimprovera quindi al Bundesverfassungsgericht di avere disegnato sostanzialmente una pianificazione, imponendo al Parlamento (e di rimando al Governo) di regolamentare le quantità e le modalità di riduzione delle emissioni antropogeniche in singoli e specifici settori, tramite quelle che sarebbero state «massive limitazioni dei diritti fondamentali». Nel prendere tale decisione, i giudici si sarebbero basati solo su una parte delle conoscenze disponibili, quelle della comunità scientifica ufficiale, ma avrebbero ignorato le conoscenze prodotte da altri gruppi sociali, la cui considerazione appare tuttavia indispensabile per la gestione pratica della crisi climatica: si tratta delle «reti» degli sviluppatori di tecnologie e delle imprese, dalla cui esperienza e dal cui coordinamento spontaneo provengono saperi e attività necessarie a porre in essere la transizione ecologica, caratterizzata a sua volta da una forte espansione della digitalizzazione, transizione che richiederebbe una progettazione strategica attraverso una *governance* pubblico-privata[110]. È una posizione coerente con la critica agli *Abwehrrechte* e ai bilanciamenti, elaborata a partire dalla medesima prospettiva metodologica: i diritti fondamentali non tutelano i singoli ma sfere di auto-organizzazione sociale, quindi soggetti collettivi o trans-soggettivi; i bilanciamenti, essendo costruiti su un modello individuale, mancano di cogliere questa realtà sociale di fondo e inoltre, essendo il frutto di decisioni statali (del legislatore o del giudice costituzionale), appaiono sostanzialmente come una manifestazione di paternalismo[111]. Il ragionamento può essere applicato senza troppi ostacoli all'uso che il Bundesverfassungsgericht fa del principio di proporzionalità nel *Klima-Beschluss*.

Una valutazione negativa della funzione di impulso e di indirizzo presente nella decisione, che porta ad assimilarla a una pianificazione statale, si coglie anche in chi ha evidenziato la carente effettività della pronuncia e, più in generale, delle decisioni unilaterali di singoli paesi volte a contenere la soglia delle emissioni. Si riprende, da questa angolatura, la questione nota come *tragedy of the commons*: il clima è un bene comune, indivisibile, non rivale e non esclusivo, che dà luogo al cd. dilemma del prigioniero, secondo cui se un soggetto si impone autonomamente dei limiti volti a perseguire l'interesse collettivo (ad esempio limitando lo sfruttamento della natura), le sue azioni saranno compensate, in senso opposto, da quelle di un altro soggetto (il *free rider*), che invece quei limiti non li assume, cercando la massimizzazione del

[110] K.H. Ladeur, *Freiheit als Anspruch auf verschärfte staatliche Planung*, in *faz.net*, 30 aprile 2021; Id., *Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz: Kann das Verfassungsrecht Komplexität bewältigen?*, in *RuP*, 2022, p. 13 ss.; Id., *Kann das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung auf den Wandel einstellen?*, in *JZ*, 2022, p.1137-1138. Sulla teoria delle reti sociali dell'autore cfr. da ultimo I. Augsberg (hrsg.), *Der Staat der Netzwerkgesellschaft. Karl-Heinz Ladeurs Verständnis von Staat und Gesellschaft*, Baden-Baden, 2023.

[111] Cfr. K.H. Ladeur, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, in *Der Staat*, 2011, p. 493 ss.; sulla critica neoliberale di Ladeur ai bilanciamenti cfr. P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 162 ss.

proprio interesse e impedendo così il raggiungimento del fine comune. Nel caso ambientale, ciò significa che la decisione di uno stato virtuoso, come la Germania, di ridurre in maniera rilevante le emissioni, non può impedire a paesi che inquinano in proporzione maggiore (secondo un ordine decrescente: Cina, Stati Uniti, India, Russia) di continuare a farlo, laddove tali paesi non si adeguino agli standard internazionali. Il risultato sarebbe addirittura controproducente: i vincoli avrebbero ricadute negative per la competitività delle imprese tedesche e per i consumatori tedeschi[112].

Sebbene queste considerazioni richiamino l'attenzione su alcuni nervi scoperti, e sebbene possano apparire in sintonia con la prospettiva più disincantata che, negli ultimi anni, una parte della dottrina tedesca ha adottato nei confronti del Tribunale costituzionale[113], non sembra tuttavia che in questo caso possa riscontrarsi un attivismo giudiziale che abbia indebitamente compresso i margini di azione del legislatore. Se si vuole utilizzare il lessico della "creatività", questo può essere semmai associato alla parte della decisione sulla ridefinizione dogmatica della questione climatica e delle posizioni soggettive coinvolte – che come si è visto rappresentano una *Innovation* –, ma non al risultato finale, nella misura in cui il Bundesverfassungsgericht ha chiamato di nuovo in campo il Parlamento, chiedendogli di riarticolare in maniera più precisa alcuni obiettivi. Concordo, dunque, con chi ha sostenuto che il *Klima-Beschluss* possa essere letto come un tassello di un processo democratico in uno spazio pubblico allargato, come un incentivo e uno stimolo, anche per il legislatore, a sviluppare un discorso articolato intorno alle questioni climatiche[114]. La centralità che la *Wesentlichkeitstheorie* occupa nella parte conclusiva della motivazione – in linea con un filone giurisprudenziale importante che ha valorizzato l'attività del Parlamento[115] – rafforza questa chiave di lettura. Parimenti significativi sono i passaggi in cui il Tribunale ha cercato di giustificare la forza passiva rinforzata delle norme di scopo del *Klimaschutzgesetz*: da un lato, come si è visto, questa è stata ricondotta agli obblighi internazionali e all'elevato consenso della comunità scientifica sul nesso tra surriscaldamento del pianeta ed emissioni di gas serra, e sulla necessità di ridurle, dall'altro si è ammessa la possibilità che il legislatore possa in futuro modificare quelle norme e quegli obiettivi. Tale modifica, però, è ritenuta possibile solo attraverso una legge che chiaramente si ponga questo fine, in modo che il procedimento parlamentare, con le sue garanzie di pubblicità e trasparenza, offra all'opposizione e all'opinione pubblica nel suo insieme la possibilità

[112] G. Wagner, *Klimaschutz durch Gerichte*, cit., p. 2256 ss.; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 104 ss.

[113] Cfr. M. Jestaedt - O. Lepsius - Ch. Möllers - Ch. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011.

[114] Cfr. M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1146; C. Franzius, *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*, REU Research Paper n. 10/2021, p. 18.

[115] V. per tutti F. Meinel, *Vertrauensfrage. Die Krise des heutigen Parlamentarismus*, München, 2019, p. 93 ss.; Ph. Lassahn, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, cit.

di controllare un cambio di indirizzo politico e di partecipare a una discussione su una questione di così grande rilievo[116]. I giudici hanno riconosciuto altresì – con un rinvio alla sentenza del 2014 riguardante i metodi e le procedure da seguire ai fini della determinazione del minimo esistenziale[117] – il significato del compromesso politico che si forma (anche) in Parlamento[118], nella misura in cui la crisi climatica pone questioni non solo morali ma anche politiche, a cominciare dalla distribuzione nel tempo di costi e rischi[119]. La funzione di indirizzo del legislatore, con riferimento a una programmazione della transizione ecologica, è invero ineludibile, e non appaiono convincenti le tesi che la fanno coincidere con una pianificazione dai tratti statalisti soffocanti, laddove lo stesso Tribunale costituzionale ha riconosciuto che lo stato ha prevalentemente una funzione di impulso, non potendo da solo porre in essere tutti i processi sociali e tecnologici, né realizzare tutte le infrastrutture necessarie alla transizione[120].

Anche le obiezioni sollevate nei confronti dell'uso strumentale della *litigation* strategica possono essere in parte ridimensionate: se in alcuni frangenti esse appaiono pertinenti[121], qui occorre tenere conto di alcune peculiarità dell'emergenza climatica. In particolare, è rilevante la dissimmetria tra la legittimazione di breve periodo dei cicli elettorali e della soddisfazione di bisogni immediati, da un lato, e le responsabilità di lungo periodo legate alle decisioni in materia ambientale e climatica, dall'altro, anche se la categoria della intertemporalità tende piuttosto a ravvicinare questi due poli. Il diverso peso della variabile temporale sulle posizioni giuridiche in gioco può quindi giustificare un intervento correttivo del giudice (anche costituzionale), che grazie al suo *status* di indipendenza guarda a orizzonti temporali più lontani, a patto che egli proceda nelle forme e con la logica del ragionamento

[116] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 213. Cfr. sul punto G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 9-10; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 81.

[117] BVerfG, 23 luglio 2014, 1 BvL 10 12/12, Rn. 77, 83, *Existenzsichernder Regelbedarf*.

[118] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 241. V. anche Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1078. Nella recentissima giurisprudenza, è significativa BVerfG, 5 luglio 2023, 2 BvE 4/23, un'ordinanza cautelare che ha accolto la richiesta di un parlamentare dell'opposizione di rallentare l'*iter* del progetto di legge sull'energia negli edifici (*Gebäudeenergiegesetz*/GEG), per consentirgli di avere il tempo necessario a studiare il contenuto di alcuni emendamenti governativi e disporre così delle informazioni adeguate a partecipare in maniera consapevole al dibattito parlamentare.

[119] Ch. Möllers, *Freiheitsgrade*, Berlin, Suhrkamp, 2020, p. 141-142, 266.

[120] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 248. Cfr. sul punto K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2091.

[121] Cfr., a proposito di rivendicazioni di diritti che intersecano la questione della surrogazione di maternità, S. Niccolai, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di un'antica* regula juris, in A. Simone - I. Boiano (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, interpretazione, argomentazione*, Roma, 2018, p. 42 ss., 54 ss. Bisogna altresì considerare che non tutti gli interessi sono ugualmente suscettibili di essere generalizzati e organizzati: la *litigation* strategica potrebbe dare esiti sbilanciati in favore dei soggetti collettivi che si organizzano in vista del (e nel) processo.

giuridico[122]. La dissimmetria strutturale tra tempi elettorali ed effetti del cambiamento climatico contribuisce altresì a spiegare perché il Governo in carica al momento dell'adozione del *Klima-Beschluss* abbia salutato la decisione molto positivamente, nonostante fosse stato il promotore della legge censurata. Gli organi politici hanno percepito che l'adozione di misure troppo drastiche di riduzione delle emissioni, e quindi di compressione di libertà individuali, avrebbe probabilmente avuto effetti negativi sul piano elettorale. La legge è stata quindi emendata con notevole rapidità: in concreto, l'autorizzazione ad adottare regolamenti governativi è stata riformulata in maniera più precisa, la quota minima di riduzione delle emissioni fino al 2030 è stata innalzata dal 55% al 65%, quella fino al 2040 è stata portata all'88%, mentre l'obiettivo della neutralità climatica è stato anticipato al 2045. Sono stati inoltre articolati obiettivi aggiuntivi, di carattere annuale e settoriale[123].

Il *Klima-Beschluss* ha dunque incontrato nell'immediato (le elezioni federali si sarebbero svolte di lì a pochi mesi) un sostegno forte da parte del potere politico, e la sua effettività in Germania è stata elevata. Essa ha iniziato a diminuire in presenza di ulteriori fattori contestuali, non previsti al momento della pronuncia, relativi soprattutto allo scoppio della guerra in Ucraina e all'innalzamento dei costi dell'energia, fattori che hanno indotto anche il Governo federale a rimodulare gli obiettivi climatici in seguito all'istituzione di una commissione di coalizione[124]. Il mancato raggiungimento di alcuni target settoriali di mitigazione previsti dalla legge novellata è stato inoltre all'origine di nuovi giudizi volti a far valere l'inerzia del Governo[125].

Le variabili contestuali, tuttavia, non sminuiscono il rilievo del *Klima-Beschluss*, sia nell'ordinamento tedesco sia su scala transnazionale. Soprattutto, operando su un

---

[122] Cfr. tra gli altri C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 152 ss.; Id., *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*, cit., p. 25 ss.; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1334 ss. Per una difesa della *litigation* strategica in ambito climatico v. A. Graser, *Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind*, in *ZUR*, 2019, p. 271 ss.; in generale su *litigation* e movimenti sociali cfr. A. Pisanò, *Crisi della legge e* litigation strategy. *Corti, diritti e bioetica*, Milano, 2016, p. 120 ss. Sul pensiero politico di breve e lungo periodo cfr. anche Ch. Möllers, *Freiheitsgrade*, cit., p. 152-155.

[123] M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1146; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1340; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 103-104. Cfr. i par. 3 ss. KSG e i relativi allegati nella nuova versione della legge; per indicazioni più precise sul contenuto della novella al *Klimaschutzgesetz* v. W. Frenz, *Das novellierte Klimaschutzgesetz*, in *Natur und Recht* (*NuR*), 2021, p. 583 ss. K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2090.

[124] Sulla protezione ambientale e climatica nell'originario accordo di coalizione tra SPD, Verdi ed FDP v. W. Frenz, *Klimaschutz i.e.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag: Ökostromausbau und früherer Kohleausstieg*, in *NuR*, 2022, p. 87 ss.; Id., *Klimaschutz i.w.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag*, in *NuR*, 2022, p. 1163 ss.; sull'esito della commissione di coalizione e sulle nuove proposte di modifica del KSG v. J.L. Wiedmann, *Vorwärts in die klimapolitische Vergangenheit*, in *verfassungsblog.de*, 30 marzo 2023.

[125] Cfr. Ph. Schönberger, *Niemand steht über dem (Klimaschutz-)Gesetz*, in *verfassungsblog.de*, 26 gennaio 2023.

piano fattuale, tali variabili non svuotano di significato le argomentazioni di carattere normativo relative al perseguimento da parte dello stato del fine della protezione climatica, e dunque della riduzione delle emissioni antropogeniche, fine che implica altresì un impegno della Repubblica federale tedesca nella comunità internazionale per raccogliere consensi intorno a tale obiettivo[126]. Questo profilo è stato ribadito con forza nella sentenza sui parchi eolici, dove il Tribunale ha ricordato che il deterioramento del clima è dovuto all'effetto cumulativo di piccole quantità di emissioni, le quali nel loro insieme diventano tuttavia determinanti. E ha affermato che l'impegno dei singoli stati non va visto in maniera isolata, ma attraverso il significato che questo assume nella comunità internazionale: in particolare, politiche pubbliche che perseguono in maniera efficace sia il contenimento delle emissioni da fonti fossili, sia l'aumento dell'approvvigionamento da fonti rinnovabili, accrescono l'affidabilità e la credibilità di un paese nella comunità internazionale. Viene dunque consolidata l'immagine della Germania – un vero e proprio *Selbstverständnis* – come un modello ispiratore per gli altri stati[127].

Un ulteriore profilo, rispetto al quale la decisione del Bundesverfassungsgericht appare nel complesso equilibrata, è relativo all'interrogativo sulla possibile lettura estensiva della *intertemporale Freiheitssicherung*: se la garanzia delle libertà ha una proiezione temporale verso il futuro, questa è suscettibile di manifestarsi non solo in ambito climatico, ma anche in altri settori, come quello previdenziale e quello dell'indebitamento. Mi sembrano a tale riguardo condivisibili, al di là delle poche voci nettamente favorevoli[128], le interpretazioni più caute, volte a sottolineare, proprio a partire del testo della decisione, la specificità del problema climatico e le difficoltà rispetto a una sua piena assimilabilità ad altre costellazioni. Tali cautele – tese appunto a evitare l'effetto di un "vaso di Pandora" in altri settori – prendono le mosse dal rilievo che assume in questo ambito (e non in altri) una norma di scopo come l'art. 20a GG. Quest'ultima pone allo stato l'obiettivo di preservare le "basi naturali della vita", laddove il carattere finito delle risorse naturali e quello irreversibile di alcuni processi legati al cambiamento climatico non si rinvengono in costellazioni e ambiti materiali differenti[129]. Rispetto all'indebitamento, inoltre, la

[126] Cfr. BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 199 ss. Sul punto per tutti M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1444; G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 8.

[127] BVerfG, 23 marzo 2022, 1 BvR 1187/17, *Windenergie-Beteiligungsgesellschaften*, Rn. 121 ss., 147.

[128] M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 918, 921; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit. p. 245. Più estesamente G. Kirchhof, *Intertemporale Freiheitssicherung. Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung*, Tübingen, 2022.

[129] S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, cit., p. 917; K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2089; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1340; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 147; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1077.

garanzia intertemporale delle libertà giocherebbe in entrambe le direzioni: da una parte la salvaguardia dell'esercizio di alcune libertà nel tempo giustifica un tetto al debito, dall'altra cospicui investimenti nella transizione ecologica spingono per un innalzamento del debito stesso[130].

Uno sguardo in controluce del *Klima-Beschluss*, infine, mette in luce come il problema del suo impatto sul tessuto democratico non si esaurisca nella considerazione dei rapporti tra lo stesso Tribunale e il legislatore. L'asimmetria tra la durata breve del ciclo elettorale e la durata medio-lunga dei cambiamenti climatici presenta implicazioni significative: molti soggetti saranno in futuro destinatari degli effetti di decisioni politiche prese oggi, senza aver potuto influire sul loro contenuto, o avendo potuto influire su di esso solo in parte. Per far fronte a questo problema, nonché dinanzi all'orizzonte di corto periodo che tendenzialmente caratterizza l'operato del legislatore, è stata suggerita l'istituzione di consigli ambientali o sociali, tali da integrare le tradizionali istituzioni della democrazia rappresentativa. Le proposte si differenziano a seconda dell'organo da cui provengono: il *Sachverständigenrat für Umweltfragen* ha proposto la creazione di un Consiglio per la giustizia intergenerazionale (*Rat für Generationengerechtigkeit*), composto da esperti provenienti dal mondo della scienza, ma anche da esponenti della politica, dell'economia e della società civile, da nominare secondo regole simili a quelle per l'elezione dei giudici costituzionali, quindi sulla base di un ampio consenso parlamentare. Tale consiglio dovrebbe far valere nel procedimento legislativo gli interessi delle giovani generazioni e di quelle future; a tal fine dovrebbe disporre di poteri consultivi in materia ambientale, nonché di un veto sospensivo sulle leggi che hanno una potenziale incidenza sul clima[131]. Più diffusa presso i movimenti è invece la proposta di istituire un consiglio dei cittadini o un consiglio sociale (*Bürger-* o *Gesellschaftsrat*), i cui componenti verrebbero estratti a sorte, assicurando comunque, a partire da unità deliberative relativamente piccole, una partecipazione plurale e inclusiva dei cittadini. Secondo alcuni, le determinazioni del consiglio dovrebbero vincolare il Parlamento; in ogni caso, esse sarebbero in grado di influenzare l'agenda e il processo politico. In dottrina è stato sottolineato come istituzioni deliberative siffatte possano positivamente affiancare gli organi rappresentativi proprio su questioni che non si esauriscono in tempi brevi, attenuando in parte le «pressioni presentiste» tipiche della rappresentanza politica. Trattandosi di questioni che investono direttamente la qualità della vita di una comunità territoriale, il coinvolgimento di quest'ultima, attraverso alcuni dei suoi membri appare dunque opportuno[132]. L'istituzione di *Bürgerrate* su temi specifici è prevista peraltro

[130] K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2089.

[131] Sachverständigenrat für Umweltfragen, *Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik*, Sondergutachten Juni 2019, par. 5.3.4. Tra gli altri, cfr. già Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 515 ss.

[132] Cfr. A. Karamehmedovic, *Alles auf Los*, *verfassungsblog.de*, 9 marzo 2023; Ch. Landfried, *Bürgerräte als Potential für die Handlungs- und Lernfähigkeit von Demokratien*, ivi, 17 dicembre 2021. Più in

dall'Accordo di coalizione firmato dagli attuali partiti di governo (SPD, FDP e Verdi), con un obbligo del Bundestag a pronunciarsi su quanto deliberato dai consigli[133]. Accanto a tali organi, è stata suggerita l'introduzione a livello federale di istituti di democrazia diretta, e il loro potenziamento a livello dei *Länder* e dei comuni[134].

Negli ultimissimi anni è apparso sempre più evidente come l'emergenza climatica non riguardi più solo le generazioni future (anche se intese nel senso stratificato che ricomprende i più giovani), ma anche quelle presenti, essendo i rischi (e alcuni danni) climatici ben percepibili già oggi[135]. Il *Klima-Beschluss* esprime bene questa percezione, nella misura in cui pone al centro dell'argomentazione l'intertemporalità dei diritti, nella consapevolezza che gli effetti del cambiamento climatico riguardano un futuro non solo lontano, ma anche «prossimo»[136]. Le conseguenze di tale impostazione sono significative: esse si colgono sul piano processuale, poiché viene rafforzato l'interesse ad agire dei ricorrenti, e su quello del merito giudiziale, per il rilievo assunto dall'effetto anticipato di interferenza e dalla modulazione temporale del bilanciamento. Ma si apprezzano anche sul versante politico-rappresentativo, nella misura in cui l'emergenza climatica restringe l'arco temporale in cui si producono gli effetti delle decisioni (o delle omissioni) degli organi politici, attraendo di nuovo i temi climatici nella sfera della democrazia parlamentare, alla quale si chiede di raggiungere mediazioni efficaci.

Per chiudere il quadro, occorre richiamare il ruolo sempre più incisivo dei movimenti ambientalisti, che a fronte dell'emergenza climatica stanno adottando pratiche di democrazia radicale[137]. Il tema è ampio, e meriterebbe un approfondimento in altra sede: mi limito qui a ricordare che anche in Germania i

---

generale, sulle istituzioni deliberative in cui vengono discussi gli interessi di generazioni future v. K.H. Whiteside, *Future Generations and the Limits of Representation*, in D. Castiglione - J. Pollak (eds.), *Creating Political Presence: The New Politics of Democratic Representation*, Chicago, 2018, p. 204 ss., 216.

133 *Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit.* Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, p. 8.

134 Per una combinazione dei due strumenti v. Ch. Landfried, *Warum Bürgerräte eine gute Idee sind*, in *faz.net*, 25 aprile 2023; per l'introduzione di istituti di democrazia diretta v. G. Lübbe-Wolff, *Demophobie. Muss man direkte Demokratie fürchten?*, Frankfurt a.M., 2023.

135 A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., p. 84.

136 G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 13.

137 Dal punto di vista teorico cfr. O. Flügel-Martinsen, *Radikale Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg, 2020; Id. - D. Comtesse - F. Martinsen - M. Nonhoff (hrsg.), *Radikale Demokratie-theorie. Ein Handbuch*, Berlin, 2019; sul potenziale performativo dei raduni collettivi e di altre forme di esercizio della libertà di riunione, viste come atti politici, v. J. Butler, *L'alleanza dei corpi. Note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, ed. orig. *Notes Toward a Performative Theory of Assembly* (2015), Cles (Tn), 2019. Tali pratiche sono spesso accompagnate da analisi radicali sulle responsabilità del sistema capitalistico nello sfruttamento dell'ambiente e del clima: cfr. L. Brownhill - S. Engel-Di Mauro - T. Giacomini - A. Isla - M. Löwy - T.E. Turner (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism*, ebook, 2022; A. Somma, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'antropocene*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, p. 275 ss.

giovani attivisti stanno ponendo in essere forme di protesta che si collocano ai confini della perseguibilità penale (occupazioni di miniere di carbone, blocchi stradali, versamenti di vernici lavabili su opere artistiche[138]). Ne è seguita l'apertura di alcuni procedimenti penali per violenza privata, danneggiamento, resistenza a pubblico ufficiale, da ultimo anche per associazione criminale.

Ciò ha contribuito a rendere nuovamente attuale il tema della disobbedienza civile: a fronte di chi ritiene del tutto inappropriato il ricorso a tale categoria[139], vi è chi inquadra le proteste alla luce di una più risalente riflessione sull'argomento (alimentata negli anni ottanta dalle lotte contro il posizionamento di missili sul suolo tedesco e contro il nucleare)[140]. Si è fatto riferimento agli elementi caratterizzanti della disobbedienza civile: forme pubbliche e non violente dell'azione, motivazione ispirata da profonde convinzioni morali e/o politiche, carattere simbolico della protesta, finalità di innescare un mutamento nelle leggi o nell'indirizzo politico esistente, appello al senso di giustizia della comunità politica, rispetto – al di là della singola e puntuale disobbedienza – dell'ordinamento costituzionale nel suo complesso, anche per quanto concerne l'accettazione delle conseguenze giuridiche della propria condotta. Nella sfera istituzionale, questi comportamenti sono stati inquadrati da molti nell'ambito della sfera repressiva, attraverso la definizione dall'alto di alcune prassi non solo come penalmente vietate ma addirittura come terroristiche, l'interpretazione estensiva di fattispecie penali, la sottrazione delle forme di protesta all'ambito di applicazione della libertà di riunione. In una diversa prospettiva, invece, anche se non si esclude l'antigiuridicità di alcuni fatti – chi intraprende azioni di disobbedienza civile se ne assume appunto la responsabilità –, si tende a negare che essi siano valutabili alla stregua di reati comuni, e si considerano alcuni elementi (ad esempio la scarsa offensività e la motivazione della condotta) al fine di attenuare o eliminare la sanzione, se non la stessa incriminazione. In quest'ottica, si tratta dunque di pratiche conflittuali che si pongono l'obiettivo di richiamare l'attenzione di un'opinione pubblica distratta su un'emergenza climatica molto seria, tale da mettere a rischio la sopravvivenza del pianeta. Sono pratiche di democrazia radicale, che cercano di riequilibrare una disparità difficilmente contestabile – per ragioni

[138] Una di tali azioni ha riguardato il rovesciamento di un liquido scuro lavabile (il colore è scelto per rendere la sostanza assimilabile al petrolio) sul monumento "*Grundgesetz-49*", dell'artista israeliano Dani Karavan, vicino al Bundestag. La scultura è formata da lastre di vetro, su cui sono riprodotti gli articoli da 1 a 19 GG; durante la dimostrazione gli attivisti hanno affisso cartelli, con le scritte "Petrolio o diritti fondamentali?", "Nell'inferno climatico non c'è alcuna dignità, alcuna libertà, alcun diritto alla vita". Per una difesa della legittimità di quest'azione, anche da un punto di vista giuridico, v. L. Wielenga, *Demokratische Proteste als Majestätsbeleidigung des Grundgesetzes*, in *verfassungsblog,* 8 marzo 2023.

[139] K.F. Gärditz, *Aus der Mottenkiste politischer Theorie*, in *verfassungsblog.de*, 30 maggio 2023; Id., *Organisierte "Klimakleber" als kriminelle Vereinigung?*, ivi, 25 maggio 2023.

[140] Tra queste soprattutto J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, in P. Glotz (hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1983, p. 29 ss.; J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 347 ss.

anagrafiche e per potere negoziale – nelle possibilità di influenzare i processi di decisione politica e i meccanismi del principio maggioritario. In questo senso, concordo con chi sostiene che esse mettono alla prova la maturità di una cultura politica[141].

5. *Una breve conclusione*

Da quanto emerso fin qui, dovrebbe potersi comprendere come mai il *Klima-Beschluss* sia considerato una delle decisioni più importanti del Tribunale costituzionale tedesco degli ultimi decenni. L'innovazione più significativa, che ha innescato un fitto e intricato dibattito dottrinale, si è avuta sul piano dogmatico, con la elaborazione delle figure dell'effetto anticipato simile a quello di interferenza e della garanzia intertemporale dei diritti di libertà. Nei paragrafi precedenti, si è spiegato come questa mossa abbia comportato uno slittamento, nel parametro costituzionale, dagli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) ai diritti di difesa (*Abwehrrechte*), e come tale scelta sia probabilmente riconducibile alla volontà di non introdurre svolte troppo marcate nella dottrina degli obblighi di protezione e nei relativi standard di giudizio, assicurando una certa continuità alla giurisprudenza costituzionale. E, tuttavia, si può altresì notare come la scelta di incentrare l'argomentazione sui diritti di difesa abbia attribuito a questi ultimi (e, secondo alcuni, soprattutto alle libertà economiche[142]) un rinnovato rilievo. Anche in questa luce, la tesi secondo cui la decisione avrebbe imposto una pianificazione sembra eccessiva: da questo punto di vista, i giudici hanno piuttosto valorizzato la dimensione tradizionale dei diritti fondamentali, quella più legata al pensiero liberale. Sono stati invece ridimensionati gli obblighi di protezione – con il correlato intervento positivo dello stato – e il diritto al minimo esistenziale ecologico, che garantisce le condizioni materiali e naturali ritenute indispensabili per una vita dignitosa in una rete di relazioni.

Alla luce di quanto si è appena detto, non appare del tutto centrato il rilievo, formulato recentemente da una giovane e brillante filosofa – che pure ha apprezzato le conclusioni innovative del *Klima-Beschluss* –, secondo cui il concetto di libertà fatto proprio dal Tribunale non avrebbe potuto non essere quello liberale classico, basato

[141] Nel dibattito recente v., L. Eidam, *Klimaschutz und ziviler Ungehorsam*, in *JZ*, 2023, p. 224 ss.; S. Akbarian, *Gesetz ist Gesetz?*, in *verfassungsblog.de*, 2 giugno 2023; K. Höffler, *"Ziviler Ungehorsam" – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, ivi, 25 maggio 2023; Ead., *"Klima-RAF" herbeireden*, ivi, 17 novembre 2022, ed altri contributi su *verfassungsblog.de*, nella sezione *Kleben und Haften: Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*. I rimandi a J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, cit., sono espliciti. Cfr. altresì S. Alexander - P. Burdon, *Extinction Rebellion. Crisis, Inaction, and the Question of Civil Disobedience as Ecosocialist Strategy*, in L. Brownhill - S. Engel-Di Mauro - T. Giacomini - A. Isla, M. Löwy - T.E. Turner (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism*, cit., p. 525 ss.

[142] *Supra*, n. 61.

sul soggetto individuale, che rivendica come libertà primaria quella di movimento e si ispira a un modello proprietario, una prospettiva che corrisponde alla dimensione difensiva dell'*Abwehrrecht*[143]. Come si è visto, agli obblighi di protezione e al minimo esistenziale ecologico sono sottese concezioni dei diritti che prestano attenzione tanto all'effettività del loro esercizio, in un determinato contesto materiale, naturale e relazionale, quanto al ruolo dello stato. Sono dimensioni dei diritti che entrano in sintonia con quella che la stessa autrice definisce una «temporalizzazione della libertà» (*Verzeitlichung der Freiheit*). Si tratta di un'immagine di libertà che comprende la disponibilità di tempo per curare le relazioni con gli altri esseri umani e con la natura, la capacità di tematizzare la nascita e la morte come momenti portatori di significato nella vita di ciascuno e di ciascuna, e la ricerca di una pienezza esistenziale, secondo una certa idea, moralmente non troppo densa, della vita buona[144].

In una prospettiva comparativa, sarà interessante verificare se e come il *Klima-Beschluss* verrà ripreso nelle argomentazioni delle corti di altri paesi, oltre che nei ricorsi introduttivi dei giudizi del contenzioso climatico[145]. È più probabile che si troveranno, in eventuali pronunce di accoglimento, richiami generali alla decisione, o riferimenti alla proiezione intertemporale di diritti o principi. È meno probabile, nonostante l'opportuna traduzione in tre lingue, che le corti straniere accolgano l'intero percorso motivazionale del Tribunale, fortemente condizionato dalle solide categorie della dogmatica tedesca[146]. Inoltre, l'aver posto al centro i diritti di difesa, piuttosto che gli obblighi di protezione o il diritto a un minimo esistenziale ecologico, rivela un itinerario diverso rispetto a quello di altre giurisdizioni, che pure hanno condannato lo stato per inadempimento dell'obbligazione climatica, prima fra tutte quella olandese in *Urgenda*. A tale proposito, bisognerà osservare – qualora le corti straniere utilizzino la categoria dell'intertemporalità –, se questa verrà estesa agli obblighi di protezione, e/o al diritto al minimo esistenziale ecologico, che altrove (in alcuni paesi del sud del mondo ma non solo) corrisponde al diritto a un clima stabile e sicuro. Quest'ultimo è stato inteso come diritto «a un clima non *determinato* dalle attività antropogeniche», un diritto di ultimissima generazione[147] che ha una matrice analoga a quello alla protezione dell'equilibrio ecologico[148].

---

143 E. von Redecker, *Bleibefreiheit*, Frankfurt a.M., 2023, p. 13-14. Il legame tra libertà di movimento e diritti di difesa, riconducibile al pensiero hobbesiano e giustamente ricordato da von Redecker, è ben evidenziato da R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, 2003, p. 16-18.

144 E. von Redecker, *Bleibefreiheit*, cit., *passim*.

145 Un esempio è nell'atto di citazione della causa italiana, *A Sud et al. c. Stato italiano*, depositato presso il Tribunale civile di Roma nel 2021 e reperibile su *giudiziouniversale.eu*.

146 Sulle problematiche relative all'uso del precedente straniero v. almeno G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden Boston, 2019; T. Groppi - M.C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford Portland, 2013.

147 O anche un «diritto a non subire i danni, ambientali, economici, sociali, causati dal cambiamento climatico determinato dalle attività climalteranti antropogeniche». Tale diritto (di quinta

Andrà poi considerato un altro aspetto, attinente al bilanciamento: secondo alcuni autori, dato che l'emergenza climatica racchiude una «minaccia esistenziale»», il diritto a un clima stabile e sicuro oppone una totale resistenza al bilanciamento[149]. Il Tribunale costituzionale tedesco è tuttavia lontano dall'attribuire alla protezione del clima un primato incondizionato; sono piuttosto i critici del *Klima-Beschluss* a sostenere, con accenti negativi, che il Tribunale avrebbe attribuito alla neutralità climatica – in contrasto con la dottrina e la giurisprudenza consolidate – un carattere assoluto e non ponderabile[150]. Piuttosto, come si è visto, il Bundesverfassungsgericht ricorre ampiamente alla proporzionalità, riformulandola in senso "intertemporale": con il progredire del tempo, il principio di protezione del clima tende a prevalere sui diritti di libertà. Questo approccio è stato confermato nella sentenza sui parchi eolici, che ha continuato a valorizzare le tecniche del bilanciamento e l'esclusione di soluzioni unilaterali, attribuendo contestualmente una considerazione particolare alla tutela del clima.

Il *Klima-Beschluss*, come si è cercato di mostrare, non è importante solo sul piano dogmatico e argomentativo: esso è stato richiamato spesso dagli attivisti tedeschi all'interno dello spazio pubblico e, non a caso, la decisione prende il nome da una giovane attivista ricorrente, Luisa-Marie *Neubauer*. Tale invocazione ha il fine di legittimare le azioni degli attivisti attraverso i principi costituzionali affermati nella pronuncia, anche se non è da sola sufficiente a tal fine, e lascia inevitabilmente queste azioni in uno stato di sospensione tra legalità e legittimità, come mostra la lettura degli episodi di disobbedienza civile. Ai fini della preservazione della stabilità climatica, e di una tutela effettiva dei diritti fondamentali, è certamente importante la cooperazione, auspicata dallo stesso Tribunale, tra gli organi costituzionali, in particolare tra Bundesverfassungsgericht, Parlamento e Governo. È vero, come giustamente sottolineano i giudici attraverso la *Wesentlichkeitstheorie* e le precisazioni

---

generazione) condividerebbe con il diritto all'ambiente (di terza generazione) il carattere strumentale – nel senso di essere volto alla protezione e al rafforzamento di altri diritti – ma non alcuni elementi spaziali e temporali, che dipendono dalle peculiarità dell'emergenza climatica. Cfr. sul punto A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., p. 95 ss. (citazioni a p. 95-96, corsivo in originale). Sulla giurisprudenza in tema di un diritto a un clima stabile (o altre formule lessicali analoghe) v. anche S. Bagni, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts*, cit., p. 409 ss. È qui evidente la diversità di impostazione nel discorso sui diritti: tra quella tedesca incentrata sulle dimensioni, e quella italiana incentrata sulle generazioni: su questo rimando ad A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., p. 1-2.

[148] M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, *Agg.* VII, Milano, p. 516.

[149] Ivi, p. 516 ss.; Id., *Diritto umano al clima e innaturalità del bilanciamento in situazione di "minaccia esistenziale"*, in *diritticomparati.it*, 18 aprile 2023.

[150] M. Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, cit., p. 201-202, il quale ricorda come l'unico bene al quale inizialmente l'ordinamento tedesco aveva attribuito valore assoluto fosse la dignità. Gli sviluppi successivi hanno invece evidenziato una sua bilanciabilità: su questa parabola v. più ampiamente Id., *Art. 1 Abs. 1*, in T. Maunz - G. Dürig (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2005, p. 27 ss.; P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, p. 267 ss.

sulla riserva di legge, che la democrazia rappresentativa è imprescindibile, perché alla legge parlamentare, e dunque al compromesso politico, spetta un compito centrale nell'indirizzare la transizione ecologica. Ma affrontare responsabilmente l'emergenza climatica richiede altresì un cambiamento di mentalità che chiama in causa il modo di rapportarsi alle categorie fondamentali del tempo e dello spazio. Accanto all'istituzione di consigli sociali e all'ampliamento delle procedure deliberative, che estendono le opportunità di partecipazione dei cittadini, tale spostamento del punto di vista può essere almeno prospettato da pratiche democratiche radicali: proteste dall'elevato valore simbolico, che mettono in tensione il rapporto tra conflitto e consenso in una democrazia pluralista. Con ciò non si vuole adottare una visione unilaterale della realtà, ma inquadrare la crisi climatica nel contesto, assai più largo, delle crisi – capitalistiche e non solo – che attraverso il nostro tempo, nella convinzione che analisi complesse preludano a soluzioni non superficiali e, in un orizzonte temporale non immediato, accettabili per i cittadini.

***

ABSTRACT: The article analyses key issues of the German climate constitutional litigation, drawing from the renown Klima-judgment issued in March 2021 by the Bundesverfassungsgericht. In the first part, it reads the judgment against a broader transnational trend of climate litigation. In the second part, it examines its reasoning, with special attention to doctrinal innovations related to the intertemporal dimension of fundamental rights. In the third part, it addresses questions of democratic legitimacy such as the relation between the constitutional tribunal and the legislature, as well as deliberative democracy and forms of protests and civil disobedience.

KEYWORDS: Climate Litigation – Intertemporality – Bundesverfassungsgericht – Dimensions of Rights – Democratic Processes

***

Alessandra Di Martino – Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato, Sapienza Università di Roma (alessandra.dimartino@uniroma1.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La *comfort zone* della Corte suprema del Regno Unito nel giudizio di *reference* sul secondo referendum indipendentista scozzese *

Pamela Martino

SOMMARIO: 1. La *British Constitution* alla prova del secondo referendum indipendentista scozzese. – 2. La forza giuridica e politica del referendum indipendentista. – 3. I limiti alla competenza legislativa del Parlamento scozzese. – 4. La Corte suprema al crocevia di *legal* e *political Constitution*: «the best would indeed be the enemy of the good». – 5. La definizione dei margini di manovra della Corte suprema sulle *devolution issues*. – 6. La questione incidentale del diritto all'autodeterminazione dei popoli. – 7. Il processo devolutivo avanzato alla luce del *reference* della Corte suprema.

1. *La British Constitution alla prova del secondo referendum indipendentista scozzese*

Malgrado l'esito del referendum indipendentista del 18 settembre 2014, la soglia di attenzione nei riguardi della causa indipendentista in Scozia è rimasta sempre alta come del resto attesta la volontà di rimanere nell'UE manifestata dalla maggioranza degli elettori scozzesi in occasione del referendum Brexit del 2016[1]. Come sottolineato dalla *HL Constitution Select Committee*, «[t]his prompted calls for a second independence referendum by the Scottish Government, which were rejected by the UK Government on the grounds that this was not a priority during the implementation of Brexit and the response to COVID-19»[2].

Difatti, l'Esecutivo di Londra si è mostrato da subito determinato a respingere l'eventualità dell'adozione di un nuovo *order in council* ai sensi della sezione 30 dello

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

[1] Sulle premesse, la realizzazione e le prospettive costituzionali del referendum del 2014, v.: A. Torre (cur.), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2016; G. Marzulli, *Il* nomos *della Scozia: il referendum sull'indipendenza nella rete ingarbugliata della sovranità*, in C. Martinelli (cur.), *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee,* devolution *in una prospettiva comparata*, Torino, 2016, p. 181 ss. Inoltre, per una disamina dell'esito della consultazione elettorale del 2016 nel comprensorio britannico e delle sue conseguenze sull'assetto costituzionale v.: C. Martinelli (cur.), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2017; di recente, un'analisi matura e critica delle implicazioni costituzionali della Brexit in Id., *La Brexit e la Costituzione britannica*, Torino, 2023.

[2] House of Lords, Select Committee on the Constitution, *Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st century*, 10th Report of Session 2021–2022, 20-01-2022, par. 27. Sulla dimensione costituzionale di quel referendum e sulle sue ricadute politico-costituzionali nel quadro delle quali si inseriscono il dibattito giuridico-politico sul secondo referendum scozzese e la pronuncia in commento v. C. Martinelli, *La Scozia tra autonomia e secessione: riflessioni sul referendum indipendentista nel processo devolutivo*, in *Federalismi.it*, n. 23/2022, p. 208 ss., nonché House of Commons Library, *Scottish Independence Referendum: Legal Issues*, D. Torrance (ed.), 10-01-2023.

Scotland Act 1998 che, modificando la *Schedule* 5 della medesima legge, concernente le materie riservate a Westminster, avrebbe conferito al Parlamento scozzese il potere di approvare una legge sul secondo referendum indipendentista. Prevista nell'Accordo di Edimburgo del 15 ottobre 2012, stipulato dagli Esecutivi britannico e scozzese con un impegno reciproco a garantire lo svolgimento del primo referendum indipendentista e a lavorare insieme in modo costruttivo per dar seguito al risultato (qualunque esso fosse) nel migliore interesse del popolo scozzese e del resto del Regno Unito[3], la consultazione referendaria del 2014 era stata indetta previa adozione dello *Scotland Act 1998 (modification of Schedule 5) Order 2013* il cui disposto (che secondo l'Accordo di Edimburgo avrebbe «put it beyond doubt that the Scottish Parliament can legislate for [the] referendum») aveva sigillato il legittimo esercizio del potere legislativo del Parlamento scozzese in materia[4].

Nondimeno, nel 2022 il Governo scozzese non ha esitato ad approntare lo *Scottish Independence Referendum Bill* al fine di indire un secondo referendum indipendentista senza il consenso del Governo britannico[5]. Annunciando il progetto di legge, il Primo Ministro scozzese Nicola Sturgeon aveva sollecitato il suo rinvio alla Corte suprema da parte del *Lord Advocate* al fine di accertarne la legittimità prima della sua introduzione parlamentare[6]. Di seguito, pertanto, a norma della *Schedule* 6,

[3] HM Government, The Scottish Government, *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, Edinburgh, 15-10-2012.

[4] House of Commons Library, *Scottish Devolution: Section 30 Orders*, D. Torrance (ed.), 15 giugno 2022.

[5] Scatenando un acceso dibattito dottrinale intorno alla competenza del Parlamento scozzese senza l'order di cui alla sez. 30 dello Scotland Act 1998. Tra i numerosi contributi, v.: S. Tierney, *The Lord Advocate's Reference: Referendums and Constitutional Convention*, in U.K. *Const. L. Blog*, 4 ottobre 2022, (d'ora in poi reperibile in https://ukconstitutionallaw.org/); L. Trueblood, *What is the 'Purpose' of the Scottish Independence Referendum Bill?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 11 ottobre 2022. Secondo alcuni commentatori, la strada dell'order era l'unica percorribile al fine di intraprendere il nuovo percorso indipendentista (cfr.: A. Tickell, *No Magic Bullets: Legal Issues in Achieving Independence and a Referendum*, in G. Hassan – S. Barrow (eds.), *A Better Nation: The Challenges of Scottish Independence, Edinburgh*, 2022, p. 77 ss., spec. p. 85; C. McCorkindale – A. McHarg, *Constitutional Pathways to a Second Scottish Independence Referendum*, in *U.K. Const. L. Blog*, 13 gennaio 2020); diversamente, altra parte della dottrina, che ha ispirato le proposte politiche di alcuni nazionalisti scozzesi (Scottish Sovereignty Research Group, *Routes to Independence*, in https://scottishsovereigntyresearchgroup.org) immaginava un percorso alternativo che muoveva dall'identificazione nel popolo scozzese del potere costituente da intendersi come un potere rivoluzionario che genera un nuovo ordine costituzionale (v.: S. Tierney, *"We the Peoples": Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States*, in M. Loughlin – N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007; A. McHarg, *The Independence Referendum, the Contested Constitution, and the Authorship of Constitutional Change*, in K.P. Müller (ed.), *Scotland 2014 and Beyond – Coming of Age and Loss of Innocence?*, Frankfurt am Main, 2015, p. 225 ss.; P. Petkar, *Consultative Referendums and Constituent Power in the UK*, in *U.K. Const. L. Blog*, 5 luglio 2022).

[6] Si tratta di una delle procedure di controllo della normativa devoluta previste dallo *Scotland Act 1998* di cui si tratterà nei paragrafi successivi: a norma della sez. 31, infatti, «[a] person in charge of a Bill shall, on or before introduction of the Bill in the Parliament, state that in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament».

par. 34, dello *Scotland Act 1998*, il *Lord Advocate*, chiamato dallo *Scottish Ministerial Code* ad autorizzare la dichiarazione che un disegno di legge governativo rientra nella competenza legislativa del Parlamento scozzese, chiedeva un giudizio di *reference* alla Corte suprema.

La Corte suprema, pronunciatasi il 23 novembre 2022[7], ha dichiarato all'unanimità che il Parlamento scozzese non ha il potere di legiferare in ordine al referendum indipendentista impendendo di fatto l'avvio dell'*iter* parlamentare di approvazione.

La pronuncia assume particolare rilievo per due ragioni: la prima concerne l'avvio di un *trend* giurisprudenziale volto ad esercitare un controllo robusto della normativa devoluta, anche ove le *devolution issues* manifestino una marcata connotazione politica; la seconda riguarda l'integrazione del controllo di legittimità di un progetto di legge scozzese con la verifica della sussistenza di implicazioni politico/pratiche del suo disposto.

2. *La forza giuridica e politica del referendum indipendentista*

Il proposito scozzese di indire un secondo referendum indipendentista, meditato intorno ad una matura coscienza identitaria dei cittadini scozzesi e al persistente consenso elettorale intorno al progetto politico dello *Scottish National Party* (d'ora in poi, SNP) malgrado la sconfitta subita in occasione del referendum del 2014, e non assistito da un accordo tra Esecutivi scozzese e britannico, ha posto le basi per una rinnovata riflessione sul fondamento giuridico della sua indizione, atteso che il combinato disposto della sez. 29(2), concernente i limiti alle competenze legislative del Parlamento scozzese, e del *Paragraph* 1 della *Schedule* 5 dello *Scotland Act 1998*, che riserva in via esclusiva al Parlamento di Westminster le materie relative a «(b) [t]he Union of the Kingdoms of Scotland and England, (c) [t]he Parliament of the United Kingdom», pare precludere al Parlamento scozzese la possibilità di legiferare sull'indizione di un referendum passibile di interferire con il riparto di competenze tra i due Legislativi.

Di norma, per l'indizione di un referendum a livello nazionale il Parlamento di Westminster approva una legge *ad hoc* che determina il quesito referendario rinviando per lo più al *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* per le regole relative alla campagna elettorale e al relativo finanziamento nonché alla procedura di conteggio dei voti, a meno che l'organo legislativo non assuma diverse e ulteriori determinazioni. La normativa da ultimo citata nulla dispone in ordine ai tempi di indizione del referendum ovvero alle materie sulle quali può essere indetto, attestando un ampio margine di flessibilità della disciplina del referendum nel Regno

[7] *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of the Schedule 6 to the Scotland Act 1998* ([2022] UKSC 31.

Unito. Se sul piano nazionale sono estesi gli spazi di definizione caso per caso delle regole di svolgimento delle consultazioni referendarie, tanto più non stupisce che le regole di svolgimento del primo referendum indipendentista scozzese siano state oggetto di ampio dibattito che ha coinvolto non solo gli Esecutivi e i partiti, ma anche l'opinione pubblica.

Ciò premesso, se nel 2014 l'istanza indipendentista scozzese era stata governata politicamente di concerto dagli Esecutivi scozzese e britannico mediante una modifica della *Schedule* 5 *ex* sez. 30 dello *Scotland Act 1998* che consentiva al Legislativo scozzese di disciplinare l'indizione del referendum indipendentista, allo stato il Governo di Londra non manifesta la medesima volontà politica[8].

Il persistente dibattito politico sulla questione indipendentista si è dunque rigenerato dinanzi ai giudici supremi i quali già nella sentenza *Miller 1*[9] avevano chiarito che l'esito di una consultazione referendaria non è giuridicamente vincolante nei confronti del Parlamento che rimane l'organo prima espressione della sovranità popolare. Nondimeno, «[b]ecause of the sovereignty of Parliament, referendums cannot be legally binding in the UK, and are therefore advisory. However, it would be difficult for Parliament to ignore a decisive expression of public opinion»[10] ovvero non può negarsi che l'esito di un referendum abbia valenza costituzionale, in particolare quando la consultazione sia indetta su una questione politicamente controversa ovvero quando sia funzionale a cementare un determinato assetto costituzionale[11]. Dunque, meramente consultivo sul piano giuridico, ma rilevante su quello politico, l'istituto di democrazia diretta si inserisce in una tradizione britannica risalente[12]; purtuttavia, il proposto secondo referendum indipendentista assume un carattere distintivo dirompente in quanto, forzando l'ambito competenziale del Parlamento scozzese, è passibile di vincolare politicamente il Parlamento di Westminster e di minare al contempo alle fondamenta l'integrità dell'Unione: come dichiarato dall'*Advocate General for Scotland*, l'esito di una consultazione referendaria prevista da un disegno di legge non è *self-executing*; la sua natura consultiva, tuttavia,

[8] A.L. Young, *Will Scotland hold an independence referendum in October 2023?*, 29 giugno 2022, in Constitutional Law Matters, Centre for Public Law, University of Cambridge (consultabile all'indirizzo https://constitutionallawmatters.org).

[9] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

[10] *Ibidem*, par. 125 (richiamo alla raccomandazione di cui al par. 197 di House of Lords Select Committee on the Constitution, 12th Report of Session 2009-10, *Referendums in the United Kingdom*, HL Paper 99.

[11] Esemplificativa è la sez. 63A dello *Scotland Act 1998* a norma della quale «(1) The Scottish Parliament and the Scottish Government are a permanent part of the United Kingdom's constitutional arrangements. … (3) In view of that commitment it is declared that the Scottish Parliament and the Scottish Government are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Scotland voting in a referendum».

[12] L. Atkinson, A. Blick, M. Qvortrup, *The Referendum in Britain. A History*, Oxford, 2020, ch 2. Per la dottrina italiana, v., inoltre, A. Torre – J.O. Frosini (cur.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2012.

non ne riduce la portata a un mero tema di interesse accademico. Se l'esito del referendum mostrasse un solido consenso intorno all'indipendenza scozzese, lo SNP se ne servirebbe per promuovere il raggiungimento del fine che invero ispira il disegno di legge ossia il superamento dell'Unione e la secessione della Scozia dal Regno Unito[13].

3. *I limiti alla competenza legislativa del Parlamento scozzese*

Il riparto di competenze legislative Holyrood/Westminster, disciplinato dallo *Scotland Act 1998*, contempla una competenza legislativa generale del Parlamento scozzese che incontra il limite delle materie riservate al Parlamento di Londra. Nel caso *Axa*[14] Lord Hope ha efficacemente collocato il Parlamento scozzese nel gioco di equilibri della *Constitution* britannica: «The United Kingdom Parliament has vested in the Scottish Parliament the authority to make laws that are within its devolved competence. It is nevertheless a body to which decision-making powers have been delegated. And it does not enjoy the sovereignty of the Crown in Parliament that … is the bedrock of the British constitution. Sovereignty remains with the United Kingdom Parliament. The Scottish Parliament's power to legislate is not unconstrained. … Section 29(1) declares that an Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament»[15].

A norma delle sezioni 28-29 dello *Scotland Act*, ferma restando la competenza legislativa del Parlamento scozzese, il Parlamento di Westminster può comunque legiferare sulle materie devolute previo consenso del Legislativo scozzese; di contro, il Parlamento scozzese, a norma della *Schedule* 5 dell'*Act*, non può legiferare in tutti i casi sulle materie riservate quali l'Unione dei regni di Scozia e Inghilterra e il Parlamento del Regno Unito, né può modificare le norme di cui alla *Schedule* 4 della medesima legge (tra le altre, lo *Human Rights Act 1998* e l'*Internal Market Act 2020*).

Al fine di preservare il riparto di competenze legislative tra i due Parlamenti, lo *Scotland Act* contempla diversi canali di controllo. In base alla sezione 31(1) «[a] person in charge of a Bill shall, on or before introduction of the Bill in the Parliament, state that in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament». In caso di disegni di legge governativi il

[13] J. Eadie QC, D. Johnston QC, C. Pirie, C. Knight, *Written Case on behalf of HM Advocate General for Scotland UKSC 2022/0098*, Edinburgh, 9-08-2022 (consultabile in https://www.gov.uk/).

[14] *AXA General Insurance Ltd and others v The Lord Advocate and others* [2011] UKSC 46. La sentenza si inserisce in un filone giurisprudenziale della Corte suprema del Regno Unito sulle controversie devolutive scozzesi: sul punto, mi si consenta il rinvio a P. Martino, *La Scozia nella giurisprudenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in C. Martinelli (cur.), *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee,* devolution *in una prospettiva comparata*, cit., p. 145 ss.

[15] *AXA General Insurance Ltd and others v The Lord Advocate and others* [2011] UKSC 46, par. 46.

codice ministeriale scozzese dispone che la dichiarazione di conformità debba essere autorizzata dai *Law Officers* che, come nel caso in esame, possono richiedere un giudizio di *reference* alla Corte suprema qualora nutrano dubbi sulla competenza del Parlamento devoluto ai sensi del par. 34 della *Schedule* 6[16].

Ove, invece, il *bill* sia stato approvato dal Parlamento scozzese ma non ancora perfezionato con l'assenso reale, a norma della sez. 33 dello *Scotland Act 1998* l'*Advocate General*, il *Lord Advocate* o l'*Attorney General* possono adire la Corte suprema al fine di verificare che il progetto di legge rientri nel quadro della competenza legislativa del Parlamento scozzese.

Infine, una legge o un atto amministrativo devoluto possono essere oggetto di controllo successivo incidentale nel quadro di un procedimento giurisdizionale in cui trovino applicazione e in cui una delle parti ritenga l'una o l'altro *ultra vires*.

Considerando l'ampia definizione di *devolution issue* di cui al par. 1 della *Schedule 6* che include, alla lettera f), «any other question about whether a function is exercisable within devolved competence or in or as regards Scotland and any other question arising by virtue of this Act about reserved matters», e che in base alla sez. 29(3) «the question whether a provision of an Act of the Scottish Parliament relates to a reserved matter is to be determined, subject to subsection (4), by reference to the purposes of the provision, having regard (among other things) to its effect in all the circumstances», si comprende appieno l'esteso raggio d'azione della Corte suprema che nell'*incipit* della sua pronuncia, al par. 5, ha sottolineato la sovrapposizione dei profili giuridico e politico della controversia in esame: mentre in occasione del referendum indipendentista del 2014 la definizione delle materie riservate di cui alla *Schedule* 5 della legge del 1998 è stata modificata con *order in council* previa concertazione con il Governo britannico in ordine all'indizione della consultazione popolare, diversamente allo stato il Governo di Londra non ha prestato il proprio consenso in ordine all'indizione di un secondo referendum, palesandosi dunque il progetto di legge in questione come un tentativo unilaterale di dare seguito alla volontà politica del Governo scozzese di indire una nuova consultazione popolare finalizzata a perseguire il proposito indipendentista.

4. *La Corte suprema al crocevia di* legal e political Constitution: «the best would indeed be the enemy of the good»

La questione posta dinanzi alla Corte suprema dal Lord Advocate, riportata al paragrafo 12 della pronuncia, è stata formulata nei termini seguenti: «Does the provision of the proposed Scottish Independence Referendum Bill that provides that

[16] Che recita: «The Lord Advocate, the Attorney General, the Advocate General or the Advocate General for Northern Ireland may refer to the Supreme Court any devolution issue which is not the subject of proceedings».

the question to be asked in a referendum would be 'Should Scotland be an independent country?' relate to reserved matters? In particular, does it relate to: (i) the Union of the Kingdoms of Scotland and England (paragraph 1(b) of Schedule 5); and/or (ii) the Parliament of the United Kingdom (paragraph 1(c) of Schedule 5)?».

Preliminarmente, la Corte ha dovuto sciogliere due riserve interconnesse, poste dal Governo britannico sulla decisione dei giudici supremi di fornire un *reference* sulla questione, la prima riguardante la sua riconducibilità alla categoria delle *devolution issues* e la seconda concernente la discrezionalità della Corte rispetto alla richiesta del Lord Advocate.

Il Governo di Londra, infatti, chiedeva alla Corte di respingere la questione senza entrare nel merito anche considerando che la questione sollevata dal Lord Advocate *ex* paragrafo 1(f) della *Schedule* 6 della legge del 1998, non poteva considerarsi una *devolution issue* in quanto l'autorizzazione del Lord Advocate alla presentazione parlamentare del *bill*, attestante la sua riconducibilità alla competenza legislativa parlamentare scozzese, era prevista dal codice ministeriale scozzese anziché dalla legge del 1998. Purtuttavia, la Corte suprema al paragrafo 16 della sentenza ha respinto tale tesi dichiarando che la riconducibilità della questione al riparto di competenze legislative di cui alla legge del 1998 non è sigillata dall'autorizzazione del Lord Advocate, bensì dalla dichiarazione finale del proponente del progetto di legge richiesta alla sez. 31(1) dello *Scotland Act*.

Inoltre, secondo il rappresentante legale del Governo britannico, il progetto di legge scozzese avrebbe potuto essere modificato durante l'*iter* parlamentare e la Corte avrebbe potuto accertarne la legittimità solo dopo l'approvazione del Parlamento di Holyrood e prima della promulgazione *ex* sez. 33 dello *Scotland Act*: sul punto la Corte suprema ha condiviso le argomentazioni governative al paragrafo 22 della pronuncia, dichiarando che nessun rinvio può essere operato *ex* paragrafi 1(f) e 34 della *Schedule* 6 ove il progetto di legge sia stato già sottoposto allo scrutinio parlamentare. La chiara implicazione del disposto legislativo è che unicamente nei periodi normativamente indicati i *Law Officers* possono rinviare la questione alla Corte relativamente ad un progetto di legge già presentato in Parlamento; i limiti temporali indicati alla sez. 33(2) sarebbero vanificati ove la medesima legge del 1998, in altra disposizione, prevedesse un'altra strada di rinvio ai giudici supremi di un progetto di legge scozzese in corso di passaggio parlamentare.

Nondimeno, tali argomentazioni non sono state sufficienti a persuadere la Corte a non pronunciarsi nel merito e che la questione posta non fosse qualificabile quale *devolution issue*, tesi che secondo l'Advocate General riposava nel testo del par. 1 della *Schedule 6* che non cita mai il termine *bill*: secondo i giudici supremi, infatti, il lessico del disposto legislativo, accuratamente scelto dal legislatore, al netto delle note di accompagnamento redatte da funzionari governativi[17], testimonia che il disposto

[17] «The statement that paragraph 34 enables the Law Officers to refer "any vires question" could hardly be wider, and would cover the present reference. The following words, "even although it is not

del paragrafo 1(f) è ampio abbastanza da includere questioni relative a progetti di legge non ancora presentati; a fronte dell'interpretazione restrittiva, offerta dal Governo britannico, del paragrafo 1(f) della *Schedule* 6, la Corte ha optato per una interpretazione ampia del disposto legislativo al paragrafo 37 della pronuncia, dichiarando che «[i]t is understandable that the United Kingdom Parliament should have provided a means of ensuring that every such question is justiciable, since there could otherwise be situations where a limit on the exercise of a function could not be authoritatively determined», e al paragrafo 38 richiamando le parole di Lord Hope in *Imperial Tobacco Ltd* secondo le quali «[t]he best way of ensuring that a coherent, stable and workable outcome is achieved is to adopt an approach to the meaning of a statute that is constant and predictable. This will be achieved if the legislation is construed according to the ordinary meaning of the words used»[18].

Infine, in relazione alla tesi dell'Advocate General secondo il quale, se il Governo scozzese presuppone che la dichiarazione ministeriale di cui alla sez. 31(1) segua alla consulenza legale del Lord Advocate e se egli manifesti dubbi in ordine alla legittimità del disegno di legge, quest'ultimo non deve essere presentato in Parlamento, la Corte ha sottolineato (parr. 44-45) che la consulenza legale non è infallibile, potendo casi particolarmente dubbi agevolmente indurre in errore il Lord Advocate e impedire di fatto che il progetto di legge veda luce parlamentare e possa essere rinviato alla Corte *ex* sez. 33. Di conseguenza, «it would be impossible to establish that a Bill which might in fact be within legislative competence … was a proper and legitimate Bill fit to be passed by the Scottish Parliament» e, considerando che in base ai parr. 1(f) e 34 della *Schedule* 6 il rinvio alla Corte può concernere unicamente la portata delle materie riservate senza ammettere questioni ancorate ad altri aspetti della competenza legislativa, «if legislation were construed so as to exclude anything short of a perfect solution, *the best would indeed be the enemy of the good*» (par. 45, corsivo nostro).

Il disposto legislativo del 1998 presuppone che la richiesta di un *reference* sia effettuata con senso di responsabilità e nel pubblico interesse; ciò è confermato dalla circostanza per la quale quella di cui trattasi è la prima richiesta di *reference* su un progetto di legge non ancora presentato in Parlamento operata dal Lord Advocate dall'entrata in vigore dello *Scotland Act 1998*; pertanto, non può certo affermarsi che la Corte corra il rischio di essere travolta da rinvii di tal fatta, considerando peraltro che è libera di non accogliere la richiesta. Per tali ragioni, i giudici supremi al par. 47

---

the subject of a judicial dispute and has not arisen in proceedings on a Bill", do not cut down the width of that statement. We do not, however, attach particular weight to the Notes on Clauses. The document was drafted by Government officials and has no endorsement by the United Kingdom Parliament. It is much less significant than the language carefully chosen by the Parliamentary drafter and enacted by Parliament» (*Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of the Schedule 6 to the Scotland Act 1998* [2022] UKSC 31, par. 26).

[18] *Imperial Tobacco Ltd v Lord Advocate* [2012] UKSC 61, par. 14.

si sono dichiarati competenti a pronunciarsi sulla questione sottoposta loro, trattandosi di una *devolution issue*.

5. *La definizione dei margini di manovra della Corte suprema sulle* devolution issues

Resta ferma, dunque, anche ove sia appurata la giurisdizione della Corte, la discrezionalità dei giudici supremi in ordine alla decisione di pronunciarsi o meno sulla questione sottoposta loro di cui alla seconda riserva posta dall'Advocate General for Scotland, discrezionalità che peraltro la Corte ha già esercitato decidendo talvolta di non decidere nel merito la questione[19]. Malgrado con la pronuncia in esame la Corte abbia dichiarato illegittimo il progetto di legge sul secondo referendum indipendentista, vale la pena di notare che la Corte ha respinto, pur rimarcandone la forza al paragrafo 41 della pronuncia, le due importanti argomentazioni del Governo britannico, concernenti l'una l'identificazione di *devolution issues* e l'altra la discrezionalità dei giudici supremi[20]. La Corte, dunque, lungi dal fungere da consulente legale di entrambe le parti, facendo ordine tra le argomentazioni dei rappresentanti legali degli Esecutivi britannico e scozzese, e in tal maniera definendo il suo spazio di manovra nell'impianto costituzionale, è parsa rivestire il ruolo di una vera e propria Corte costituzionale e ha dettagliato la portata del suo controllo sulla normativa devoluta. Tale operazione di limatura della sua giurisprudenza sulle questioni devolutive è apprezzabile esaminando il suo percorso argomentativo, in particolare nella parte concernente l'identificazione come tale di quella sollevata dal Lord Advocate.

Il rappresentante legale del Governo britannico, al fine di persuadere la Corte a rinunciare al pronunciamento nell'esercizio della predetta discrezionalità, ha sottolineato - come si evince dal paragrafo 51 - la natura non conclusiva della decisione giurisdizionale *ex* paragrafo 34 della *Schedule* 6, potendo subire il progetto di legge poi presentato in Parlamento modifiche rispetto a quello sottoposto alla Corte preventivamente e dunque essere oggetto di nuovo rinvio alla Corte *ex* sez. 33, nonché l'indisponibilità dei documenti illustrativi del progetto di legge, utili a comprenderne appieno i contenuti e gli effetti, che induce ad adire erroneamente la Corte come fosse un consulente legale.

Secondo la Corte, tuttavia, una serie di circostanze eccezionali disattendevano le aspettative governative centrali e le consentivano di pronunciarsi sulla questione

[19] *Reference by the Attorney General for Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to Paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (n. 2) (Northern Ireland)* [2019] UKSC 1; *Reference by the Attorney General for Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to Paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998* [2020] UKSC 2.

[20] Peraltro, sostenute da ampia parte della dottrina. Tra gli altri, v. K.A. Armstrong, *Will the Supreme Court Clear the Way to a Scottish Independence Referendum?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 21 novembre 2022.

sottopostale: in primo luogo, «[t]he reference has been made in order to obtain an authoritative ruling on a question of law which has already arisen as a matter of practical importance. It is a question on which the Lord Advocate has to advise ministers. *The answer to the question will have practical consequences: it will determine whether the proposed Bill is introduced into the Scottish Parliament or not. The question is therefore not hypothetical, academic or premature*» (par. 53, corsivo nostro); inoltre, alla Corte è stato rinviato un progetto di legge nella medesima forma in cui sarebbe stato eventualmente presentato al Parlamento scozzese ove i giudici supremi avessero confermato non disciplinasse materie riservate al Parlamento di Westminster. Pertanto, secondo la Corte non sussisteva il rischio di una modifica materiale del progetto e, di conseguenza, di un ulteriore rinvio *ex* sez. 33. Infine, i documenti a supporto del progetto non erano necessari ai fini della comprensione del testo e dei suoi effetti e il Lord Advocate, per senso di responsabilità e nell'interesse pubblico, ha fondatamente effettuato il rinvio alla Corte non trattandosi di una questione di carattere routinario.

Inoltre, nel determinare se il progetto di legge «relates to a reserved matter» *ex* sez. 29(3) dello *Scotland Act*, la Corte ha adottato l'interpretazione consolidata in base alla quale l'espressione indica qualcosa di più di una connessione consequenziale, confermando che la disciplina delle materie di interesse dell'intero comprensorio britannico rimane nella competenza legislativa del Parlamento di Westminster[21]. I giudici hanno dichiarato (parr. 73-74) che la sez. 29(3) dello *Scotland Act*, al fine dell'accertamento dell'interferenza di un progetto di legge scozzese con le materie riservate, non necessita della verifica di una connessione giuridica o diretta tra il progetto di legge e le materie riservate in quanto il disposto legislativo non richiede tanto uno sforzo interpretativo ordinario da parte della Corte quanto un'indagine sulla finalità della norma, tenuto conto delle sue implicazioni in ogni circostanza. Secondo la Corte, la portata effettiva di una norma legislativa si misura indagando il suo proposito intrinseco e gli effetti oggettivi del suo disposto, come ben evidenziato nella sentenza *Imperial Tobacco* in cui, ai paragrafi 16 e 17, i giudici supremi sottolineavano che le implicazioni giuridiche della norma in discussione consistevano nel divieto di commercializzare il tabacco, benché il reale proposito fosse quello di promuovere la salute pubblica. Ciò è valso a evidenziare come nel caso in esame gli effetti immediati del progetto di legge di indizione del secondo referendum indipendentista avrebbero connotazione politica con il proposito di condizionare i processi politici sino a minare concretamente l'integrità dell'Unione e la sovranità del Parlamento di Westminster (parr. 71-72).

L'attenzione posta sulle implicazioni politico-pratiche del progetto di legge di indizione del secondo referendum indipendentista scozzese è uno dei profili più significativi della pronuncia. Tuttavia alcuni dei precedenti citati dalla Corte a sostegno delle sue argomentazioni non assistono in maniera chiara la sua

[21] *Imperial Tobacco Ltd v Lord Advocate* [2012] UKSC 61, par. 29.

motivazione: difatti, il caso concernente il *Wales Agricolture Bill*[22] accenna solo brevemente alle implicazioni pratiche del progetto di legge in esame; inoltre, nel caso *Imperial Tobacco*, Lord Hope dichiarava che «[t]he extent to which those aims will be realised in practice does not matter, as it is to the purpose of the provisions that section 29(3) directs attention in order to determine whether they are within competence»[23]; inoltre, anche richiamando la sentenza sul caso *Christian Institute*[24], la Corte affermava che «whether a provision of an Act of the Scottish Parliament relates to a reserved matter is different from the question whether such a provision modifies the law on reserved matters». Si tratta in tutti i casi di passaggi giurisprudenziali che in verità non tangono il tema delle implicazioni pratiche di un progetto di legge scozzese come quello di indizione del secondo referendum indipendentista che se formalmente ha natura consultiva, di fatto è passibile di condizionare i processi politici con un effetto politicamente vincolante.

Il punto è proprio questo: la Corte si è pronunciata sul progetto di legge scozzese estendendo la sua attività ermeneutica alla valutazione delle sue implicazioni ad ampio spettro al fine di accertare una eventuale violazione del riparto di competenze legislative Holyrood/Westminster; il profilo cruciale della pronuncia riposa nella circostanza per la quale l'accertamento giudiziale non può prescindere dalla considerazione delle implicazioni politiche di un progetto di legge di indizione di un referendum indipendentista che costringerebbe di fatto il Parlamento di Londra a tener conto dell'esito della consultazione popolare, con ciò innescando un percorso di modifica dell'assetto costituzionale che costituisce l'effetto indiretto, concreto e pratico del progetto di legge in discussione.

Il quesito muoveva dal presupposto di un mero legame indiretto tra il progetto di legge in esame e le materie riservate predette: secondo il Lord Advocate, infatti, la competenza esclusiva di Westminster sulle materie riservate non poteva precludere al Parlamento scozzese l'approvazione di un progetto di indizione di un referendum di natura meramente consultiva che non avrebbe determinato l'indipendenza della Scozia, bensì una mera verifica della volontà del popolo scozzese. La Corte, tuttavia, richiamando la giurisprudenza pregressa relativa all'interpretazione del riparto di competenze Westminster-Holyrood (quale *Christian Institute and others v. The Lord Advocate (Scotland)* [2016] UKSC 51, par. 65), ha affermato che l'indizione del referendum indipendentista prevista dal progetto di legge è passibile di effetti diretti sull'Unione del Regno e sul Parlamento di Westminster in quanto, malgrado la sua natura consultiva, l'istituto di democrazia diretta assume un carattere formale e ufficiale derivante dalla sua previsione nel disposto legislativo che, disciplinando ogni profilo della consultazione (data, quesito, elettorato attivo, ecc.), conferisce legittimazione all'esito della stessa (par. 78).

[22] *In re Agricultural Sector (Wales) Bill* [2014] UKSC 43, par. 26.
[23] *Imperial Tobacco Ltd v Lord Advocate* [2012] UKSC 61, par. 39.
[24] *Christian Institute v Lord Advocate* [2016] UKSC 51, par. 33.

Al fine di stabilire il collegamento tra il disegno di legge scozzese e le materie riservate, la Corte ha svolto una indagine in due fasi: nella prima ha esaminato la portata dell'oggetto delle materie riservate in questione di cui alla *Schedule* 5 della legge del 1998; nella seconda, concentrandosi sulla finalità della disposizione impugnata, avuto riguardo ai suoi effetti in tutte le circostanze, ha verificato che il disegno di legge non interferisse con le materie riservate. Se nella prima fase l'indagine è stata agevolmente assistita dalla *Schedule* 5 che cita espressamente l'Unione dei regni di Scozia e Inghilterra nonché dal precedente giudizio di *reference* sul *Continuity bill*[25] in cui la materia riservata "Parlamento britannico" era intesa come comprensiva della sovranità del Parlamento, con riguardo al secondo profilo di indagine la Corte ha dichiarato che un referendum legittimo è un evento politico con implicazioni della medesima natura; nondimeno, un progetto di legge di indizione di un referendum indipendentista, passibile di porre fine alla sovranità del Parlamento di Westminster sulla Scozia, ha più di un legame debole o consequenziale con tale materia riservata (par. 82).

6. *La questione incidentale del diritto all'autodeterminazione dei popoli*

Autorevole dottrina nel 2014 ha definito il primo referendum indipendentista come un «constitutional moment» in quanto il referendum avrebbe potuto inaugurare «a new constitutional era for Scotland (and, by implication, the rest of the UK)»[26]; ciò nonostante il referendum indipendentista non possa considerarsi espressione dell'esercizio del potere costituente[27] che genera un nuovo ordine costituzionale, costituendo tutt'al più l'acquisizione dell'indipendenza una fase preliminare rispetto

[25] *The UK withdrawal from the European union (legal continuity) (Scotland) bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)* [2018] UKSC 64, par. 61: «Considered in that context, the reservation in paragraph 1(c) encompasses, amongst other matters, the sovereignty of Parliament, since that is an attribute of Parliament which is relevant - indeed, fundamental - to the constitution. On the other hand, the reservation in paragraph 1(c) cannot have been intended, ordinarily at least, to protect legislation enacted by Parliament from the effects of legislation passed by the Scottish Parliament, since that purpose is effected by other provisions of the Scotland Act, which reserve matters to the UK Parliament and thereby prevent the Scottish Parliament from legislating on those matters, or which protect enactments made by the UK Parliament from modification by legislation passed by the Scottish Parliament».

[26] A. McHarg, *The Independence Referendum, the Contested Constitution, and the Authorship of Constitutional Change*, cit., p. 228.

[27] Il potere costituente non è un tema centrale nel dibattito costituzionale britannico. In proposito cfr.: J. Colón-Ríos, *Five Conceptions of Constituent Power*, in *Law Quarterly Review*, 2014, p. 306 ss.; A. Greene, *Parliamentary Sovereignty and the Locus of Constituent Power in the United Kingdom*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2020, p. 1166 ss., spec. p. 1183-1186; M. Loughlin, *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*, in M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form,* Oxford, 2008, p. 27 ss.

all'esercizio del potere costituente[28]; peraltro, il potere costituente può esercitarsi senza ricorso ad un referendum[29] così come un referendum può essere indetto prescindendo dall'esercizio del potere costituente. In tutti i casi, potere costituente non è sinonimo di autodeterminazione che comprende sia il diritto a rivendicare autonomia politica, economica sociale e culturale, sia il diritto a secedere da uno Stato. Ebbene, il riconoscimento britannico del diritto all'autodeterminazione scozzese è di carattere infracostituzionale: l'area subnazionale scozzese, infatti, può cercare di tutelare i propri interessi passando per i canali costituzionalmente predisposti. Tuttavia, l'interpretazione prevalente del potere costituente ne qualifica l'esercizio come extracostituzionale in quanto opera oltre i confini della Costituzione vigente per generare un nuovo ordine costituzionale; la nuova Costituzione in tal caso conferisce legittimità retrospettivamente ai mezzi adoperati per porla in essere. Da un punto di vista strettamente giuridico, dunque, l'esercizio del potere costituente scozzese è incostituzionale sulla base della Costituzione vigente, ma costituzionale in base al futuro testo costituzionale scozzese. Ciò pone in evidenza due nozioni di legittimità costituzionale passibili di spiegare la differenza di approccio della parte britannica e di quella scozzese della controversia in esame rispetto alla causa indipendentista, ma soprattutto la decisione della Corte suprema di non affrontare il tema sollevato dal SNP che esorbita dai confini costituzionali ed è dunque affine ad una nozione di legittimità extracostituzionale più che costituzionale in senso stretto.

La Corte ha dato riscontro ad alcune argomentazioni dello SNP, ammesso dai giudici supremi a presentare una memoria scritta[30] con la quale il partito ha asserito il diritto di autodeterminazione del popolo scozzese, del cui esercizio il secondo referendum indipendentista sarebbe manifestazione, chiedendo alla Corte se sia legittimo il diniego del proprio consenso da parte del Governo di Londra a emettere per la seconda volta un *order* al fine di consentire al Parlamento di Holyrood l'approvazione di un progetto di legge in materia. Se quello scozzese è da considerarsi un popolo ai fini dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione e se, dunque, titolare della decisione sull'indipendenza scozzese non è l'intero elettorato britannico, allora il

[28] V. anche: P. Niesen, *Two Cheers for Lost Sovereignty Referendums: Campaigns for Independence and the Pouvoir Constituant Mixte*, in *German Law Journal*, 2022, p. 44 ss., spec. p. 54; Scottish Government, *Building a New Scotland, Renewing Democracy Through Independence*, 2022, consultabile in https://www.gov.scot/.

[29] Diversamente, parte della dottrina sostiene che, a livello internazionale, i referendum sono convenzionalmente assunti come precursori della secessione. V. M. Qvortrup, *Referendums on Independence, 1860-2011*, in *The Political Quarterly*, 2014, p. 57 ss., spec. p. 60.

[30] *In the Supreme Court of The United Kingdom. In the Reference by The Lord Advocate Under Paragraph 34 Of Schedule 6 of The Scotland Act 1998. In Relation to Whether The Question For A Referendum On Scottish Independence Contained In The Proposed Bill Relates To Reserved Matters. Written Submissions on Behalf Of The Scottish National Party*, reperibile in https://www.snp.org/the-snps-supreme-court-submission-on-the-independence-referendum/.

Governo centrale non dovrebbe avere la possibilità di negare al popolo scozzese la garanzia effettiva di tale diritto attraverso l'indizione di un referendum.

L'Esecutivo britannico ha sempre considerato il referendum indipendentista come un evento unico e irripetibile, malgrado alcun limite di questo genere si rinvenga nel diritto internazionale e la Brexit abbia avuto evidentemente un impatto politico immediato sulla Scozia che nella consultazione referendaria del 2016 si era espressa, con il 62% dei consensi, in favore della permanenza nell'Unione europea.

In tutti i casi, trattandosi di tema distinto rispetto alla questione tecnica relativa al riparto di competenze tra il Legislativo centrale e quello scozzese, la questione posta dallo SNP poteva sollevarsi eventualmente in un secondo momento: se il Governo scozzese avesse atteso la pronuncia della Corte suprema di illegittimità di un progetto di legge di indizione di un secondo referendum indipendentista, avrebbe poi potuto spendere in seconda battuta dinanzi ai giudici supremi la violazione del diritto all'autodeterminazione dei popoli derivante dalla negazione del referendum. L'intuizione dello SNP, tuttavia, si è risolta nella decisione del partito di sottoporre il tema alla Corte incidentalmente ossia sostenendo che la Corte avrebbe dovuto pronunciarsi sulla questione come sottopostale dal Governo scozzese interpretando il riparto di competenze legislative in armonia con i principi fondamentali del diritto internazionale ossia riconoscendo al Parlamento scozzese il potere di legiferare in ordine a un secondo referendum indipendentista.

Secondo la Corte il diritto britannico va interpretato in armonia con il diritto internazionale quando il primo «is not clear on its face» (par. 87); ciò premesso, pur richiamando i riferimenti normativi di diritto internazionale concernenti il diritto all'autodeterminazione, quali la Carta delle Nazioni Unite e la Risoluzione 1541 del dicembre 1960 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, la Corte ha esaurito la trattazione del tema in un numero esiguo di paragrafi della pronuncia concludendo che «the principle of self-determination is simply not in play here» (par. 88) e assumendo come riferimento la pronuncia della Corte suprema canadese sul caso del Québec in base alla quale l'autodeterminazione da intendersi come secessione unilaterale è applicabile solo alle colonie ovvero a popoli oppressi. La Corte ha richiamato altresì le memorie presentate dal Regno Unito nel caso del Kosovo alla *International Court of Justice* che dichiarava che il diritto internazionale promuove l'integrità territoriale degli Stati e che, fatta eccezione per i casi riguardanti le colonie o i territori sotto occupazione straniera, non riconosce alcun diritto a secedere (par. 89)[31]. Pertanto, la Corte ha dichiarato, al paragrafo 90 della pronuncia, che la sezione 29(2)(b) della legge del 1998 non può considerarsi in violazione del principio di autodeterminazione in quanto lo *Scotland Act* istituisce un sistema devolutivo

[31] Per un approfondimento critico della pronuncia della Corte nella parte riguardante il diritto all'autodeterminazione alla luce delle norme di diritto internazionale v. M. Weller, *The UK Supreme Court on a Referendum for Scotland and the Right to Constitutional Self-determination: Part II*, in *Blog of the European Journal of International Law*, 13 febbraio 2022.

calibrato: nulla nella ripartizione dei poteri, per quanto interpretata in senso ampio o restrittivo, viola il principio di autodeterminazione; al contrario, la normativa promuove un sistema di devoluzione fondato sul principio di sussidiarietà. È ormai appurato che la legislazione sulla *devolution*, come lo *Scotland Act*, debba essere interpretata come qualsiasi altra legge, fatte salve le indicazioni fissate al suo interno (es.: sez. 29 [3] e [4]). Sarebbe inopportuno applicare qualsiasi presunzione interpretativa al fine di conseguire una maggiore o minore devoluzione di poteri. Dunque, le memorie del partito non alterano il convincimento dei giudici supremi in ordine all'interferenza del progetto di legge scozzese con le materie riservate.

Il precedente canadese e il suo seguito legislativo, tuttavia, suggeriscono quanto in verità sia anche nella disponibilità del Parlamento di Westminster la possibilità di disciplinare l'*iter* secessionista di un territorio del Regno come ha fatto il Parlamento canadese con l'approvazione del *Clarity Act* nel 2000. Frattanto, la decisione della Corte suprema britannica, che scongiura il rischio di un nuovo referendum indipendentista, ha inevitabilmente una forte risonanza politica[32] determinata dalla discrasia tra il dato giuridico-formale e il mandato democratico dello SNP che nel suo Manifesto elettorale contemplava la consultazione referendaria[33]; con ciò marcando il conflitto tra i due volti, *legal* e *political*, della *Constitution* britannica e suggerendo a fini di garanzia della tenuta dell'edificio costituzionale una sua composizione mediante una rivisitazione dei consueti canali politici in cui si dispiegano le relazioni intergovernative.

Il *reference* della Corte suprema sul progetto di legge di indizione del secondo referendum indipendentista costituisce una sorta di promemoria, come se ce ne fosse bisogno, sui limiti alla potestà legislativa del Parlamento scozzese che resta in definitiva una creazione del Parlamento di Westminster e che, in quanto tale, è nella disponibilità di Londra[34]. Di recente, del resto, la Corte suprema era stata molto critica nei riguardi di quello che è stato considerato un deliberato tentativo dell'Esecutivo scozzese di trascendere le competenze delle istituzioni devolute, dichiarandosi colpita dal fatto che talvolta non emerge alcun tentativo governativo di redigere i disegni di legge in modo da renderne chiaro e immediatamente accessibile il contenuto; piuttosto, si rinviene il proposito di prospettare un ampio ventaglio

[32] Sul punto v. G. Caravale, *Il giudizio di* reference *della Corte suprema sul referendum scozzese: una* political question, in *Federalismi.it*, n. 31/2022, p. iv ss.

[33] M. Gordon, *UK Supreme Court Rules Scotland Cannot Call a Second Independence Referendum – The Decision Explained*, in *Theconversation.com*, 23 novembre 2022.

[34] Cfr.: *The UK Withdrawal from the European Union (legal continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)* [2018] UKSC 64; *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill/Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - European Charter of Local SelfGovernment (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42.

interpretativo del disposto legislativo al fine di affidare alle corti il compito di definirne il significato legittimo caso per caso[35].

7. *Il processo devolutivo avanzato alla luce del* reference *della Corte suprema*

Il *reference* in commento desta particolare interesse in quanto le questioni giuridiche e politiche sottese alla questione devolutiva che ne è oggetto sollecitano riflessioni ad ampio raggio che intersecano temi di ordine costituzionale ulteriori rispetto a quelli immediatamente attinenti al merito del pronunciamento e pervadono diffusamente le maglie dell'edificio costituzionale.

Se quello democratico deve intendersi quale principio fondante della *Constitution* britannica, chiamando dunque anche la legislazione devoluta a conformarvisi[36], la recente giurisprudenza della Corte suprema ha fornito una chiara interpretazione di tale principio. Come Lord Reed ha dichiarato nel caso *UNCRC*, il fatto che una legge sia stata approvata dal Parlamento scozzese, anche se all'unanimità, non ha alcuna incidenza sulla questione giuridica sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi[37]; ma ancora più nitido si è presentato il suo orientamento nella pronuncia in esame ove i termini *democracy* o *democratic* ricorrono unicamente ai paragrafi 78 e 81 senza assumere un ruolo determinante sul piano della definizione giuridica della questione sottoposta alla Corte. Tutto risulta più chiaro al paragrafo 81 della pronuncia in cui la Corte ha chiarito che, stante il fondamento democratico della forma di governo, l'esercizio democratico che si sostanzia in un referendum indipendentista è passibile di implicazioni extragiuridiche, qualsivoglia ne sia l'esito, che le istituzioni democratiche non possono ignorare in quanto passibili di travolgere l'edificio costituzionale: secondo i giudici supremi, infatti, il referendum costituirebbe indubbiamente un evento politico significativo, anche se il suo esito non ha implicazioni giuridiche immediate e il Governo britannico non si è impegnato politicamente a darvi seguito. Un risultato chiaro, qualsiasi esso sia, possiederebbe l'autorità, in un assetto costituzionale e in una cultura politica fondati sulla democrazia, di una manifestazione chiara dell'orientamento dell'elettorato scozzese. La chiara espressione del suo desiderio di rimanere all'interno del Regno Unito o di acquisire l'indipendenza rafforzerebbe o indebolirebbe la legittimità democratica

---

[35] Cfr. *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill/Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - European Charter of Local SelfGovernment (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42, par. 77.

[36] Cfr. S. Wilson Stark, R. Fasel, *Unconstitutionally Legal: How the UK Supreme Court Should Decide the Lord Advocate's Reference*, in *U.K. Const. L. Blog*, 3 ottobre 2022; T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, 2015, ch. 8.

[37] *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill/Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - European Charter of Local SelfGovernment (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42, par. 31.

dell'Unione, e sosterrebbe o minerebbe la base democratica del movimento indipendentista. Avrebbe, quindi, significative conseguenze politiche relative sull'Unione e sul Parlamento del Regno Unito.

Non stupisce, di conseguenza, che la Corte non si astenga dalla risoluzione di controversie dalle marcate sfumature politiche, specificando che «although the courts cannot decide political questions, the fact that a legal dispute concerns the conduct of politicians, or arises from a matter of political controversy, has never been sufficient reason for the courts to refuse to consider it»[38]. In tal senso, la sentenza della Corte si pone in linea di continuità con un consolidato orientamento giurisprudenziale[39]; un profilo di novità può rinvenirsi nella affermazione che un'attività di natura puramente politica passibile di gravare sul Parlamento del Regno Unito ovvero sull'Unione è giustiziabile.

Nel giudizio di *reference* relativo al caso UNCRC, la Corte si cimentava con una questione devolutiva sollevata *ex* sez. 33(1) dello *Scotland Act* e concernente la competenza del Parlamento scozzese ad approvare due leggi (*United Nations Convention on the Rights of the Child [Incorporation] [Scotland] Bill* e lo *European Charter of Local Self-Government [Incorporation] [Scotland] Bill*) volte ad incorporare nel diritto scozzese altrettanti trattati internazionali ratificati dal Regno Unito ma mai incorporati nel diritto interno britannico. La normativa scozzese, prevedendo che la legislazione di Westminster fosse interpretata dalle corti, ove possibile, in modo conforme al disposto dei trattati internazionali predetti, attribuiva loro nei casi estremi il potere di procedere a dichiarazioni di incompatibilità delle leggi di Londra; il disposto legislativo scozzese in tal modo impediva al Parlamento britannico di legiferare anche per la Scozia a meno di una modifica delle proprie leggi al fine di rimuoverne l'incompatibilità. Lord Reed, giudice estensore della pronuncia unanime, dichiarava, dunque, che la normativa scozzese esercitava una forte pressione sul Parlamento di Westminster paventando il rischio di una dichiarazione di

[38] *R (on the application of Miller) v The Prime Minister/Cherry and others v Advocate General for Scotland (Scotland)* [2019] UKSC 41, par. 31.

[39] In verità, infatti, già nel pronunciamento sul referendum Brexit la Corte negò che la consultazione popolare del 2016 avesse effetti giuridici pur marcando le evidenti implicazioni politiche della consultazione popolare. Cfr. *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, par. 125: «It is instructive to see how the issue was addressed in ministers' response to the 12th Report of Session 2009-10 of the House of Lords Select Committee on the Constitution (Referendums in the United Kingdom). The Committee included the following recommendation in para 197: "[B]ecause of the sovereignty of Parliament, referendums cannot be legally binding in the UK, and are therefore advisory. However, it would be difficult for Parliament to ignore a decisive expression of public opinion." The UK government's response as recorded in the Committee's Fourth Report of Session 2010-11 was "The Government agrees with this recommendation. Under the UK's constitutional arrangements Parliament must be responsible for deciding whether or not to take action in response to a referendum result."».

incompatibilità[40]. Su tali basi la Corte dichiarava illegittima la normativa scozzese che violava il principio della sovranità parlamentare e interferiva con la capacità del Parlamento di Westminster di legiferare sulle questioni scozzesi *ex* sez. 28(7) dello *Scotland Act*[41].

Il percorso argomentativo alla base del pronunciamento appare affine a quello del caso in esame, malgrado il disposto dello *Scotland Act* violato non attenga precisamente al riparto di competenze legislative: in entrambi i casi, infatti, la normativa scozzese ha implicazioni politiche o pratiche passibili di confliggere in modo significativo con la legislazione in materia di devoluzione. Nel caso concernente la legge scozzese di indizione del secondo referendum indipendentista, l'effetto della consultazione popolare, la cui portata è di natura politica, è passibile di avere effetti pratici sulle materie riservate dell'Unione e del Parlamento britannico. A parere della Corte, pertanto, la distinzione tra effetti pratici e giuridici della legislazione scozzese assume carattere pretestuoso e artificioso (parr. 77-80).

Si desume dal giudizio di *reference* della Corte suprema un orientamento giurisprudenziale volto ad ancorare i limiti ai poteri del Parlamento devoluto al principio della sovranità parlamentare di Westminster che non necessariamente comporta un depotenziamento del Legislativo devoluto; orientamento, questo, coerente con l'approccio giurisprudenziale degli ultimi anni nelle due sentenze *Miller* in cui la Corte ha posto un freno ad attività passibili di minare le funzioni legislativa e di controllo del Parlamento di Westminster. In effetti, dunque, con la sentenza in esame la Corte ha unicamente preservato il potere del Parlamento di Westminster di decidere sull'indipendenza scozzese.

Resta da vedere se la pronuncia possa aprire le porte ad altre occasioni di valutazione di attività prettamente politica delle istituzioni devolute in grado di minare la solidità dell'unione da parte della Corte. Per esempio, rientra nell'ambito competenziale del Parlamento scozzese l'approvazione di una legge di indizione di sondaggi per valutare l'orientamento degli elettori in ordine all'indipendenza della Scozia? Si può ragionevolmente sostenere che un Governo devoluto possa raccogliere dati e informazioni sulle preferenze politiche dei cittadini dell'area subnazionale senza interferire con le materie riservate predette?

Giova sottolineare, inoltre, che la decisione della Corte è stata adottata all'unanimità, cui i giudici supremi sono soliti ma che assume particolare rilievo ove la Corte si pronunci su questioni politicamente (ma non giuridicamente) controverse. È questo il caso della controversia in esame: una volta appurato che il progetto di legge scozzese interferisce con le materie riservate e che ciò si ricava dai suoi effetti pratici, sul piano giuridico la questione non si presenta di incerta risoluzione. Anche ove la

[40] *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill/Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland - European Charter of Local SelfGovernment (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42, par. 52.

[41] *Ibidem*, par. 51-52.

Corte avesse accolto le tesi dell'Advocate General, non ne sarebbe derivata una dichiarazione tacita di legittimità del progetto di legge, ma un rinvio della questione, ovvero se il progetto di legge fosse stato definitivamente approvato dal Parlamento scozzese, la Corte suprema sarebbe stata adita con tutta probabilità *ex* sez. 33 dello *Scotland Act*.

La decisione è stata adottata da un *panel* di cinque giudici. Nei casi più controversi, come i due casi *Miller*, la Corte ha esteso il collegio giudicante. In tutti i casi, la numerosità dei componenti del *panel* giudicante è determinata dal grado di difficoltà di composizione della controversia sul piano giuridico anziché dai profili politici del contenzioso. Dunque, l'allargamento del collegio giudicante dipende dall'esigenza di affrontare un profilo giuridico del contenzioso particolarmente controverso anziché dall'attenzione mediatica nei riguardi della controversia o dal fatto che la stessa riguardi una questione di pubblica importanza[42].

L'approccio della Corte alla composizione della controversia è indicativo della scelta dei giudici supremi di limitarsi all'interpretazione del testo legislativo e di dare minor peso a tutta la documentazione ausiliare[43] funzionale ad assistere la questione politica sottesa a quella giuridica, al fine di restare in una zona di comfort e manifestare la sua intenzione di muoversi entro i confini della separazione dei poteri.

Non è un caso che il Primo Ministro scozzese, pur manifestando il proprio disappunto nei confronti della decisione, non abbia potuto sostenere che fosse errata[44].

La pronuncia non costituisce, in verità, una tappa evolutiva di rilievo nella giurisprudenza della Corte suprema sulle questioni devolutive[45]. Trattasi, infatti, di un esercizio di interpretazione statutaria che non determina una composizione della controversia sorprendente nel merito. Anche se il *reference* non mette il punto, politicamente parlando, sul secondo referendum indipendentista, sul piano giuridico è chiaro che tale referendum non può essere indetto a meno di una modifica *ex* sez. 30 dello *Scotland Act*, come avvenuto nel 2014. L'enfasi posta dalla Corte sulle conseguenze pratiche di un referendum funge da monito agli addetti ai lavori

[42] Ciò vale per la controversia in esame così come per quella concernente il tema dell'aborto, decisa da un *panel* di sette giudici in *Attorney General for Northern Ireland's Reference – Abortion Services (Safe Access Zones) (Northern Ireland) Bill* [2022] UKSC 32. Sul punto v. A. Deb in *Protest and proportionality in the Supreme Court: The Safe Access Zones Bill Reference [2022] UKSC 32*, in *UK Human Rights Blog*, 14-12-2022, reperibile in https://ukhumanrightsblog.com/.

[43] In linea con l'approccio adottato in *Project for the Registration of Children as British Citizens and O v Secretary of State for the Home Department* [2022] UKSC 3, sottolineato da M. Butler in *Statutory Interpretation after PRCBC and O v SSHD: Should we "Waste the Court's Time a Great Deal Less in Looking at Background Material"?*, in *Judicial Review*, 2022, p. 1 ss.

[44] Cfr. D. Torrance, *Supreme Court Judgment on Scottish Independence Referendum*, House of Commons Library, 23-11-2022, consultabile in https://commonslibrary.parliament.uk/.

[45] Come ben evidenzia M. Psycharis, A. Mills, *The Scottish Parliament, the Supreme Court, and an Independence Referendum?*, in *Judicial Review*, 2023, p. 1 ss.

affinché considerino la dimensione giuridica e politica di un progetto di legge di un Legislativo devoluto al fine di assicurarne la legittimità.

Il pronunciamento, stigmatizzato come ennesima espressione di una forma di giurisdizionalizzazione delle dinamiche politiche a compensazione di un malfunzionamento dei consueti canali di interazione politica[46], in verità valorizza *a contrario* la *political Constitution* ossia, in costanza di una significativa riforma costituzionale, l'accordo politico si conferma auspicabile rispetto alla definizione giurisprudenziale delle questioni devolutive.

Malgrado le sollecitazioni dell'Advocate General volte ad evitare che la Corte si pronunciasse nel merito, i giudici supremi sono parsi più concentrati sui tempi della loro decisione anziché sull'opportunità di una loro pronuncia. La determinazione al pronunciamento, tuttavia, non va intesa come espressione della volontà del supremo organo giurisdizionale di interferire con le questioni politiche, bensì quale manifestazione dell'esigenza di ribadire i termini del principio della separazione dei poteri e i confini delle competenze della medesima Corte ancorate alla interpretazione del disposto legislativo e non ispirate all'esigenza compensativa di distorsioni politiche.

Se è vero, dunque, che *political* e *legal Constitution* allo stato procedono a velocità diverse e che senza dubbio la seconda avanza più celermente mentre la prima arretra, e che ciò costringe a prendere coscienza del fatto che la *political constitution*, soprattutto nel quadro delle questioni devolutive, non è in grado di fornire soluzioni ai problemi contemporanei, per converso tale contingenza non è imputabile ad un incrementale attivismo della Corte suprema ma unicamente ad un *deficit* di efficacia dei tradizionali canali politici di indirizzo delle relazioni intergovernative.

Il tema è di costante attualità, come attesta il controverso *Gender Recognition Reform (Scotland) Bill* in relazione al quale il Segretario di Stato per la Scozia ha emesso un *order ex* sez. 35 dello *Scotland Act* al fine di scongiurare l'apposizione del *royal assent* in quanto il progetto di legge interferisce con le materie riservate. Il timore che la questione non possa risolversi politicamente, per il tramite del dibattito parlamentare ovvero delle procedure di cui alla revisione delle relazioni intergovernative pubblicate il 13 gennaio 2022[47], trova riscontro nella recente richiesta di *judicial review* del predetto *order* alla *Court of session* da parte del Governo scozzese[48].

Frattanto, stante il predetto disappunto nei confronti del pronunciamento della Corte suprema, il Primo Ministro scozzese ha subito rilanciato la questione indipendentista dichiarando che avrebbe considerato un referendum *de facto* le

[46] Sul punto, in relazione al *reference* in esame, v. I. Halliday, *Political and Legal Constitutionalism in the Age of Supreme Court Referrals*, in *U.K. Const. L. Blog*, 13-02-2023.

[47] Consultabili in https://www.gov.uk/government/publications/the-review-of-intergovernmental-relations/review-of-intergovernmental-relations-html.

[48] Cfr. Scottish Government, *Gender Recognition Reform: Section 35 Order Challenge – Petition*, 19 aprile 2023, in https://www.gov.scot/.

prossime elezioni generali[49], e dunque riproponendo il tema del diritto all'autodeterminazione del popolo scozzese che la Corte suprema ha eluso e, in subordine, l'interrogativo in ordine al diritto di voto degli scozzesi residenti in territorio britannico ma fuori dalla Scozia o addirittura all'estero. Va sottolineato che la reazione scozzese alla pronuncia della Corte non ha contemplato l'indizione di un referendum senza il consenso del Governo di Londra dichiarando il «Government's respect for the principles of rule of law and democracy» e che «[r]espect for the rule of law means that a referendum must be lawful»[50], ripiegando il Primo Ministro Sturgeon, invece, sull'attribuzione alle elezioni generali di un significato ampio ossia indicativo della eventuale volontà scozzese di acquisire l'indipendenza dal Regno Unito. Nelle pieghe delle dichiarazioni del Primo Ministro negli ultimi anni, tuttavia, si rinviene il proposito di esercitare pressione politica sull'amministrazione centrale che prescinde dal raggiungimento dell'obiettivo dell'indipendenza dell'area subnazionale. Nel 2020, infatti, Nicola Sturgeon dichiarava che le elezioni scozzesi avrebbero rappresentato un referendum di fatto, volto a testare la solidità dell'istanza indipendentista[51] per dichiarare poi, nel giugno 2022, che le elezioni generali avrebbero assunto tale valenza. Affinché l'esito di tali elezioni abbia concrete implicazioni in direzione della realizzazione del percorso indipendentista scozzese, è indispensabile che lo stesso sia una indiscutibile espressione della volontà della maggioranza degli elettori scozzesi di acquisire l'indipendenza.

Considerando che le elezioni non possono assicurare che il loro esito assuma tale significato, si comprende il passaggio della pronuncia della Corte suprema in esame al paragrafo 78 ove i giudici supremi hanno marcato la chiarezza derivante dalla connotazione «official and formal» della consultazione referendaria che distingue il referendum dal mero «exercise in public consultation or a survey of public opinion». È evidente, dunque, che le dichiarazioni del Primo Ministro sono

[49] Già qualche mese prima del pronunciamento della Corte suprema, il Primo Ministro scozzese Sturgeon aveva paventato un piano B consistente in una elezione plebiscitaria: «If it transpires that there is no lawful way for this Parliament to give the people of Scotland the choice of independence in a referendum, and if the UK Government continues to deny a section 30 order, my party will fight the UK general election on this single question: should Scotland be an independent country?» (The Scottish Parliament, Official Report, *Meeting of the Parliament (Hybrid)*, 28 giugno 2022, col. 18, in https://www.parliament.scot/). Il progetto è stato descritto «no longer hypotetical» dopo la sentenza della Corte in P. Davidson, *Nicola Sturgeon Speech in Full as First Minister Reacts to Supreme Court Verdict*, in *Daily Record*, 23-11-2022 (in https://www.dailyrecord.co.uk/): «however, now that the Supreme Court's ruling is known, and a de facto referendum is no longer hypothetical, it is necessary to agree the precise detail of the proposition we intend to put before the country - for example, the form our manifesto will take, the question we will pose, how we will seek to build support above and beyond the SNP, and what steps we will take to achieve independence if we win». Nessuna menzione, invece, il Primo Ministro ha fatto dell'ipotesi di una iniziativa referendaria unilaterale.

[50] The Scottish Parliament, Official Report, *Meeting of the Parliament (Hybrid)*, cit., col. 14.

[51] K. Nutt, *Revealed: Wording Agreed for SNP Conference Motion on Plan B for Independence*, in *The National*, 26-09-2020, in https://www.thenational.scot/.

volte ad esercitare una pressione politica finalizzata alla definizione di un accordo politico tra i due Esecutivi e giustificata dal fatto che, anche se il referendum del 2014 era stato considerato come «once in a generation»[52], si sono verificati di seguito «material changes in circumstances»[53] - prima tra tutte la Brexit nonché da ultimo l'ostruzionismo del Governo di Londra nei confronti del *Gender Recognition (Reform) (Scotland) Bill* che Sturgeon ha definito come «a direct attack on the institution of the Scottish Parliament»[54] - che inducono ad una rivisitazione dei termini delle interazioni tra area subnazionale ed Esecutivo centrale: la constatazione che il Governo centrale, assistito dalla Corte suprema, governa appieno i canali di controllo dei confini delle competenze devolute previsti dalla legge, e che gli Esecutivi devoluti ricorrono strumentalmente alla Corte suprema al fine di forzare un dialogo politico arenato, induce ad una riflessione in ordine all'inadeguatezza dell'attuale sistema di relazioni intergovernative in questa fase avanzata del processo devolutivo.

In Europa e oltreatlantico il ricorso al referendum per definire la causa indipendentista è storicamente ricorrente[55] e nel Regno Unito la prima consultazione referendaria a tal fine è stata indetta nel 2014 proprio con riguardo alla Scozia. In tale circostanza il diritto di voto fu disciplinato nello *Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013* sulla base dei poteri devoluti da Westminster nell'*Edinburgh Agreement*[56]: il diritto di voto spettava a tutti i cittadini europei residenti in Scozia, mentre era precluso a coloro che in precedenza risiedessero in Scozia ma non integrassero più i registri elettorali. Tale disciplina al tempo marcava la differenza rispetto al diritto di voto nella restante parte del Regno Unito ove vigeva la disciplina di cui al *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* in base alla quale i cittadini britannici all'estero conservavano il diritto di voto alle elezioni generali e nelle consultazioni referendarie per 15 anni. Tuttavia, i britannici all'estero non avevano diritto di voto nelle elezioni locali o dei legislativi devoluti o nei referendum locali come quello scozzese del 2014. In occasione della consultazione referendaria del 2014 si discusse molto dell'estensione del diritto di voto ai sedicenni e diciassettenni, ma sembrò passare inosservata la preclusione del diritto di voto agli scozzesi residenti all'estero. Il Governo britannico ritenne che fosse opportuno adottare la disciplina vigente del diritto di voto al fine di evitare che si percepisse un tentativo di

[52] BBC News, *What Does "Once in a Generation" Mean?*, 16-01-2020, in https://www.bbc.co.uk/.

[53] Scottish Government, *Scotland's Right to Choose Putting Scotland's Future in Scotland's Hands*, Edinburgh, 2019, p. 14 (consultabile in www.gov.scot).

[54] BBC News, *Nicola Sturgeon says Gender Reform Row will go to Court*, 18-01-2023, in https://www.bbc.co.uk. Sulle implicazioni costituzionali del *bill* v. S. Tierney, *A New Battlefront for Scottish Nationalists in the United Kingdom: The Gender Recognition Reform (Scotland) Bill, in VerfBlog,* 13-02-2023 (consultabile in https://verfassungsblog.de).

[55] M. Qvortrup, *Voting on Independence and National Issues: A Historical and Comparative Study of Referendums on Self-determination and Secession*, in *Revue Française de Civilisation Britannique*, n. 2, 2015, p. 1 ss.

[56] C. Martinelli, *La Scozia tra autonomia e secessione: riflessioni sul referendum indipendentista nel processo devolutivo*, in *Federalismi.it*, n. 23/2022, p. 208 ss.

influenzare il risultato della consultazione referendaria: l'unica strada praticabile sembrava essere quella di precludere il diritto di voto agli elettori prima residenti in Scozia in quanto la ricostruzione della loro identità per nascita o secondo la loro presenza nei registri elettorali sarebbe stata necessariamente imprecisa; inoltre, l'estensione dell'elettorato attivo a tutti gli elettori britannici avrebbe negato a monte il diritto all'autodeterminazione della Scozia[57].

Allo stato attuale, se fosse indetto il secondo referendum indipendentista si applicherebbe il *Referendums (Scotland) Act 2020*[58] che prevede il medesimo elettorato attivo delle elezioni parlamentari scozzesi ossia estende il diritto di voto ai sedicenni residenti in Scozia e iscritti ai registri elettorali locali scozzesi; esclude, dunque, gli scozzesi residenti in modo permanente all'estero. Se invece le prossime elezioni generali britanniche fungeranno da test per la causa indipendentista, le regole vigenti non contemplerebbero l'elettorato attivo sedicenni.

Interessante sarebbe conoscere, inoltre, l'orientamento degli scozzesi non più residenti in Scozia che, in occasione del referendum del 2014, mostravano una preferenza unionista, ma che ora, dopo la Brexit, si attestano su posizioni opposte[59].

Numerose ancora, dunque, sono le questioni aperte, tutte governabili per il tramite di una robusta rivisitazione del complesso sistema delle relazioni intergovernative da adeguarsi ad uno stadio oltremodo avanzato del processo devolutivo.

***

[57] Su queste criticità v.: J. Shaw, *Voting in the Referendum on Scottish Independence: Some Observations from the Front Line*, in R. Ziegler – J. Shaw – R. Bauböck (eds.), *Independence Referendums: Who Should Vote and Who Should be Offered Citizenship*, European University Institute, EUI Working paper RSCAS 2014/90, 2014, p. 55-58; R. Bauböck, *Regional Citizenship and Self-determination*, in R. Ziegler – J. Shaw – R. Bauböck (eds.), *op. cit.*, p. 9-12.

[58] Per un commento alla legge, promossa dal Governo dello SNP a sostegno della causa indipendentista, v. A. Clark, *More than IndyRef2? The Referendums (Scotland) Act 2020*, in *The Political Quarterly*, n. 2, 2020, p. 467 ss.

[59] Come risulta da un recente approfondimento di cui in M.S. Leith, D. Sim, *A Second Scottish Independence Referendum: Should the Diaspora get a Vote?*, in *The Political Quarterly*, 2023, p. 1 ss.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Pamela Martino

La comfort zone della Corte suprema del Regno Unito nel giudizio di reference sul secondo referendum indipendentista scozzese

ABSTRACT: Despite the outcome of the 2014 referendum, there remained a high level of support for independence and the Scottish Government still considers it appropriate to hold a further referendum on Scottish independence. In 2022, the Scottish Parliament therefore introduced the Scottish Independence Referendum Bill 2022 for an independence referendum to be held without the consent of the UK Government. In respect of that Bill, the Lord Advocate made a reference to the Supreme Court, under para 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998, that unanimously held that the Scottish Parliament did not have the power to legislate for a Scottish independence referendum. This article considers the legal significance of the Supreme Court's recent decision and situates the Court's reasoning within its broader constitutional context.

***

KEYWORDS: UK Supreme Court – devolution – independence – referendum – democracy

***

Paola Martino – Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato, Dipartimento Jonico Università degli Studi di Bari Aldo Moro (pamela.martino@uniba.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La lunga marcia della clausola identitaria. Riflessioni per un esame comparato della recente giurisprudenza costituzionale euro-unitaria *

Giuliano Vosa

SOMMARIO:. 1. Introduzione: le matrici dell'identità nel diritto euro-unitario. – 2. Tre questioni preliminari. – 3. Corti nazionali verso un modello comune di argomento identitario: profili comparatistici. – 3.1. Oltre l'ethnos: il nesso fra sovranità popolare e certezza del diritto. – 3.2. Dal principio di legalità alla riserva di legge: verso un principio di essenzialità. – 4. La Corte di Giustizia fra tutela dello Stato di diritto e rispetto delle identità nazionali. – 4.1. Identità europea e condizionalità finanziaria: un approccio "costruttivista" in difesa dello Stato di diritto – 4.2. Clausola identitaria e diritto euro-unitario: un approccio "dialogante". – 5. Verso una conclusione.

1. *Introduzione: le matrici dell'identità nel diritto euro-unitario*

Da quando Joseph Weiler la dichiarò «*à la mode*»[1], l'identità, riferita più spesso agli Stati, ma anche all'Unione, non ha più smesso di affollare riviste *web* e scaffali di biblioteche[2]. La *popolarità*[3] di cui gode è però inversamente proporzionale al nitore dei suoi lineamenti concettuali e delle sue implicazioni normative[4]. Di qui la nebbia che circonda la *clausola identitaria* di cui all'art. 4(2) TUE – e, di conseguenza, il tema dei rapporti fra diritto dell'Unione e ordinamenti statali, che su tale clausola poggia[5].

La cronistoria delle apparizioni del termine "identità" è già stata più volte[6], anche da ultimo, srotolata con cura[7]. Ai fini qui di rilievo, vorrebbe però assumersi,

---

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

[1] J.H.H. Weiler, *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 184.

[2] Aggiungendo, talvolta, strati di complessità ulteriori a un dibattito già di per sé complesso: L.D. Spieker, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the* Modus Vivendi *between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 361.

[3] Come scrive P. Faraguna, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, p. 491, chi avesse cercato di imparare qualcosa sui rapporti Stati-Unione per mezzo di *Twitter*, avrebbe senz'altro trovato #*identità* fra i *trending topics*.

[4] J.D. Mouton, *L'identité constitutionnelle, un concept pertinent au regard du droit international?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 118, 3 – *Dossier: L'identité constitutionnelle*, 2014, p. 501 ss.

[5] B. Guastaferro, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, p. 149 ss., *passim*.

[6] Ad es. in L. Burgorgue-Larsen, *Les origines de l'identité constitutionnelle*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 118, 3 – *Dossier: L'identité constitutionnelle*, 2014, p. 483 ss.; *amplius*, M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, New York, 2010, p. 11 ss., *passim*.

quale punto di partenza, un angolo visuale preciso: quello dei presupposti dogmatici e delle esigenze pratiche alla radice dell'ingresso dell'identità nel vocabolario del diritto euro-unitario.

In tal senso, il terreno che vide germogliare l'identità fu quello del dibattito attorno alla costituzione per l'Europa[8], sulla scorta di due questioni fra loro intrecciate. Primo: se un'*identità europea*, nel quadro dei rapporti politici, sociali ed economici in seno all'Unione, potesse discernersi a partire dalle identità nazionali[9], quale asse portante di un diritto comune. Secondo, in che termini potesse ascriversi a tale identità valenza di parametro giuridico, stabilizzando i rapporti fra diritto statale e diritto dell'Unione nel senso di una tendenziale applicazione prioritaria di quest'ultimo che, tuttavia, non restasse sorda alle specificità dei singoli Stati[10].

Non s'illumina, dunque, per rivendicare differenze, l'*astro nascente* dell'identità nazionale in diritto euro-unitario[11]; ma per costruire unità a partire da esse, in senso *post-tradizionale*[12]. Smentisce così un pregiudizio indimostrato, eppur duro a morire: l'identificazione d'un concetto – la "nazione" – con la sua sola versione *etnocentrica*, la *Kulturnation* di Herder[13] e poi di Fichte[14], intrisa d'ideologia pangermanistica fino all'apologia di razzismo[15]. S'ispira, invece, l'identità così concepita, alla versione repubblicana della nazione[16], germinata con la Rivoluzione francese e sostenuta da un cospicuo sostrato egualitario[17]; in tutto coerente, quindi, con le costituzioni del

---

[7] G. van der Schyff, *Member States of the European Union, Constitutions and Identity: A Comparative Perspective*, in C. Calliess - G. van der Schyff (eds.) *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020, p. 305 ss.; P. Faraguna, *On the Identity Clause and Its Abuses: 'Back to the Treaty'*, in *European Public Law*, 2021, spec. p. 429 ss.; P. Cruz Mantilla de los Ríos, *La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción*, in *Estudios de Deusto*, 2022, p. 153 ss.

[8] Su cui, in generale, A. Ruggeri, *Quale Costituzione per l'Europa?*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2004, p. 455 ss.

[9] A. von Bogdandy, *The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 295 ss.

[10] Cfr. G. Martinico, *What Lies Behind Article 4(2) TEU?*, in A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, p. 93 ss, e B. Guastaferro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 263 ss.

[11] A. Schnettger, *Art. 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European System*, in C. Calliess - G. van der Schyff (eds.) *Constitutional Identity*, cit., p. 153 ss.

[12] J. Habermas, *Historical Consciousness and Post-Traditional Identity: Remarks on the Federal Republic's Orientation to the West*, in *Acta Sociologica*, 1988, p. 3 ss.

[13] Cfr. J. G. Herder, *Idee per la filosofia della storia dell'umanità* (1784-91), Roma-Bari, 1992, p. 210 ss.

[14] Cfr. J.G. Fichte, *Discorsi alla nazione tedesca* (1808), Roma-Bari, 2003, p. 114 ss., *passim*.

[15] F. Neumann, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism* (1942) ed. it. (M. Baccianini) *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 2000, p. 116 ss.

[16] Per tutti, C. De Fiores, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali,* in *Costituzionalismo.it*, 2019, no. 1, spec. p. 60 ss.

[17] «La nazione era stata affermata in indissolubile connessione con la libertà e l'umanità»: così F. Chabod, *L'idea di nazione* (1961) Roma-Bari, 2021, p. 89. Nelle pagine seguenti, il celebre storico valdostano traccia la parabola di tale concetto nei decenni successivi (attorno alla metà del secolo XIX)

secondo Novecento e, di qui, col pluralismo *inclusivo* e *tollerante* che ha storicamente animato il costituzionalismo europeo[18]. In effetti, se si segue questa traiettoria, l'art. 4(2) TUE può ritenersi, più che emblema di una rivincita delle sovranità nazionali, il segno della codificazione di equilibri già noti alla prassi dei rapporti euro-unitari[19] da Maastricht in poi[20], nonché il manifesto della tipica *strumentalità* dei conflitti rispetto all'evoluzione della *polity* euro-unitaria[21].

Di tal ché, il concetto nasce per superare l'obiezione, mossa da Paul Kirchhof[22] e da Dieter Grimm[23], per cui l'assenza di un *demos* europeo renderebbe inutilizzabili, per l'Unione, il lessico e l'apparato concettuale propri del diritto costituzionale. Secondo questa linea, l'Unione, non assimilabile a uno Stato ma piuttosto ad uno *Staatenverbund*[24], verrebbe relegata a fenomeno eminentemente intergovernativo – benché, per ammissione dello stesso studioso di Kassel, *eccedente* rispetto agli schemi del diritto internazionale[25]. Per contro, se dalle identità nazionali potesse delinearsi un'identità comune per via giurisprudenziale, dottrinale e politica[26], l'unità europea verrebbe a costituirsi spontaneamente, senza salti né imposizioni[27], intorno a un

evidenziandone il ripiegamento introverso, sulle ali di quella che Carlo Antoni (citato dallo stesso A.) definiva «la lotta contro la ragione» (C. Antoni, *La lotta contro la ragione*, Firenze, 1942).

[18] Cfr. M. Cartabia, *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 583 ss.

[19] Cfr. F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, 2013, p. 207 ss.

[20] L. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, p. 36 ss.

[21] G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, spec. p. 135 ss., p. 171 ss., p. 201ss.

[22] Ad es. in P. Kirchhof, *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, in P. Kirchhof - H. Schäfer - H. Tietmeyer - J. Isensee (eds.) *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlin, 1993, p. 63 ss.

[23] D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *JuristenZeitung*, 1995, p. 581 ss.; cfr. la versione in inglese, *Does Europe Need A Constitution?*, in *European Law Journal*, 1995, p. 282 ss. *Amplius*, dello stesso A., *Europa ja – aber welches?: zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, 2016, spec. p. 29 ss., p. 95 ss.

[24] Sulla valenza precettiva del termine, C. Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1201 ss; cfr. F. Schorkopf, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, *ibid.*, p. 1219 ss. In generale, J.H.H. Weiler, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, 1995, p. 219 ss.

[25] D. Grimm, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. Zagrebelsky (cur.) *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, p. 19.

[26] P. Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, 2005, p. 22 ss., p. 139 ss.

[27] A. von Bogdandy, *The European constitution and European identity*, cit., p. 303 ss.

patriottismo costituzionale[28] che non getterebbe le nazioni in un reciproco isolamento, ma le accomunerebbe in un consesso capace di perpetuare sul piano sovranazionale i valori repubblicani sanciti dalle costituzioni[29].

Su questa linea, il concetto euro-unitario di identità svolgerebbe un duplice compito, che renderebbe conto della sua centralità nel dibattito anzidetto e dell'ampia fortuna che riscuote nel gergo accademico – probabilmente maggiore di quella accordatale dalla sfera politico-istituzionale.

Il primo compito è quello di archiviare l'omonimo concetto *etnocentrico* – basato sulla declinazione *schmittiana* di nazione, segnata dalla dicotomia *amico-nemico*[30] – per rimpiazzarlo col concetto repubblicano, ispirato alla solidarietà fra estranei nel segno dell'inclusione dell'altro[31]. Scopo di quest'operazione è smantellare il binomio Stato-costituzione[32], che Carl Schmitt legava a uno «Stato identitario»[33]: binomio già inattaccabile nella dogmatica classica[34] e sublimato nell'affermazione per cui «il popolo sta davanti e al di sopra» della costituzione stessa[35].

Sicché, l'identità degli Stati, inscrivendosi nel perimetro euro-unitario, s'ispirerebbe a quella *tolleranza costituzionale*[36] già additata a paradigma di un ente che, pensando sé stesso in termini unitari senz'essere Stato, avrebbe tuttavia una costituzione; trasformandosi, le democrazie pluraliste degli Stati, in una *demoicracy* imperniata sull'Unione e sulle sue istituzioni[37].

È, questa, una meta d'importanza decisiva per l'Europa, che solo perseguendola può realisticamente mettere in pratica il fine ultimo che si è data: lo spegnimento dei nazionalismi autoritari, aggressivi e bellicosi che hanno percorso il

---

[28] «*Der einzige Patriotismus, der uns dem Westen nicht entfremdet, ist ein Verfassungspatrotismus*», ammoniva J. Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine politische Schriften VI*, Frankfurt-am-Main, 1987, p. 135; sul tema, il classico J.-W. Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton, 2007, spec. p. 57 ss.

[29] Così ancora J. Habermas, *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie* (1998) in Id., *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt-am-Main, 1998, p. 91 ss.

[30] C. Schmitt, *Der Begriff des ‚Politischen'. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Korollarien* (1963) ed. it. (G. Miglio, P. Schiera) *Il concetto di 'politico', in Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, p. 108 ss., *passim*.

[31] Secondo la terminologia di J. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 63 ss.

[32] Cfr. L. Torchia, *Una costituzione senza stato*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 405 ss.

[33] C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928) ed.it. (A. Caracciolo) *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 23 ss., *passim*; cfr. G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005, p. 26 ss.

[34] Su cui M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in M. Fioravanti (cur.) *Lo Stato moderno e l'Europa. Istituzioni e diritto*, IV ed., Roma-Bari, 2004, p. 3 ss; su origini e sfumature di tale identificazione nella dottrina tedesca cfr., *ex multis*, E.-W. Böckenförde, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am-Main, 1991, p. 11 ss., p. 23 ss.

[35] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p 313 ss., *passim*.

[36] J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo: il "Sonderweg" europeo*, in G. Zagrebelsky (cur.) *Diritti e Costituzione per l'Unione europea*, cit., p. 22 ss.

[37] K. Nicolaïdis, *The New Constitution as European "Demoi-cracy"?*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2004, p. 76 ss.; della stessa A., *European* Demoicracy *and Its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, p. 351 ss.

Secolo Breve, e la perpetuazione sul piano sovranazionale delle *conquiste* costituzionali del secondo dopoguerra. Nel difendere l'*acquis* costituzionale che fonda la democrazia in Europa all'indomani del secondo conflitto mondiale, l'identità si prefigge di tenere assieme, articolati in una dialettica pluralista, i vari filoni del pensiero costituzionalistico europeo[38], risalenti a tradizioni ed esperienze fra loro non sempre omogenee[39].

Quindi, la principale ragion d'essere dell'identità nel quadro euro-unitario è neutralizzare il potenziale *introverso* di tale concetto senza perdere di vista la realtà del conflitto[40]. Il rifiuto d'un *irenismo* di maniera[41], in tal guisa, vedrebbe ammantarsi di nuova credibilità l'idea per cui lo Stato-nazione, battezzato in nome di un'identità emersa *per differentiam* rispetto ad *altri* da escludere, non sarebbe il solo ente politico capace di unità[42].

Muovendo dal piano dei rapporti fra Stati a quello delle relazioni Stati-Unione, l'altro compito assegnato all'identità dal diritto euro-unitario è funzionale al primo: costruire un linguaggio comune[43] fra pretese normative opposte[44]. L'alfabeto della sovranità[45], per il suo legame con lo Stato-nazione e con l'universo concettuale ad esso ricondotto, appare a tal fine inservibile; l'identità è più malleabile, più «mite»[46] – quindi, *pro futuro,* in un certo senso disponibile, sebbene con "rispetto", a flettersi verso l'uniformità del diritto euro-unitario che abbia a stella polare i valori repubblicani su cui si fonda l'Unione[47]. Tali valori – espressione d'identità comune,

[38] Su cui lo sguardo d'insieme di B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge (MA), 2019, spec. p. 27 ss., 116 ss., 169 ss.; sul caso italiano (p. 131 ss.) l'analisi in senso prevalentemente contrario di M.A. Wilkinson, *Constitutionalism in Postwar Europe: Revolutionary or Counter- Revolutionary?*, in *LSE WP 15/2022*, spec. p. 9 ss.

[39] S.R. Larsen, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *Modern Law Review*, 2021, p. 477 ss.

[40] M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1644 ss.

[41] A. Carrino, *Oltre l'Occidente: critica della Costituzione europea*, Bari, 2005, p. 72 ss.

[42] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 270 ss.

[43] A. Jakab, *European Constitutional Language*, Cambridge, 2016, p. 11 ss., 293 ss.

[44] M. Fichera - O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, p. 1111 ss.

[45] A. Jakab, *op. cit.*, p. 85 ss.; cfr. R. Toniatti, *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*, in A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 49 ss.

[46] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 15 ss., ipotizza «una dogmatica giuridica 'liquida', o 'fluida', che possa abbracciare le componenti del diritto costituzionale della nostra epoca, per quanto esse siano eterogenee, comprendendole in una costruzione necessariamente non rigida, in modo da consentire le combinazioni che deriveranno non più dal diritto costituzionale ma dalla politica costituzionale».

[47] S. Weatherill, *Law and Values in the European Union*, Oxford, 2016, p. 74 ss.

benché solo prospettica – condurrebbero a *sintesi*[48] le identità nazionali, declinandosi in percorsi comunicativi intersistemici,[49] affinché Stati e Unione possano formulare le rispettive pretese normative in termini[50] reciprocamente fruibili e comprensibili, ovverosia – nella terminologia cara a Miguel Poiares Maduro – *universalizzabili*[51]. Una qualità, quest'ultima, che manterrebbe al diritto una capacità *olistica*[52] a dispetto d'un contesto pluralistico[53], in cui la differenziazione funzionale[54] spinge alla nascita di ordini giuridici settoriali auto-sufficienti[55] a mo' di "costituzione civile" ancorché "parziale" rispetto alla generalità dei consociati *uti personae*[56].

2. *Tre questioni preliminari*

Prima di esplorare i più recenti approdi dell'identità nel contesto euro-unitario, è opportuno discutere tre questioni. La prima traccia il quadro storico-costituzionale in cui il diritto euro-unitario, e l'identità con esso, s'inscrive. La seconda s'interroga su quale sia il miglior approccio metodologico nell'affrontare il tema dei rapporti fra ordinamenti statali e diritto dell'Unione. L'ultima discute il ruolo delle Corti apicali degli Stati nella costruzione concreta della clausola identitaria *ex* art. 4(2) TUE.

Si inizi dalla prima.

Come concetto giuridicamente rilevante per il diritto euro-unitario, l'identità nasce, si è detto, sulle ceneri della sovranità, con l'obiettivo di spingere a un passo

[48] E. Fossum - A.J. Menéndez, *The Constitution's Gift. A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Lanham, 2011, p. 45 ss.

[49] N. Walker, *The EU's Unresolved Constitution*, University of Edinburgh School of Law WP 2011/15, p. 12.

[50] Parla di «*shared semantics*» R. van der Meersche, *European perspectives on constitutional pluralism: an ontological roadmap*, in *Transnational Legal Theory*, 2018, p. 18.

[51] M. Poiares Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 529 ss.

[52] N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, in P. Dobner - M. Loughlin (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, p. 291 ss.

[53] N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2009, spec. p. 27 ss., *passim*.

[54] G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012, p. 15 ss., *passim*.

[55] J. Přibáň, *Constitutional Imaginaries and Legitimation: On Potentia, Potestas, and Auctoritas in Societal Constitutionalism*, in *Journal of Law and Society*, 2018, p. 30 ss.

[56] Un *excursus* in A. Golia jr., *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche* (VII agg.), dir. R. Sacco, cur. R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2017, p. 207 ss.

successivo – nell'*immaginario* europeo e nell'argomentazione giuridica[57] – il processo di costituzionalizzazione dell'Unione[58].

La costituzionalizzazione dell'Unione è tema che individua un ampio estuario di costruzioni dottrinali sofisticate, diverse nei presupposti e negli esiti[59]. Tuttavia, secondo una lettura che si ritiene preferibile[60], ai fini che qui rilevano è opportuno mettere da un canto tali costruzioni per concentrarsi precipuamente su un elemento concreto: i mutamenti nell'interpretazione del diritto fondato sui Trattati allorché se ne reclama la *specialità* rispetto al diritto interno ed internazionale.

Se ci si pone da quest'angolo visuale, nel cammino della costituzionalizzazione si distinguono almeno due tappe.

Nella prima, la ricostruzione della volontà degli Stati a partire dalla lettera del testo (argomento dominante in diritto internazionale fino al secondo dopoguerra)[61] viene a coincidere, per il diritto fondato sui trattati comunitari, con un argomento teleologico volto a un'integrazione sempre crescente. Alla radice di questo processo c'è la speciale volontà degli Stati di spingersi verso una *ever closer union* mettendo in comune settori sempre più vasti dei rispettivi ordinamenti. Tale volontà è *speciale* perché ambisce a un fine la cui *preferibilità* etica è generalmente condivisa: difendere i rispettivi progetti politico-economico-sociali, così come sanciti nelle costituzioni, dal ritorno di nazionalismi autoritari. Donde, l'*autonomia* del diritto comunitario, «ordinamento giuridico di nuovo conio»[62], si giustifica, in principio, sotto un profilo squisitamente etico: nel perseguire diritti e interessi comuni, quel diritto travalica la sovranità statale per realizzare la comunitarizzazione di settori chiave del diritto e dell'economia degli Stati. Questo processo ha come traguardo la difesa dell'*acquis* costituzionale di tali Stati nel secondo dopoguerra: ossia – in primo luogo – la loro

[57] J. Komárek, *Why read The Transformation of Europe today? On the limits of a liberal constitutional imaginary*, in *iCourts Working Paper Series*, no. 213, 2020, spec. p. 7 ss.

[58] A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina, *Why Constitutional Identity Suddenly Matters: A Tale of Brave States, a Mighty Union and the Decline of Sovereignty*, in A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 1 ss.

[59] Cfr., ad es., F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, spec. p. 75 ss., p. 107 ss., p. 123 ss.; A. von Bogdandy, *Founding Principles*, in A. von Bogdandy - J. Bast (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Oxford, 2009, p. 11 ss.

[60] Si perdoni il rinvio a G. Vosa, *Sull'equilibrio costituzionale dell'Unione europea. La costituzione "nata dal cambiamento" e i limiti alla priorità applicativa del diritto sovranazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, p. 2 ss., *passim*.

[61] Si veda, per un'interpretazione della giurisprudenza *Lotus* (Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *S.S. Lotus*, 1927 (ser. A – 7 settembre) n. 10, p. 18), A. Hertogen, *Letting Lotus Bloom*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 901 ss.; *amplius*, B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, 1959, p. 29 ss.

[62] Come nella celeberrima CGUE, 26/62, *Van Gend & Loos*, 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1, su cui *ex multis* M. Rasmussen, *Revolutionizing European law: A history of the Van Gend en Loos judgment*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 136 ss.

indole *repubblicana*, volta ad includere in una tavolozza armoniosa i molteplici colori del pluralismo democratico.

Su tali basi, la preferibilità etica del fine comunitario è brodo di coltura per strumenti come l'effetto utile, l'effetto diretto, la *preemption*, i poteri impliciti e altri ancora[63]. Elemento comune a tutti questi è la tendenza a motivare l'applicabilità del diritto della Comunità col necessario (*rectius*: eticamente preferibile) perseguimento dei fini ad esso riconducibili – e non il contrario, come impone la logica positivista. Mercé l'ampio ventaglio che tali strumenti compongono, il diritto comunitario viene ad affermarsi come prioritario sull'ordinamento statale in un novero sempre più ampio di fattispecie[64].

Nella seconda tappa, si riconosce che, con lo scorrere della pratica euro-unitaria e lo sviluppo dei sistemi interni di giustizia costituzionale, le costituzioni nazionali s'evolvono lungo direttrici convergenti, poiché imperniate su valori comuni[65]: valori che l'Unione fa propri, definendoli *fondamentali*. Tali valori, che con altezza di toni si richiamano alla centralità della *persona*, fanno da perno alla costituzionalizzazione dell'Unione e, allo stesso tempo, formano il nucleo duro delle costituzioni statali[66], erigendo un duplice argine – sul versante interno e sovranazionale – al ritorno dei nazionalismi autoritari. Sicché, in virtù della comunanza, pur solo prospettica, che intesse i diritti costituzionali degli Stati in un sol ordito, si riconosce al diritto euro-unitario priorità applicativa sul diritto interno anche costituzionale.

Nella giurisprudenza costituzionale statale, una siffatta priorità è tollerata, ma a determinate condizioni. Com'è noto, la Corte italiana, in ultimo con la sentenza 170/1984, si riserva un sindacato «in riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»[67]; per quella tedesca, con *Solange II*[68], analogo sindacato si darebbe qualora il diritto dell'Unione non offrisse tutela equivalente, nel complesso[69], ai diritti fondamentali sanciti dal *Grundgesetz*. Entrambi i giudici costituzionali, da prospettive diverse[70],

[63] Sulla logica interpretativa del diritto dell'Unione, che dall'*effet utile* si espande agli altri strumenti citati, l'analisi di I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, spec. p. 75 ss.

[64] M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali: una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 59 ss.

[65] S. Weatherill, *Law and Values in the European Union*, cit., p. 305 ss.; A. Williams, *The Ethos of Europe: Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge, 2010, p. 22 ss., p. 154 ss.

[66] Per tutti, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, spec. p. 148 ss.

[67] Corte cost., sent. 170/1984 (5 giugno), *Cons. dir.* 7.

[68] *BVerfG* 73, 339 – 2 BvR 197/83, 22 ottobre 1986, "*Solange II*", § II – d) – aa).

[69] G. Itzcovich, *L'integrazione europea tra princìpi e interessi. Il dialogo tra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella "guerra delle banane"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 385 ss.

[70] M. Cartabia, *The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate*, in N. Walker (ed.) *Sovereignty in Transition*, cit., p. 305 ss.

avallano una linea detta della *praktische Konkordanz*[71] assumono che, in concreto, l'assimilabilità dei rispettivi livelli di tutela consenta di spostare la questione dal piano formale dei rapporti tra ordinamenti a quello materiale della tutela dei diritti, così rendendo pleonastica la risposta al quesito sul decisore di ultima istanza. Tale quesito resta in parentesi; certo, non può dirsi sciolto in favore dell'Unione in virtù di un dato *empirico* – la concordanza pratica dei livelli di tutela – che si pone come *regolarità*, pur non occasionale, ma non già *regola*[72]. Resta, dunque, sullo sfondo: di tal ché, ove una tale concordanza venisse meno, alle Corti costituzionali nazionali toccherebbe il compito di ripristinare il limite fra gli ordinamenti, restaurando la superiorità gerarchica della costituzione statale.

Su questa linea si accodano altri giudici costituzionali. Il *Tribunal Constitucional* spagnolo, ad esempio, pronunciandosi sulla ratifica del Trattato costituzionale[73], si riserva, in caso d'incompatibilità radicale fra costituzione e diritto dell'Unione (pur «difficilmente concepibile»[74]) di applicare l'una disapplicando l'altro – ribadendone, quindi, la *supremacía* gerarchica, in opposizione alla *primacía* di fatto di cui godrebbe il diritto dell'Unione[75].

Si delinea, quindi, il quadro storico-costituzionale di riferimento. L'Unione non nasce dal nulla, bensì cresce e si legittima nel solco tracciato dalle costituzioni degli Stati; e, volgendosi a obiettivi comuni di pace e prosperità, mira a consolidarne l'*acquis*. Si presenta così come il più avanzato dei progetti di democrazia pluralista, che per la sua indole repubblicana può ereditare dalle Carte dell'ultimo dopoguerra il valore cardinale della centralità della persona e svilupparlo nel segno della tutela di una libera dialettica fra unità e molteplicità[76].

In particolare, di tale *acquis* l'Unione valorizza la novità principale – il suffragio universale[77] – orientandosi a una tutela dei diritti collegata all'auto-determinazione di eguali[78]. Sicché, il salto di qualità rispetto alle costituzioni ottriate ottocentesche emerge nel *riconoscimento*, contrapposto a *elargizione*, di tali diritti, al cui contenuto concreto contribuiscono, per le vie stabilite dalle stesse costituzioni, i rispettivi

---

[71] M. Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen, 2014, p. 220 ss., p. 244 ss., *passim*. Cfr. M. Schladebach, *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip. Eine Verteidigung*, in *Der Staat*, p. 263 ss., e A. Fischer-Lescano, *Kritik der praktischen Konkordanz*, in *Kritische Justiz*, 2008, p. 166 ss.

[72] Sulla differenza tra regolarità e regola, *ex multis*, G.U. Rescigno, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, in *Politica del diritto*, XXVIII, 4, 1997, spec. p. 502 ss.

[73] Con la *Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional* n. 1/2004, 13 dicembre, *BOE* n. 3, 4 gennaio 2005; cfr. R. Alonso García, *Constitución española y Constitución europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2005, p. 339 ss.

[74] *Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional* n. 1/2004, cit., FJ 4.

[75] *Ibid.*

[76] P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, p. 359-360.

[77] L. Canfora, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2008 (rist. 2021), p. 120 ss., *passim*.

[78] L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. Labriola (cur.), *Valori e principi del regime repubblicano* (Roma-Bari, 2006) anche in *Costituzionalismo.it*, 15 febbraio 2006, p. 1 ss.

destinatari. È questo passaggio che l'Unione, vincolando alla tutela equivalente dei diritti il rispetto delle sovranità eguali degli Stati che si governano secondo principi democratici – così l'art. F del Trattato di Maastricht – vuol preservare come pietra angolare della costruzione euro-unitaria.

Alla luce di una siffatta traiettoria si delinea la seconda questione, che – informata alla dimensione storica del processo d'integrazione – affronta il problema del metodo nell'indagine sulle relazioni tra Stato e Unione quali portatori di ordini giuridici in reciproca competizione nello spazio euro-unitario.

I rapporti Stati-Unione, che dal *post*-Lisbona hanno attraversato vicende assai burrascose – si pensi alle *tre emergenze*: economica, sanitaria e oggi anche militare – paiono, seppur agitati dalla radicalità di talune posizioni, convergere su alcuni punti. Per esaminarne la traiettoria, nondimeno, è *doveroso* coltivare un metodo che resista alla tentazione in cui cadono taluni studiosi, pur certo autorevoli, dai quali talvolta si scambia per giuridico un *wishful thinking* di parte o di gruppo[79]: calare, cioè, il fatto nel diritto senza spiegare le ragioni di un siffatto trapasso, né dar conto, *in itinere*, delle modificazioni generatesi in conseguenza di esso.

Ora, un metodo così concepito esige che si sciolga il nodo identitario alla luce dell'integrazione nel suo insieme, intesa come processo storico-giuridico *in fieri*; se si prendesse in esame un solo fotogramma dell'intero cammino, si verrebbe indotti a propendere per l'uno o l'altro degli opposti «*-ismi*»[80] che secondo i casi – e secondo i fotogrammi selezionati – premono dal lato degli Stati o dell'Unione. Le rispettive pretese normative, piuttosto, vanno prese per ciò che sono: *competing claims* in uno spazio che – con la decisione libera, assunta dagli Stati in un certo tempo e luogo, di attivare centri di produzione giuridica *altri* da sé stessi – rimette in discussione l'autorità sovrana[81]. Donde, un elemento di rilievo affatto trascurabile: la riapertura, in quello spazio, della contesa sul potere, che durante alcuni secoli l'ascesa degli Stati aveva risolto in via tendenzialmente stabile[82].

Per la natura *aperta* di tale spazio, le categorie di validità/invalidità degli atti giuridici rimettono in discussione il proprio significato[83]. Senz'approfondire un

---

[79] Così R. Treves, *Introduzione generale*, in Id. (cur.) *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Roma, 1969, p. 15: «ogni costruzione giuridica che intenda essere completa non può non partire da un'analisi del 'dover essere' e dell''essere'. Si può riscontrare però, specialmente in autori che gravitano attorno alle Comunità, una tendenza ad insistere su quello che si potrebbe chiamare un 'voler essere'».

[80] Un fenomeno non nuovo, né limitato al mondo delle scienze giuridiche: L. Capuana, *Gli –ismi contemporanei: verismo, simbolismo, idealismo, cosmopolitismo ed altri saggi di critica letteraria ed artistica*, Catania, 1898.

[81] M. Poiares Maduro, *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in M. Avbelj - J. Komárek (eds.) *Constitutional Pluralism and Beyond*, Oxford, 2012, p. 67 ss.

[82] *Ex plurimis*, N. Bobbio, *Dal potere al diritto e viceversa* (1981) in *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (T. Greco cur., introduzione A. Carrino) Torino, 2014, p. 171 ss.

[83] Cfr. P. Sandro, *Unlocking Legal Validity: Some Remarks on the Artificial Ontology of Law*, in P. Westerman - J. Hage - S. Kirste - A.R. Mackor (eds.) *Legal Validity and Soft Law*, Wien, 2018, p. 99 ss.

discorso complesso, esterno al tema qui investigato[84], occorre tuttavia ricordare che parametro per la valutazione di giuridicità delle *claims* succitate – ferma la legittima loro compresenza quali pretese politiche – è la capacità comunicativa intersistemica nel quadro costituzionale in cui tutte vengono ad operare: l'attitudine a rendersi comprensibili, *fruibili*, anche da chi non ne condivida il merito. Ove ne fossero prive, infatti, ne deriverebbe la radicalizzazione delle posizioni in gioco; sicché, l'equilibrio nei rapporti Stati-Unione patirebbe una rottura tanto più grave quanto più profondo il *vulnus* arrecato a interessi e diritti riconducibili a uno Stato dal diritto dell'Unione, o, viceversa, all'Unione dal diritto di uno Stato.

Insomma: ove il diritto statale e quello dell'Unione smettessero di comunicare, dalla reciproca radicalizzazione deriverebbe l'esclusione di talune posizioni, benché in principio legittime; peraltro – per il dialogo fra sordi che s'instaurerebbe – senza tener conto della loro sensibilità.

Deve, allora, dedursi che sia l'imposizione "assoluta"[85] del diritto dell'Unione, sia l'arbitrario rifiuto d'applicarlo contraddirebbero il quadro costituzionale creatosi nello spazio politico e giuridico europeo.

Questa conclusione si porta dietro un corollario minaccioso: tal contraddizione, ove sfociasse in decisa rottura, farebbe da preludio a un'Unione diversa da quella fin qui consolidatasi. Diversità che si apprezzerebbe, occorre dire, sia che la si guardasse dall'ottica sovranazionale – per cui l'uniformazione giuridica è obiettivo primario – sia che si considerasse la prospettiva di Stati riottosi ad una siffatta uniformazione e pronti a rivendicare la loro piena sovranità.

Che gli opposti *-ismi* conducano in realtà a un identico approdo, condividendo, in fondo, un'egual aspirazione a modificare il quadro costituzionale dell'Unione, ben emerge dalla vicenda di *Exit-Voice-Loyalty*, la formula che Joseph Weiler prende a prestito da Albert Hirschman per spiegare la parabola dell'integrazione nelle fasi della trasformazione dell'Europa[86]. *Exit*, in tale ottica, è concetto-limite, *Grenzbegriff* in senso kantiano, per cui ai membri del consesso comune si riconoscono diritti di *Voice* commisurati alle pretese di *Loyalty*[87]. Se *Voice* è insufficiente o inefficace a fronte di

[84] Su cui, da ultimo, S. Colloca, *Sul limite del diritto. Studio di filosofia dell'ordinamento giuridico*, Bari, 2022, p. 16 ss., *passim*.

[85] A. Arena, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317 ss.

[86] In J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2450 ss.; cfr. T. Kostakopoulou, *Brexit, Voice and Loyalty: Reflections on Article 50 TEU*, in *European Law Review*, 2016, p. 487 ss.

[87] Sulla *loyalty* come "*federal fidelity*" nel diritto comparato e poi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, p. 47 ss., p. 209 ss.

pretese di *Loyalty* debordanti, l'equilibrio salta ed *Exit* si *radicalizza*[88] diviene, cioè, un'opzione concreta[89].

Di qui il paradosso: *Exit radicale*, prodotto di una rottura dell'equilibrio euro-unitario, si rivela solido terreno comune per posizioni sulla carta contrapposte.

Da un lato, infatti, è l'opzione che i sostenitori del primato *ad ogni costo* pongono come unica alternativa all'applicazione del diritto dell'Unione dettato dalla Corte di Giustizia.[90] Dall'altro lato, è la prova regina per i fautori di una piena e assoluta sovranità statale: non obbediamo perché restiamo pienamente sovrani, tant'è vero che possiamo sempre recedere.[91]

Quindi: *Exit*, ormai radicalizzata, è allo stesso tempo il segno della supremazia dell'Unione sugli Stati *e* quello della supremazia degli Stati sull'Unione. Posizioni, insomma, eguali e speculari fra loro. Un paradosso che si disvela in chiave politica: tale opzione, arma di pressione *in favore di* quegli Stati che, per peso economico, (geo)-politico e militare potrebbero servirsene con efficacia, diviene arma di ricatto *contro* quegli altri Stati che, per ragioni speculari, dalla "cacciata" dall'Unione avrebbero tutto da perdere. Esempi, in ambo i sensi, non mancano: il Regno Unito e la Grecia formano casi paradigmatici di *Exit* radicale perpetrati autonomamente[92] o, piuttosto, subiti come minaccia;[93] gli Stati dell'Europa centro-orientale giocano sul filo delle maggioranze di cui all'art. 7 TUE, [94] e ingarbugliano il nodo dei rapporti

---

[88] M.A. Wilkinson, *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, in *European Law Journal*, 2017, p. 214.

[89] C. Closa Montero, *Interpreting Article 50: Exit & Voice and…what about Loyalty?*, *EUI WP – RSCAS* 2016/71, p. 1 ss. Cfr. M.E. Bartoloni, *L'impatto del recesso sul processo d'integrazione europea attraverso la lente della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 641 ss.

[90] R.D. Kelemen, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in F. Fabbrini (ed.) *The ECJ, the ECB and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law (Special Issue)* 2016, p. 136 ss.

[91] D. Dixon, *Article 50 and Member State Sovereignty*, in *German Law Journal*, 2018, p. 901 ss.; cfr. M. Loughlin - S. Tierney, *The shibboleth of sovereignty*, in *Modern Law Review*, 2018, p. 989 ss.

[92] P. Eeckhout - E. Franziou, *Brexit and Article 50 TEU: a constitutionalist reading*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 695 ss. Cfr. E. Olivito - G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, no. 3.

[93] M.A. Wilkinson, *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, cit., p. 215 ss.; cfr. l'intervista di Philip Oltermann (*The Guardian*, 16 luglio 2015) a J. Habermas, il quale sostiene che l'atteggiamento punitivo della *Troika* nei confronti della Grecia sia stato cagionato dalla natura *lato sensu* eversiva, rispetto ai dettami ordoliberali, dell'approccio tenuto inizialmente dal governo di Atene, che intendeva restare nell'euro e provare a cambiarne le linee di funzionamento.

[94] P. Bárd - D.V. Kochenov, *War as a pretext to wave the rule of law goodbye? The case for an EU constitutional awakening*, in *European Law Journal*, 2021, p. 39 ss; cfr. K. Lane Scheppele - L. Pech - S. Platon, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog.de*, 13 dicembre 2020, e R. Uitz, *The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality*, in *European Papers*, 2022, p. 929 ss.

euro-atlantici con gli Stati del confine Est – oggi schiacciato da pressioni debordanti, sconvolto com'è dalla guerra russo-ucraina[95].

Se si segue questa linea, la rottura dell'equilibrio *Exit-Voice-Loyalty* – sia dalla prospettiva di una rivendicazione piena della sovranità statale, sia dall'ottica di un primato incondizionato del diritto dell'Unione – conduce a una deviazione radicale dal percorso della costituzionalizzazione. Dal consolidamento di un regime siffatto non conseguirebbe il completamento di quel percorso[96]: al contrario, ne risulterebbe costituzionalizzata un'Unione assai diversa da quella che è venuta ad edificarsi sulla base delle costituzioni nazionali. In questa rinnovata costruzione, alcuni membri diventerebbero "*ex*" e gli altri si consegnerebbero a un ente strutturalmente *diseguale*, in cui taluni Stati o gruppi di Stati imporrebbero, volta per volta, il loro peso economico, politico e militare, senza che il diritto abbia modo di opporsi alla legge del più forte.

Che tale scenario contempli *sia* l'imposizione di un primato senza condizioni, *sia* il riconoscimento della piena sovranità degli Stati – si badi: tutt'e due insieme – squarcia il velo sulle *tante verità e bugie* che affollano il dibattito sull'Europa. Allora, l'alternativa non è fra *sovranismo* ed *europeismo*, come con formula stantia – né scevra da interessi inaspettatamente convergenti – usa ripetersi; ma tra rispetto dei limiti costituzionali dell'integrazione e loro abdicazione dinanzi allo *strapotere del fatto*, che ambisce a rastremare le cerchie dei gruppi dirigenti depauperando l'inclusività delle strutture costituzionali statali ed euro-unitarie – entrambe, in principio, costruite nell'ottica di una difesa dei valori repubblicani della democrazia pluralista. Tale abdicazione, ove generasse diritto consolidato, aprirebbe la strada a scenari *pre-costituzionali*[97], in cui la nuda forza – politica, economica e finanche militare – attribuirebbe, *travestita da legge*, la ragione e il torto[98].

---

[95] Cfr. A. Szczerbiak, *How will the Russia-Ukraine war affect Poland's rule of law dispute with the EU?*, in *LSE Blogs*, 8 luglio 2022, ove si commenta lo scambio UE-Polonia tra impegno bellico in chiave antirussa e allentamento della pressione europea sull'indipendenza giudiziale e il rispetto della *rule of law*. Ironicamente, è un *ex* presidente polacco a indicare la via della *rule of law* all'Ucraina se dovesse concretizzarsi la sua adesione all'Unione: A. Kwaśniewski, *A truly European Ukraine needs both victory and stronger rule of law*, in *Il Politico*, 21 dicembre 2022.

[96] Cfr. l'analisi di W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford, 2012, il quale mette in relazione l'avvio di questo processo, inedito nel costituzionalismo europeo contemporaneo, con l'allargamento ad est dell'Unione e l'ipertrofico rafforzamento della dimensione giudiziale della tutela dei diritti, sia dal lato della CEDU (p. 49 ss.) sia da quello dell'Unione (p. 66 ss).

[97] Con riferimento alla revisione della Costituzione, sostiene P. Calamandrei, *Intervento* nella Seduta del 4 marzo 1947 dell'Assemblea Costituente, che qualora si abrogasse l'Art. 139 Cost. per la via ordinaria dell'Art. 138 Cost. «… si ritornerebbe allo stato di fatto, allo stato meramente politico in cui tutte le forze politiche sarebbero di nuovo in libertà senza avere più nessuna costrizione di carattere legalitario». L'affermazione è commentata da S. Colloca, *Sul limite del diritto*, cit., p. 95, per il quale, col superamento del limite posto ad ultima frontiera dall'ordine costituzionale si uscirebbe «non da un diritto (per passare ad altro diritto) ma dal diritto stesso» [corsivi dell'A.].

[98] Nella bella immagine che trae dal Boccaccio A. Vespaziani, *"Force Disguised as Reason": Law, Jurists, and Constituent Power in Boccaccio's Decameron*, in *German Law Journal*, 2018, p. 879 ss. Sulla

Perciò, le alternative sono due. Se si considera *diritto* il *fatto* che da talune parti, presuntivamente contrapposte fra loro, sull'onda degli eventi si contrabbanda come latore di obblighi giuridici, si giunge alla conclusione di avallare un mutamento strutturale dell'Unione tale da stravolgere il quadro costituzionale di riferimento, in rottura con le Carte statali e con gli assetti socio-politici e giuridico-costituzionali da esse custoditi – nonché, se così può dirsi, con l'indole repubblicana dei valori che danno fondamento all'Europa. Oppure, se si opta per la fedeltà a tale quadro, deve convergersi su una duplice direttrice, che detta le coordinate del metodo appropriato in vista di un'indagine sui rapporti fra Stati e Unione. Di tale direttrice è opportuna un'esposizione ravvicinata.

Primo. Ricollegare l'unica autorità sovrana agli Stati, per cui l'Unione sarebbe *in toto* dipendente dalla loro volontà – ossia, sostanzialmente disponibile a ciascuno di essi – è una posizione di parte: eguale e speculare a quella, anch'essa di parte, degli alfieri di una supremazia incondizionata del diritto dell'Unione. Entrambe, infatti, obliterano *un pezzo della storia* per rileggere a proprio esclusivo tornaconto il quadro costituzionale che le ospita.

Secondo. Tali posizioni, opposte in principio, sono in realtà complementari, poiché strumentali all'istituzione di un nuovo modello di Unione. Questo modello, ove si affermasse quale diritto, partorirebbe un'Unione diversa, che stravolgerebbe, in luogo di custodirne i semi, il quadro costituzionale in cui è nata e nel quale oggi s'inscrive.

Di qui la terza questione.

Onde si eviti una deriva come quella appena descritta, è necessario – meglio: giuridicamente doveroso, finché si resti nel quadro costituzionale euro-unitario – tutelare il ruolo delle Corti apicali statali nella costruzione della clausola identitaria, ed opporsi alla pretesa della Corte di Giustizia di stabilirne, essa sola, il contenuto. Dietro al "rispetto" per l'identità degli Stati, infatti, c'è il *via libera* all'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati *anche* costituzionale: quindi – si è già detto – il riconoscimento d'un percorso per cui il *moto* costituzionale convergente degli ordinamenti statali legittima l'estensione del diritto dell'Unione al campo presidiato dalle costituzioni[99]. Tale vincolo, lungi dal tradursi in mero ossequio formale, ha ampia portata sostanziale: poggia, infatti, su un robusto retroterra politico, e da qui direttamente incide sugli assetti sociali interni a ciascuno Stato. Grazie a questo vincolo, infatti, si consente, per l'assimilabilità in concreto dei rispettivi livelli di tutela, il transito dal piano dei rapporti fra ordinamenti a quello della tutela dei diritti. In forza di esso, ove restino fungibili i regimi sotto il profilo

tendenza del potere a presentare sé medesimo come neutro, *impolitico*, e i propri interlocutori come politicizzati, C. Schmitt, *Il concetto di "politico"*, cit., p. 102 ss.

[99] Sulla nozione di moto, e sulle sue diverse sfumature, M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 2013, no. 1, p. 1 ss.; specificamente, quanto ai rapporti con l'Unione, A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, no. 20, p. 1 ss.

sostanziale degli assetti d'interessi protetti, il quesito sul titolare formale della sovranità si *neutralizza*, e la risposta ad esso diviene pleonastica; di tal ché, può rinviarsene *sine die* la soluzione e guardare alla sostanza dei singoli casi, affidando alla comparazione giuridica – nell'alveo della ragionevolezza delle soluzioni formulate in via giudiziale – il compito di fungere da «grammatica»[100] di un dialogo intersistemico[101].

Testimonianza chiave di un siffatto retroterra è l'art. 6 TUE *post*-Amsterdam, in cui «l'identità nazionale» mette a sistema i «principi comuni agli Stati membri» di cui al primo comma – libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto – coi diritti fondamentali che l'Unione tutela in quanto principi generali di diritto comunitario, ricavati dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni (al secondo comma); e da tale sistema ricava, al quarto comma, un argine al teleologismo interpretativo nel delineare le competenze dell'Unione. Diretta discendente dell'art. F redatto a Maastricht, questa norma traduce il "rispetto" che l'Unione tributa all'auto-governo democratico degli Stati in un legame tra valori fondamentali dell'Unione e tradizioni costituzionali comuni, presidiato dalla clausola identitaria[102].

Quel legame, allora, non può risolversi in un semplice problema interpretativo, perché sottende una questione politico-istituzionale. Il citato transito dai rapporti fra ordinamenti alla tutela dei diritti implica, difatti, uno scambio: neutralizzazione della contesa sull'autorità sovrana in cambio di *praktische Konkordanz*. Sicché, l'identità nazionale – in uno al "rispetto" che l'Unione le deve – è perno della trasformazione del diritto (costituzionale) degli Stati in diritto euro-unitario; un processo perennemente *in fieri*, che diviene possibile perché, legandosi al rispetto della clausola identitaria, l'Unione preserva l'aggancio con gli ordinamenti statali e ne perpetua l'*acquis* costituzionale pur superando, di fatto, il diritto costituzionale che tale *acquis* custodisce.

In altre parole: il "rispetto" dell'identità nazionale alimenta la fiamma del consenso originario, informandosi alle posizioni volta per volta maturate in seno agli Stati per forgiare, mercé l'opera della Corte di Giustizia, il diritto comune.

Ne consegue che le Corti costituzionali, o comunque apicali, degli Stati devono essere incluse nella rielaborazione del contenuto concreto protetto dalla clausola identitaria. Difatti, se il "rispetto" dell'identità cela, in ultima istanza, il nodo della sovranità permettendone, di volta in volta, lo scioglimento in *praktische Konkordanz*,

---

[100] G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, p. 315 ss., p. 319.

[101] V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, p. 47 ss.

[102] M. Fichera - O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions*, cit., p. 1102 ss.; cfr. M. Graziadei - R. de Caria, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" in the Case-Law of the European Court of Justice*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 2017, p. 949 ss.

delle due l'una: o tale concordia si dà per presunta indipendentemente dalla concreta posizione dello Stato coinvolto (che pure avrebbe da "concordare praticamente" con quella dell'Unione), o tali posizioni non possono che emergere all'esito di due separati processi nomopoietici. Se, infatti, il giudice costituzionale non facesse che ripetere la posizione della Corte di Giustizia, abdicherebbe alla funzione mediatrice che gli assegna la costituzione: porsi da tramite fra libertà dell'individuo, ancorché *europeizzato*, e auto-determinazione collettiva[103]. Privata di un suo spazio autonomo, la funzione "maieutica" del giudizio di costituzionalità verrebbe sacrificata[104] in uno alla riconoscibilità del sistema-Stato[105]; e le posizioni ivi difese resterebbero affidate alla sola valutazione del giudice di Lussemburgo, sulle cui spalle ricadrebbe l'onere, a quel punto diabolico, di «*keeping the dream alive*»[106].

Detto più semplicemente: se le Corti apicali non fossero coinvolte, il diritto degli Stati non sarebbe più prodotto dell'azione di un ente politico-istituzionale *vivo*, la cui vitalità alimenta quella dell'Unione; resterebbe un mero deposito di argomenti e concetti, egregio, se si vuole, per raffinatezza tecnica e per altezza di pensiero, ma non imparagonabile al *Corpus Juris* Giustinianeo, da cui decisori esterni al relativo ordinamento attingerebbero quel che meglio rafforzi la soluzione cui si sarebbero per altra via determinati.

Se così fosse, dovrebbe darsi conto di un mutamento costituzionale strutturale inerente all'imputazione della sovranità politica[107]. Tale mutamento, a ben vedere, tradurrebbe in diritto quella sfiducia[108], o magari paura,[109] verso la sovranità popolare che animava parte dei ceti dirigenti nel secondo dopoguerra in Europa occidentale[110]: quelli legati, in politica economica, al filone conservatore dello *Starker Staat*[111] e

---

[103] J. Komárek, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 525 ss.

[104] M. Kumm, *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 153 ss.

[105] E, quindi, della valenza della costituzione nazionale come "sistema dei sistemi": A. Ruggeri, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Dirittocomparati.it*, 2013, p. 1 ss; dello stesso A., cfr. *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *Riv. AIC*, 2014, no. 2, p. 1 ss.

[106] A. Vauchez, *Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence*, in *European Political Science Review*, 4, 1, 2012, p. 51 ss.

[107] «*As a representation of the autonomy of the political*»: M. Loughlin, *Sovereignty*, in Id., *The Idea of Public Law*, Oxford, 2003, p. 73.

[108] J.-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven, 2011, p. 146-150.

[109] C. Möllers, *We are (afraid of) the People*, in M. Loughlin - N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2008, p. 88-90.

[110] M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, 2021, p. 81 ss., p. 147 ss., *passim*.

[111] Di cui in C. Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* (1932), in Id., *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916 – 1969*, Berlin, 1995, 71-94; cfr. W. Bonefeld, *Economic Constitution and Authoritarian Liberalism: Carl Schmitt and the Idea of a Sound Economy*, in G. Grégoire - X. Miny (eds.) *The Idea of Economic Constitution in Europe: Genealogy and Overview*, Leiden, 2022, p. 182 ss.

disponibili a sostenere forme anche spinte di (neo-)liberalismo[112]. S'inclinerebbe così il piano dei valori repubblicani verso uno solo dei filoni che lo innaffiano, mentre gli altri resterebbero tendenzialmente *fuori dal diritto*.

Una svolta così nitida non potrebbe restare priva di conseguenze sistemiche. Ne risulterebbe, infatti, depauperata sul piano giuridico la novità più rilevante delle Carte del secondo dopoguerra: il suffragio universale di persone eguali, capaci, per la dignità che posseggono in egual misura[113], di godere di libertà eguale[114] nell'auto-determinarsi come singoli e all'interno di formazioni sociali.

Grazie a tale qualità, com'è noto, la persona è messa in grado di contribuire alla determinazione del contenuto concreto dei diritti riconosciuti dallo Stato con le forme e i modi previsti dalla Costituzione stessa – riconoscimento, si è detto, opposto ad elargizione, caratteristica invece delle Carte ottriate dell'Ottocento. Ora: in assenza di modifiche di diritto positivo commisurate ad una svolta di tale portata, quel mutamento, ove unto dal crisma della giuridicità, attingerebbe alle categorie della costituzione materiale di mortatiana memoria[115], o a quelle della decisione ultima nello stato d'eccezione[116]; legittimando, in tutti e due i casi, l'incontrollato – quindi, indebito – travaso del fatto nel diritto.

Cosicché, con l'abbandono della novità più saliente della democrazia pluralista quale concepita e costruita all'indomani del secondo conflitto mondiale, diverrebbe palese il *regresso* dell'Unione e degli Stati stessi verso epoche del costituzionalismo anteriori a quelle costituzioni di cui, pure, l'integrazione avrebbe dovuto preservare l'*acquis*. Lo spazio euro-unitario si modellerebbe attorno a una forma politica inedita, quella di un'*Unione* ricalcata su schemi propri dello Stato ottocentesco; con l'effetto, poi, di rispolverare l'apparato concettuale del tempo, per il cui tramite si riaffacciano all'arena politica e al pubblico dibattito narrazioni ed istituti giuridici di cui l'Europa aveva dichiarato di volersi disfare per sempre[117].

---

[112] W. Streeck, *Gekaufte Zeit* (2013) ed. ingl. (P. Camiller) *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London, 2014, p. 97 ss.

[113] J. Habermas, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, 41, 4, 2010, p. 464 ss.

[114] E. Balibar, *La proposition de l'égaliberté. Essais politiques 1989-2009*, Paris, 2010, p. 15-21, *passim*.

[115] Su cui, da ultimo, G. Romeo, *A Material Understanding of Constitutional Changes. Revisiting 'Constitutional Maintenance' Doctrines*, in M. Goldoni - M. Wilkinson (eds.) *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, 2023, p. 261 ss; si veda il classico C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940) Milano, 1998, con premessa di G. Zagrebelsky, in part. P. 115 ss.

[116] C. Schmitt, *Teologia politica: Quattro capitoli sulla teoria della sovranità*, in Id., *Le categorie del "politico"*, cit., p. 29 ss.; cfr., con riguardo all'Unione monetaria, L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, p. 22 ss.

[117] C. Joerges, *Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project*, in C. Joerges - N. S. Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, 2003, p. 167 ss.

3. *Corti nazionali verso un modello comune di argomento identitario: profili comparatistici*

Poste tali necessarie premesse, si consideri più analiticamente il contenuto della clausola identitaria, a partire dai concetti che vi fanno capo. In linea generale, può definirsi l'identità come il campo concettuale in cui il diritto euro-unitario cessa d'identificarsi *presuntivamente* col diritto dell'Unione e dà spazio alle *competing claims* provenienti dal livello europeo e da quello statale. In questo campo, allora, entrano tutte quelle questioni in cui posizioni giuridiche sensibili dell'Unione e di uno o più Stati entrano in *collisione* reciproca[118]. S'interrompe, allora, il transito da rapporti fra ordinamenti a tutela dei diritti: la *praktische Konkordanz* che lo giustifica, infatti, non si verifica, trovandosi Stati e Unione dinanzi a conflitti tanto acuti da non potersi risolvere, in prima battuta, secondo il diritto dell'Unione così come consolidatosi nella pratica dell'integrazione. Sicché, si ripristina in seno allo spazio euro-unitario il confine tra ordinamenti statali e diritto dell'Unione, la cui riemersione impedisce di considerare quest'ultimo come *ius commune*[119] di un unico ordinamento.

Ciò posto, la necessaria convivenza, entro il campo identitario, di argomenti contrapposti all'interno di una cornice comune impone talune regole d'ingaggio ai rispettivi portatori[120]. Se la Corte di Giustizia tributa il dovuto "rispetto" all'interlocutore statale, questi, a sua volta, è vincolato a un certo stile nel sollevare i propri argomenti. Come si è detto, in un campo conteso qual è quello identitario, privo di un sovrano *a priori*, la sola bussola della legittimità del diritto è il quadro costituzionale euro-unitario che risulta dalla parabola dell'integrazione. Pertanto, la capacità di comunicazione intersistemica, finalizzata a una pacifica convivenza degli Stati su un piano di eguaglianza, è parametro per riconoscere un certo grado di obbligatorietà giuridica agli argomenti addotti, i quali dovranno garantire, in concreto, quella stessa capacità di risolvere i conflitti che assicurerebbe in astratto un sovrano la cui autorità fosse pacificamente riconosciuta.

Quindi, il livello di accettabilità di un argomento identitario si calcola sulla sua capacità di declinarsi in chiave euro-unitaria, rendendosi fruibile e comprensibile a

[118] Su tale concetto, A. Golia jr., *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, cit., p. 247 ss.; cfr. M. Schladebach, *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip*, cit.; da ultimo, C. Joerges, *Kollisionsrecht als Form der Verfassung Europas*, in Id., *Konflikt und Transformation: Essays zur Europäischen Rechtspolitik*, Baden-Baden, 2022, p. 463 ss.

[119] A. Nieto, *El Derecho comunitario europeo como Derecho común vulgar*, in *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, p. 25 ss.

[120] È, questa, un'opinione generalmente condivisa in dottrina, sia pure nelle diversità d'approccio: cfr., ad es., G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 65 ss.; G. Halmai, *Concluding Remarks*, in *Italian Journal of Public Law (*Special Issue: *"Constitutional Adjudication: Traditions and Horizon"*), 2, 2, 2018, p. 477 ss.; F.-X. Millet, *Successfully Articulating National Constitutional Identity Claims: Strait is the Gate and Narrow is the Way*, in *European Public Law*, 27. 3, 2021, p. 571 ss.; A. Schnettger, *Art. 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European System*, in C. Calliess - G. van der Schyff (eds.), *Constitutional Identity*, cit., p. 153 ss.; A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford, 2022, p. 66 ss.

tutti gli interlocutori. Da un lato, esso ha a parametro il quadro costituzionale complessivo, su cui misura il *vulnus* che la norma di diritto dell'Unione arrecherebbe all'ordinamento statale; dall'altro, si pone nell'ottica di un superamento delle mutue divergenze, avendo quindi ad orizzonte, benché prospettico e soltanto futuro, l'applicazione uniforme del diritto europeo e non invece la perpetuazione *ad libitum* di una riserva di competenza statale.

Un argomento siffatto, leggendo la clausola identitaria in senso euro-unitario, contribuirebbe a forgiare un alfabeto comune tra i diversi sistemi statali e il sistema-Unione; e quest'alfabeto, nel declinare le opposte pretese normative, consentirebbe di porre condizioni giuridiche al primato del diritto dell'Unione che siano sorrette da un apparato concettuale universalizzabile, quindi mutualmente comprensibile dall'Unione e da ciascuno Stato – tale, cioè, da rimpinguare, e non svilire, il *corpus* dei principi di diritto euro-unitario[121].

La tesi qui presentata, mercé l'esame comparato di alcune recenti pronunce di Corti apicali statali e della Corte di Giustizia, sostiene che – malgrado le reciproche dissonanze e le notevoli asperità da smussare – è possibile discernere alcuni tratti salienti di quest'alfabeto comune nell'interpretazione che della clausola identitaria offrono queste Corti. Tali interpretazioni sembrano superare la classica bipartizione fra scrutinio *ultra vires* e identitario, giacché mescolano elementi di entrambi, determinandone la progressiva convergenza in un modello unico.

3.1. *Il New Judicial Federalism, ieri e oggi*

aa. Con l'aumento, per numero e peso, delle questioni pregiudiziali sollevate da Corti apicali degli Stati, il conflitto costituzionale nell'ultimo decennio ha esibito una prassi abbondante[122], e numerosi sono stati gli argomenti *identitari*[123]. Tuttavia, l'approccio dei giudici statali nel sollevare tali argomenti ha mostrato non di rado irriducibili diversità.

Negli anni scorsi, com'è noto, si è registrato un orientamento alquanto radicale da parte della Corte costituzionale ungherese, che – icasticamente, con la sentenza

[121] G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., 207s.; cfr., per un'efficace sintesi, T. Tridimas, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 16, 2014, p. 361 ss., e A. von Bogdandy, *Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 4, 2014, p. 980 ss. Più in generale, il classico studio di M. Koskenniemi, *General principles: reflections on constructivist thinking in international law* (1985), in Id. (ed.), *Sources of International Law* (2000), London – New York, 2016, p. 359-401.

[122] A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 75 ss., p. 129 ss.; cfr. V. Salese, *The EU integration through the lenses of domestic Constitutional/Supreme Courts: the material scope of constitutional clashes*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2022, p. 877 ss..

[123] Nella terminologia di J.H.H. Weiler - D. Lustig, Ju*dicial Review in the Contemporary World: Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2, 2018, p. 315 ss.

22/2016[124] – ha costruito la «*Hungary's constitutional self-identity*» come concetto *altro* dalla sovranità, e ad essa antecedente. Riferimenti di un'identità siffatta non si ritrovan0 solo nella Legge fondamentale o nella Dichiarazione nazionale che la apre, ma in un ragionamento più ampio, che si affaccia, in ultima analisi, alla «*historical constitution*» dell'Ungheria. Per cui, subordinando il controllo sulle competenze (*sovereignty control*) a quello identitario, il giudice magiaro dà corpo a un concetto dai tratti indefiniti, all'ombra del quale ogni norma "sgradita" di diritto dell'Unione potrebbe dichiararsi illegittima. Tale concetto, infatti, trascende il diritto positivo: non coincide con «*a list of static and closed values*» ma va ricostruito caso per caso, prendendo le norme a mero indizio, poiché

«… *the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law*»[125].

Così declinata, la clausola identitaria sfuma in una dimensione *extra*-giuridica: i rapporti Stati-Unione dipenderebbero, infatti, da categorie antropologiche, etiche e sociali, la cui traduzione in norma concreta spetterebbe in via esclusiva ai giudici di Budapest.

In tal guisa costruita, però, l'identità si rovescia nel suo doppio oscuro, ripiegando su toni propri di un nazionalismo etnocentrico, esclusivo, non per forza pacifico[126]. Risulta allora inservibile al duplice compito cui è preposta: non potrebbe, infatti, né preparare il terreno a una costituzione democratico-pluralista per un ente non-statale, né forgiare idiomi comuni per la trattazione dei conflitti costituzionali relativi. Militerebbe, anzi, in senso *diametralmente* opposto[127]. Con riguardo al primo, rafforzerebbe l'identificazione Stato-costituzione, presentando quest'ultima come dichiarativa di un'unità *pre-giuridica*, legata alle radici etniche del popolo magiaro e non esportabile in contesti sovranazionali[128]. Quanto al secondo, si studierebbe di formare strumenti e concetti tali da istituire una riserva di competenza a favore dello Stato, onde una pletora di casi concreti, in numero indefinibile *a priori*, sia, oggi e per il futuro, sottratta all'applicazione del diritto dell'Unione; così rifiutando in principio l'ottica di un sistema euro-unitario, dalla quale risulta incomprensibile, non fruibile[129].

---

[124] *Magyarország Alkotmánybírósága*, Decisione 22/2016. (XII. 5.) AB sull'interpretazione dell'art. E)(2) della Legge fondamentale, 30 novembre 2016.

[125] *Ibid.*, par. 67.

[126] Z. Körtvélyesi - B. Majtényi, *Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary*, in *German Law Journal*, 18, 7, 2017, p. 1721 ss.

[127] G. Halmai, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European Law*, 43, 1, 2018, p. 23 ss.

[128] T. Drinóczi, *Hungarian Constitutional Court: The Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2, 2018, p. 315 ss.

[129] M. Bánkuti - G. Halmai - K. Lane Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn. Disabling the Constitution*, in *Journal of Democracy*, 23, 3, 2012, p. 138 ss.

Non è stata questa, tuttavia, l'unica ricostruzione della clausola identitaria nell'esame comparato della giurisprudenza nazionale. Al contrario, il linguaggio dei conflitti costituzionali euro-unitari ha trovato ulteriori declinazioni già nella coeva giurisprudenza nazionale, peraltro già esaminati dalla dottrina in chiave euro-comparata[130].

A mo' di tasselli per la costruzione di un mosaico coerente, si sceglie di trattare le pronunce dei giudici apicali della Danimarca, della Romania e della Germania. Le diversità d'approccio di queste Corti mostrano due peculiarità, il che rende ragione della scelta e dello studio comparato: da un canto si risolvono in una sostanziale complementarità pur in un medesimo disegno concettuale, d'altro canto permettono di costruire un parametro ben articolato, al quale possono essere ricondotti con agio gli schemi di ragionamento di altri giudici apicali.

In *Ajos*[131], nel dicembre 2016, la Corte Suprema di Copenaghen ricostruisce i rapporti fra ordinamenti in base al principio di certezza del diritto. Tale principio, arguisce, verrebbe minato là dove un effetto giuridico non prevedibile sulla base dell'atto di adesione della Danimarca all'Unione fosse dedotto in via ermeneutica quale norma avente effetti diretti, e applicato in capo ai cittadini danesi in luogo del diritto interno[132].

In particolare, per i giudici danesi, malgrado possa in generale presumersi che le decisioni della Corte di Giustizia stiano nel perimetro della sovranità delegata all'Unione con l'atto di adesione,

«… *should the extraordinary situation arise in which it can be held, with the requisite certainty, that an EC legal act upheld by the EC Court of Justice is based on an application of the Treaty that falls outside the scope of the delegation of sovereignty effected by the Law on accession, Danish courts must hold that EC legal act to be inapplicable in Denmark. The same holds true in respect of EC legal rules and legal principles, which are based on the EC Court of Justice's case law*».[133]

I giudici dello *Højesteret* rinunciano a servirsi del concetto di identità – forse reputandolo troppo compromesso col figurino etnocentrico dopo la citata pronuncia (di una settimana prima!) della Corte ungherese – ma seguono un percorso alquanto compatibile con quello che l'identità euro-unitaria ambisce a ricalcare. Infatti, nel ripercorrere l'evoluzione storico-costituzionale dell'integrazione, si dispongono a svolgere i due compiti che si sono ricondotti all'identità: superano l'identificazione

[130] *Ex multis*, G. Zaccaroni, *The good, the bad, and the ugly: national Constitutional Courts and the EU constitutional identity*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2018, p. 421 ss.

[131] *Højesteret*, 15/2014, *Ajos*, 6 dicembre 2016.

[132] H. Krunke - S. Klinge, *The Danish Ajos Case: The Missing Case from Maastricht and Lisbon*, in *European Papers*, 3, 1, 2018, p. 160 ss., p. 171 ss.

[133] *Ajos*, cit., par. 9.6.

Stato-costituzione e contribuiscono a formare un linguaggio comune nei rapporti intersistemici.

Quanto al primo compito, essi ammettono che il diritto euro-unitario prevale, in via generale, sul diritto interno anche costituzionale, purché tale applicazione sia prevedibile sulla base dell'atto di adesione – ossia, rimanga nei limiti della sovranità delegata. Non v'è, dunque, alcun cenno a matrici etniche, o nazionalistiche di altra sorta, che ostino a un'integrazione europea futura, ovvero ne rendano indefiniti i confini: i confini fra ordinamenti sono ripristinati solo in situazioni straordinarie, mentre di regola scompaiono nel flusso euro-unitario – ritenendosi ciò *in toto* compatibile con l'ordinamento costituzionale nazionale.

Rispetto al secondo compito, la Corte danese adopera un linguaggio che appare fruibile – nel lessico e nell'*iter* argomentativo – per tutti gli interlocutori dello spazio euro-unitario. In specie, non istituisce né vuol difendere, in linea di principio, una riserva intangibile di competenza statale. Non si rinvengono, nella pronuncia, cenni alla necessità che taluni argomenti siano sottratti *tout court* – oggi ed in futuro – all'applicazione del diritto dell'Unione. Anzi: ove l'atto di adesione fosse emendato dal diritto positivo, istituendo nuove delegazioni di sovranità, si eviterebbe il *vulnus* alla certezza del diritto, e non vi sarebbero ulteriori ostacoli per applicare il diritto dell'Unione all'ambito intercettato dal caso di specie. Il ragionamento dei giudici, quindi, è strumentale alla prosecuzione del cammino euro-unitario, e in quest'ottica si pone; semplicemente, restituisce alla politica la responsabilità della decisione in un certo novero di casi, identificabili come tutti quelli in cui la norma di diritto dell'Unione che si pretende di derivare in via interpretativa risulta *troppo* lontana dalla lettera della rispettiva base giuridica per potersi dire rispettosa del principio di certezza del diritto.

Non sfugge come la Corte danese, in tal modo, contribuisca a definire i principi comuni che innervano i valori fondamentali dell'Unione: l'itinerario che propone non resta confinato alla sola realtà danese, ma si fa patrimonio comune dello spazio euro-unitario[134]. Si rafforza, quindi, il sostrato concettuale della certezza del diritto come principio generale del diritto comune: invocabile non solo dai cittadini danesi, ma da tutti i cittadini dell'Unione, che potrebbero appropriarsi degli argomenti coniati dallo *Højesteret* per difendersi dall'applicazione prioritaria di una norma di diritto dell'Unione che risultasse, dalla loro prospettiva, viziata perché foriera d'irrimediabile incertezza.

In particolare, si noti che, così impostato, il conflitto costituzionale sposta il proprio *focus* dal caso concreto alla relazione fra due grandezze astratte. La prima riguarda il tenore letterale delle disposizioni di diritto dell'Unione e dello Stato sulle quali si basa la norma di diritto dell'Unione che si pretende di applicare. La seconda

[134] H. Krunke - T. Baumbach, *The Role of the Danish Constitution in European and Transnational Governance*, in A. Albi - S. Bardutzky (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Cham, p. 272 ss.

mira al contenuto precettivo della norma stessa – cioè, alle conseguenze giuridiche che l'Unione pretende di trarre dall'applicazione di quella norma – valutandone il profilo della prevedibilità-certezza dall'ottica del destinatario. Il transito dal piano della tutela materiale dei diritti a quello formale dei rapporti tra ordinamenti viene, in tal modo, regolato da un principio giuridico fruibile su scala europea: la certezza del diritto, la quale funge da ponte fra pretese normative contrapposte.

Sicché, l'argomento identitario secondo il massimo giudice danese prevede che non sia possibile applicare il diritto dell'Unione là dove le situazioni giuridiche riconducibili ai destinatari risultino avvolte, in conseguenza di tale applicazione, da non dissipabile incertezza. Ne deriva l'insegnamento che segue: l'interpretazione del diritto dell'Unione non può spingersi ad istituire norme non ragionevolmente prevedibili sulla base del mandato conferito alle istituzioni sovranazionali.

Così strutturata, l'identità nazionale svolgerebbe entrambi i compiti ad essa affidati dal diritto euro-unitario. Negherebbe, sì, al diritto dell'Unione, priorità applicativa dinanzi a una peculiarità irriducibile sancita dal diritto statale; tuttavia, non si sottrarrebbe per ciò solo al negoziato politico volto alla discussione di tale peculiarità. Risulterebbe, quindi, funzionale al mutuo accomodamento delle parti in vista di un'applicazione uniforme del diritto comune.

Sicché, la rilettura della clausola identitaria attorno al principio di certezza del diritto pare in grado di apportare un *quid pluris* nella comunicazione intersistemica fra giudici. Ad esempio, aprirebbe uno spiraglio nella difesa tenace, da parte della Corte costituzionale italiana, della riserva di competenza statale[135]. La "irrimediabile indeterminatezza" che affligge l'art. 325 TFUE, infatti, osta a che la disapplicazione della prescrizione scatti, *pro futuro*, in conseguenza della sola pronuncia della Corte di Giustizia[136]; ma non chiude alla possibilità che un ulteriore intervento legislativo, se del caso in sede di modifica dei Trattati stessi, possa intervenire sulla materia. Per cui, in una sentenza tutta incentrata sulla violazione del controlimite materiale presidiato dal principio di legalità penale[137], emerge un profilo procedurale che lega tale questione alla certezza del diritto[138] e che ha l'effetto di rendere fruibile, almeno in parte, il ragionamento che la ispira su scala intersistemica, al di là della peculiarità

[135] C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso* Taricco *e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6, 2018, p. 227 ss.

[136] G. Repetto, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II*, in *Diritticomparati.it*, 21 dicembre 2017, p. 3; P. Faraguna, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritticomparati.it*, 5 giugno 2018, p. 5 ss.

[137] F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. Bernardi (cur.) *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 177 ss.

[138] Profilo, peraltro, assai prossimo a quello della riserva di legge, le cui potenzialità vengono approfondite nella giurisprudenza romena e tedesca (*infra*): lo rileva G. Piccirilli, *The 'Taricco Saga': the Italian Constitutional Court continues its European Journey*, in *European Constitutional Law Review*, 14, 4, 2018, p. 828. Dello stesso A., sul tema, cfr. *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Torino, 2019, p. 95 ss., p. 138 ss.

concreta – tutta italiana, e francamente non sempre nitida – della prescrizione come norma sostanziale[139].

Di recente, la Corte costituzionale romena[140] si è spesa per fortificare l'edificio teorico della clausola identitaria attorno alla certezza del diritto[141]. Nell'opporsi alla disapplicazione delle leggi interne sul ruolo e sull'organizzazione del giudiziario per violazione della *rule of law*, i giudici romeni giustificano il ripristino della superiorità gerarchica della Costituzione alla luce del principio di sovranità popolare, sulla cui base collocano il principio di legalità per poi apporre – a corollario di entrambi – quello di certezza del diritto[142].

Tale costruzione arricchisce la clausola *ex* art. 4(2) TUE di nuovi elementi. Difatti, il diritto dell'Unione violerebbe l'identità nazionale allorché, estendendo il suo ambito applicativo oltre i poteri conferiti, violi i tre principi citati, e cioè:

la certezza del diritto, qualora dalle limitazioni di sovranità sancite in diritto positivo non potesse dedursi con ragionevole prevedibilità la norma di cui si esige l'applicazione;

la legalità, là dove leggi pacificamente valide nel territorio statale verrebbero private di effetti in materie che, pure, pacificamente rientrano nella competenza statale;

infine, la sovranità popolare, nella misura in cui la costruzione giudiziale della norma di diritto dell'Unione privi di senso il diritto all'auto-determinazione dei cittadini – da esercitarsi, nelle forme e nei limiti costituzionali, a partire dall'organo rappresentativo eletto a suffragio universale generale e investito della funzione legislativa.

Questi tre principi, considerati nelle loro mutue implicazioni, sembrerebbero fornire un piedistallo di apprezzabile solidità alla clausola identitaria, là dove alla valutazione sulla certezza del diritto si aggiunge quella sulla *capienza* del mandato. In tal senso, una norma di diritto dell'Unione non potrebbe applicarsi con priorità sul diritto interno là dove imprevedibile per il destinatario; imprevedibilità che non rileverebbe solo in quanto tale, ma anche nella misura in cui, allontanandosi dal mandato conferito alle istituzioni dell'Unione, la norma si spinga *troppo al di là* di ciò che i cittadini di un certo Stato, approvando la limitazione di sovranità nelle forme e

---

[139] Si veda, in effetti, il seguito della vicenda *Taricco*, là dove la Cassazione ha ritenuto di escludere dall'alveo di operatività del divieto di applicazione retroattiva la norma sulla prescrizione: G. Repetto, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, p. 1-9; sull'infuocato dibattito politico intorno alle sorti della prescrizione, e sulla sua natura di argomento afferente alla struttura fondamentale, politica e costituzionale, dell0 Stato italiano, si permetta il rinvio a G. Vosa, *Mascolo contre Taricco – L'argument "identitaire" de la politique au droit et retour : le cas italien,* in *Revue des affaires européennes*, 1, 2020, p. 171 ss.

[140] *Curtea Constitutională*, sentenza n. 390, 8 giugno 2021.

[141] Si consenta il rinvio a G. Vosa, *La tutela dello "Stato di diritto" in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione?*, in *Federalismi.it*, 22, 2022, p. 204 ss.

[142] *Curtea Constitutională*, sentenza n. 390, cit., § 72 ss.

nei modi fissati dalla costituzione – quindi, in primo luogo, attraverso la rappresentanza politica – avrebbero potuto prevedere, dunque "volere".

Seguendo questa linea, un argomento identitario acquisirebbe maggior capacità di rendersi fruibile da tutti gli interlocutori dello spazio europeo qualora misurasse l'applicabilità del diritto dell'Unione sul duplice metro dell'incertezza causata dalla norma concreta di cui si pretende l'applicazione e dalla sua *distanza* interpretativa rispetto al mandato conferito.

"*Troppo al di là*" è ancora, tuttavia, nozione generica. Di per sé, così strutturato, l'argomento identitario sembra ricalcato sullo stampo dell'*ultra vires* senza riuscire, in fondo, a distaccarsene[143]; non si ravvisano concettualizzazioni di tale "distanza" e del suo rapporto con la certezza del diritto tali da indurre a ricavarne un modello replicabile su scala euro-unitaria.

3.2. *Dal principio di legalità alla riserva di legge: verso un principio di essenzialità*

Soccorre, a questo punto, la giurisprudenza tedesca, che dà sostrato concettuale a questa "distanza" corroborando il nesso tra legalità-certezza del diritto e sovranità popolare. La chiave individuata dai giudici di Karlsruhe è attribuire al diritto di voto – che della sovranità popolare è espressione ultima, legata in via diretta al suffragio universale – un portato sostanziale svincolato da contenuti concreti ma equiparato ai diritti fondamentali. Il principio di legalità, in tal modo, attinge alle sue radici più profonde, legate all'autodeterminazione di persone eguali – quindi, in ultima analisi, alla dignità della persona – e pesca nel sostrato teorico della riserva di legge per irrobustire ulteriormente l'impianto euro-unitario dell'identità.

La parabola *Europafreundlich* del giudice costituzionale tedesco è fin troppo nota ed ampia per esser qui interamente ripercorsa[144]; ai circoscritti fini di questo lavoro, è opportuno limitarsi a citazioni selettive.

Con sentenza del 6 dicembre 2022, da ultimo, il *BVerfG* è tornato sul tema dei rapporti fra diritto interno e diritto dell'Unione: il *casus* è offerto dalle questioni di costituzionalità sollevate in ordine alla ratifica, da parte della Germania, del c.d. *EU Recovery Package*[145]. I giudici di Karlsruhe hanno dichiarato che gli atti giuridici alla

---

143 P. Craig, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 395 ss; cfr., da ultimo, M. Polzin, *Emotion and the Vertical Separation of Powers: Ultra-Vires Review by National (Constitutional) Courts, and EU and International Law*, in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2022, p. 285 ss.

144 Cfr., *ex multis*, E. Vranes, *German Constitutional Foundations of, and Limitations to, EU Integration: A Systematic Analysis*, in *German Law Journal*, 2013, p. 75 ss.; M. Claes - J.H. Reestman, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the* Gauweiler *Case*, in *German Law Journal*, 2015, p. 917 ss., e A. López Castillo, *Europaei, audi, quid convenit statuitque domina verbum! Una muestra (aún) reciente de la actual jurisprudencia ius europea del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, p. 341 ss.

145 *BVerfG*, II Senato, 2 BvR 547/21, 6 dicembre 2022.

base del *Package* non sono *ultra vires* né ledono l'identità costituzionale tedesca. Parametro di riferimento dello scrutinio è la valenza sostanziale del diritto di voto (art. 38(1) *Grundgesetz*) che, in uno alla sovranità popolare (art. 20(1-2)) fonda il diritto all'auto-determinazione democratica riconosciuto dalla costituzione a ogni cittadino, e blindato dalla clausola di eternità (art. 79(3)). Tale diritto, nelle parole del giudice tedesco, osta a che le istituzioni europee si ritengano abilitate a compiere *qualunque* scelta sulla base del mandato ricevuto dai Trattati, e protegge i cittadini da decisioni che, per spingersi *troppo al di là* dei limiti di tale mandato, priverebbero di senso concreto la rappresentanza parlamentare[146].

Nel caso di specie, pur configurandosi il ricorso ai mercati finanziari come operazione inedita, la violazione del mandato da parte delle istituzioni dell'Unione – argomentano i giudici tedeschi – non risulta di per sé eccessiva, non essendo a priori inverosimile che l'art. 311(2) TFUE possa offrire a tal uopo una sufficiente copertura. Dipenderebbe, a tal fine, dal contenuto concreto delle norme a presidio di un siffatto strumento. In tal senso, il *BVerfG* si premura di indicare le condizioni necessarie affinché l'operazione stia nel perimetro della legittimità, facendo notare che, ad oggi, un ricorso generalizzato al mercato per finanziare "genericamente" il bilancio dell'Unione non potrebbe ritenersi compatibile con la Legge fondamentale, poiché *troppo al di là* dei limiti del mandato conferito[147].

Con tale ultima pronuncia viene smentita ulteriormente quell'interpretazione della giurisprudenza tedesca sull'integrazione che attribuiva portata materiale all'oggetto della clausola di eternità[148]. Si chiarisce, infatti, un passaggio già posto dal *BVerfG* in *PSPP*, e prim'ancora in *OMT-II*[149]: e cioè che l'oggetto di tale clausola non è un contenuto specifico, ma un concetto di tipo relazionale[150]. Tale concetto, posto a

146 *Ibid.*, § 121 ss., § 163 ss.

147 *Ibid.*, § 199 ss., § 236.

148 Ad es. in A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE – online*, 2020, spec. p. 2876 ss.; ma cfr. anche, fra i tanti, B. Caravita di Toritto et al., *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, 2020, no. 14, p. IV ss.; F. Saitto, *"Tanto peggio per i fatti". Sipario sulla Presidenza Voßkuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritticomparati.it*, 7 maggio 2020, p. 6. Cfr., altresì, M. Goldmann, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1058 ss. Quanto alla precedente giurisprudenza, cfr. C. Joerges, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in *German Law Journal*, 2015, spec. p. 1006 ss.; D. Thym, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1796 ss.

149 «The core of the 'right to democracy' deriving from Art. 38 sec. 1 sentence 1 in conjunction with Art. 20 secs. 1 and 2 and Art. 79 sec. 3 GG, is beyond the reach of amendment even with a view to acts of the European Union». Così *BVerfG*, II Senato, 2 BvR 2728/13, "*OMT-II*", 21 giugno 2016, § 133; cfr. altresì § 81 ss., § 125 ss.

150 «Art. 38(1) first sentence GG does not, however, confer a right upon citizens to subject democratic majority decisions to a review of lawfulness that goes beyond what is necessary to safeguard the right to democratic self-determination enshrined in Art. 20(1) and (2) in conjunction

presidio di un «diritto alla democrazia» (*Anspruch auf Demokratie*[151]) può così riassumersi: deve sussistere un nesso sufficiente fra il diritto applicabile in un certo Stato e la volontà effettiva dei cittadini di quello Stato, espressa nei modi previsti dalla costituzione.[152]

Come si calcoli la "sufficienza" del nesso, che equivale all'eccessiva "distanza" della norma di diritto dell'Unione da applicare rispetto al mandato corrispettivo, è la questione che deve affrontarsi[153]. Dalla prospettiva limitata di questo scritto, occorre principalmente chiarire se i tipi di scrutinio già noti valgano a tale scopo, ovvero se sia necessario istituirne di nuovi.

A tal fine, il *BVerfG* ha spesso fatto ricorso al lessico e all'apparato concettuale del principio di proporzionalità, in ciò seguendo la Corte di Giustizia nei rispettivi casi[154] ma anche altre Corti apicali[155]. Ciò malgrado, tale principio pare, a dir il vero, spuntato nel tracciare il perimetro dell'identità nell'insegnamento di Karlsruhe, e incapace di valorizzarne appieno l'*iter* di ragionamento quanto alla costruzione della clausola identitaria[156]. Il principio di proporzionalità esibisce, infatti, caratteristiche che lo rendono inadatto alla trattazione di argomenti identitari. Giacché misura dell'esercizio di un potere legittimo, esso si presta a stabilire il *quomodo*, le modalità in cui quel potere agisce[157]; opera, allora, finché la controversia consenta, in sede decisoria, lo scambio tra *praktische Konkordanz* e neutralizzazione della sovranità, in conseguenza del quale la questione muove dal piano dei rapporti fra ordinamenti a quello della tutela multilivello dei diritti. Finché ciò accada, è legittimo considerare lo spazio euro-unitario come disciplinato da un sol ordine giuridico – secondo un approccio che la dottrina definirebbe *monista*[158] – fidando altresì sulla saggezza della

---

with Art. 79(3) in conjunction with Art. 1(1) GG. The purpose of this fundamental right is not to subject the contents of democratic decision-making to substantive review but to facilitate democratic decision-making processes as such». Così *BVerfG*, II Senato, 2 BvR 859/15, *PSPP*, 5 maggio 2020, § 100.

151 *BVerfG*, *OMT-II*, cit., § 133. A chiosa di questa sentenza, F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, no. 3, p. 28 ss., *passim*.

152 Si permetta il rinvio a G. Vosa, *Early traits of the essentiality principle: a (counterintuitive) European lesson from Karlsruhe?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2021, spec. p. 132 ss.

153 Cfr. *BVerfG*, "*OMT-II*", cit., § 130 ss.

154 M. Wendel, *Paradoxes of* Ultra-Vires *Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception*, in *German Law Journal*, 2020, p. 979 ss.; A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 95 ss.

155 C. Ginter, *Constitutionality of the European Stability Mechanism in Estonia: Applying Proportionality to Sovereignty*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 335 ss.

156 Si vedano, pur su posizioni diverse, A. Steinbach, *The federalism dimension of proportionality*, in *European Law Journal*, , 2021, p. 36 ss., e D. Harvey, *Federal Proportionality Review in EU Law: Whose Rights are they Anyway?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2020, p. 303 ss.

157 M. Cohen-Eliya - I. Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, p. 469 ss.

158 A. Bergmann, *Zur Souveränitätskonzeption des Europäischen Gerichtshofs. Die Autonomie des Unionsrechts und das Völkerrecht*, Tübingen, 2018, p. 15 ss., p, 198 ss., *passim*.

Corte di Giustizia nel tracciare la linea del bilanciamento in senso sia *materiale* sia *istituzionale*, lasciando cioè al giudice statale spazi adeguati di manovra nel risolvere il caso concreto.[159] Di contro, ove tutti questi strumenti si rivelassero non sufficienti per addivenire a una concordanza pratica, è doveroso risalire al livello dei rapporti fra ordinamenti, esaminando nella loro mutua *alterità* il diritto statale e dell'Unione quali latori di *competing normative claims* nello spazio euro-unitario[160].

Dunque: la proporzionalità, misurando un potere non controverso nell'*an*, non pare cogliere nel segno là dove l'oggetto del contendere non sia la misura del potere ma la sua stessa *autorità*. La proporzionalità, infatti, lascerebbe operativo lo scambio di cui si è detto: incapace di rinunciare all'approccio monista, sovrapporrebbe i limiti del conferimento e il merito della norma[161], così ostacolando il mutuo discernersi degli ordinamenti statali e del diritto dell'Unione quali latori di *claims* in principio egualmente legittime nello spazio comune.

Né sembra adattarsi a tal scopo il principio di sussidiarietà, come pure potrebbe astrattamente ipotizzarsi[162]. Al margine della sua indole politica, che lo rende poco fruibile per uno scrutinio giudiziale[163], tale principio, come quello di proporzionalità, non derogherebbe dall'approccio monista: meglio opererebbe, dunque, all'interno di un singolo sistema, piuttosto che nell'ambito di una comunicazione intersistemica, che si svolge in uno spazio conteso fra più decisori eterogenei. Infatti, se declinata come parametro giuridico, la sussidiarietà sarebbe portata ad affidarsi a una *ratio* esterna ad almeno uno dei sistemi; esprimerebbe, cioè – nel lessico del *constitutional pluralism*[164] – un *punto di vista interno* a uno solo di essi, oppure esterno a entrambi e proprio del decisore giudiziario[165]. Da quel punto di vista, ora rivestito d'un abito teleologico – scopi comuni da perseguire – ora, invece, giustificato da ragioni ideali (vicine all'etica cattolica, o al liberalismo politico: gli

---

159 A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 59-63; cfr. W. Sauter, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, in *Cambridge Yearbook of Legal Studies*, 2013, p. 439 ss.

160 E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015, p. 81 ss., offre una disamina dei valori insiti nel "rispetto", in senso pluralista, dei valori contenuti nella clausola identitaria.

161 Tale riflessione riprende un felice spunto di E. Cannizzaro, *Chair* nell'ambito dell'*Interdisciplinary Doctoral Symposium "Democracy, Rule of Law and Human Rights in Europe and the World in Times of Contestation*" – Katholieke Universiteit, Leuven, 20-22 settembre 2018, al quale l'autore ebbe l'onore di partecipare.

162 G. Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 63-65.

163 P. Craig - G. de Búrca, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, VI ed., Oxford, 2015, p. 100; cfr. J. Bast, *On the Grammar of EU Law: Legal Instruments*, in *Jean Monnet WP 9/03*, p. 60 ss., e B. Bertrand, *Un principe politique saisi par le droit : la justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 329 ss.

164 N. McCormick - O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Zürich, 1986, in part. p. 49 ss.

165 P. Craig, *Institutions, Power and Institutional Balance*, in P. Craig - G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 59 ss., p. 75 ss.

"affluenti teorici" della sussidiarietà[166]) si rendono disponibili al giudice due vie: connotare come diritto il punto di vista interno a uno dei sistemi, o imporre il proprio a mo' di punto di caduta di una mediazione[167]. In ambedue i casi, s'impedirebbe il mutuo discernersi di diritto interno e diritto dell'Unione, indispensabile allorché vengano sollevati argomenti identitari.

Il passaggio esige ulteriore riflessione. Dal punto di vista citato risponderebbe, il giudice, alla domanda "qual è il livello *migliore* per intervenire" e non "quale livello è *legittimato* a intervenire". Tali domande *non* sono sovrapponibili.

La prima domanda richiede all'interprete di servirsi di criteri etico-razionali che si assumono comuni alle parti; è, allora, propria di ordinamenti *chiusi*, in cui la rappresentanza generale permette di presumere la *rappresentatività* di ogni livello – intesa come idoneità ad assolvere agli interessi dei rappresentati – garantendo agli esclusi un *nucleo minimo* di diritti, in primo luogo quello ad *esistere* giuridicamente[168]. In questo scenario, l'omogeneità valoriale è data *a priori*, esplicandosi in strumenti procedurali capaci di garantire le compensazioni tra livelli che si rendano opportune.

L'altra domanda esige, invece, che l'interprete misuri la legittimità di pretese normative contrapposte sollevate in un ordine aperto, *costituzionalmente irrisolto*[169], latore di caratteristiche peculiari[170]. In specie, non v'è rappresentanza generale ma *pretesa rappresentativa*[171] – non potendosi, cioè, presumere la rappresentatività di ogni livello – né è data l'omogeneità dei valori; e gli strumenti per garantire l'effettiva perequazione, o altre forme di compensazione, fra i livelli sono soltanto ipotetici, quando non vietati *tout court*. Non è garantito, dunque, il diritto ad esistere per gli esclusi: costoro, ove sconfitti nel processo decisionale, finirebbero *fuorilegge*, così come i loro diritti e interessi.

In parole semplici: se in un ordinamento chiuso l'intervento federale in luogo di un ente territoriale avviene con un atto che comunque rappresenta *per definizione anche* quell'ente, e possono liberamente istituirsi forme di compensazione ove siano lesi in concreto interessi e diritti a quell'ente riconducibili, il diritto dell'Unione *non* rappresenta per definizione tutti e ciascuno Stato: di esso non può assumersi, quindi,

---

166 G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri di unificazione normativa*, Napoli, 2012, p. 8 ss.

167 G. Davies, *Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *Common Market Law Review*, 2006, spec. p. 79, p. 80 ss.

168 Come, ad es., nella ricostruzione di P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, in Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, Heidelberg, 1962, p. 11 ss., *passim*; dello stesso A., cfr. *Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat — das Beispiel des deutschen Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 114, 3, 1989, p. 361 ss. Sul tema, da ultimo, L. Castelli, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, 2021, no. 1, p. 454 ss.

169 N. Walker, *The EU's Unresolved Constitution*, cit., p. 13.

170 Sul tema, G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, spec. p. 215 ss., *passim*.

171 M. Saward, *The Representative Claim*, in *Contemporary Political Theory*, 2006, p. 297 ss.

alcuna rappresentatività rispetto allo Stato membro il cui diritto è, ciò malgrado, disapplicato.

A ben vedere, allora, tale rappresentatività non è *presupposto*, ma direttamente *oggetto* della contesa identitaria; del pari, l'omogeneità valoriale può inferirsi solo all'esito di tale contesa, così come l'esistenza e l'efficacia di forme compensatorie. Mancando l'Unione di una costituzione quale *forma* di un'unità politica definita[172], in effetti, nessuna di queste qualità può predicarsi *ex ante* rispetto alla valutazione del caso concreto[173]. È chiaro, allora, che sospendere la priorità applicativa del diritto dell'Unione serve proprio ad evitare l'applicazione di norme non rappresentative in capo a uno Stato, in caso reclamando *politicamente* quelle forme di compensazione non (ancora) previste dal diritto.

Il principio di sussidiarietà, tuttavia, non pare adatto a tal scopo.

Se si segue questo ragionamento, l'approdo comune cui tendono i giudici citati sembra potersi meglio ricostruire – come altrove si è provato a sostenere[174] – al lume della teoria dell'essenzialità[175]. Questa teoria, già schierata dai giudici di Karlsruhe sul fronte interno per tracciare i confini della riserva di legge a voce dell'art. 80 *Grundgesetz*, definisce il limite della legalità primaria, sorretta dalla rappresentanza parlamentare generale, rispetto alla fonte secondaria.

In effetti, se il principio di legalità si declina secondo il suo strumento operativo per eccellenza – la riserva di legge – il rapporto fra sovranità popolare e certezza del diritto acquista una dimensione nuova, tracciando il confine tra diritto dell'Unione e diritto degli Stati sulla falsariga del rapporto fra legge e regolamento.

Secondo quest'impostazione, il "*troppo-in-là*" della norma di diritto dell'Unione rispetto ai confini del mandato si lascia calcolare con riferimento a due parametri interrelati: le disposizioni di diritto positivo su cui la norma stessa pretende di fondarsi, e la sensibilità degli effetti che l'applicazione di tale norma causerebbe – "sensibilità" intesa come *invasività*, cioè sia *soggettiva* attitudine a generare conflitto tra individui e gruppi in seno a tale Stato, sia *oggettiva* prossimità all'area dei diritti fondamentali riconducibili ai destinatari.

Si dischiuderebbero, in tal modo, notevoli virtualità ermeneutiche fra legalità, certezza del diritto e sovranità popolare, sì da offrire una possibile sistematizzazione per gli argomenti identitari a tenore della clausola di cui all'art. 4(2) TUE. Non si vedrebbe negata applicazione prioritaria, allora, una norma di diritto dell'Unione, solo qualora implicasse conseguenze giuridiche imprevedibili per un destinatario ragionevole, né perché in astratto troppo lontana dal mandato corrispettivo; la

[172] M. Dogliani, *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia & Diritto*, 2002, no. 3, p. 81.

[173] A. Ciancio, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?*, in *DPCE – online*, 2021, p. 117 ss.

[174] G. Vosa, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri tra Stati e Unione europea*, Milano, 2020, spec. p. 259 ss., p. 397 ss.

[175] A. Steinbach, *The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court – New Guidance on the Limits of European Integration?*, in *German Law Journal*, 2010, p. 367 ss.

legittimità di una tale non-applicazione aggiungerebbe al parametro della legalità, della certezza e della sovranità popolare quello della tutela dei diritti fondamentali, offrendosi al giudice più elementi per una valutazione meglio circostanziata.

Il punto merita ulteriore attenzione. Se si segue il principio di essenzialità, una norma di diritto dell'Unione che interpreti il suo mandato – la propria base in diritto positivo – in modo fattualmente imprevedibile, ma senza ledere posizioni giuridiche tali da ritenersi, in proporzione, *troppo* sensibili, non lederebbe l'identità dello Stato: "l'incertezza" conseguente a quell'imprevedibilità non basterebbe, da sola, a varcare la soglia dell'identità. Allo stesso modo, ove la lesione sia effettivamente sensibile, ma *ragionevolmente non imprevedibile*, in proporzione, sulla base delle norme vigenti, non potrebbe attivarsi la clausola identitaria.

In tali due casi, infatti, la valutazione in concreto sull'applicazione del diritto dell'Unione resterebbe interna al circuito fra Corte di Giustizia e giudici nazionali, seguendo le strutture normative proprie di tale circuito – in primo luogo, il gioco fra bilanciamento istituzionale e materiale[176]. Per tali questioni, il transito dal piano dei rapporti tra ordinamenti a quello della tutela multilivello dei diritti e delle libertà non s'interromperebbe; fermo restando che il giudice interno, ove facesse seguire al rinvio pregiudiziale una questione d'illegittimità costituzionale[177] (o sollevasse senz'altro quest'ultima[178]) potrebbe causare l'attivazione della clausola identitaria, innescando il ripristino del confine tra ordinamenti[179]. Ove ciò non accada, il principio di proporzionalità resterebbe lo strumento più appropriato per misurare l'esercizio del potere – a quel punto, fondato su una presunzione di autorità – così come risulta dal negoziato fra giudici statali e Corte di Giustizia. Viceversa, ove il rapporto fra interpretazione del mandato, prevedibilità della norma su di esso fondata e sensibilità della materia non fosse bilanciabile attraverso tali meccanismi, il diritto dell'Unione lederebbe, in proporzione alla "distanza" rispetto alla sua base positiva, posizioni *troppo* delicate, per la soggettiva conflittualità, o per la contiguità della materia ai diritti fondamentali[180]; ne deriverebbe, allora, una possibile lesione dell'identità, e la Corte costituzionale dello Stato coinvolto avrebbe da sospenderne l'applicazione prioritaria per effetto del ripristino, ancorché provvisorio, del confine tra ordinamenti.

Così strutturata, si noti, la clausola identitaria svolgerebbe al meglio entrambi i compiti che le ha affidato il diritto euro-unitario. In seno al relativo argomento, l'appiglio al principio di certezza giuridica troverebbe nella sovranità popolare, e di

---

176 A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., 62.

177 F. Spitaleri, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 729 ss.

178 A. Cardone, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, no. 1, p. 13 ss.

179 G. Scaccia, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2022, no. 29, p. 131 ss.

180 E. Cloots, *National Identity in EU Law*, cit., avverte la necessità di distinguere fra uno scrutinio «*rule-based*» e uno «*standard-based*» (p. 198 ss.: terminologia che deriva dal lessico della Corte Suprema statunitense).

qui nel binomio principio di legalità-riserva di legge, un solido supporto concettuale e un raffinato parametro di bilanciamento. Verrebbe così riconosciuta la matrice politica delle tradizioni costituzionali comuni quali prime scaturigini dei principi di diritto comune[181]. Si supererebbe poi il dualismo fra scrutinio *ultra vires* e identitario: entrambi convergerebbero verso un modello capace di mettere in relazione forma e sostanza, sì da risalire alla radice dei conflitti che agitano lo spazio europeo[182]. Si impedirebbe, infine, che il primato si faccia latore di diseguaglianze anche dolorose; il principio di eguaglianza verrebbe così ad estendersi anche oltre i campi materiali della non-discriminazione[183] e quelli formali di un'uniforme applicazione del diritto dell'Unione[184], vivificandosi quella sfera politica europea di cui spesso si lamenta l'afasia[185].

4. *La Corte di Giustizia fra tutela dello Stato di diritto e rispetto delle identità nazionali*

Se nella giurisprudenza nazionale sembra delinearsi un modello di argomento identitario capace di tener assieme, in principio, l'esigenza di applicazione uniforme del diritto dell'Unione e il rispetto dell'*acquis* costituzionale degli Stati, la Corte di Giustizia pare oscillare fra due poli, che marcano due approcci radicalmente diversi alla medesima tematica. Da un lato, un'assolutizzazione spinta del primato ove vengano in rilievo questioni attinenti a determinati ambiti – soprattutto due: la politica monetaria e la difesa della *rule of law* nei confronti degli Stati membri dell'Europa centro-orientale. Dall'altro lato, una ricostruzione più prudente, che non pare affatto incompatibile con le piste già battute dalle Corti nazionali.

---

[181] M. Graziadei - R. de Caria, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case-Law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, LXVII, 4, 2017, spec. p. 955 ss.

[182] M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, spec. p. 63 ss.

[183] Sulla declinazione dell'eguaglianza nel diritto euro-unitario, T. Tridimas, *On Constitutional Rights and Political Choices*, in *European Papers*, 2019, p. 563 ss.; *amplius*, da ultimo, G. Zaccaroni, *Equality and Non-Discrimination in the EU*, Cheltenham, 2021, p. 8 ss., *passim*.

[184] È la tesi, ad es., di R.D. Kelemen, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism*, cit., e di F. Fabbrini, *After the* OMT *Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1003 ss., sposata anche dalla Corte di Giustizia; cfr. J. Lindeboom, *Is the Primacy of EU Law Based on the Equality of the Member States? A Comment on the CJEU's Press Release Following the* PSPP *Judgment*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1032 ss.

[185] P. Ridola, *Prime riflessioni sullo "spazio pubblico" nelle democrazie pluralistiche*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2009, p. 35 ss.; cfr. M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, cit., p. 147 ss.

4.1 *Identità europea e condizionalità finanziaria: un approccio "costruttivista" a difesa dello Stato di diritto*

Dopo le sentenze più o meno "storiche" che hanno scandito la crisi dei debiti sovrani[186] ed il successivo riassestamento dei poteri della BCE[187], emblema del primo approccio è la doppia sentenza sulla condizionalità finanziaria a protezione del bilancio dell'Unione, sancita dal Regolamento 2020/2092[188]. In quel caso, alla luce all'invito, formulato dal Consiglio europeo nelle *Conclusioni* di quello stesso mese[189], ad applicare un tale strumento «nel pieno rispetto dell'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, segnatamente dell'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, del principio di attribuzione, nonché dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri»[190] la Corte si è trovata a dover districare il rapporto fra tutela dello Stato di diritto e protezione delle identità nazionali. La scelta è stata netta: opporre a tali identità un'*identità europea*[191] che si pretende ormai perfetta, plasmata, univoca e inderogabile, come se la costituzionalizzazione fosse ormai completa e il suo stadio ultimo – l'unità europea – presuntivamente raggiunto, ad onta di un conflitto ribollente.

Tale opzione, lasciando che l'art. 2 condizioni la lettura dell'art. 4(2) TUE, colloca *fuori dal diritto* talune posizioni riconducibili agli Stati membri, fino ad assorbirne le relative peculiarità. Si studia, infatti, di fare dello Stato di diritto una pietra di scrutinio per le identità nazionali[192]: al costo però di trascinare l'identità

[186] Sul cui inquadramento costituzionale il dibattito è risalente: ad es. D. Chalmers, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, 2012, p. 667 ss., e M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2016, spec. p. 36 ss.

[187] Da ultimo, cfr. CGUE, Casi riuniti C-202/18, *Ilmārs Rimšēvičs* c. *Lettonia* e C-238/18, *Banca Centrale Europea* c. *Lettonia*, 26 febbraio 2019, ECLI:EU:C:2019:139.

[188] CGUE, C-156/21, *Ungheria* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:97, e C-157/21, *Polonia* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98, rese entrambe il 16 febbraio 2022.

[189] *Conclusioni* del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, punto I.2; cfr. C. Fasone, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 214 ss., e E. Castorina, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020, no. 29, p. 43 ss.

[190] A. Baraggia - M. Bonelli, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, p. 131 ss.

[191] P.S. Pohjankoski, *The Unveiling of EU's Constitutional Identity: Judgments in C-156/21, Hungary* v. *Parliament and Council and C-157/21, Poland* v. *Parliament and Council*, in *EU law live,* Weekend Edition N° 91, 2022, p. 3-6; cfr. M. Bonelli, *Has the Court of Justice embraced the language of constitutional identity?*, in *Diritticomparati.it*, 26 aprile 2022, p. 1 ss.; V. Sachetti, *Once more, with feeling: il finale annunciato del ricorso per l'annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla rule of law (sentenze C-156/21 e C-157/21)*, *ibid.*, p. 1 ss.

[192] P. Faraguna, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, p. 634 ss.

lontano dai compiti ad essa attribuiti dal diritto euro-unitario. Da un canto, quest'identità è incapace di perpetuare l'*acquis* costituzionale democratico-pluralista in uno spazio non statale; anzi, se ne separa deliberatamente. Proclama, in sua vece, l'autonomia dello "Stato di diritto europeo"[193] dalle tradizioni costituzionali comuni in nome di un costituzionalismo militante[194] invero inedito, per toni e implicazioni, rispetto alle traiettorie costituzionali degli Stati membri[195] – al netto della questione, scottante ancorché estranea all'oggetto di questo lavoro, delle peculiarità sottese alla condizionalità stessa, di cui il Regolamento si fa portavoce[196]. D'altro canto, parla una lingua *assolutizzante*, com'è quella che pretende di trarre *uno actu* regole concrete direttamente applicabili da "valori comuni". Assorbire in tale operazione ogni bilanciamento fra posizioni confliggenti, sopprimendo gli spazi per un'articolazione del dissenso, inevitabilmente aggrava, invece di stemperare, le asperità nel dialogo – politico, e giudiziale[197] – fra Stati e Unione[198].

---

[193] E. Perillo, *Le decisioni collettive dei governi degli Stati membri e il rispetto dello Stato di diritto europeo: una competenza esclusiva della Corte di giustizia?*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, p. 520 ss.

[194] A. Sajó, *Militant Constitutionalism*, in A. Malkopoulou - A.S. Kirshner (eds.) *Militant Democracy and Its Critics. Populism, Parties, Extremism*, Edinburgh, 2019, p. 187 ss.

[195] J.-W. Müller, *The EU as a militant democracy, or: are there limits to constitutional mutations within EU member States?*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2014, p. 141 ss.

[196] Su cui ferve il dibattito: in lingua italiana, da ultimo, B. Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, 2021, no. 3, p. 172 ss.; A. Baraggia, *Le implicazioni costituzionali del "Regolamento Condizionalità": riflessioni a partire dalle sentenze C-156/21 e C-157/21 della Corte di giustizia*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 2022, no. 2, p. 1 ss.; C. Buzzacchi, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *Dirittoeconti.it*, 4 aprile 2022; *amplius*, E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021, spec. p. 85 ss.; G. Gioia, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2021, no. 3, p. 153 ss.; A. Circolo, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2022, no. 2, p. 225 ss.; C.A. Ciaralli, *Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto*, in *Federalismi.it*, 2022, no. 16, p. 80 ss., e I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *Federalismi.it*, 2021, no. 14, p. 195 ss. In inglese, *ex multis*, V. Viță, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 116 ss.; G. Halmai, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, p. 171 ss., e A. von Bogdandy - J. Łacny, *Suspension of EU funds for breaching the rule of law – a dose of tough love needed?*, in *SIEPS – Policy Analysis*, 2020, p. 1 ss. Si veda altresì M. Bonelli et al., *Usual and Unusual Suspect in Protecting EU Values: An Introduction*, in *European Papers* – Special Section: *Usual and Unusual Suspects: New Actors, Roles and Mechanisms to Protect EU Values*, 2022, p. 641 ss.; *ibid.*, in particolare, M. Fisicaro, *Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values*, p. 697 ss., e I. Staudinger, *The Rise and Fall of Rule of Law Conditionality*, p. 721 ss..

[197] Su cui A. Ruggeri, *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, in *Consulta Online*, 2021, no. 3, p. 666 ss.

[198] A.J. Menéndez, *False Friends costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra il diritto europeo e quello nazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 887 ss. Cfr. F. Saitto, *Salvare Solange? Parallelismo dei cataloghi e tutela integrata dei diritti in Europa dopo le sentenze sul diritto all'oblio del*

Per cogliere i tratti salienti di tale *modus operandi*, si muova da un'affermazione di principio comune ad entrambe le sentenze:

«I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»[199].

Emergono, in quest'altisonante affermazione, almeno due profili di criticità. Il primo riguarda il significato del termine "identificare" adoperato nella prima parte. Il secondo evidenzia l'ambiguità della seconda parte: in specie, si concentra sull'inciso «nei limiti delle sue attribuzioni previste dai Trattati», di cui indaga l'effettiva valenza precettiva alla luce di una "difesa" dei valori dell'Unione che la Corte stessa definisce "doverosa".

Quanto al primo profilo, due sono i plausibili approcci.

Per un verso, si delineerebbe un approccio di tipo moderato, minimale, per cui la locuzione in parola alluderebbe a una semplice codificazione dell'elenco di cui all'art. 2 TUE. Dire, quindi, che i valori contenuti nell'art. 2 TUE "sono stati identificati" equivarrebbe a dire che, nell'evoluzione costituzionale dell'Unione, sono emersi come comuni e condivisi i valori di cui all'art. 2 TUE; senza che da una tale affermazione derivi un valore giuridicamente obbligatorio per norme "coperte" da tali valori.

Per altro verso, s'intravvede lo spazio per un approccio *costruttivista*, in virtù del quale l'identificazione di tali valori ne implica la selezione nel *farsi* di un'identità europea. "Identificazione", quindi, valorizzerebbe la radice comune con "identità", in vista della costruzione di un parametro *euro-identitario* su cui scrutinare le identità degli Stati. Donde, la possibilità, per la Corte di Giustizia, di servirsi di questo parametro per un duplice scopo: conferire a talune norme di diritto dell'Unione uno *status* speciale, in quanto diretta attuazione di tali valori; nonché, alla bisogna, *creare*, al margine del dato positivo, norme di diritto dell'Unione che, configurandosi come diretta espressione dei suddetti valori, siano in grado di "difenderli", disapplicando il diritto interno che si assuma con essi contrastante.

Come ben si comprende, la scelta fra questi due approcci influenza il discorso sul secondo profilo di criticità: quello inerente alla natura vincolante del richiamo al principio di attribuzione. Chiaro, infatti, che seguendo il primo approccio nessuna conseguenza precettiva deriverebbe dall'essere, una certa norma, diretta espressione dei valori di cui all'art. 2 TUE; la "difesa" dei valori sarebbe una mera statuizione di principio, priva di effetti diretti obbligatori, e la locuzione «l'Unione deve essere in

Bundesverfassungsgericht, in C. Caruso - F. Medico - A. Morrone (curr.), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, p. 177 ss.

[199] C-156/21, *cit.*, par. 127; C-157/21, *cit.*, par. 145.

grado» di difenderli non atterrebbe a un *dover essere* giuridico. Di contro, optando per l'altro approccio, questa locuzione pescherebbe nel mondo del diritto e offrirebbe alla difesa dei valori di cui all'art. 2 TUE un'inedita robustezza, a fronte della quale la tutela del principio di attribuzione passerebbe in secondo piano. In tal caso, la disapplicazione del diritto statale potrebbe procedere oltre le strettoie dei poteri conferiti[200].

Che quest'ultima sia l'impostazione prediletta dalla Corte di Giustizia, viene ben esplicitato nel testo di entrambe le sentenze[201]. Nel rileggerle, è opportuno muovere dall'esame delle posizioni degli Stati ricorrenti.

In breve: Ungheria e Polonia sostengono che, all'esito di una difesa siffatta dei valori dell'Unione, risulterebbe violata la loro identità *ex* art. 4(2) TUE. I motivi di ricorso sono molteplici e talora diversi, offrendo un quadro articolato dei principi inerenti alla clausola identitaria.

L'Ungheria si appella a due studi della Commissione di Venezia[202] per affermare che «lo Stato di diritto è un ideale o, tutt'al più, un criterio orientativo, che non è mai pienamente raggiunto e il cui rispetto dovrebbe pertanto essere valutato in termini relativi, atteso che nessuno Stato può pretendere di aderirvi in maniera perfetta»[203]. Di tale nozione attesta la natura essenzialmente evolutiva, di "criterio" a sua volta identificabile solo mediante altri criteri; insuscettibile, quindi, di fondare regole d'immediata applicazione.

Pertanto, soggiunge l'Ungheria, il fatto che «la Commissione abbia una percezione degli elementi costitutivi dello Stato di diritto diversa da quella della Commissione di Venezia» fornirebbe *ex se* prova del rischio cui la sua applicazione, potenzialmente imprevedibile, da parte della Commissione stessa sottoporrebbe «il principio della certezza del diritto, il quale costituisce a sua volta un aspetto dello Stato di diritto»[204]. Argomenta la difesa magiara che, nel Regolamento controverso, il legislatore dell'Unione non specifica i contenuti concreti dello Stato di diritto, sicché non risulta che un "legame marginale" tra le fattispecie indicate come suscettibili di violare tale concetto e i confini di quest'ultimo, solo genericamente tracciati[205]. Cita, inoltre, uno studio del 2015 del Parlamento europeo, ad avviso del quale "Stato di diritto" è nozione tanto generica che il suo contenuto può essere stabilito solo con riguardo a taluni suoi elementi costitutivi indefettibili, tra i quali il principio della certezza del diritto – principio che, com'è noto, «esige che le norme giuridiche siano

---

[200] M. Fisicaro, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, p. 344 ss.

[201] M. Bonelli, *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, in *European Papers*, 2022, spec. p. 517 ss.

[202] Si tratta dello Studio n. 512/2009, del 28 marzo 2011, della Commissione di Venezia, intitolato "Relazione sullo Stato di diritto", e dello Studio n. 711/2013, del 18 marzo 2016, della Commissione di Venezia recante un "elenco di criteri per la valutazione dello Stato di diritto".

[203] C-156/21, *cit.*, par. 200.

[204] *Ibid.*, par. 204.

[205] *Ibid.*, par. 207.

chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, affinché gli interessati possano orientarsi nelle situazioni e nei rapporti giuridici rientranti nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione». Conclude allora, non senza una punta di sarcasmo, che in nome dello Stato di diritto si dovrebbe perseguire la certezza del diritto invece che partecipare alla sua erosione, specie con un atto che pone condizionalità finanziarie col dichiarato obiettivo di tutelarlo in quanto valore cardinale dell'Unione.

La Polonia esordisce negando che l'Unione possa istituire sulla base dell'art. 322(1-a) TFUE «un meccanismo che subordini i versamenti provenienti dal bilancio dell'Unione al rispetto, da parte degli Stati membri, del principio della sana gestione finanziaria»[206]. Salvo esorbitare dalle competenze conferite, un tale meccanismo non potrebbe «né definire la nozione di Stato di diritto, né determinare gli elementi che consentano di constatare una violazione dei principi costitutivi di tale nozione»[207], poiché da un lato «i trattati non ne preciserebbero il contenuto e non conferirebbero alcuna competenza al legislatore dell'Unione per definirne la portata in atti di diritto derivato»[208] e, dall'altro, una precisazione siffatta, sulla falsariga di quanto previsto dagli articoli 3 (criteri indicativi di violazioni dello Stato di diritto) e 4(2) del Regolamento impugnato (ove si elencano le situazioni che devono essere interessate da tale violazione) sarebbe espressione di un controllo *ex post*[209]. In altri termini: qualora si permettesse alla Commissione di costruire una nozione precettiva di Stato di diritto, tale nozione, priva di appigli solidi definibili *ex ante*, ben potrebbe modellarsi sugli scopi politico-istituzionali contingenti della Commissione stessa; il che renderebbe lecito un uso *ad hoc*, finanche arbitrario, dello "Stato di diritto" contro governi "sgraditi".

La difesa polacca non manca di appellarsi «alle tradizioni costituzionali e politiche degli Stati membri». Sostiene, infatti, che alla nozione di Stato di diritto debba contribuire «[la] giurisprudenza degli organi giurisdizionali costituzionali» alla luce «delle differenze esistenti tra gli Stati membri relativamente alle loro identità nazionali, ai loro sistemi costituzionali e giuridici e alle loro tradizioni giuridiche»[210]. Tale precisazione ha valenza duplice. Da un canto, rafforza le Corti apicali degli Stati come giudici euro-unitari, e ciò in forza dello spessore sostanziale che all'identità apportano le tradizioni costituzionali comuni (non a caso definite «costituzionali *e politiche*»). D'altro canto, si oppone all'idea di un'Unione diseguale. Infatti, lamenta la Polonia, la Commissione, in virtù dell'esigenza (segnalata a fini non precettivi) dalla Commissione di Venezia) di distinguere «gli Stati che fanno parte di "vecchie democrazie" da quelli che costituiscono "nuove democrazie"», potrebbe risolversi a trattare «in modo differenziato gli Stati membri» nell'applicare tale Regolamento. Ciò

[206] C-157/21, *cit.*, par. 64.
[207] *Ibid.*, par. 67.
[208] *Ibid.*, par. 69.
[209] *Ibid.*, par 71.
[210] *Ibid.*, par. 68.

starebbe in violazione dell'art. 4(2) TUE, che tiene assieme il rispetto dell'identità e la tutela dell'eguaglianza degli Stati dinanzi ai Trattati.

A tali argomentazioni la Corte di Giustizia oppone un ragionamento unitario, che fa perno su una triplice affermazione[211].

In primo luogo, la scelta per l'approccio costruttivista quanto alla nozione di Stato di diritto viene subito esplicitata:

«L'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che, come rilevato al punto 127 della presente sentenza, fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri[212]».

L'autocitazione è sintomo di una certa assertività nel ragionamento condotto dalla Corte, che salta con disinvoltura da *valori* a *principi* per poi giungere a fissare *regole*. Tale passaggio, non già pacifico[213], è indicato con un'espressione invero tersa, per cui i valori comuni "sono concretizzati" come se si trattasse di diritto *consolidato*. L'asciuttezza laconica dei toni tradisce un obiettivo politico: forzare il passo della costituzionalizzazione, certificando l'assenza di conflitto proprio là dove il conflitto raggiunge la sua vetta più aspra. In tal modo, verrebbe a inaugurarsi un patriottismo costituzionale di nuovo conio: non repubblicano ma *militant*, eticamente connotato, bandiera di quell'Unione parimenti nuova cui s'è fatto cenno nel corso del lavoro.

Volendo essere severi, insomma, la costituzionalizzazione verrebbe a ruotare attorno a un concetto d'identità non troppo diverso da quello che si è stigmatizzato all'esame della giurisprudenza della Corte ungherese. Esclusivo e intollerante, tutto

[211] Non è infrequente che gli argomenti addotti dalle Corti costituzionali degli Stati in cui si ravvisa una crisi della *rule of law* siano accolti in modo pregiudizialmente negativo a prescindere dal loro contenuto. Tale pregiudizio sembra poggiare su una sfiducia di fondo, solo in parte motivata dalla loro ridotta indipendenza, verso le Corti stesse, accusate, spesso senz'entrare nel merito dei rispettivi argomenti, di violare «il principio di leale cooperazione e rispetto reciproco verso la Corte di Giustizia» (A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 145 ss.) facendosi alfieri di un «*autocratic legalism*» (J. Bornemann, *Judicial Responses to Autocratic Legalism: The European Court of Justice in a Cleft Stick?*, in *European Papers*, 2022, p. 651 ss.). Non sembra, tuttavia, che argomenti di diritto meritino di essere cestinati a seguito di una siffatta, irreversibile presunzione di inidoneità in capo al loro portatore: tale approccio aggirerebbe la logica discorsiva con un argomento *ad personam*, contenendo già di per sé la risposta a una domanda che, invece, sottende una questione conflittuale, altamente problematica. Sul trattamento in apparenza diverso che, nella giurisprudenza lussemburghese, ricevono gli argomenti, pur non dissimili, addotti da giurisdizioni diverse – in ipotesi, giustificato dalla considerazione di un non ben precisato elemento "contestuale" – l'analisi di I. Spadaro, *The use of cryptotype in the comparison by supranational courts: Brief remarks from the ECJ's judgement on the early retirement age for Polish supreme judges*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2023, no. 1, spec. p. 117 ss.

[212] C-156/21, *cit.*, par. 232; C-157/21, *cit.*, par. 264.

[213] *Ex multis*, G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, p. 865 ss.

incardinato nella dicotomia *amico-nemico*, tale concetto ben si presterebbe a tracciare i confini dell'Unione come se quest'ultima fosse uno Stato – per di più, uno Stato *identitario*[214].

Così ricostruita, l'identità euro-unitaria fallirebbe abbastanza clamorosamente il primo dei due compiti che le erano stati in origine affidati.

In secondo luogo, il nesso fra eguaglianza degli Stati dinanzi ai Trattati e rispetto delle identità nazionali viene declinato dalla Corte in termini di semplice eguaglianza formale – vale a dire, di necessaria applicazione uniforme del diritto dell'Unione senz'alcun riguardo per le conseguenze sostanziali, in ipotesi diverse da Stato a Stato, di una siffatta uniformità:

«Orbene, anche se, come risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro[215]».

È il linguaggio del primato che – come d'uso, invero, per la giurisprudenza lussemburghese, nella tutela dei diritti fondamentali[216] – s'impossessa del concetto d'identità là dove entrino in rilievo quelli che l'Unione definisce valori propri[217]. Così riletto[218], il primato subisce un'evoluzione ulteriore rispetto alla già controversa dominanza sull'effetto diretto, appoggiandosi al solo art. 2 TUE[219]. Abbandonato in silenzio[220] il quadro costituzionale che ha tenuto a battesimo l'Unione, il primato semplicemente ignora il conflitto e abbraccia una narrazione *costituzionalizzante*[221],

[214] Su cui G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, cit., p. 13 ss., *passim*. Non può non notarsi come la nozione di Stato di diritto propria di quel contesto, inglobando legalità e legittimità della legge, si atteggiasse a parametro totalizzante della sua forza precettiva (22s.), disegnando un'analogia sinistra con il concetto che la Corte di Giustizia si studia di dispiegare nell'ordine giuridico euro-unitario.

[215] C-156/21, par. 233; C-157/21, par. 265.

[216] R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 81 ss.

[217] G. Pitruzzella, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in *Federalismi.it*, 2021, no. 28, p. iv ss.

[218] P. Mori, *Il primato dei valori dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, no. 1, p. 73 ss.

[219] D. Gallo, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi,* in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, no. 3, spec. p. 31 ss.

[220] In linea con l'evoluzione della giurisprudenza europea: J.H.H. Weiler, *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 510 ss. Cfr. G. Martinico, *L'integrazione silente*, cit., p. 17 ss., *passim*.

[221] A. Guazzarotti, T*utela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante",* in *Costituzionalismo.it*, 2022, no. 2, p. 1 ss.

rifugiandosi in un'asserita supremazia dei valori comuni[222] – meglio: di uno solo di essi, peraltro non il primo della lista dell'art. 2 TUE. L'art. 4(2) ne risulta assorbito[223], fagocitato dalla dominanza dell'argomento etico cui l'art. 2 offre fondamento[224].

Al netto delle opinioni di merito, occorre sottolineare le conseguenze di una costruzione siffatta sull'architettura costituzionale complessiva dell'Unione.

Tali conseguenze si riassumono come segue: se il richiamo ai valori comuni europei ingloba quello all'identità nazionale, sterilizzandolo, l'art. 2 sostituisce l'art. 4(2) TUE nel definire i rapporti Stati-Unione. Ciò coinciderebbe con l'imposizione di una scala di valori determinata, alla sommità della quale si porrebbe – non senza una punta d'arbitrarietà – lo Stato di diritto. In tal modo, s'istituirebbe una gerarchia assiologica a favore del diritto dell'Unione e a detrimento, per principio, del diritto statale, da cui la Corte di Giustizia si arrogherebbe la facoltà di trarre, unico *aruspice*, le regole da applicare al caso concreto, senza che nemmeno si abbozzi un tentativo di bilanciamento.

Così ricostruito attorno ad una gerarchia siffatta, il linguaggio del primato esprime una capacità comunicativa intersistemica davvero ridotta all'osso: non esita a proclamare la supremazia delle ragioni dell'Unione *a priori*, senza cioè tener conto delle ragioni degli Stati – invero, del tutto marginali nel ragionamento della Corte, poiché schiacciate nell'ottica preminente della tutela dello "Stato di diritto":

«Infatti, pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di "Stato di diritto" che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»[225].

Sicché, anche il secondo compito affidato all'identità dal diritto euro-unitario andrebbe, se di un'identità siffatta si trattasse, apertamente inadempiuto.

Tali, quindi, le conseguenze della scelta metodologica netta operata dalla Corte di Giustizia. Una scelta della quale, sebbene possano intuirsene le ragioni politiche, non si fa alcuna fatica a discernere – anche da parte di taluni fra i suoi più autorevoli sostenitori[226] – la tormentata, affannosa, tragica problematicità[227].

---

[222] L.D. Spieker, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis*, in *German Law Journal*, 2019, p. 1182 ss.

[223] S. Gianello, *Le sentenze C-156/21 e C-157/21: l'identità europea e la condizionalità secondo la Corte di giustizia,* in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 2022, no. 2, spec. p. 108 ss.

[224] F. Salmoni, *La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio),* in *Consulta online*, 1, 2022, spec. p. 307.

[225] C-156/21, par. 234; C-157/21, par. 266.

[226] A. von Bogdandy, P*rinciples of a systemic deficiencies doctrine: How to protect checks and balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 705 ss.

4.2. *Clausola identitaria e diritto euro-unitario: un approccio "dialogante"*

Tuttavia, in altri contesti, l'approccio scelto dalla Corte di Giustizia è stato più conciliante. Da ultimo, la sentenza resa nel caso *Cilevičs*[228] esprime un atteggiamento misurato, si direbbe prudente, dinanzi al nodo identitario.

Il caso è meno noto di quelli appena trattati, anche se non manca in dottrina chi gli ha dedicato la giusta attenzione[229]. Nel 2018 il Parlamento lettone emendava la legge nazionale sull'istruzione per obbligare gli istituti di educazione superiore a coltivare l'uso della lingua nazionale, limitando la possibilità di offrire corsi di laurea interamente in una lingua diversa; di conseguenza, solo due istituti, regolati da una legge speciale, potevano continuare ad impartire corsi siffatti.

Alcuni deputati presentavano immediato ricorso alla Corte costituzionale per contrasto col diritto all'istruzione e col diritto all'iniziativa economica privata, ma in sede di ricorso emergevano profili di incompatibilità fra la disciplina lettone e la libertà di stabilimento di cui agli articoli 49 e 56 TFUE (nonché con l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che tutela la libertà d'impresa). La Corte costituzionale, anche all'esito di una prima revisione legislativa che causava una separazione delle questioni[230], sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per i profili attinenti al diritto euro-unitario, sostenendo che l'art. 4(2) TUE avrebbe coperto la tutela della lingua dello Stato quale componente essenziale della "identità" di quest'ultimo.

Per quel che qui interessa, dalla pronuncia della Corte di Giustizia emergono due passaggi rilevanti.

Uno: l'afferenza della *res controversa* a tematiche *identitarie* in senso *etnocentrico* non implica che i relativi argomenti usufruiscano dell'appiglio offerto dall'art. 4(2) TUE. Se così fosse, l'identità in diritto euro-unitario collasserebbe sull'omonimo concetto schmittiano: conseguenza che, si è detto, non è lecito trarre, poiché la riformulazione dell'identità in tale contesto muove da presupposti dichiaratamente contrari – s'ispira, difatti, a un concetto repubblicano di nazione, e ha per obiettivi lo scardinamento dell'equazione costituzione-Stato e la costruzione di un linguaggio inter-sistemici fra lo Stato stesso e l'Unione. Per il diritto euro-unitario, allora, "identitarie" sono tutte e solo quelle questioni che attengono alla struttura fondamentale, politica e costituzionale, di uno Stato membro, su un piano di parità con gli altri Stati; tali questioni ben possono esondare dal concetto etnocentrico di identità, e anzi di norma non hanno con esso alcun rapporto.

---

[227] Non mancano però, invero, sostenitori irenicamente entusiasti: ad es., L. Pech, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal of the Rule of Law*, 2022, p. 107 ss.

[228] CGUE, C-391/20, *Cilevičs* et alt., 7 settembre 2022, ECLI:EU:C:2022:638.

[229] F. Ferri, *Less is More (per ora)? Identità nazionale e limiti alle libertà di mercato nel caso Cilevičs*, in *AISDUE Blog*, p. 1 ss.

[230] *Ibid.*, p. 3.

Secondo: in *Cilevičs*, l'identità segnala un argomento in ordine alla legittimità delle restrizioni alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. La questione è espressione di un conflitto tipicamente interno al diritto euro-unitario, per cui in una materia statale – su cui, tuttavia, l'Unione ha competenze di coordinamento, sostegno e completamento[231] – incide una situazione che non può definirsi «puramente interna»[232] perché intercetta il raggio delle libertà comunitarie fondamentali. Quest'incrocio, in principio, trova disciplina nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ne ha stabilito la regola d'ingaggio: pur mantenendo competenza in materia d'istruzione – «in particolare, per quanto riguarda, da una parte, il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché le loro diversità culturali e linguistiche e, dall'altra, il contenuto e l'organizzazione della formazione professionale, come risulta dagli articoli 165(1) e 166(1) TFUE»[233] – gli Stati devono "rispettare" il contenuto della libertà di stabilimento. La formula, a ben vedere, non è diversa da quella impiegata per sancire l'obbligo di "rispettare" il valore dello Stato di diritto. Si noti però come il "rispetto", in questo caso, non abbia nulla a che vedere con l'ottemperanza a regole dedotte, *sic et simpliciter*, da un "valore": al contrario, consegue a un'operazione di bilanciamento materiale e istituzionale che coinvolge la Corte di Giustizia in uno ai giudici interni. Quanto al primo, ogni limitazione alla libertà di stabilimento è vincolata a due condizioni: dev'essere giustificata da una ragione imperativa di interesse generale, e dev'essere conforme al principio di proporzionalità, quindi «idonea a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito» senza eccedere «quanto necessario per conseguirlo»[234]. In ordine al secondo, la Corte di Giustizia è attenta a non sconfinare in una valutazione di merito della controversia, lasciando tale onere al giudice del rinvio.

Così articolata, la vicenda non richiede l'interruzione del transito dal piano dei rapporti fra ordinamenti a quello della tutela multilivello dei diritti, almeno finché reggano le strutture di quest'ultima. Tali strutture, come il caso di specie evidenzia, girano attorno ai due perni del *substantive* e *institutional balancing*. In primo luogo, il diritto euro-unitario si fa carico di assorbire come propria la norma di diritto interno là dove la libertà di stabilimento sia vincolata a condizioni che l'Unione riconosca come legittime. In seconda battuta, la Corte di Giustizia lascia spazio ai giudici dello Stato nella verifica concreta di tali condizioni.

Perciò, finché si resta all'interno di tale quadro, il principio di proporzionalità è lo strumento adatto a misurare l'esercizio di un potere, a quel punto, riconosciuto come autorità legittima; e, ove serva un accertamento concreto in ordine a idoneità,

---

[231] Cfr. M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, cit., p. 79 ss.

[232] *Ibid.*, p. 31 ss.; cfr. A. Arena, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, spec. p. 99 ss.

[233] *Cilevičs*, cit., par. 59.

[234] *Ibid.*, par. 65.

necessità e proporzionalità *stricto sensu* della norma interna, la Corte di Giustizia può e deve deferire al giudice del merito – unico competente, *ex* art. 267 TFUE, a dirimere la controversia – una simile valutazione, esercitandosi in un bilanciamento istituzionale a rafforzamento di quello materiale.

Qualora sorgesse, in ogni caso, una radicale divergenza tra le valutazioni del giudice interno e la pronuncia della Corte, allora – e solo allora – la questione si sposterebbe dal merito alla competenza, chiamando in causa l'ambito applicativo del diritto dell'Unione e quello del diritto statale, astrattamente considerati. In tale occasione, e solo in quella, si ripristinerebbe il confine tra i due ordinamenti, trasformandosi la vicenda in conflitto costituzionale con la sollevazione di un argomento identitario.

Ma non è questo il caso.

Si capisce, allora, perché la Corte agevolmente possa mettere sullo stesso piano il rispetto dell'identità nazionale, a voce dell'art. 4(2) TUE, e il rispetto del principio di proporzionalità, fino a rendere esplicitamente equivalenti i due termini:

«Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa di uno Stato membro che impone, in linea di principio, agli istituti di istruzione superiore l'obbligo di impartire gli insegnamenti esclusivamente nella lingua ufficiale di tale Stato membro, purché una siffatta normativa sia giustificata da motivi connessi alla tutela dell'identità nazionale di quest'ultimo, vale a dire che sia necessaria e proporzionata alla tutela dell'obiettivo legittimamente perseguito»[235].

Più strutturato è il richiamo all'identità nazionale dell'Avvocato Generale, sul quale non è inopportuno intrattenersi specificamente[236]. Le *Conclusioni*, infatti, al di là della soluzione del caso di specie[237], hanno una certa pretesa sistematica, offrendo una lettura contestualizzata della clausola di cui all'art. 4(2) TUE in una serie di paragrafi battezzati come «[a]lcune brevi considerazioni» sul punto.

Tre, nell'ottica che qui interessa, paiono i rilievi ulteriori che dalle *Conclusioni* si lasciano desumere.

Primo: viene ribadito che l'identità in diritto euro-unitario è indipendente dal concetto nazionalista-etnocentrico di identità, e invece afferente alla sola struttura fondamentale, politica e costituzionale, di uno Stato. Solo «aspetti costituzionali centrali», infatti, possono rilevare della clausola identitaria; il fatto che taluni di essi intercettino profili etno-nazionalistici propri di ciascuno Stato non rileva se non nella misura in cui tali profili facciano parte della citata «struttura fondamentale»[238].

[235] *Ibid.*, par. 87.
[236] Presentate l'8 marzo 2022, ECLI:EU:C:2022:166.
[237] *Ibid.*, par. 84.
[238] *Ibid.*, par. 85.

Così concepita, l'identità adempie al primo dei due compiti ad essa affidati, ossia il superamento in chiave repubblicana, democratico-pluralista, del binomio Stato-costituzione, volto a difendere e consolidare sul piano sovranazionale l'*acquis* delle costituzioni del secondo Novecento.

Secondo: emerge la reciprocità degli obblighi coperti dalla clausola identitaria, che, in quanto figura di un equilibrio costituzionale, obbliga gli Stati e l'Unione a collaborare alla sua conservazione. Per un verso, tutte le istituzioni dell'Unione devono "tener conto" dell'identità nazionale: l'Avvocato Generale dice chiaramente che non spetta all'Unione determinare quali siano gli elementi da essa coperti[239] – bensì, con tutta evidenza, alle Corti e ai decisori politici nazionali. Tuttavia, per altro verso, gli Stati non possono servirsene come via di fuga "troppo agevole" dagli obblighi comuni: nel far uso della clausola identitaria, devono rispettare a loro volta talune condizioni[240]. In particolare, «gli elementi centrali dell'identità nazionale invocati da uno Stato membro devono necessariamente essere compatibili con il quadro costituzionale dell'Unione europea»[241]: una nozione che non può intendersi altrimenti che in senso storico-dinamico, dunque nell'ottica dell'intero percorso d'integrazione. In effetti, se così non fosse, non avrebbe senso riconoscere agli Stati un diritto a determinare i contenuti afferenti alla propria identità nazionale; basterebbe, a tal scopo, la Corte di Giustizia. Invece, acconsentire a che (le Corti de)gli Stati si pongano in relazione dialettica con la Corte lussemburghese implica riconoscere la valenza *politico-istituzionale* del contributo degli Stati alla costruzione della clausola identitaria; e un simile riconoscimento pesca nell'evoluzione storico-costituzionale dell'integrazione europea, secondo i termini *supra* delineati.

In tal senso – ed è il terzo punto – v'è una relazione tra la clausola identitaria *ex* art. 4(2) e i "valori fondanti" dell'Unione *ex* art. 2 TUE. Tale relazione ha sullo sfondo il quadro costituzionale dell'Unione stessa. Enunciando «i principi chiave che disciplinano le relazioni tra l'Unione e gli Stati membri», l'art. 4(2) non deroga all'art. 2 TUE, né è derogato da questo: le due disposizioni devono leggersi l'una alla luce dell'altra[242].

Rebus sic stantibus, dovrebbe forse aversi riguardo alla lettera dell'art. 2 TUE, valorizzando il risvolto libertario della dignità[243] – primo tra i valori comuni ivi elencati – nel senso di auto-determinazione fra eguali[244]. In tal modo, il rapporto fra certezza del diritto, principio di legalità e sovranità popolare, che per il tramite della riserva di legge s'immette nell'ampio estuario della tutela dei diritti, varrebbe a

---

[239] *Ibid.*, par. 86.

[240] *Ibid.*

[241] *Ibid.*, par. 87.

[242] *Ibid.*

[243] P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., spec. p. 102 ss.

[244] M. Avbelj, *Human Dignity and Legal Pluralism*, in G. Davies - M. Avbelj (eds.), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Cheltenham, 2018, p. 95 ss.

difendere la *democratic authority* del diritto euro-unitario[245], rileggendo in senso repubblicano il patriottismo costituzionale che ha lungamente, robustamente animato il cammino della costituzionalizzazione d'Europa.

5. *Verso una conclusione*

Tirando le somme di un'analisi che ha coinvolto pronunce di giudici apicali degli Stati e della Corte di Giustizia, emerge come massimamente compatibile col quadro costituzionale dell'Unione un modello di argomento identitario costruito sulla falsariga di un principio di essenzialità.

Secondo questo modello, i cui lineamenti si delineano all'esame comparato della giurisprudenza costituzionale nazionale, una norma di diritto dell'Unione perde priorità applicativa ove si spinga *troppo al di là* rispetto al tenore letterale della sua base giuridica. "Troppo al di là" si misura con riguardo a due grandezze concettuali complesse: da un lato la *continuità* delle rispettive disposizioni, dall'altro l'*invasività* della norma stessa rispetto alla sfera giuridica di pertinenza dello Stato – *soggettiva* attitudine a produrre conflitto in seno a tale Stato e *oggettiva* contiguità con i diritti fondamentali dei destinatari. Sicché, una Corte apicale di uno Stato può opporsi all'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione ove la norma da applicare implichi una lettura troppo estesa della sua base positiva in relazione alla *conflittività* soggettiva e all'oggettiva prossimità ai diritti fondamentali della regolazione *de qua*. Il denso sostrato concettuale di tale modello chiama in causa la certezza del diritto, il principio di legalità e la riserva di legge nel quadro della tutela dei diritti fondamentali; così costruendo il risvolto sostanziale del diritto di voto quale diritto dei destinatari della norma a partecipare alla sua produzione per via rappresentativa, in primo luogo, e poi per le altre strade all'uopo approntate dalla costituzione statale e dal diritto dell'Unione.

Questo modello ottempera a tutt'e due i compiti attribuiti all'identità in diritto euro-unitario. Da un canto, smantella il binomio costituzione-Stato, poiché mostra come possa perpetuarsi l'*acquis* delle Carte contemporanee sul piano sovranazionale mediante l'affermazione dei valori repubblicani ivi sanciti. D'altro canto, utilizza un linguaggio universalizzabile per la valutazione dei rapporti fra Stati e Unione: modella il processo d'integrazione senz'arrestarlo[246], irrobustisce il sostrato concettuale dei principi giuridici comuni e costruisce ponti intersistemici per una comunicazione reciproca allorché il conflitto assuma toni costituzionali.

Per contro, dall'ottica della Corte di Giustizia deve riscontrarsi una certa ambivalenza. Da un lato, infatti, i giudici del Kirchberg hanno adottato un approccio costruttivista, nel segno di un costituzionalismo militante, là dove si è trattato di

[245] D. Chalmers, *The European Union and the re-establishment of democratic authority*, in *European Law Journal*, 2022, spec. p. 9 ss.

[246] J.A. Gutiérrez-Fons - K. Lenaerts, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629.

rimediare alla crisi della *rule of law*, nonché di rinsaldare l'autonomia dell'Unione monetaria. D'altro lato, invece, si sono delineati i rapporti fra art. 2 e art. 4(2) TUE su di un piano paritario, necessariamente storico-sistematico, di tal ché la tutela dello Stato di diritto non fagociti la clausola identitaria ma avvenga in armonia con essa.

Tale ultimo approccio appare meglio compatibile sia con la giurisprudenza delle Corti nazionali, sia, più in generale, col quadro costituzionale euro-unitario. Infatti, la "necessaria compatibilità" fra clausola identitaria e Stato di diritto ben difficilmente potrebbe leggersi nel senso di abilitare la Corte di Giustizia alla formulazione, volta per volta, di regole concrete cui è riconosciuta, per la debordante superiorità attribuita all'art. 2 TUE – *rectius*: a uno solo dei valori ivi elencati, e non il primo della lista – la capacità di disapplicare il diritto interno contrastante. Se così fosse, infatti, lo Stato di diritto *europeo*, resosi autonomo dalle costituzioni degli Stati, si porrebbe in antitesi rispetto ad esse, poiché svuoterebbe di senso il loro contenuto più significativo: quello che marca la differenza con le Carte ottriate del costituzionalismo di stampo ottocentesco, prodromiche al *secolo breve e perturbato* che non senza patimenti ha attraversato l'Occidente[247]. Donde, lo scivolamento dell'Unione verso lidi inediti, segnati da una crescente, strutturale diseguaglianza che da fattuale diviene giuridica – abbandonandosi, così, la perpetuazione in senso *repubblicano*, democratico-pluralista, dei valori custoditi dalle Carte nazionali – fa da sfondo all'ascesa, forse irresistibile, dell'elemento etico quale componente del diritto stesso, nel segno di un patriottismo costituzionale non neutro, bensì fortemente connotato sotto il profilo morale.

D'altronde, l'approccio costruttivista che da un lustro ha inaugurato il massimo giudice dell'Unione, pur comprensibile in termini di politica istituzionale europea, non pare abbia offerto frutti significativi. Per un verso, l'Unione, che *non è uno Stato*, manca di strumenti per implementare le sentenze in via diretta; si riduce, quindi, in proporzione, la concreta capacità d'incidere sull'ordinamento statale[248]. Per altro verso, i regimi tacciati d'illiberalismo non paiono aver patito conseguenze troppo severe, nelle urne, in seguito all'opera pur alacre della Corte di Giustizia; e ciò rende ancor più delicato il cospicuo ingerirsi di questa negli affari interni di tali Stati. A cinque anni da *Juizes Portugueses*, a tredici dalla nomina di Orbán a *Miniszterelnök* e a otto dall'insorgere della questione relativa all'indipendenza dei giudici polacchi, non pare che il quadro politico-costituzionale interno agli Stati coinvolti sia mutato nel senso auspicato. Anzi, a Ungheria e Polonia si sono aggiunte Romania e Malta – per ora. In vista, peraltro, di future adesioni, anche di Stati la cui compatibilità di fondo

[247] In tal senso, G. Pitruzzella, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, no. 3, p. 34 ss., ripercorrendo l'evoluzione del concetto di Stato di diritto nel moderno costituzionalismo, ravvisa come attorno ad esso, nelle sue diverse accezioni, si sia polarizzata la lotta politica nelle società europee – osservazione che, invero, non perde di attualità.

[248] Come nota A. Di Gregorio, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p.147 ss.

con i valori comuni dell'Unione non può in alcun modo darsi per scontata – men che mai, sull'onda emotiva di una guerra[249] – tale risultato dovrebbe senz'altro tenersi da conto, esaminandosene le cause con cura[250].

Sorge il dubbio, dunque, se ai giudici del Kirchberg non convenga retrocedere dalla linea *militante* assunta con la difesa dello Stato di diritto, e rileggere il conflitto costituzionale sottostante alla luce degli argomenti addotti dalle Corti costituzionali di quegli Stati, corroborando quel "dialogo" che ha da animarne gl'intenti rispettivi. Seguendo l'articolarsi di tali argomenti, la Corte di Giustizia potrebbe opporre le ragioni dell'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione a quelle addotte dalle Corti statali, e bilanciarle attraverso il parametro di valutazione offerto dal principio di essenzialità; rinunciando, quindi, a imporre la supremazia assiologica *tout court* della *rule of law* e, invece, prendendo a cuore le ragioni della certezza del diritto e della sovranità popolare dei singoli Stati. E ciò, si badi bene, anche se i rispettivi governi si catalogassero come euroscettici, o *sovranisti*: in una *comunità di diritto* quale l'Unione si definisce, non può essere l'ideologia politica di una maggioranza democraticamente eletta il *discrimen* per valutare un parametro – quello del reciproco limite tra gli ordinamenti – che invece dev'essere inteso e misurato in termini rigorosamente giuridici.

Certo, non può escludersi che, all'esito di opposti apprezzamenti, tra i giudici dello spazio euro-unitario permangano divergenze anche nette intorno a un caso determinato. Tuttavia, riconoscere il conflitto, da parte della Corte di Giustizia, significherebbe conseguire un risultato minimo prezioso: non trasformare il diritto dell'Unione nell'arma per imporre ragioni di parte *travisandole* da ragioni condivise. In quel caso, infatti, la degenerazione del conflitto in *scontro*[251] aprirebbe a scenari imprevedibili, in relazione ai quali, ove ridotto a veicolo di ragioni di parte, il diritto perderebbe ogni sua autorità – e, con essa, ogni sua capacità regolativa, lasciando campo libero alla forza.

Riconoscendo la sensibilità politica di ciascun caso – e rinunciando a *silenziarla* mercé l'azione omnipervasiva dello Stato di diritto – il giudice del Kirchberg, forse, perderebbe colpi nella missione che pare animarlo da sempre, e cioè promuovere l'applicazione del diritto dell'Unione fino a uniformazione completa. Nondimeno, si ammanterebbe di una nuova autorevolezza: quella di un giudice *euro-costituzionale* a tutto tondo, non sordo alle ragioni della diversità, bensì capace di chiamare alla

---

[249] Si veda, per un inquadramento del contesto storico-politico, G. Allegri, *Le difficoltà dei movimenti no war e del costituzionalismo critico europeo, al tempo della guerra russa all'Ucraina*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, 2022, p. 91 ss.; in prospettiva, F. Scaglione, *L'Ucraina di domani può spaccare l'Europa*, in *La guerra continua – Limes*, 2023, no. 1.

[250] Cfr. A. Nato, *L'adesione dell'Ucraina all'Unione europea: il processo di integrazione europea nel contesto bellico*, in *Diritticomparati.it*, 19 dicembre 2022; R. David, *Quelles conséquences pour l'UE en cas d'adhésion de l'Ukraine ?*, in *Publicsenat.fr*, 2 febbraio 2023, e E. Wax, *Metsola wants Ukraine EU membership talks to start this year*, in *Politico.eu*, 4 marzo 2023.

[251] N. Urbinati, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, 2020, p. 17 ss., *passim*.

collaborazione i suoi interlocutori e di costruire percorsi tesi a superare tale diversità col bilanciamento ragionevole di diritti e interessi[252].

Ci si chiede, infine, se non sia questo il lavoro che, in un quadro solcato da aspri, rampanti conflitti, percorso da un angoscioso risuonare d'armi, l'Unione s'aspetta dal suo massimo giudice.

***

ABSTRACT: In the last eighteen months, the separate efforts of the European Court of Justice and of the national constitutional courts in defining the normative content of the identity clause provided for in Art. 4(2) TEU walk on opposite directions. The hitherto fragmented, or rather opportunistic, national identitarian arguments point to a single pattern as for the scope and the structure concerned. Conversely, the Court of Kirchberg endorses a twofold, mutable approach: strictly *militant*, in some cases, but open to constitutional dialogue in others.
The work analyses recent national case-law to draw the basic traits of this single pattern and compares it with the approaches of the Court of Justice. Mutual divergences notwithstanding, as it will be highlighted, a common alphabet may be found which has potential to ease constitutional conflicts in the European space.

KEYWORDS: Identity – Primacy – Constitutional Courts – Court of Justice – Constitutional Conflicts.

***

Giuliano Vosa – Ricercatore t.d.*(b)* in Diritto costituzionale presso l'Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza. (giuliano.vosa@unict.it)

[252] S. Sciarra, *Seventy years of the Court of Justice of the European Union. Judicial Activism and Judicial Wisdom*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, no. 3, p. 1 ss.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'interruzione volontaria della gravidanza: da privilegio in base allo status civile a diritto della persona. Il cammino verso la modernità della Corte Suprema indiana *

Luca Dettori

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto politico, sociale e culturale e il ruolo delle caste. – 3. Il pluralismo giuridico indiano. – 4. La normativa sull'interruzione di gravidanza in India. – 5. Il ruolo della giurisprudenza della Corte Suprema indiana. – 5.1. Il caso *Suchita Srivastava v. Chandigarh Administration*. – 5.2. Il caso *Puttaswamy* – 5.2.1. L'uso della comparazione nel caso *Puttaswamy*. – 5.2.2. L'eredità sociale e culturale della sentenza *Puttaswamy* all'insegna della *privacy*. – 6. Il quadro dei diritti riproduttivi in India dopo il caso *Puttaswamy*: le conquiste e le restanti incertezze. – 7. La sentenza X v. NCT Delhi del 29 settembre 2022 che estende il diritto all'aborto anche alle donne single. – 7.1. La portata onnicomprensiva della sentenza X v. NCT Delhi – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La Corte Suprema dell'India, con una storica sentenza del 29 settembre 2022[1], ha stabilito che debba essere riconosciuto a tutte le donne indiane, senza distinzioni di status civile, il diritto a richiedere l'interruzione medica della gravidanza fino alla ventiquattresima settimana di gestazione in presenza di determinate circostanze.

Ha, inoltre, definito "aborto dopo uno stupro" anche l'interruzione della gravidanza dovuta a un rapporto non consensuale con il coniuge e ha riconosciuto alle minori, abusate e non, che interrompono la gravidanza, il diritto alla protezione della loro identità personale[2].

La Corte, nel proprio procedimento argomentativo, dopo aver sottolineato che la riproduzione è strettamente legata alla gestione autonoma del proprio corpo, ha ritenuto che il diritto di scegliere la contraccezione, il numero di figli e la necessità di interrompere la gravidanza non deve essere condizionato da fattori sociali e che non si possono negare le gravi conseguenze di una gravidanza indesiderata sulla vita di una donna, sulla sua salute mentale e su quella del nascituro, che dipende anche dal benessere mentale della madre.

A sostegno delle sue argomentazioni, la Corte ha richiamato i dati forniti dal *National Crime Records Bureau* indiano, che nel 2020 ha registrato più di 28.000 casi di

---

* Il contributo è stato sottoposto, conformemente al Regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] X v. NCT Delhi, Civil Appeal No 5802 of 2022.

[2] G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, in S. Choudhry - M. Khosla - P. B. Mehta (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford, 2016.

presunti stupri subiti dalle donne[3], uno ogni 18 minuti – una cifra che probabilmente sottostima il fenomeno, considerando i casi non denunciati per timore – e ha fatto riferimento anche ai dati sugli aborti illegali nel mondo, che secondo il *British Medical Journal*[4] vengono effettuati con procedure rischiose per la donna nel 67% dei casi, rilevando come i divieti non riducano il numero di interventi, ma incrementino il numero degli aborti clandestini, che sono i più a rischio.

La Corte Suprema, senza dichiarare incostituzionale la normativa in materia di interruzione della gravidanza contenuta nel *Medical Termination of Pregnancy (MTP) Act* del 1971, ha fondato la propria decisione su un'interpretazione estensiva delle esimenti espressamente previste da tale legge, al fine di garantire un più esteso accesso all'interruzione della gravidanza a tutte le donne, indipendentemente dallo stato civile, nel tentativo anche di arginare la forte discriminazione sociale e di genere e inquadrare il diritto all'interruzione della gravidanza all'interno del principio costituzionale della dignità della persona.

Nel presente lavoro si ricostruirà il complesso e contraddittorio contesto normativo di riferimento per poi passare a esaminare l'importante ruolo svolto dalla giurisprudenza della Corte Suprema indiana nel progressivo riconoscimento dei diritti riproduttivi, sino a giungere alla sentenza del 2022, cercando di mettere in luce non solo i profili strettamente giuridici, ma anche i risvolti etici e sociali, che hanno contrassegnato il dibattito sviluppatosi nella dottrina e nell'opinione pubblica, influenzando lo stesso operato della Corte e che confermano come l'India sia ancora oggi un fondamentale laboratorio del pluralismo giuridico *in action*. Si porrà, inoltre, in luce la tendenza della Corte Suprema indiana a dialogare con gli altri ordinamenti e a vagliare le varie possibili alternative provenienti dal diritto straniero per formare il proprio *case-law*, tenendo sempre a mente però la peculiarità della propria tradizione, del proprio diritto nazionale e della propria Costituzione. Si metterà, infine, in evidenza la portata innovatrice della giurisprudenza della Corte Suprema indiana che appare in controtendenza rispetto a derive conservatrici mostrate in altri contesti ordinamentali, quali quello statunitense.

2. *Il contesto politico, sociale e culturale e il ruolo delle caste*

Il contesto socioculturale indiano appare particolarmente complesso, in quanto per molti aspetti lontano dalla nostra realtà e soggetto a rapide e sostanziali trasformazioni di carattere politico ed economico[5].

[3] https://ncrb.gov.in/en.
[4] https://journals.bmj.com/home.
[5] A. Colbati, *India*, in *Quaderni del dipartimento di sociologia e ricerca sociale*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2010.

Si tratta di una realtà multiforme in quanto vive contemporaneamente di tradizioni millenarie ancora vive e determinanti[6]: dagli assetti familiari ed educativi, alla disuguaglianza e povertà fino ad un imperante analfabetismo e negazione di diritti e, allo stesso tempo, caratterizzata da una spinta verso la modernità, soprattutto da un punto di vista economico e tecnologico.

Quando dunque si indaga il sistema giuridico indiano si deve agire nella complessità, cioè in un percorso dove si intrecciano profili politici, religiosi, economici, culturali e giuridici che spesso sono stati causa di limitazioni ad un processo di emancipazione da quella che per gli indiani, sia uomini che donne è, sin dalla nascita, una «condizione già data»[7]. Il genere, la ricchezza, la povertà sono solo alcuni esempi di tali condizionamenti che segnano i soggetti secondo un ordine non solo casuale ma anche provvidenziale secondo una lettura religiosa[8]. Il ruolo della casta è ancora di primaria importanza in India e determina il suo assetto sociale in quanto, secondo l'ordine gerarchico culturalmente e religiosamente stabilito, la casta stabilisce l'appartenenza ad una determinata condizione immodificabile, per molti aspetti, per tutta l'esistenza terrena[9]. Ogni persona ha un preciso ruolo nella società e questo giustifica l'esistenza delle caste, cui si appartiene per nascita. Da un punto di vista politico, sociale e culturale, ragionare in termini di casta significa privare i soggetti di orizzonti di possibilità e appartenere ad una strada obbligata, a ruoli sociali spiritualmente e culturalmente definiti[10].

Secondo la logica induista[11], la libertà si ottiene quando l'anima viene liberata dal ciclo di rinascite. Dunque, la libertà si affermerà, forse, dopo la morte e dopo una numerosa serie di rinascite. Nascere in condizioni di povertà così come rinascere donna rappresenta una colpa per aver commesso dei peccati nelle precedenti vite. Perciò, gli elementi sociali, economici e culturali che costituiscono nel loro insieme la società indiana, aldilà delle credenze religiose, non consentono a chi vive ai margini, o in condizioni di ostracismo e povertà, di emergere ed emanciparsi dalla «condizione data»[12]. Tale concezione, pur essendo stata smantellata costituzionalmente[13], persiste ancora nell'apparato politico e nel retaggio culturale. L'indipendenza e la democrazia non hanno risolto tali pratiche che impediscono concretamente di garantire una

---

[6] H. Lerner, *The Indian Founding: a comparative perspective*, in S. Choudhry - M. Khosla - P. B. Mehta (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford, 2016.

[7] R. Sen, *Secularm and Religious Freedom*, in S. Choudhry - M. Khosla - P. B. Mehta (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford, 2016.

[8] G. Solanki, *Adjudication in Religious Family Laws: Cultural Accommodation, Legal Pluralism, and Gender Equality in India*, Cambridge, 2011.

[9] Ibid.

[10] M. Khosla, *Making social rights conditional: Lessons from India*, in Oxford University Press and New York University School of Law, 2010.

[11] R. Sen, *op.* cit.

[12] Ibid.

[13] T. Jain, *Sociological Jurisprudence and Social Change: Tracing the role of Supreme Court of India, High Court,* in Quarterly Review,Vol. 5, No. 3, 2009: p. 86 ss.

giustizia sociale per tutti[14]. Questo tipo di sistema ha anzi innestato nella mentalità della popolazione indiana l'esistenza di un principio di supremazia che si è poi tradotto in oppressioni subite da donne, bambini ed intere famiglie relegate in posizioni di subalternità[15]. Nel dominio del pensiero unico, in Occidente come in Oriente, nelle caste come nel libero mercato si trovano ostacoli ad intraprendere le strade dell'impegno etico-sociale, ossia un impegno verso il cambiamento che sia creativo e promotore di possibilità e di diritti per le donne, ma in generale per tutti gli "ultimi"[16].

Ancora oggi in India si avverte questo soffocamento delle strutture sociopolitiche da parte del Potere (sistema patriarcale, maschilismo, caste, ceti, classi sociali) che rappresentano stretti lacci rispetto alla progressione di una società in senso critico[17].

Questo spaccato storico, politico, religioso e culturale è lo sfondo che circonda la posizione della donna nel contesto indiano. Sin dal XIX secolo le donne erano trattate in modo diverso rispetto agli uomini in ragione di una consolidata differenza tra i sessi[18].

A partire dalla fine del XIX e l'inizio del XX secolo, comincia a nascere una vera e propria "questione della donna"[19], proprio perché comincia ad essere rilevata un'utilità della stessa in ragione della sua diversità rispetto all'uomo, essendo l'unica biologicamente in grado di procreare[20]. In tema di diritti riproduttivi questa premessa assume un'importanza cruciale[21], in quanto le barriere all'accesso all'aborto vengono ulteriormente amplificate in base alla casta e allo status socioeconomico (ad esempio, l'accesso all'assistenza sanitaria è asimmetrico tra l'India rurale e quella urbana)[22] e la discriminazione basata sulle caste influisce drasticamente con riguardo all'accesso ai servizi sanitari pubblici[23]. Il sistema delle caste «opera attraverso strutture e reti sia formali che informali»: nelle strutture sanitarie pubbliche si concede priorità in base

[14] Ibid.

[15] H. Kulke - D. Rothermund, *Storia dell'India*, Bologna, 2019.

[16] U. Baxi, *The Crisis of the Indian Legal System. Alternatives in Development: Law,* New Delhi, 1982 e I. Deva (a cura di), *Sociology of Law*, New Delhi, 2005.

[17] S.N. Balagangadhara, *Reconceptualizing India Studies*, New Delhi, 2012.

[18] R. Kumar, *the History of doing. An illustrated account of movements for women's rights and feminism in India 1800-1900*, London-New York, 1993.

[19] M. Berer, *Abortion Law and Policy Around the World*, in *Health Human Rights*.ì, 2017.

[20] D. Jain - P. Shah, *Reimagining Reproductive Rights Jurisprudence in India: Reflections on the Recent Decisions on Privacy and Gender Equality from the Supreme Court of India*, in Columbia University Journal, 2020.

[21] R.Mallik, *Negative Choice: Sex Determination and Sex Selective Abortion in India*, in *The Telegraph*, 2004.

[22] D. Barik - A. Thorat, *Issues of Unequal Access to Public Health in India*, in *Frontiers in Public Health*, 2015.

[23] S. George, *Reconciliations of Caste and Medical Power in Rural Public Health Services*, in *Economic and Political Weekly*, 2019.

ad un criterio di caste dominanti e inoltre la casta è uno dei principali fattori determinanti per gli aborti indotti[24]. Ciò dimostra come la giustizia riproduttiva sia in realtà una questione di giustizia sociale[25]. Non si possono ignorare i diversi contesti economici, politici e ambientali in cui le donne vivono la loro vita riproduttiva[26].

3. *Il pluralismo giuridico indiano*

Con il tempo sia il potere legislativo che il potere giudiziario indiani hanno dovuto fronteggiare il contesto parcellizzato e complesso che condannava la donna ad una posizione di minoranza sia sociale che giuridica rispetto all'uomo[27]. Grazie alla sua attività, soprattutto la Corte Suprema è intervenuta in ambiti in cui, sin dai tempo del colonialismo, le istituzioni statali erano state restie ad intervenire o dove gli interventi non erano stati comunque tali da garantire una astratta parità di diritti[28] , il tutto in un quadro giuridico come quello indiano costituito sulla base di una sovrapposizione, stratificatasi nel tempo, di un diritto positivo di origine statuale, di diversi sistemi di norme personali applicabili ai vari gruppi religiosi e di regole tradizionali regionali e locali[29].

L'ordinamento giuridico indiano è intrinsecamente pluralista[30]. Da un lato, la sua complessità è determinata dalla presenza di un variegato panorama etnico e religioso: la Repubblica Indiana ha, infatti, più di un miliardo di abitanti che sono suddivisi in diversi gruppi etnici, religiosi e culturali. Dall'altro, essa costituisce il risultato dell'evoluzione storica dello Stato indiano, ed in particolare del succedersi di diverse dominazioni straniere, le quali hanno profondamente influito sull'ordinamento nel suo complesso[31].

Nel diritto indiano contemporaneo, dunque, la complessità dell'ordinamento si manifesta, in primo luogo, come complessità strutturale[32]. All'interno dello stesso

---

[24] Ibid.

[25] J. S. Hendricks, *Body and Soul: Equality, Pregnancy, and the Unitary Right to Abortion*, in *Harvard Review*, 2010, p. 329 ss.

[26] L. Ross - R. Solinger, *Reproductive Justice: An Introduction*, in *University of California Press*, 2017.

[27] R. S. Meena, *Recent trends in Interpretation, International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies*, in *Universal Multidisciplinary Research Institute Pvt Ltd.*, Bangalore, 2016.

[28] F. Ahmed, *Religious Freedom Under the Personal Law System*, Cambridge, 2011.

[29] J. Griffiths, "*What is legal pluralism?*" in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1986.

[30] C. Eberhard - N. Gupta, *Legal Pluralism in India: An Introduction*, in *Indian SocioLegal Journal*, 2005.

[31] Ibid.

[32] Il pluralismo giuridico in India si riferisce alla coesistenza di più sistemi giuridici all'interno del Paese. Si caratterizza per la presenza e per il riconoscimento di diverse tradizioni giuridiche, tra cui leggi statali formali, leggi consuetudinarie, leggi personali basate sulla religione e leggi tribali. Tale pluralismo giuridico riflette le diverse identità culturali, religiose e regionali della società indiana.

sistema giuridico sono presenti un diritto territoriale derivante da modelli di *common law*, il quale deve essere rispettato indiscriminatamente da tutti i cittadini indiani e un insieme di diritti tradizionali, applicabili a ciascuno in base all'appartenenza ad una comunità religiosa[33].

In secondo luogo, l'ordinamento è caratterizzato da una profonda complessità culturale[34]: l'India è composta da diversi gruppi religiosi ed etnici, di cui il più importante è quello induista che raccoglie circa l'80% della popolazione ma ad essa si aggiungono 138 milioni di cittadini di religione musulmana e anche *sikh*, buddisti, parsi e cristiani[35]. Dunque, il pluralismo giuridico in India si fonda su fattori storici e socioculturali e riflette l'impegno del Paese a rispettare e preservare il suo diverso patrimonio culturale[36]. Da un lato, il pluralismo giuridico presenta delle sfide, come potenziali conflitti tra le diverse istanze giuridiche e incoerenze nella loro applicazione; dall'altro lato, il sistema giuridico indiano riconosce la validità delle varie tradizioni giuridiche e mira a trovare un equilibrio tra la diversità culturale e i principi sanciti dalla Costituzione. La diversità di culture che contraddistingue la nazione si ripercuote sul diritto, determinando la coesistenza di valori e istituti che hanno origini tra loro molto diverse.

Questa eterogeneità è il risultato di una progressiva stratificazione avvenuta nel corso dei secoli[37].

La Corte Suprema dell'India svolge un ruolo cruciale nella gestione del pluralismo giuridico; interpretando e armonizzando i diversi sistemi giuridici per garantire giustizia, equità e validità costituzionale[38].

Dunque, quando si approfondisce il sistema giuridico indiano, esso non può essere analizzato senza tenere a mente la continua interazione esistente tra una multiforme varietà di modelli indigeni e recepiti[39].

Il moderno assetto di questo ordinamento si è formato nel periodo di dominazione britannica attraverso l'importazione di istituti e norme di *common law*. Questi trapianti giuridici hanno avuto un significativo impatto anche sui diritti tradizionali preesistenti, i quali sono stati profondamente trasformati e, in parte, occidentalizzati[40]. D'altronde, non va dimenticato come, con il passare del tempo, gli

[33] A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, p. 363 ss.

[34] P. Parmar, *Indigeneity and Legal Pluralism in India: Claims, Histories, Meanings*, in Cambridge University Press, 2015.

[35] G. Solanki, *op. cit.*

[36] P. Parmar, *op. cit.*

[37] C. Eberhard - N. Gupta, *op. cit.*

[38] Per un approfondimento si veda A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato* (trad. it), Napoli, 1984.

[39] C. Eberhard - N. Gupta, *op. cit.*

[40] P. Parmar, *op. cit.*

stessi modelli occidentali trapiantati si siano adattati al nuovo contesto socioculturale diventando a loro volta autenticamente indiani[41].

Dopo l'Indipendenza, l'ordinamento ha ribadito la propria adesione agli istituti ed ai principi della tradizione di *common law*. Tuttavia, le norme e i valori tradizionali sono rimasti fondamentali nell'applicazione del diritto indiano contemporaneo: non solo i diritti personali continuano a disciplinare rapporti familiari e successori dei cittadini indiani, ma le norme tradizionali hanno allargato la propria influenza anche al sistema giuridico nel suo complesso.

I diritti tradizionali hanno dimostrato una particolare forza di resistenza nella competizione con le norme positive introdotte dal legislatore repubblicano, fornendo un interessante esempio della fragilità del formante legislativo rispetto ad altri elementi giuridici profondamente radicati nell'ordinamento[42].

In sintesi, la natura composita e pluralista del diritto indiano risulta essere un dato di fatto indiscutibile. Questo ordinamento può essere compreso solo analizzando quella pluralità di elementi culturali e religiosi che hanno contribuito alla sua definizione. Si tratta di fattori che continuano ad interagire gli uni con gli altri a diversi livelli gerarchici senza riuscire a raggiungere una definitiva collocazione e senza che uno di questi prevalga decisamente sull'altro[43].

Ogni singolo ordinamento è il risultato della competizione tra diversi formanti normativi e della recezione di ripetuti trapianti giuridici. Il diritto indiano, proprio a causa del suo evidente pluralismo interno, fornisce un chiaro esempio di come l'analisi di un sistema giuridico non possa limitarsi all'esame del singolo dato positivo ma debba tenere conto di molti altri elementi presenti all'interno dell'ordinamento stesso.

È importante sottolineare come la modernità ed il fenomeno della globalizzazione abbiano favorito ed accelerato il movimento di persone e ideologie tra gli ordinamenti e come questi fattori non possano che determinare un continuo ed inesorabile aumento del pluralismo interno dei sistemi giuridici nazionali e transnazionali[44]. In tale situazione di complessità, la Corte Suprema deve assumere il compito di far coesistere tutte le istanze tradizionali e moderne, plasmando le norme e le pratiche sociali in linea con l'obiettivo sociale previsto dalla Costituzione[45].

L'equilibrio tra la necessità di preservare le tradizioni culturali e la tutela dei diritti individuali, soprattutto nel contesto dell'uguaglianza di genere e dei diritti umani, rimane comunque una sfida continua.

---

[41] M. Khosla, *op. cit.*

[42] U. Baxi, *op. cit.*

[43] Ibid.

[44] Si veda, tra gli altri, R. La Porta et al., *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 2008, p. 285.

[45] G. Solanki, *op. cit.*

4. *La normativa sull' interruzione di gravidanza in India*

Da un punto di vista storico e culturale il richiamo all'aborto in India affonda le sue radici già nelle antiche scritture: *Rig Veda, Dhamra Sutras, Smritis*[46], tutti testi che menzionano e condannano la pratica abortiva come peccato[47]. Anche in scritti come *Mahabharata* e *Ramayana*[48] l'aborto viene largamente nominato e criticato. La consolidata visione indù della donna come oggetto di onore e rispetto sembra essere la ragione principale di tale deplorazione. Tuttavia, era presente una importante dualità nella visione indù: mentre gli antichi legislatori indù disapprovavano il procurato aborto severamente, lo ammettevano per casi difficili ed eccezionali. Questa linea di pensiero ed unica fonte riguardo all'approccio precoloniale è stata ricevuta in eredità dai colonizzatori britannici che hanno poi codificato la visione indiana in un approccio normativo. Una prima disciplina sull'aborto viene posta in essere dopo che, con l'approvazione del *Government of India Act* del 1858[49] non solo veniva liquidata la Compagnia delle Indie Orientali, ma si predisponeva il passaggio alla Corona Britannica delle funzioni precedentemente svolte dalla Compagnia: «*On August 2, 1858, less than a month after Canning proclaimed the victory of British arms, Parliament passed the Government of India Act , transferring British power over India from the East India Company , whose ineptitude was primarily blamed for the mutiny, to the crown. The merchant company's residual powers were vested in the secretary of state for India, a minister of Great Britain's cabinet , who would preside over the India Office in London and be assisted and advised, especially in financial matters, by a Council of India , which consisted initially of 15 Britons, 7 of whom were elected from among the old company's court of directors and 8 of whom were appointed by the crown*»[50].

Il legame coloniale fra la madrepatria britannica e l'India veniva, così, normativizzato tramite l'Atto del 1858 determinando importanti conseguenze sia in materia legislativa che giurisprudenziale. Ancora oggi, anche per tale significativo legame storico, in India, come nel Regno Unito, l'aborto è un reato ai sensi della sezione 312 del codice penale (*IPC*) del 1860, che prevede un divieto generalizzato di questa pratica definendola come l'intenzionale «provocazione di un aborto spontaneo» (*causing miscarriage)*[51]. La sezione 312 riconosce un'unica eccezione, ovvero

[46] https://www.britannica.com/topic/Hinduism/Sutras-shastras-and-smritis.

[47] R. P. Mohan, *Abortion in India, in Pi Gamma Mu*, in *International Honor Society in Social Sciences*, vol. 50 no. 3, 1975, p. 141 ss.

[48] Tra i capolavori della letteratura indiana antica, spiccano il Ramayana di Valmiki e il Mahabharata di Vyasa, i due colossali poemi epici (ma anche filosofici e teologici) che più di ogni altra opera costituiscono la "base culturale" di ogni sincero e devoto indù.

[49] Government of India Act, 2 August 1858, (https://www.britannica.com/place/India/Government-of-India-Act-of-1858).

[50] Ibid.

[51] The Indian Penal Code 1860 (ncw.nic.in. URL).

quando l'aborto è causato in «buona fede» per salvare «la vita della donna»[52]. In sintesi, escludendo i casi in cui l'interruzione della gravidanza avvenga per salvaguardare la vita della donna, la sezione 312 punisce la gestante con sette anni di carcere e/o una sanzione pecuniaria e chiunque volontariamente causa un aborto con la pena di tre anni di reclusione e/o una multa. Con ogni probabilità, considerando la storia e il sistema giuridico indiano[53], la sezione 312 dell'*IPC* trae origine dall'*Offences Against the Person Act*[54] del Regno Unito del 1861 che, nelle sezioni 58 e 59, prevede disposizioni simili rispetto alle quali, nel contesto indiano, si aggiunge certamente una stigmatizzazione della pratica dell'aborto legata a profonde radici religiose e morali della comunità tradizionale.

Date queste circostanze repressive, le donne indiane hanno dovuto ricorrere ad aborti non sicuri e clandestini, che hanno comportato elevati tassi di mortalità e danni alla salute ed è stato infatti ampiamente documentato che vietare o limitare l'aborto non elimina la domanda, ma elimina solo l'accesso ad aborti sicuri[55].

Così negli anni '60, in India si è aperto un dibattito politico per l'approvazione di una legge in materia di aborto indotto. Nel 1964 il Governo indiano ha istituito una commissione presieduta da Shantilal Shah[56], con l'incarico di elaborare una proposta di legge sull'aborto.

La Commissione Shah ha effettuato una revisione completa degli aspetti socioculturali, legali e medici dell'aborto e, nel 1966, ha presentato una prima relazione che raccomandava di legalizzare l'aborto al fine di prevenire il rischio di morte delle donne per motivi sia compassionevoli che medici.

Le raccomandazioni di questo comitato sono state accolte sei anni più tardi e hanno dato origine al già citato *MTP Act*, la legge sull'interruzione medica di gravidanza approvata dal Parlamento nell'agosto del 1971[57].

Occorre precisare che questa legge non abroga l'articolo 312 dell'*IPC*, che è tuttora in vigore e che, come abbiamo visto, qualifica l'aborto come reato, ma si

---

[52] S. S. Hirve, *Abortion Law, Policy and Services in India: A Critical Review*, in *Reproductive Health Matters*, 2004 p. 114 ss.

[53] Si veda, in particolare: M. Torri, *Storia dell'India*, Roma, 2007; S. Wolpert, *A New History of India*, Oxford, 1977.

[54] British Offences Against the Person Act, 1861, sezioni 58 e 59 (https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/section/58).

[55] Michelle Oberman, *The Consequences of El Salvador's Abortion Ban*, gennaio 11, 2018, (https://www.guernicamag.com/consequences-el-salvador); Michelle Williams, *Anti-abortion laws have dire public health consequences*, maggio 2019 (https://www.bostonglobe.com/opinion/2019/05/17/opinion-michelle-williams-anti- abortion-laws-have-dire-public-health consequences/O3fLh6tQSeSofoQNC1qAhL/story.html); *Human Rights Watch, It's Your Decision, It's Your Life – The Total Criminalization of Abortion in the Dominican Republic*, 2018 (https://www.hrw org/report/2018/11/19/its-your-decision-its-your-life/total-criminalization-abortion-dominican- Republic).

[56] K. D. Gaur, *Abortion and the Law in India*, in *dspace.cusat.ac.in*, 1991.

[57] S. Phadke, *Pro-choice or population control: a study of the Medical Termination Act*, 1971.

limita a prevedere che un medico accreditato non possa essere ritenuto colpevole di alcuna violazione di norme del codice penale o di ogni altra legge se interrompe una gravidanza nelle ipotesi disciplinate dallo stesso *Act*. L'esame della disciplina da questo dettata, nella sua versione originaria e in quella risultante dalle modifiche introdotte il 25 marzo 2021 con il *MTP (Amendment) Act* n. 8, è di conseguenza indispensabile per comprendere la portata della sentenza della Corte Suprema del 29 settembre 2022.

Secondo il testo originario del *MTP Act* la gravidanza può essere interrotta:

a) da un medico accreditato quando la gravidanza non supera le dodici settimane;

b) da almeno due medici, quando la gestazione supera la dodicesima settimana, ma non eccede la ventesima settimana.

In entrambi i casi devono ricorrere le seguenti circostanze:

i) la prosecuzione della gravidanza potrebbe comportare un rischio per la vita della donna o gravi problemi alla sua salute fisica o mentale;

ii) un rischio sostanziale che, se il bambino nascesse soffrirebbe di gravi anomalie fisiche e mentali tali da essere gravemente handicappato.

La legge specifica inoltre che se la donna incinta sostiene che la gravidanza è stata causata da uno stupro, l'angoscia causata da questa gravidanza deve essere considerata come una grave lesione della sua salute mentale. Inoltre, qualora una gravidanza dipenda da un difetto dei dispositivi o metodi contraccettivi impiegati da una donna sposata o da suo marito, l'angoscia causata da questa gravidanza non voluta deve essere considerata come una grave lesione alla sua salute mentale.

Nel determinare se la prosecuzione della gravidanza comporti il rischio di danno alla salute, si può tenere conto dell'ambiente in cui la gestante si trova o è ragionevolmente prevedibile che si trovi.

La legge prevede inoltre che nessuna gravidanza possa essere interrotta eccetto che con il consenso della donna incinta e, nel caso di una gestante minorenne o riconosciuta affetta da malattie mentali, il consenso del tutore legale è necessario.

È sufficiente l'avviso di un solo medico accreditato indipendentemente dalla durata della gravidanza e non devono ricorrere i presupposti precedentemente indicati nel caso in cui il medico ravvisi che l'interruzione della gravidanza sia immediatamente necessaria per salvare la vita della gestante[58].

Come si è detto, le previsioni del *MTP Act* non legalizzano l'aborto, ma, da un lato, escludono la punibilità del medico accreditato per praticare l'interruzione della gravidanza e, dall'altro, contengono delle previsioni che rappresentano esimenti rispetto al reato previsto dal codice penale indiano.

[58] Per un approfondimento, si veda A. Chandra - M. Satish - S. Shree - M. Saxena, *Legal Barriers to Accessing Safe Abortion Services in India: A Fact Finding Study*, in *Center for Reproductive rights*, Bengaluru, 2021.

La legge del 1971 attribuisce al Governo centrale il compito di adottare regolamenti attuativi e, conseguentemente, sono state emanate le *Medical Termination of Pregnancy (MTP) Rules* che hanno introdotto una disciplina dettagliata in materia, soprattutto riguardo ai requisiti richiesti per l'accreditamento dei medici e l'istituzione di un apposito registro.

A distanza di cinquanta anni dall'introduzione di tale normativa e dopo alcuni tentativi non andati a buon fine, con il *MTP (Amendment) Act* n. 8 del 25 marzo 2021 sono state introdotte significative modifiche alla legge del 1971. La nuova disciplina ha innalzato da dodici a venti settimane la durata della gestazione per la quale è possibile l'interruzione, sulla base del parere favorevole di un solo medico accreditato, e da venti a ventiquattro settimane quella per la quale è richiesto l'avviso favorevole di non meno di due medici accreditati, specificando tuttavia che tale estensione riguarda solo le categorie di donne individuate con regolamento di attuazione. La riforma ha altresì modificato la previsione relativa alla gravidanza provocata da un difetto dei dispositivi o dei metodi contraccettivi prevedendo che essa si applichi a ogni donna e al suo partner, senza che quindi sia più necessario che essi siano uniti da vincolo del matrimonio. In aggiunta, l'emendamento ha stabilito che le previsioni relative alla durata della gestazione non si applichino all'interruzione di gravidanza quando questa sia necessitata da sostanziali anomalie fetali diagnosticate da un *Medical Board* composto da un ginecologo, un pediatra e un radiologo e da altri membri. Infine, ha prescritto che il medico accreditato non debba rivelare il nome e altri particolari della gestante.

A fronte di queste nuove previsioni e della necessità di esplicitare le categorie di donne che possono accedere all'interruzione della gravidanza fino alla ventiquattresima settimana di gestazione, si è proceduto a un aggiornamento delle *MTP Rules*. Il testo delle *MTP (Amendment) Rules* del 2021 prevede che possano accedere all'interruzione di gravidanza entro le ventiquattro settimane:

(a) le sopravvissute a violenze sessuali, stupri o incesti;

(b) le minorenni;

(c) le donne che subiscono un cambiamento di stato civile durante la gravidanza, (vedove e donne divorziate);

(d) le donne con disabilità fisiche che si qualificano come "disabilità maggiori" secondo il *Rights of Persons with Disabilities Act* del 2016;

(e) le donne affette da malattie mentali;

(f) le donne con gravidanze in cui la malformazione fetale comporta un rischio sostanziale di essere incompatibile con la vita o un rischio per il bambino di soffrire di anomalie fisiche o mentali tali da essere gravemente handicappato;

(g) le donne incinte in contesti umanitari, disastri o situazioni di emergenza dichiarati dal Governo.

Da questo *excursus* sulla situazione normativa indiana sul tema dell'aborto, si evince tuttavia come il *MTP Act* sia stato approvato «in modo indipendente dal

movimento delle donne»[59] e come il suo vero obiettivo fosse quello di garantire la pianificazione familiare, ossia la progettazione e le modalità di formazione delle famiglie nucleari. Dunque, il diritto all'aborto non sembra essere stato minimamente al centro del dibattito, poiché l'ideologia dominante è stata il controllo della popolazione attraverso misure di pianificazione familiare, spesso coercitive[60]. Pertanto, il *MTP* è incentrato sul medico e non inquadra l'aborto in un quadro di giustizia di genere; è il medico che ha l'ultima parola sulla possibilità per una donna di abortire, poiché l'opinione del medico è decisiva in base ai motivi e alle restrizioni stabilite nei paragrafi 3 e 5 della Legge.

5. *Il ruolo della giurisprudenza della Corte Suprema indiana*

La legge che un paese adotta per regolamentare la pratica dell'aborto dipende anche dal tipo di sistema giuridico e dalla tradizione in cui essa si colloca[61]. Analogamente, anche il ruolo che la giurisprudenza può assumere, nel restringere o ampliare il diritto all'aborto, dipende in larga misura da questi fattori e spesso può avere un ruolo molto incisivo, di evoluzione e apertura, in ossequio all'identità costituzionale[62] oppure di preservazione della tradizione identitaria[63].

Infatti, sin dalla nascita dell'Unione indiana, si è assistito all'affermazione di una significativa divergenza tra identità tradizionale ed identità costituzionale. Mentre l'identità tradizionale mira a mantenere saldi i principi e le usanze secolari indiane,

---

[59] N. Menon, *The Impossibility of `Justice': Female Foeticide and Feminist Discourse on Abortion*, in *Contributions to Indian Sociology*, 1995 p. 369 ss.

[60] Ibid.

[61] H. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011; R. Lingat, *La tradizione giuridica dell'India*, Milano, 2003.

[62] Per quanto riguarda il concetto di "tradizione costituzionale", anche nel contesto indiano, ci si riferisce all'insieme di principi, valori e diritti fondamentali sanciti nella Costituzione, che è la legge suprema del paese. L'identità costituzionale indiana è basata, nello specifico, sui principi di democrazia, uguaglianza, giustizia sociale, libertà di espressione, diritti individuali e pluralismo che la stessa Costituzione del 1950 promuove.

L'identità costituzionale indiana afferma e promuove una società inclusiva, giusta e armoniosa, in cui tutti i cittadini godano di pari diritti e opportunità. In tal senso, la Corte Suprema indiana svolge un ruolo cruciale nell'interpretare il testo costituzionale e garantirne il rispetto in tutto il paese.

[63] Nel contesto indiano quando si parla di "tradizione identitaria" ci si riferisce ad un insieme di pratiche culturali e sociali, credenze, valori e norme che sono considerate fondamentali per l'identità di una determinata comunità o gruppo in India. La tradizione identitaria di riferimento svolge un ruolo importante nell'auto-identificazione e nel senso di appartenenza delle persone in India. Attraverso la partecipazione e il mantenimento delle tradizioni, le persone possono connettersi con le loro radici culturali, preservare il patrimonio storico e rafforzare il senso di identità collettiva. Il ruolo della tradizione identitaria può avere una valenza significativa sia nel diritto che nella giurisprudenza, perché da essa possono essere influenzati, purché, almeno in astratto, siano conformi ed in linea con i principi costituzionali di uguaglianza e non discriminazione.

l'identità costituzionale si prefigge di ridefinire l'ordine sociale, promuovendo giustizia, al fine di superare i limiti delle variegate identità tradizionali indiane. La stessa identità costituzionale si è evoluta con il tempo, plasmata da vari sviluppi sociali e giuridici e la Corte Suprema indiana ha svolto un ruolo cruciale nell'interpretare la Costituzione e nell'ampliarne la portata per affrontare le questioni e le sfide contemporanee tra cui proprio il riconoscimento del diritto all'autonomia, alla privacy e alla dignità riproduttiva, ampliando le garanzie costituzionali per assicurare le scelte degli individui e l'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva.

Nel complesso, le differenze tra le identità tradizionali e quelle costituzionali riflettono la transizione dalle strutture sociali tradizionali a un quadro democratico moderno basato sull'uguaglianza, la giustizia e i diritti individuali. L'evoluzione dell'identità costituzionale in India ha mirato a riconciliare queste differenze e a stabilire una società più inclusiva ed egualitaria, nel rispetto della diversità culturale e del contesto storico del Paese.

Nel caso specifico dei diritti riproduttivi, come si evince dal paragrafo precedente, la *ratio* sottostante al *MPT Act* non è stata, almeno inizialmente, quella di garantire l'autodeterminazione della donna e la sua autonomia riproduttiva, quanto quella di proteggere, in modo paternalistico, la donna da aborti non sicuri[64].

Ciononostante, a partire dagli anni 2000, il mancato riconoscimento a livello normativo di un diritto all'interruzione volontaria della gravidanza è stato superato da importanti sentenze della Corte Suprema, che ha iniziato un graduale percorso di riconoscimento dei diritti riproduttivi e delle donne, sino a giungere alla recente sentenza del 2022[65]. Le interpretazioni progressiste e le sentenze di riferimento della Corte Suprema hanno contribuito dunque a colmare, in parte, il divario tra identità tradizionale e identità costituzionale[66]. La Corte Suprema ha infatti utilizzato il quadro costituzionale per trasformare le norme sociali, sfidare le pratiche discriminatorie e garantire la protezione dei diritti fondamentali che la stessa Costituzione afferma.

[64] Si ricorda che gli aborti non sicuri sono in India la terza causa di mortalità materna, in tal senso si veda, *EPW Editorial, Right to Safe Abortion Care*, *in Economic and Political Weekly*.

[65] X v. NCT Delhi, Civil Appeal No 5802 of 2022.

[66] Si deve tuttavia precisare che in alcune aree esistono ancora forti tensioni e conflitti tra identità tradizionale e identità costituzionale. Alcune pratiche e credenze tradizionali possono persistere e conciliarle con i principi costituzionali può essere un processo complesso. Ad ogni modo la Corte Suprema cerca di continuare ad affrontare queste sfide, bilanciando la conservazione della diversità culturale e dei diritti individuali e sostenendo i valori costituzionali.

5.1. *Il caso Suchita Srivastava v. Chandigarh Administration*

Uno dei passaggi più significativi di questo lungo percorso, è rappresentato dal caso Suchita Srivastava v. Chandigarh Administration del 2009[67].

La Corte Suprema, in questa sede, ha stabilito che l'autonomia riproduttiva di una donna è parte del suo diritto fondamentale alla *privacy* e ha affermato che la decisione di avere o non avere un figlio dovrebbe essere della gestante, senza alcun intervento da parte dello Stato[68].

Questo caso affonda le radici in una decisione della *High Court* del Punjab di riconoscere l'interesse all'interruzione di gravidanza per una donna affetta da ritardo mentale. La donna era rimasta incinta in seguito ad un presunto stupro avvenuto mentre si trovata reclusa in un istituto di assistenza sociale gestito dal Governo, situato a Chandigarh. Scoperta la gravidanza, l'Amministrazione di Chandigarh si era rivolta all'Alta Corte per ottenere l'approvazione per l'interruzione della gravidanza.

L'Alta Corte del Punjab aveva esaminato un parere medico preliminare e aveva emesso poi l'ordinanza del 17 luglio 2009, disponendo l'interruzione di gravidanza nonostante la vittima avesse espresso la volontà di avere il figlio.

Il caso arriva, così, alla Corte Suprema indiana che prende in esame due questioni. La prima riguarda la decisione dell'Alta Corte del Punjab di autorizzare l'interruzione di gravidanza senza il consenso della donna. Come si è visto, il *MTP Act* dispone, al riguardo, che il consenso della gestante è essenziale perché si proceda all'aborto, ad eccezione dei casi di malattia mentale.

La Corte Suprema indiana sottolinea come vi sia una differenza importante fra malattia mentale e ritardo mentale, e ritiene di conseguenza non corretto l'ordine di esecuzione emesso dall'Alta Corte del Punjab. La seconda questione concerne la valutazione dell'effettiva incapacità mentale della donna di prendere una decisione libera e consapevole. La Corte Suprema si interroga su quali siano gli standard più appropriati al fine di esercitare la giurisdizione *Parens Patriae*[69].

Sulla base di queste due questioni, la Corte Suprema giunge alla conclusione che non è stato assicurato nel modo migliore l'interesse della donna, sia per essere andati contro la sua volontà, sia per aver messo a rischio la sua salute, essendo questa giunta alla diciannovesima settimana di gravidanza al momento dell'udienza.

---

[67] Suchita Srivastava & Anr vs Chandigarh Administration India, Civil Appeal No 5845 of 2009.

[68] Su questo tema si veda A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020. L'Autrice, parlando del sistema statunitense, chiarisce come il principio di autonomia abbia assunto nel contesto americano un significato ampio, inducendo a far rientrare il diritto alla procreazione nell'alveo del "*right to privacy*", ossia nel diritto di disporre completamente della propria vita privata e familiare, senza alcuna ingerenza governativa.

[69] Il termine *Parens Patriae* è derivato da un'espressione latina e significa "genitore della patria". È una competenza intrinseca dei tribunali che prendono decisioni su persone che non sono in grado di badare a sé stesse, come i bambini o gli incapaci.

A partire da questa sentenza, la Corte Suprema, per affermare il diritto all'interruzione o al proseguimento della gravidanza, utilizza come riferimento fondamentale i diritti delle donne alla *privacy* e all'autonomia corporea[70].

5.2. *Il caso Puttaswamy*

L'orientamento emerso nel caso appena descritto trova un momento decisivo di affermazione con il caso Puttaswamy[71], nel quale la Corte Suprema stabilisce all'unanimità che il diritto alla *privacy* è un diritto costituzionalmente protetto, oltre che accessorio rispetto ad altre libertà garantite dalla Costituzione.

La causa, intentata dal giudice in pensione dell'Alta Corte Puttaswamy contro il Governo indiano, contestava lo schema governativo che prevedeva una carta d'identità uniforme basata sulla biometria, necessaria per l'accesso ai servizi e ai benefici governativi. Il Governo sosteneva che la Costituzione non garantisse una protezione specifica per il diritto alla *privacy*. La Corte, all'unanimità, stabilisce, invece, attraverso argomentazioni dettagliate sulla natura dei diritti fondamentali, sulla Costituzione indiana e sulle basi teoriche e filosofiche della *privacy*, che tale diritto è un carattere essenziale della libertà fondamentale garantita dall'articolo 21 della Costituzione indiana che prevede che: «nessuno può essere privato della vita o della libertà personale se non in base alla procedura stabilita dalla legge», portando al superamento dell'indirizzo giurisprudenziale affermato in precedenti sentenze[72], nella misura in cui non veniva affermata l'esistenza di un diritto alla *privacy*.

In questa decisione la portata costituzionale del diritto alla *privacy* è rafforzata dalle opinioni concorrenti dei giudici, che riconoscono come questo diritto includa l'autonomia sulle decisioni personali (ad esempio, il consumo di carne bovina), l'integrità corporea (ad esempio, i diritti riproduttivi) e la protezione delle informazioni personali (ad esempio, la *privacy* delle cartelle cliniche). La Corte afferma inoltre che, nonostante il diritto non sia assoluto, esso ammetta restrizioni solo laddove queste siano previste dalla legge, corrispondano a uno scopo legittimo dello Stato e siano proporzionate all'obiettivo che si intende raggiungere.

L'importanza storica di questa decisione si evince da due fattori: in primo luogo, per arrivare ad eleggere il diritto alla *privacy* a diritto fondamentale, la Corte Suprema fa riferimento alla giurisprudenza internazionale, attraverso l'uso dell'argomento comparativo[73], in tema di diritto all'uso della contraccezione e accesso

[70] M.C. Metha, *In the Public Interest: Landmark Judgements & Orders of the Supreme Court of India*, New Delhi, 2009.

[71] Justice K.S. Puttaswamy (Retd) vs Union of India, Civil Appeal No 494 of 2012.

[72] M. P. Sharma and Others vs Satish Chandra, District on 15th of March, 1954 e Kharak Singh vs The State of Punjab on 9 March, 1977.

[73] T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents by Constitutional Judges*, Oxford Portland, 2013; P. Dann – A. K. Thiruvengadam, *Democratic Constitutionalism in India and the European*

all'aborto[74]; in secondo luogo, la Corte anticipa le successive sfide sull'interpretazione delle disposizioni del *MTP Act* utilizzando il nuovo diritto costituzionale della *privacy*.

5.2.1. *L'uso della comparazione nel caso Puttaswamy*

Sotto il profilo comparativo, il richiamo alla giurisprudenza internazionale nel caso Puttaswamy è estremamente interessante perché evidenzia la tendenza della Corte Suprema indiana a dialogare con gli altri ordinamenti e a vagliare le varie possibili alternative provenienti dal diritto straniero per formare il proprio *case-law*, tenendo sempre a mente però la peculiarità della propria tradizione identitaria, del proprio diritto nazionale e della propria Costituzione[75]. Parte della dottrina ritiene che fra i vari motivi che hanno indotto la Corte indiana a fare ricorso all'argomento comparativo[76] non manchi anche l'intento di manifestare, attraverso il ricorso ai precedenti stranieri, l'appartenenza della stessa Corte al circuito delle giurisdizioni democratiche, stabilendo un solido legame di rispetto con le proprie omologhe per consentire all'India di collocarsi tra gli ordinamenti democratici "illuminati". Per dirlo in altre parole, anche la Corte Suprema si è col tempo resa conto che un mancato allineamento di orientamento agli altri ordinamenti, soprattutto occidentali, nella tutela dei diritti fondamentali, avrebbe rappresentato un ostacolo per la politica estera dell'India; una tutela dei diritti fondamentali analoga a quei paesi avrebbe invece rappresentato il presupposto per l'affermazione dell'India quale potenza regionale[77].

Il giudice Chandrachud, che ha redatto la sentenza nel caso Puttaswamy, per avvalorare le sue argomentazioni, ha fatto riferimento, in chiave comparativa, al caso Griswold v. Connecticut[78], che ha abolito il divieto di possesso, vendita e distribuzione di contraccettivi alle coppie sposate, e al caso Roe v. Wade[79], che ha stabilito che le donne hanno il diritto costituzionale di interrompere la gravidanza, spiegando come l'accesso alla contraccezione e all'aborto sia parte integrante dei diritti alla *privacy* e della libertà delle donne, desunta da una concezione sostanzialistica

Union: Comparing the Law of Democracy, in P. Dann - A. Thiruvengadam (eds.), *Continental Polities*, Cheltenham, 2021.

[74] Inter alia: ECJ, Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, C-293/12 and C-594/12 (2014); ECtHR, Roman Zakharov v. Russia, App. No. 47143/06 (2015); U.S., Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); U.S., Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). University of Oxford Human Rights Hub Journal Vol. 3.

[75] P. Baruah - Z. Deva, *Justifying Privacy: The Indian Supreme Court's Comparative Analysis*, in M. P. Singh – N. Kumar (eds.), in *the Indian yearbook of comparative law,* 2018.

[76] T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*.

[77] Tali riflessioni sono proposte in M. Khosla, *Inclusive Constitutional Comparison: Reflection's on India's Sodomy Decision*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 4, 2011, p. 909 ss.

[78] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

[79] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

della *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti[80].

Esaminando il caso Griswold v. Connecticut, il giudice Chandrachud ha richiamato la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti secondo la quale le garanzie costituzionali creano "zone di *privacy*" all'interno dei rapporti coniugali e che queste zone devono essere «protette da eventuali restrizioni da parte del Governo»[81]. La possibilità di decidere se utilizzare la contraccezione senza il controllo dello Stato, ricalcando espressamente la dottrina della *penumbras* dei diritti fondamentali elaborata nel caso Griswold, ha segnato l'emergere della dottrina dei diritti riproduttivi così come esiste oggi in America e altrove, in base alla quale gli individui sono in grado di esercitare la propria libertà e autonomia decisionale sulla propria salute riproduttiva.

In tal modo, la Corte Suprema indiana ha utilizzato precedenti stranieri per avvalorare la *ratio* della propria decisione o comunque la motivazione della sentenza. L'*exemplum* straniero diventa così un nesso tra contesto e struttura costituzionale straniera e contesto e struttura costituzionale nazionale. La posizione privilegiata dalla Corte Suprema indiana in questo caso non è tanto "originalista", quanto "espressivista", nel senso di considerare anche l'evoluzione storica della stessa Costituzione, e "comparatista", sino al punto da fondare le proprie decisioni, entro certi limiti, anche sul ricorso all'argomento comparativo[82].

Infatti, citando la sentenza di maggioranza del giudice Blackmun nella causa Roe v. Wade, il giudice Chandrachud si sofferma su come il concetto di *privacy* enunciato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti abbia esteso la *privacy* personale all'autonomia decisionale nell'accesso all'aborto: «*The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, the Court has recognised that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution...This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon [S]tate action, as we feel it is... [is] broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*»[83].

Viene perciò accolta l'interpretazione del concetto di *privacy*, inteso come sinonimo di libertà, nel senso di "essere liberi da eventuali intrusioni" e la sentenza Puttaswamy è certamente cruciale per definire, in via più generale, il principio della libertà come «diritto di un individuo di essere libero da restrizioni o ingerenze sulla sua persona, sia che tali restrizioni o ingerenze siano imposte direttamente, sia che siano indirettamente provocate da misure calcolate»[84].

---

[80] Justice K.S. Puttaswamy (Retd) vs Union of India, Civil Appeal No 494 of 2012.

[81] Estratti della sentenza Griswold (n.36), citati nella sentenza Puttaswamy (n. 2) [134(ii)]. Si ricorda che con la dottrina delle penumbras dei diritti fondamentali, la Corte Suprema statunitense si era dotata di un potentissimo strumento argomentativo che avrebbe consentito il ricorso ad interpretazioni evolutive e promozionali dei diritti fondamentali.

[82] T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*; P. Dann – A. K. Thiruvengadam, *op. cit.*

[83] Roe v Wade (n. 37), citata in Puttaswamy (n. 2) [134(ii)].

[84] Ibid 358-59.

L'attenzione del giudice Chandrachud allo sviluppo del diritto costituzionale statunitense rispetto alla *privacy* offre una prospettiva comparativa sul diritto alla *privacy* e l'accesso all'aborto. Tuttavia, come rileva lo stesso giudice, questo approccio comparativo presenta dei limiti[85]. Sebbene l'India e gli Stati Uniti possano condividere sistemi giuridici di *common law* con costituzioni scritte, che conferiscono l'autorità costituzionale finale a una Corte Suprema in qualità di custode e traduttrice di diritti fondamentali in continua evoluzione, la cultura, lo status socioeconomico e gli approcci politici in tema di assistenza sanitaria finanziata dal Governo differiscono radicalmente[86]. Proprio per questo, nel caso Puttaswamy, l'uso della comparazione da parte della Corte Suprema indiana si arresta sulla soglia di un raffronto critico con i principi desumibili dai precedenti stranieri richiamati dalla sentenza[87], ribadendo però anche le specificità del contesto storico e culturale indiano e la necessità di evitare decisioni sganciate da questo contesto[88].

5.2.2. *L'ereditá sociale e culturale della sentenza Puttaswamy all'insegna della privacy*

Quando nel caso Puttaswamy la Corte Suprema afferma che il diritto alla *privacy* include «nel suo nucleo la conservazione delle intimità personali», tra cui, ma non solo, «la procreazione» e il «diritto di essere lasciati soli», la rilevanza e l'applicabilità di questa decisione ai diritti riproduttivi diventa evidente[89]. L'esercizio dei diritti riproduttivi di una persona, compreso il diritto di accedere all'aborto, può infatti dirsi saldamente fondato anche sul diritto alla *privacy* che, a sua volta, è radicato nei valori della libertà, dell'autonomia e della dignità[90]. Questo rapporto di derivazione è

[85] Per un'analisi più approfondita, si vedano: M. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, in *Cambridge University Press*, 2000; Obergefell v Hodges 576 US (2015) (US Supreme Court) e K. Gautam, *Obscenity, Internet, Free Press and Free Speech: Constitutions of India and the United States*, in *Journal of Comparative Law*, 2013.

[86] Shankar K, Bajpai (ed.), *Democracy and Diversity: India and the American Experience*, in *Oxford University Press*, 2006.

[87] T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*

[88] Ibid [168].

[89] A. Chandra - M. Satish, *Securing Reproductive Rights in Indian Courts*, in *Centre for Constitutional Law, Policy and Governance*, New Delhi, 2019.

[90] Sul principio di dignità nelle democrazie pluralistiche si veda su tutti P. Ridola, *Il principio di libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018. L'autore, nella prospettiva della (cross)fertilization, riflette come lo spazio culturale comune che fa da sfondo e da tessuto di sostegno all'ispirarsi dei giudici a comuni principi fondativi costituzionali è sempre il prodotto della storia, ma non solo della storia delle sovranità nazionali, perché deriva dalla forza di espansione del principio dignità, quale elemento fondamentale della convivenza di una comunità politica, come diritto di essere e diventare se stessi, di vivere la propria irripetibile unicità in rapporto

centrale e costituisce un forte elemento progressista delle argomentazioni dei giudici supremi, in quanto coniuga la componente intrinseca della dignità con quella connessa al principio di autodeterminazione. Come valore intrinseco, la dignità umana è un diritto o un interesse costituzionalmente protetto in sé. Nel suo aspetto strumentale, la dignità e la libertà sono inseparabilmente intrecciate, essendo ognuna uno strumento che facilita il raggiungimento dell'altra. La capacità dell'individuo di proteggere la sua zona di *privacy* consente la piena realizzazione del valore della libertà.

Il diritto alla *privacy*, come dichiarato nella sentenza Puttaswamy, ridefinisce la base costituzionale del quadro giuridico che circonda la pratica dell'aborto e, più in generale, i diritti riproduttivi in India, in quanto la creazione di un diritto costituzionale alla *privacy* crea potenzialmente una giustificazione per il riconoscimento di un diritto indipendente all'aborto[91].

Il punto focale della decisione sul caso Puttaswamy si rinviene nel collegamento tra la capacità degli individui di fare scelte di vita "essenziali" con il diritto alla *privacy*, rifiutando la concettualizzazione della *privacy* come diritto meramente spaziale e relazionale e considerando la *privacy* stessa quale postulato della dignità umana, che viene riconosciuta come parte integrante della tradizione costituzionale indiana[92].

La sentenza postula il sillogismo per cui se l'essere umano è privato della propria libertà di scelta viene messa in discussione la stessa inviolabilità della persona[93].

Creare un nesso tra il diritto alla *privacy* e i diritti alla libertà e alla dignità rende inevitabile che di lì in avanti le sfide relative al diritto all'aborto si basino su argomentazioni vertenti sulla libertà e sulla dignità[94] per rafforzare le prospettive di tutela del diritto alla salute, così da dare priorità tanto all'accesso e alla disponibilità di servizi e prestazioni quanto all'autonomia decisionale[95].

---

con l'irripetibile unicità degli altri e di fare esperienza della propria libertà come autodeterminazione in reciproco riconoscimento con la libertà degli altri di essere e diventare se stessi.

[91] S. Magill, *The Right to Privacy and Access to Abortion in a Post-Puttaswamy World*, in *University of Oxford Human Rights Hub Journal*, Vol. 3, 2020.

[92] "Privacy recognises the autonomy of the individual and the right of every person to make essential choices which affect the course of life. In doing so privacy recognises that living a life of dignity is essential for a human being to fulfil the liberties and freedoms which are the cornerstone of the Constitution", Puttaswamy (n. 2) [113].

[93] "Privacy", Stanford Encyclopedia of Philosophy (https://plato.stanford.edu/entries/privacy/).

[94] A. L. Allen, *Taking Liberties: Privacy, Private Choice, and Social Contract Theory*, in *Faculty Scholarship at Penn Carey Law,* 1987.

[95] P. Baruah, *Human dignity in adjudication: The limits of placeholding and essential con- testability accounts*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2014 p. 329 ss.

6. *Il quadro dei diritti riproduttivi in India dopo il caso Puttaswamy: le conquiste e le restanti incertezze*

Sulla portata e il significato della sentenza Puttaswamy si sono creati due diversi orientamenti: da un lato, coloro che hanno apprezzato la creazione di un'area di autonomia per le donne, grazie all'innalzamento del diritto alla *privacy* come diritto costituzionalmente garantito e protetto, all'interno della quale esse possano prendere decisioni indipendenti anche in relazione ai diritti riproduttivi[96], dall'altra parte, coloro che hanno criticato l'inquadramento effettuato, anche da un punto di vista storico, dei diritti riproduttivi delle donne all'interno della sfera della *privacy*[97].

Sotto il primo punto di vista, alcuni intellettuali e giuristi[98], così come vari movimenti femministi, valorizzando la potenzialità emancipatoria del diritto alla *privacy*, lo hanno riconosciuto capace di promuovere la creazione di una sfera di autonomia che consenta alle donne di prendere decisioni riproduttive indipendenti, garantendo così l'affermazione del principio di autodeterminazione[99].

Questa linea di ragionamento rispecchia il parere del giudice Chandrachud nella causa Puttaswamy, che, a sua volta, si è ispirato al lavoro di Anita Allen sulla «*privacy* impopolare»[100] per definire la *privacy* come comprensiva di sotto-diritti distinti e separati, come il diritto al controllo dello spazio, all'autonomia decisionale e al controllo delle informazioni. Senza *privacy* un individuo non può fare scelte personali intime (come la scelta di abortire o meno) senza l'interferenza del Governo. Inoltre, se lo Stato concedesse a tutti i cittadini un accesso e un controllo illimitati delle informazioni sulla riproduzione, la scelta di prendere decisioni socialmente stigmatizzate sulla salute riproduttiva diventerebbe più limitata a causa della negazione della riservatezza e della paura di ripercussioni, riducendo così l'accesso delle donne a importanti servizi sanitari.

Questa impostazione esalta una concezione liberale e privatistica dei diritti riproduttivi, concentrandosi sulla figura della donna come singolo individuo autonomo, portatore di diritti, attraverso i quali riesce a incrementare ed esercitare la propria libertà, tralasciando invece quella concezione dell'individuo che, calato all'interno di una comunità, in sincronia con questa, partecipa alla dimensione pubblica[101].

L'impostazione che critica la corrente di pensiero sinora descritta mette in evidenza come, il diritto alla *privacy*, di per sé, senza un'analisi di uguaglianza, sia

[96] U. Baxi, *The place of dignity in the Indian constitution*, in M. Düwell - J. Braarvig, - R. Brownsword - D. Mieth (eds.), in *The Cambridge handbook of human dignity*, Cambridge, 2014.

[97] A. Chandra - M. Satish - S. Shree - M. Saxena, *op. cit.*

[98] D. Jain - P. Shah, *op. cit.*

[99] M. Kamil, *Puttaswamy: Jury still out on some privacy concerns?* in *Indian Law Review*, 2017 p. 120 ss.

[100] A. L. Allen, *Unpopular Privacy: What Must We Hide?*, in *Oxford University Press*, 2011.

[101] Per un approfondimento sul tema si veda A. Di Martino, *op. cit.*

destinato a rivelarsi insufficiente come parametro di scrutinio della legittimità e della proporzionalità delle scelte normative che limitano l'autonomia riproduttiva delle donne[102]. Il concetto di autonomia femminile non può essere valutato solo sotto il prisma della libertà personale, ma deve essere calato all'interno dello specifico contesto storico e culturale nel quale le donne si autodeterminano. Ciò comporta una declinazione sinergica del rapporto tra l'autonomia individuale (che esige di rendere l'individualità della donna nelle scelte pressoché assoluta) e l'autonomia relazionale (che esige di valutare l'autonomia personale anche tenendo in considerazione il contesto lavorativo, relazionale e familiare in cui la donna si trova)[103].

L'orientamento critico riguardo la centralità della *privacy*[104], sostiene anche che è indispensabile assicurare un'analisi basata sull'uguaglianza che garantisca l'autonomia riproduttiva anche ai gruppi emarginati di donne[105].

Attiviste della giustizia riproduttiva come Loretta Ross e Dorothy Roberts[106] hanno sottolineato che concentrarsi sui diritti individuali, come il diritto all'aborto situato all'interno del diritto alla *privacy*, non affronta adeguatamente l'oppressione su più fronti[107]. La giustizia riproduttiva affonda le sue radici nella «convinzione che l'ineguaglianza sistemica abbia sempre plasmato le decisioni delle persone in merito alla procreazione e alla genitorialità, in particolare delle donne vulnerabili»[108].

Le preoccupazioni evidenziate da questo indirizzo femminista, che si propone di coniugare la difesa dei valori e dei diritti delle donne con quelli della comunità, caratterizzano anche il pensiero femminista della differenza. Questa corrente di pensiero si concentra soprattutto sul piano simbolico della libertà femminile, in cui si considera la donna non come individuo singolo, ma come parte di un ordine di relazioni originali e significative. In tal senso valorizza l'importanza di elaborare rapporti che alimentano la capacità delle donne di fare affidamento l'una sull'altra.

Del resto, anche la giudice Suprema americana Ruth Bader Ginsburg a suo tempo aveva sottolineato come l'attenzione alla *privacy* e all'autonomia decisionale si

---

[102] Molti autori ritengono che la fragilità del diritto alla *privacy* si rinvenga proprio nella storica sentenza della Corte Suprema americana Roe v Wade. Ad esempio, R. B. Siegel ha osservato che, nonostante la chiara protezione costituzionale dei diritti non enumerati nel Nono Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, la *privacy* continua ad avere una limitata "autorità politica" rispetto ad altri diritti fondamentali enumerati, compreso il diritto all'uguaglianza. Per una più approfondita analisi si veda R. B. Siegel, *The Unfinished Story of Roe v. Wade*, in *Yale Law School, public Law Research Paper No. 643*, 2018.

[103] A. Di Martino, *op.* cit.

[104] K. Bridges, *The poverty of privacy Rights*, in *Stamford Law book*, 2017.

[105] A. Chandra - M. Satish - S. Shree - M. Saxena, *op. cit.*; D. Jain, P. Y. K. Shah, *op. cit.*

[106] Si vedano su tutte: L. Ross, *Reproductive Justice as Intersectional Feminist Activism*, in 19 Souls 286, 2017; D. Roberts, *Punishing Drug Addicts Who Have Babies: Women of Color, Equality, and the Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1991.

[107] L. Ross - D. Roberts, *Radical Reproductive Justice*, in *The Feminist Press*, 2017.

[108] Ibid.

traducesse in un quadro frammentato[109] in cui le decisioni relative all'aborto, alla gravidanza e alla sessualità femminile erano viste in modo distinto, piuttosto che come parte di un contesto più ampio in cui le differenze di genere di donne e ragazze erano ignorate e minimizzate[110]. Secondo la giudice Ginsburg, ciò si risolveva in un approccio che non riusciva a «riconoscere le interrelazioni pratiche e a trattare queste questioni come parte integrante di un'unica, grande questione di uguaglianza sessuale»[111]. Secondo la Ginsburg era dunque necessario considerare i diritti riproduttivi, in particolare l'aborto, come una questione di autonomia individuale e di uguaglianza[112].

Con riferimento al caso indiano si è osservato che le rivendicazioni liberali dei diritti trattano i gruppi come omogenei, assumendo che tutte le donne, attraverso le classi e le culture, siano uguali[113], ignorando che gli effetti combinati delle gerarchie di classe e di casta in India condannano coloro che si trovano in basso a una trappola strutturale doppiamente rafforzata[114]. Un diritto assoluto all'aborto, individualizzato in un contesto di questo tipo, non ha senso se non si accompagna ad uno smantellamento delle barriere strutturali che impediscono a donne e ragazze di accedere all'aborto e ad altri servizi per la salute riproduttiva[115].

Secondo questo orientamento, non tutte le donne che si sottopongono all'aborto hanno la stessa posizione: le loro esperienze vissute le collocano in "zone grigie indeterminate" tra le due opposizioni "pro-vita" e "pro-choice"[116], mentre la celebrazione liberale della "scelta" non tiene conto del fatto che non tutte le scelte vengono fatte liberamente[117]. Molte donne cercano di abortire a causa di problemi strutturali che hanno un impatto negativo sulla loro capacità di crescere i figli (magari a causa di violenza domestica o per paura di perdere il lavoro o ancora per problemi finanziari)[118].

Le argomentazioni che si concentrano sull'autonomia decisionale, senza discutere di come la povertà e altre forme strutturali di discriminazione possano ostacolare lo stesso diritto all'autonomia, non considerano che le scelte sono

---

[109] R. B. Siegel, *Equality and Choice: Sex Equality Perspectives on Reproductive Rights in the Work of Ruth Bader Ginsburg*, in *Columbia. Journal Gender & l*, 2013.

[110] D. Jain - P. Shah, *op. cit.*

[111] D. H. Gnas, *Roe v. Wade: Ruth Bader Ginsburg's legacy invoked in abortion fight*, in *Constitutional Accountability Centre*, 2022.

[112] Ibid.

[113] D. Jain - P. Shah, *op. cit.*

[114] Ibid.

[115] S. Atrey, *Through the Looking Glass of Intersectionality: Making Sense of Indian Discrimination Jurisprudence under Article 15,* in *Equal Rights. Review*, 2016 p. 160 ss.

[116] Ibid.

[117] D. Jain, *Time to Rethink Criminalisation of Abortion? Towards a Gender Justice Approach*, in *NUJS Law Review*, Volume 12, Calcutta, 2019.

[118] S. Madhok et al., *On Reproductive Justice: 'Domestic Violence,' Rights and the Law in India*, in *culture, health & sexuality*, 2014.

modellate dalla costellazione di relazioni personali, istituzionali e sociali che costituiscono le identità individuali e collettive[119]. In altre parole, le nostre scelte devono essere collocate nel contesto in cui viviamo, che comprende strutture come il capitalismo, il patriarcato e le caste. La nostra libertà è socialmente costruita come le condizioni esterne che la rendono possibile o la limitano[120] .

7. *La sentenza X v. NCT Delhi del 29 settembre 2022 che estende il diritto all'aborto anche alle donne single*

Il 29 settembre 2022, la Corte Suprema dell'India, composta da un collegio di tre giudici, adotta una sentenza storica[121] con la quale stabilisce che tutte le donne, sposate o meno, hanno gli stessi diritti di accesso all'interruzione della gravidanza fino a ventiquattro settimane di gestazione fissati dalle disposizioni del *MTP Act* del 1971. Questa sentenza rappresenta un significativo passo avanti per i diritti delle donne in India, anche perché si pone come una decisione *omnibus* che tocca – anche se non risolve completamente – una serie di questioni che non riguardano solo la legge indiana sull'interruzione della gravidanza, ma che coinvolgono una rete più ampia di quadri giuridici intersecati, tra i quali si segnalano: la grave lesione alla salute mentale derivante dall'essere costrette a portare a termine una gravidanza indesiderata; il diritto all'interruzione della gravidanza delle ragazze minorenni; la criminalizzazione dello stupro coniugale (assente nella fattispecie di stupro definita dal codice penale indiano). In estrema sintesi, la Corte Suprema indiana compie diversi primi passi cruciali nel ripensare la legge indiana sull'interruzione della gravidanza, gettando le basi per futuri interventi su questi temi[122].

La controversia origina dal ricorso di una donna di venticinque anni, non sposata, alla quale a ventidue settimane di gestazione era stato negato dall'Alta Corte di Delhi[123] il diritto di abortire. Le ragioni che spingevano la ricorrente a non portare avanti la gravidanza erano molteplici: il fatto che il partner si era rifiutato di sposarla, esponendola allo stigma sociale derivante da una cultura poco avvezza a concepire un figlio fuori dal vincolo matrimoniale[124]; gravi difficoltà economiche; una predisposizione allo stress che si sarebbe potuta trasformare in trauma post-parto, danneggiando permanentemente la psiche della donna. Nonostante la ricorrente non rientrasse nella categoria di donne alle quali l'*MTP Act*, come integrato dalle *MTP*

[119] N. Bellanca, *Le possibilità del futuro*, Torino, 2018.
[120] D. Jain - P. Shah, *op. cit.*
[121] X v. NCT Delhi, Civil Appeal No 5802 of 2022.
[122] A. Lathy, *The Supreme Court of India's Landmark Abortion Ruling, Explained*, in *The Petrie-Flom Center for Health Law Policy, Biotechnology and Bioethics at Harvard Law School*, 2022.
[123] Delhi High Court, X vs State (Nct Of Delhi) & Anr. on 4th March, 2022.
[124] N. J. Hirschmann, *Freedom, Power and Agency in Feminist Legal Theory*, in Margaret Davies - Vanessa Munro (eds.), *the ashgate companion to feminist legal theory*, London, 2013.

Rules, consentiva l'interruzione della gravidanza, la Corte Suprema ha ribaltato il verdetto dell'Alta Corte di Delhi. Durante il dibattimento presso l'Alta Corte di Delhi, la donna aveva affermato che la legge, per come era stata formulata, violava i suoi diritti costituzionali essendo «arbitraria e discriminatoria per aver escluso le donne non sposate»[125]. L'interpretazione della Corte Suprema, rispetto al più volte citato *MTP Act*, è stata molto mirata e si è basata sulla constatazione che la legge, nel momento in cui garantisce una tutela alle donne per l'accesso all'interruzione della gravidanza, non intende marcare una distinzione sulla base dello stato civile e questo perché, in caso contrario, si tratterebbe di una legge manifestamente discriminatoria nei confronti delle donne non sposate, violando il loro diritto fondamentale all'uguaglianza: «*Certain constitutional values, such as the right to reproductive autonomy, the right to live a dignified life, the right to equality, and the right to privacy have animated our interpretation of the MTP Act and the MTP Rules*»[126].

Si nota, rispetto a precedenti sul tema, l'attenzione della Corte Suprema ad inquadrare l'autonomia riproduttiva della donna all'interno del principio di uguaglianza piuttosto che all'interno del più fragile diritto alla *privacy*[127]. A sostegno di tale inquadramento la Corte non manca di citare propri precedenti che, seppur vertenti su tematiche diverse, eleggono il principio di uguaglianza a baluardo della Costituzione indiana.

È il caso di Githa Hariharan contro la Reserve Bank of India[128], dove un collegio di tre giudici era stato chiamato a interpretare il termine «dopo di lui» nella sezione 6(a) dell'*Hindu Minority and Guardianship Act* del 1956. La questione vedeva la ricorrente, una donna sposata e con un figlio, richiedere alla convenuta, la Reserve Bank of India (RBI), l'emissione di obbligazioni a nome del figlio minorenne, firmandosi come suo tutore. Il convenuto aveva rispedito la richiesta alla firmataria, consigliandole di presentare la domanda firmata dal padre di suo figlio o di produrre un certificato di tutela da parte di un'autorità competente a suo favore. Il convenuto riteneva che il marito della firmataria fosse il tutore naturale in base alla Sezione 6(a) *dell'Hindu Minority and Guardianship Act* del 1956 (*HMGA*) che stabilisce espressamente che il tutore naturale di un minore indù, nel caso di un ragazzo o di una ragazza non sposata, è «il padre e dopo di lui la madre». La donna aveva contestato la validità costituzionale di questa disposizione presso la Corte Suprema, sostenendo che essa violava il diritto all'uguaglianza garantito dagli articoli 14 e 15 della Costituzione.

[125] Ibid.
[126] Ibid.
[127] G. Bhatia, *Abortion and Equality – Building Upon the Supreme Court's Judgment in X v NCT*, in *Indian Constitutional Law and Philosophy,* 2019.
[128] Ms. Githa Hariharan & Anr vs Reserve Bank of India & Anr on the 17th February, 1999.

La Corte Suprema, basandosi sui principi di uguaglianza di genere[129] sanciti dalla Costituzione indiana[130], dalla *CEDAW*[131] e dalla *UDHR*[132], interpreta in modo estensivo la parola «dopo di lui» contenuta nella disposizione nel senso di «in assenza di», confermando la validità costituzionale della Sezione 6(a) dell'*HMGA Act* del 1956 rispetto agli articoli 14 e 15 della Costituzione indiana. La Corte statuisce che sia il padre che la madre sono tutori naturali di un figlio minorenne indù e che la madre non può essere considerata tutore naturale solo dopo la morte del padre, in quanto ciò sarebbe non solo discriminatorio, ma anche contrario al benessere del bambino, tutelato dallo stesso *HMGA Act*.

Questa affermazione della Corte appare assai rilevante in quanto, stabilendo per la prima volta che un tutore naturale di cui all'*HMGA Act* del 1956 può essere un padre o una madre, ovvero chiunque sia in grado e disponibile a prendersi cura del bambino e sia profondamente interessato al suo benessere, rappresenta un' àncora per concludere che uomini e donne, allo stesso modo, sono legittimati ad autodeterminarsi e decidere liberamente della propria salute e della propria autonomia riproduttiva, ribadendo così l'importanza dell'uguaglianza di genere[133].

Ancora, la Corte Suprema cita un altro caso in cui il principio di uguaglianza sostanziale si staglia al di sopra di qualsiasi altro principio della tradizione indù o di qualsiasi riforma o decisione governativa. Si tratta del caso Devika Biswas v. Union of India[134]. Nel gennaio 2012, cinquantatré donne si erano sottoposte ad un intervento di sterilizzazione in Bihar, nel campo di sterilizzazione gestito da una ONG, la Jai Ambey Welfare Society, accreditata dalla Società sanitaria distrettuale, ma senza seguire alcuna procedura formale. Alle donne non era stata fornita alcuna consulenza sui potenziali pericoli o sugli esiti delle procedure di sterilizzazione e le operazioni erano avvenute in una scuola anziché in un ospedale, in modo non igienico e non etico, eseguite da un solo chirurgo alla luce di una torcia sopra una cattedra, senza acqua corrente né guanti sanitari. Molte donne, in conseguenza di ciò, avevano accusato forti dolori dopo l'operazione e avevano deciso di sporgere denuncia.

Dopo varie indagini, la Corte Suprema stabilisce che i convenuti hanno violato due profili dell'articolo 21 della Costituzione: il diritto fondamentale alla salute e i diritti riproduttivi.

---

[129] R. Kapur, *Gender Equality*, in S. Choudhry - M. Khosla - P. B. Mehta (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford, 2016..

[130] In particolare, gli articoli 14 e 15 della Costituzione indiana: https://legislative.gov.in/constitution-of-india.

[131] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) for Youth.

[132] Universal Declaration of Human Rights, December 10, 1948.

[133] Legal Information Stati Uniti*: Supreme Court of India*, Cornell Law School (https://www.law.cornell.edu/).

[134] Supreme Court of India, Devika Biswas vs Union of India, 14th September 2016.

La Corte conviene che la libertà di esercitare i diritti riproduttivi includa il diritto di scegliere la sterilizzazione sulla base del consenso e senza alcuna forma di coercizione. Nelle sue argomentazioni, la Corte fa riferimento al commento generale n. 22 sul diritto alla salute sessuale e riproduttiva emesso dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, nel quale si afferma che la salute riproduttiva è parte integrante del diritto alla salute. La Corte considera, inoltre, l'impatto che politiche di incentivi da parte del Governo possono avere sulla libertà riproduttiva dei gruppi più vulnerabili della società, le cui condizioni economiche e sociali non lasciano loro alcuna scelta significativa e li rendono i bersagli più semplici della coercizione. A questo proposito, la Corte afferma che «le politiche del Governo non devono rispecchiare la discriminazione sistemica prevalente nella società, ma devono mirare a porre rimedio a questa discriminazione e ad assicurare l'uguaglianza sostanziale [e che] le politiche e gli schemi di incentivazione siano resi neutri dal punto di vista del genere e anche l'inutile concentrazione sulla sterilizzazione femminile sia interrotta»[135]. Dunque, in questo caso, la Corte riconosce la necessità di rispettare e proteggere i diversi aspetti della salute riproduttiva, come delineato dalla normativa internazionale sui diritti umani. Inoltre, osserva che le politiche governative che riguardano le libertà riproduttive devono essere finalizzate a porre rimedio alla discriminazione sistemica che prevale nella società e a garantire l'uguaglianza sostanziale.

Tornando al caso in esame X v. NCT Delhi, la Suprema Corte, sulla falsariga del principio di uguaglianza, afferma che un'interpretazione restrittiva della disposizione del *MTP Act*, limitata alle sole donne sposate, renderebbe la norma discriminatoria nei confronti delle donne non sposate, violando così l'articolo 14 della Costituzione[136] e promuoverebbe lo stereotipo che solo le donne sposate hanno rapporti sessuali. La legge non deve individuare coloro che hanno la possibilità di interrompere la gravidanza basandosi su ristretti principi patriarcali, su ciò che costituisce il "sesso ammissibile", che creano classificazioni inique ed escludono gruppi in base alle loro circostanze personali[137]. I diritti all'autonomia riproduttiva, alla dignità e alla *privacy* sanciti dall'articolo 21 della Costituzione danno infatti alle donne non sposate il diritto di scegliere se avere o meno un figlio, al pari delle donne sposate[138].

L'importanza di questa decisione è, per l'appunto, il riconoscimento dell'autonomia riproduttiva e decisionale come aspetto di essenziale importanza per la realizzazione dei diritti fondamentali dell'essere umano.

---

[135] Ibid.

[136] L'articolo 14 prevede che lo Stato si astenga dal negare a chiunque l'uguaglianza davanti alla legge o la pari protezione delle leggi. Si veda T. Khaitan, *Equality: legislative review under Article 14*, in S. Choudhry - M. Khosla - P. B. Mehta (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford, 2016.

[137] R.A. Shams, *X v. NCT: One Step Closer to a Rights-Based Approach to Abortion in India?,* in *Oxford Human rights Hub, 2022.*

[138] Supreme Court of India, Civil Appeal No 5802 of 2022.

La Corte afferma che: «*the right of every woman to make reproductive choices without undue interference from the state is central to the idea of human dignity. Deprivation of access to reproductive healthcare or emotional and physical wellbeing also injures the dignity of women*»[139].

Nella sentenza non mancano riferimenti alla sentenza Puttaswamy, soprattutto alle argomentazioni che legano il diritto alla *privacy*, corollario della dignità dell'essere umano, al principio di autodeterminazione, anche perché il giudice Chandrachud, che aveva redatto all'epoca la *plurality opinion*, ha avuto un ruolo decisivo anche nella decisione di questo caso.

La Suprema Corte conclude quindi ribadendo come, nel contesto dell'aborto, il diritto alla dignità implichi il riconoscimento della competenza e dell'autorità di ogni donna nel prendere decisioni riproduttive, compresa la decisione di interrompere la gravidanza[140]. Sebbene la dignità umana sia insita in ogni individuo, essa è suscettibile di essere violata da condizioni e trattamenti esterni imposti dallo Stato. Il diritto di ogni donna di fare scelte riproduttive senza indebite interferenze da parte dello Stato è centrale per l'idea di dignità umana. Anche la privazione dell'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva o al benessere emotivo e fisico ferisce la dignità delle donne.

Ancorando il riconoscimento dei diritti riproduttivi alla dignità della persona, si giunge così ad interpretare i diritti riproduttivi includendo non solo il diritto di scelta, ma anche una costellazione di altri diritti: il diritto di accedere all'educazione e all'informazione sulla contraccezione, il diritto di accedere ad aborti sicuri e legali e il diritto all'assistenza sanitaria riproduttiva[141]. L'obiettivo, per aderire pienamente ai valori di cui la Costituzione indiana si fa portatrice, è quello di rimediare alle forme di svantaggio storico e abolire l'iniquità, lo stigma e le disabilità sociali nella società per raggiungere una reale uguaglianza tra tutte le persone.

Partendo da questa decisione della Corte Suprema si può ravvisare nella restrizione dell'accesso all'interruzione della gravidanza non soltanto un atto che danneggia gravemente l'autonomia decisionale, la dignità e l'integrità corporea della singola donna, ma anche un atto che discrimina il genere femminile e lo penalizza all'interno della società, osservando che la riproduzione è sia "biologica" che "politica": «*it is biological since physical bodies reproduce, and it is political since the decision on whether to reproduce or not is not solely a private matter. This decision is intimately linked to wider*

[139] «Il diritto di ogni donna di fare scelte riproduttive senza indebite interferenze da parte dello Stato è centrale per l'idea di dignità umana. Anche la privazione dell'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva o al benessere emotivo e fisico ferisce la dignità delle donne», Supreme Court of India, Civil Appeal No 5802 of 2022.

[140] J. Sindhu - V. A. Narayan, *How the Supreme Court's Abortion Judgment Strengthens the Right to Autonomy*, in *The Wire*, October 4, 2022.

[141] V. Undurraga, *Criminalisation Under Scrutiny: How Constitutional Courts are Changing Their Narrative by Using Public Health Evidence in Abortion Cases*, in *sexual and reproductive health matter*s, 2019.

political, social, and economic structures. A woman's role and status in family, and society generally, is often tied to childbearing and ensuring the continuation of successive generations»[142].

7.1. *La portata onnicomprensiva della sentenza X v. NCT Delhi*

Come si è detto in precedenza, la portata rivoluzionaria della sentenza risiede anche nel fatto che la Corte Suprema ha sfruttato la questione in esame per affermare una maggiore tutela alle donne minorenni che decidevano di interrompere la gravidanza e per risolvere una questione controversa legata al conetto di stupro coniugale[143].

Sotto il primo profilo, il *Protection of Children from Sexual Offences Act* del 2012[144] criminalizzava qualsiasi attività sessuale tra minori di diciotto anni ed imponeva a chiunque fosse a conoscenza di attività sessuali tra minori di segnalarle alla polizia per evitare sanzioni penali. Questo comportava che, quando le minorenni si rivolgevano ad un medico per abortire, il medico stesso ne informava le autorità.

La Corte Suprema ha affermato che, ai fini dell'interruzione di gravidanza, un medico non è tenuto ad informare le autorità se la minore e il suo tutore lo richiedono ed è esentato dal rivelare l'identità del minore in qualsiasi procedimento penale che segua alla denuncia di attività sessuale da parte del medico stesso.

Vi è di più perché la Corte Suprema ha anche liberalizzato l'accesso all'interruzione della gravidanza per le donne sposate rimaste incinte in seguito a uno stupro coniugale. In precedenza, infatti, il codice penale indiano prevedeva che il sesso forzato da parte del marito sulla moglie non costituisse stupro[145]. Tuttavia, la Corte Suprema ha osservato che, ai fini dell'interruzione della gravidanza, il termine "stupro" o "aggressione sessuale" include lo stupro coniugale.

La questione era stata deferita alla Corte Suprema dall'Alta Corte di Delhi e il nodo da dirimere era l'eccezione n. 2 della Sezione 375 del codice penale indiano, che stabilisce i quindici anni come spartiacque fra stupro legale e stupro criminale, nel senso che il rapporto sessuale o gli atti sessuali da parte di un uomo con la propria moglie, quando questa ha più di quindici anni, non devono essere perseguiti

[142] Supreme Court of India, Civil Appeal No 5802 of 2022, Part. F, n. 97, dove la Corte fa riferimento alla pubblicazione di Z. Luna, *Reproductive Rights as Human Rights. Women of Color and the Fight for Reproductive Justice*, in *New York University Press*, New York, 2020.

[143] B. Mishra, *Now all women are entitled to safe and legal abortion: Supreme Court: The court also for the first time recognised marital rape under the MTP Act*, in *Business Standard*, New Delhi, 2022 (https://www.business-standard.com/article/current-affairs/all-women-are-entitled-to-safe-and-legal-abortion-says-supreme-court-122092901080_1.html).

[144] https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/2079?sam_handle=123456789/1362#:~:text=An%20Act%20to%20protect%20children,connected%20therewith%20or%20incidental%20thereto, 2012.

[145] S. Choudhury, *Why Is Outlawing Marital Rape Still a Distant Dream in India?*, in *The Wire*, 2018.

penalmente, tranne in caso di separazione legale. All'interno dell'Alta Corte di Delhi, i due giudici, Rajiv Shakdher e C. Hari Shankar, si erano divisi: per il giudice Shakdher l'eccezione n. 2 violava l'articolo 14 della Costituzione, sull'uguaglianza davanti alla legge, mentre per il giudice Shankar non si evinceva tale violazione della Costituzione. Il giudice Shakdher nel suo giudizio scriveva, tra l'altro, che l'aggressione sessuale della moglie da parte del marito «deve essere definita stupro», che un reato è lo stesso «indipendentemente da chi ne sia l'autore» e che «quando lo Stato esenta atti criminali come il sesso forzato all'interno del matrimonio, si impegna inconsapevolmente in un'erogazione ineguale dei diritti conferiti dalla Costituzione». Inoltre, affermava che «il matrimonio moderno è un rapporto di eguali» e che «il sesso non consensuale distrugge il nucleo stesso del matrimonio». Secondo il giudice Shankar, invece, quando una donna decide di sposare un uomo, entra consapevolmente in una relazione di cui il sesso è parte integrante e dà a suo marito il diritto di aspettarsi relazioni coniugali significative. «Se, quindi, l'uomo, in una situazione del genere, le chiede, in una particolare occasione di avere rapporti sessuali, esercita un diritto che gli deriva dal matrimonio e chiede alla moglie di adempiere a un obbligo che deriva anche a lei dal matrimonio (…). Se la moglie rifiuta e il marito, comunque, compie atti sessuali con lei, per quanto si possa disapprovare l'atto, non può essere equiparato all'atto di stupro da parte di uno sconosciuto. Né l'impatto sulla moglie, in una situazione del genere, può essere equiparato all'impatto di una donna violentata da uno sconosciuto».

La questione, peraltro, ha registrato una presa di posizione significativa da parte del Governo indiano[146] che ha evidenziato la necessità di considerare l'impatto della decisione della controversia a livello della società e delle "relazioni familiari intime" e ha avvertito l'Alta Corte di Delhi che «con le realtà di base prevalenti in diverse parti della società di questo paese grande, popoloso e diversificato, prendere una decisione basata semplicemente sulle argomentazioni di pochi avvocati potrebbe non servire ai fini della giustizia». Anche la ministra per lo Sviluppo delle donne e dell'infanzia, Smriti Irani, rispondendo a un'interrogazione del Consiglio degli Stati, ha sostenuto che la tutela delle donne è una priorità, ma che «condannare ogni matrimonio in questo paese come un matrimonio violento e ogni uomo in questo paese come uno stupratore non è consigliabile»[147].

Pure in questo frangente può rilevarsi la compresenza, all'interno dello Stato indiano[148], di una tensione verso la modernità[149] e di resistenze al cambiamento che si

[146] S. Kalia, *On Marital Rape, Minister of Women's Development Says 'Every Man Is Not a Rapist'*, in *The Swaddle*, February 3, 2022.

[147] Secondo l'ultima indagine nazionale sulla salute della famiglia (National Family Health Survey), relativa al periodo 2019-21, quasi una donna su tre fra i diciotto e i quarantanove anni subisce abusi nell'ambito del matrimonio e circa il sei per cento subisce violenza sessuale.

[148] D. Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea*, Torino, 2010; R. Lingat, *La tradizione giuridica dell'India*, cit; S. K. Mitra, *Level Playing Fields: The Post-Colonial State, Democracy, Courts and Citizenship in India*, in *German Law Journal*, Vol. 9, n. 3, 2008, p. 343 ss.

manifestano attraverso la riaffermazione dell'attaccamento all'identità locale di tipo culturale, etnico, religioso, ricollegabile alla tradizione indù[150].

8. *Conclusioni*

I diritti riproduttivi sono centrali, nel dibattito politico e giuridico, tanto da apparire come i "diritti controversi" per eccellenza, perché a livello politico polarizzano le posizioni e sono uno dei segni distintivi che contrappongono la visione democratica e progressista a quella conservatrice, mentre a livello giuridico sono un potente metro di giudizio delle posizioni che le Corti Supreme assumono rispetto alle istanze e alle aspirazioni di giustizia della società contemporanea[151].

Il metodo comparativo è uno strumento essenziale per verificare come principi quali quelli di autodeterminazione e di dignità e il diritto alla salute, che alimentano la questione dei diritti riproduttivi, abbiano assunto, in ciascuna cultura costituzionale, uno specifico significato[152].

In molti sistemi giuridici l'aborto non è un diritto assoluto della donna. Le restrizioni a questo diritto in alcuni paesi sono imposte in nome del "diritto alla salute della madre", mentre in altri lo stesso diritto è limitato in nome del "diritto alla vita dell'embrione" e spesso il legislatore e le corti sono andati alla ricerca di un equilibrio tra gli interessi in gioco[153].

Nel caso indiano, pur in presenza di un contesto ancora fortemente maschilista legato alle tradizioni indù[154], sono stati compiuti importanti passi in avanti sul terreno

---

[149] D. Smith, *Induismo e modernità*, Milano, 2006.

[150] H. P. Glenn, *op. cit.;* R. Lingat, *La tradizione giuridica dell'India*, cit.; D. Amirante, *India*, Bologna, 2007; D. Smith, *op. cit.*

[151] J. S. Hendricks, *Body and Soul: Equality, Pregnancy, and the Unitary Right to Abortion*, in Harvard Law Review, 2010, p. 329 ss.

[152] G. Filippetta, *Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo, Atti della giornata di studi in onore di Paolo Ridola*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 10- 2019. L'autore riprendendo una citazione di Tolstoj contenuta in P. Ridola, *Il principio di libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, cit. afferma come il progetto costituzionale di autoemancipazione, di «liberazione nella libertà», combina principio libertà, principio dignità, principio di eguaglianza e principio pluralista e di come tale progetto è aperto all'intreccio inesauribile della pluralità dei progetti di vita. Si tratta di quell'intreccio inesauribile che è lo stare insieme libero ed eguale delle dignità di ciascuno, intendendo per dignità, in definitiva, «il posto che ad ogni uomo libero tocca di occupare nella sua irripetibile diversità».

[153] Neil B. Siegel - Reva Siegel, *Equality Arguments: Arguments for Abortion Rights*, in UCLA Law Review, 2013, p. 160 ss.

[154] Per un approfondimento generale sulla tradizione indù e sulla dimensione maschilista della tradizione indiana, si vedano tra gli altri, R. Guenor, *Introduzione generale allo studio delle dottrine indù*, Torino, 1965; P. Uberoi, *Freedom and Destiny. Gender, Family and Popular Culture in India*, in *Oxford University Press*, 2016; David D. Gilmore, *Manhood in the Making Cultural Concepts of Masculinity*, in *Yale University Press*,1991; U. Chakravarti - M. Krishnaraj, *Gendering Caste*, 2003; L. May, *Masculinity and*

del riconoscimento dei diritti della donna, non solo come singolo individuo titolare di una propria sfera di situazioni giuridiche protette, ma anche come componente di un gruppo sociale alla ricerca della sua piena emancipazione[155].

Come si è visto, il processo di ampliamento del diritto all'interruzione della gravidanza non si è arrestato al *MTP (Amendment) Act* del marzo 2021 ma è stato portato avanti grazie all'andamento progressista della giurisprudenza costituzionale[156]. La Corte Suprema indiana, inserendosi in un dibattito assai intenso tra giuristi e corti di vari sistemi giuridici del mondo[157], ha mostrato una costante volontà di superare inadeguatezze e arretratezze normative e pregiudizi sociali e di compiere passi in avanti in favore dei diritti delle donne[158], ponendosi in tempi recentissimi in controtendenza rispetto ad altri paesi, come ad esempio gli Stati Uniti d'America, che hanno registrato inaspettati arretramenti proprio su questo terreno[159].

Ci si riferisce in particolare, alla recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 2022, nella causa Dobbs v. Jackson Women's Health Organization[160], che ha operato *l'overruling* della risalente pronuncia in Roe v. Wade[161] del 1973[162],

---

Morality: Narrative in the New Media Ecology, in *Cornell University Press*, 1998; A. Sen, *L'altra India*, Milano, 2005; A. Rao, *The Caste Question*, in *University of California Press*., Los Angeles, 2009. Questi contributi forniscono preziose indicazioni sui fattori culturali, sociali e storici che contribuiscono alla persistenza di una logica maschilista in India. Inoltre, offrono prospettive critiche sulle dinamiche di genere, sulle strutture di potere e sull'impatto del patriarcato nella società indiana.

155 Tra le altre opere si vedano: C.A. Mackinnon, *feminism Unmodified: Discourses on life and law*, in *Harvard University Press*, 1987; N. Menon, *Abortion and the Law: Questions for Feminism*, in Can. J. Women & L., 1993; *Women's Emancipation and Civil Society Organisations: Challenging or Maintaining the Status Quo?* Edited by Christina Schwabenland, Chris Lange, Jenny Onyx, and Sachiko Nakagawa, Policy Press, 1st edition, October 5, 2016; S. Kaur, *Women's rights: a historical perspective*, in *The Indian Journal of Political Science*, Vol 70 n. 1, January-March 2009; International Justice Resource Center, *Women's Human Rights* (https://ijrcenter.org/thematic-research-guides/womens-human-rights/).

156 S.P. Sathe, *Judicial Activism: the Indian Experience*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 6, 2001.

157 M. Berer, *Abortion law and policy around the world*, in *Health and Human rights Journal*, 2017 (https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5473035/).

158 R. Kumar Mishra, *Judicial Activism a Pilgrim of Judiciary*, in *All India Reporter*, 2011.

159 Si veda su tutte: S. K. Bajpai (ed.), *op. cit.*

160 Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al., No. 19-1392, 597 U.S. (2022) del 24th June 2022.

161 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

162 Negli Stati Uniti d'America, prima della sentenza Roe v. Wade l'aborto era disciplinato da ciascuno Stato dell'Unione con legge propria, senza prevedere una disciplina unitaria a livello federale. Con i casi Roe v. Wade (1973) e Casey (1992), i Justices hanno supplito al silenzio del legislatore federale prevedendo, nel primo caso il riconoscimento del diritto costituzionale delle donne all'aborto, anche in assenza di problemi di salute per la gestante e/o per il feto, e per ogni altra circostanza non riconducibile alla libera scelta della donna, fino a quando il feto non fosse stato capace di vivere autonomamente fuori dal grembo materno e, per il caso fosse sussistito un pericolo di vita della donna senza alcun limite temporale e, nel secondo, di proibire le leggi che impongono un "onere indebito" nell'accesso all'aborto. Per un maggiore approfondimento, si veda A. Di Martino, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos 2-2022*.

argomentando che la storia americana e le tradizioni del popolo americano non riconoscono l'aborto come un diritto radicato nella loro cultura, che non esiste nella Costituzione americana alcuna norma che sancisca direttamente o indirettamente il diritto di aborto e che questo diritto non è riconducibile alla *liberty of person* protetta dalla *due process clause* del XIV Emendamento[163].

Il confronto tra questi due paesi è di grande interesse[164] se si considera che, nel corso della sua storia, la Corte Suprema indiana ha spesso elevato il modello statunitense e la giurisprudenza della sua Corte Suprema ad *exemplum*[165] e, avvalendosi anche di importanti "contaminazioni" presenti nel testo costituzionale[166], ha fatto di frequente ricorso alla comparazione[167] come strumento per supportare proprie argomentazioni o risolvere dirimenti questioni soprattutto riguardo i diritti umani[168].

---

[163] Per un approfondimento sulle interpretazioni della *due process clause* si veda A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 25 febbraio 2020.

[164] Shankar K, Bajpai (ed.), *op. cit.*

[165] In passato erano state sollevate molte critiche, sia ai giudici della Corte Suprema indiana sia ai giudici dell'Alta Corte di Delhi, su un uso spropositato del diritto straniero. Il giudice Mukharji, nel caso Shri Mahadieb Jiew v. Dr B. B. Sen, AIR 1951 Cal 563, parla di: «cieca e acritica adesione ai precedenti americani tale da imporre in India una Costituzione americana sotto la veste della Costituzione indiana».

[166] Sulla Costituzione indiana si veda C. Decaro, D. Amirante, E. Pföstl, *La Costituzione dell'Unione Indiana* (a cura di), Torino, 2013.

[167] V. R. Scotti, *La Corte Suprema dell'Unione Indiana e l'utilizzo del precedente straniero*, in P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2014. p. 61 ss. Cfr. anche M. Olivetti, *Note introduttive sulla giustizia costituzionale in India*, in G. F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006. p. 239 ss.

[168] Si pensi ad esempio al caso Ashoka Kumar Thakur v. Union of India, (2008) 6 SCC 1, avente ad oggetto la costituzionalità di norme che prevedono quote d'iscrizione scolastica riservate a studenti delle fasce sociali più svantaggiate e pertanto la legittimità degli interventi perequativi dello Stato a protezione dei segmenti più fragili della popolazione, dove il giudice Balakrishanan, sull'onda dei richiami alla giurisprudenza americana afferma: «I casi di azioni affermative decise negli Stati Uniti sono rilevanti. Ci mostrano come quella società ha affrontato il problema della discriminazione razziale. All'inizio vorrei chiarire che le decisioni dei paesi stranieri non sono vincolanti per i tribunali indiani. I tribunali indiani non hanno adottato gli standard americani di revisione. Ma le sentenze emesse dai tribunali statunitensi sulle azioni affermative hanno un grande valore persuasivo e possono fornire linee guida generali su come affrontare la nostra condizione prevalente [...]».

Si vedano anche la sentenza Suresh Kumar Koushal v. Naz Foundation del 2013, con la quale la Corte Suprema indiana, nel riformare il precedente della High Court of Delhi, che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 377 del codice penale indiano, in tema di repressione penale della sodomia e di qualunque comportamento sessuale definito contro «l'ordine naturale delle cose», citando il celeberrimo caso statunitense Lawrence v. Texas al fine di discostarsene, ha ripristinato la punibilità di tali comportamenti con la reclusione fino a dieci anni, nonché la sentenza Navtej Singh Johar v. Union of India (2018) 10 SCC 1, dove la Corte Suprema, riesaminando la questione di costituzionalità della sezione 377 del codice penale che criminalizza le attività sessuali tra persone dello stesso sesso, dichiara incostituzionale il reato di omosessualità (in questa situazione la Corte cita precedenti della

La decisione della Corte Suprema statunitense nel caso Dobbs[169] ha segnato una regressione che è stata ampiamente sottolineata dai Justices dissenzienti Breyer, Sotomayor e Kagan, e che rischia di porsi come esempio negativo, di incoraggiamento per coloro che si oppongono all'aborto al di fuori degli Stati Uniti[170].

Tuttavia, se è vero che la sentenza Dobbs sembra segnare una battuta d'arresto per l'affermazione dei diritti riproduttivi[171], è altrettanto vero che essa ci offre un importante insegnamento circa il fatto che i diritti acquisiti non sono eterni e non permangono da soli: essi vanno coltivati e continuamente riproposti attraverso una cultura dei diritti alla quale la comparazione può fornire un importante contributo[172], come dimostra proprio l'esperienza indiana con la sentenza della Corte Suprema nel caso X v. NCT Delhi, che crea una cornice di emancipazione per le donne il cui pilastro è l'autonomia decisionale in ordine a scelte importanti riguardanti il proprio corpo e il proprio benessere a prescindere dallo stato civile. Cosa certo non da poco, soprattutto se si considera che l'India conta all'incirca 73 milioni di donne non sposate.

Indubbiamente la giurisprudenza della Corte Suprema indiana non può essere considerata in astratto, prescindendo dalla specificità del tradizionalismo[173] e della storia indiana[174] e come se essa appartenga a una sorta di ordine giuridico globale in

---

Corte Suprema del Canada, della Corte costituzionale sudafricana e della Corte Suprema statunitense sulla natura dinamica di ogni costituzione, per poi tornare a insistere sul concetto di "*transformative constitutionalism*", come carattere proprio di ogni Costituzione e in particolare di quella indiana), sul punto di veda A. Schillaci, "*Life without dignity is like a sound that is not heard": dalla Corte Suprema dell'India, l'ultima parola sulla section 377 del Codice penale*, in *Rivista dei Diritti Comparati*, 5 novembre 2018.

Infine, emblematico è anche il caso Bachab Singh v. State of Punjab del 1980, nel quale la Corte ha confermato la legittimità costituzionale della pena di morte e dove si rinvengono accanto ad una generale comparazione sulle differenti posizioni in materia di pena di morte, che giunge a richiamare le opinioni di Cesare Beccaria, riferimenti ai casi statunitensi Furman (Fuman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972) e Gregg (Gregg v. Georgia, Proffitt v. Florida, Jurek v. Texas, Woodson v. North Carolina, and Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 153 (1976).

169 A Buratti, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Rivista dei Diritti Comparati*, 14 luglio 2022.

170 R. Kaufman, *With its Regression on Abortion Rights, the U.S. is a Global Outlier*, in *Center for Reproductive Rights*, August 9, 2022.

171 Si veda, A. Di Martino, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Rivista Nomos, 2-2022* e L. Poli, *Donne senza voce e diritti riproduttivi negati nella sentenza della Corte Suprema Americana in Dobbs v. Jackson*, in *Rivista dei Diritti Comparati*, 26 luglio 2022.

172 Sul profondo significato, anche e forse soprattutto culturale e le funzioni pratiche della comparazione su tutti si vedano le opere di P. Ridola, dalle quali emerge una concezione del diritto pubblico comparato ma, in generale, del diritto intrisa di una forte matrice culturale e storica.

173 R. Lingat, *La tradizione giuridica dell'India*, cit; D. Francavilla, *op. cit.*; S.N. Balagangadhora, *Reconceptualizing India Studies*, in *Oxford University Press*, New Delhi, 2012.

174 D. Amirante, *India*, cit.; U. S. Mehta, *Indian Constitutionalism: crisis, unity, and history*, in S. Choudhry - M. Khosla - P. B. Mehta (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford, 2016.

via di progressiva formazione, ma non si può di sicuro escludere che essa possa diventare un punto di riferimento per altri paesi che sono ancora in cammino verso il pieno riconoscimento della dignità della persona e, in particolare, della dignità delle donne.

Con la sentenza nel caso X v. NCT Delhi l'India è riuscita a realizzare un significativo distacco dalla tradizione esclusivamente patriarcale[175], che fino ad oggi imperava sul tema dell'interruzione della gravidanza, ed è pervenuta anche ad una efficace attuazione del principio di autonomia delle donne, che certo riuscirà a realizzarsi completamente solo se alle decisioni della Corte Suprema si accompagneranno cambiamenti materiali, sociali e culturali, che però quella sentenza è in grado di favorire[176].

Per il comparatista, inoltre, la sentenza della Corte Suprema indiana rappresenta un'occasione importante per riflettere sui risultati che si possono raggiungere applicando ai diritti riproduttivi la lente della dignità e del principio di non discriminazione e sulla complessità dei rapporti che sempre si stabiliscono tra l'interpretazione giuridica, attese di libertà e di giustizia e il retaggio della tradizione.

***

ABSTRACT: This paper explores the controversial issue of the assertion of reproductive rights in India, with a focus on the central role that the Indian Supreme Court has assumed in the assertion, development and safeguarding of these rights. Specifically, the shift in the legal parameter used by the Court will be highlighted: from an initial emphasis on the right to privacy to an argumentative priority centred on the dignity of women. The paper opens with an examination of the historical evolution of Indian legislation on the termination of pregnancy, without neglecting to specify the political, social and cultural context surrounding the succession of laws and pronouncements of the Supreme Court over time. Reviewing some of the Supreme Court's most emblematic judgments on reproductive rights, this paper argues that these judgments have been crucial in challenging restrictive provisions of

[175] La tradizione indiana privilegia i figli maschi, l'attesa di un figlio maschio nelle famiglie indiane ha determinato negli anni milioni di aborti di figlie femmine e questo ha comportato anche una grande disparità tra i sessi anche a livello anagrafico, con gli uomini che superano, ancora oggi, di gran lunga le donne nella società indiana. A tal proposito si veda R. Guenon, *Introduzione generale allo studio delle dottrine indù*, Torino, 1965. Si veda anche D. Smith, *Induismo e modernità*, cit.; A. Sen, *The Argumentative Indian: Writings on Indian History, Culture and Identity*, London, 2006; Kumkum Sangari, *Recasting Women: Essays in Colonial History*, New Jersey, 2004; U. Chakravarti, *Gendering Caste: Through a Feminist Lens*, Newbury Park, 2018. Queste opere approfondiscono vari aspetti della lotta per la parità di genere, del patriarcato e delle esperienze femminili nella società indiana, fornendo preziose indicazioni sulle sfide affrontate dalle donne e sulle più ampie dinamiche sociali in gioco.

[176] D. Francavilla, *op. cit.*

the MTP Act, often through the use of comparison as a means of validating its arguments. In fact, the Court has gradually, also through cross-fertilisation, placed increasing emphasis on the dignity of women as a fundamental aspect in assessing the constitutionality of abortion laws. In order to guarantee this access to pregnancy termination in India, it is necessary to challenge entrenched socio-cultural conditions, including the societal stigma and discrimination faced by women, inadequate healthcare facilities and regional disparities in this area. The very recent X v. NCT Delhi judgment is only the latest example of this Court activism, which has allowed an unmarried woman to terminate her pregnancy within the twenty-four weeks stipulated in Section 3(2)b of the MTP Act, noting that failure to recognise this right would constitute a violation of the constitutional principle of equality. In doing so, the Supreme Court assumed the role of the demiurge of a more advanced and modern vision of reproductive rights and access to voluntary termination of pregnancy.

KEYWORDS: India - Supreme Court of India - right to privacy - human dignity - principle of equality.

***

Luca Dettori – Dottore Magistrale in Giurisprudenza, "Sapienza" Università di Roma (luca95dettori@gmail.com)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Uso e abuso dell'istituto referendario nei recenti processi costituzionali*

Tania Abbiate

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso tunisino: l'approvazione della nuova Costituzione tramite referendum. – 3. Cile: il rigetto via referendum della nuova Costituzione. – 4. Kazakistan: il referendum costituzionale come mezzo per guadagnare supporto politico. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Mentre gli anni '80 del secolo scorso hanno inaugurato un periodo di sviluppi costituzionali nel solco della democrazia liberale, recentemente si è aperta una nuova fase del costituzionalismo che ha messo in discussione lo Stato costituzionale di diritto.

In molteplici Paesi si registra infatti una regressione democratica, non per mezzo di colpi di stato, ma tramite il ricorso a strumenti propri delle democrazie costituzionali, come i referendum o le decisioni delle Corti costituzionali[1]. Talvolta poi il decadimento democratico è l'effetto di una serie di mutamenti istituzionali che singolarmente non paiono pericolosi, ma considerati nel loro insieme mettono in discussione gli elementi strutturali della democrazia costituzionale, quali la separazione dei poteri, il principio di indipendenza della magistratura e/o la tutela dei diritti fondamentali[2]. Si realizza così una sorta di eterogenesi dei fini per cui istituti giuridici propri del costituzionalismo di matrice liberal-democratica vengono utilizzati da leader politici che mirano ad un rafforzamento della loro posizione e propongono

* Il contributo è stato sottoposto, conformemente al Regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 4, p.70 ss. Si veda anche A. Lührmann – S.I. Lindberg, *A New Way of Measuring Shifts Toward Autocracy*, in S. Aydin-Düzgit et al., *Post-Cold War Democratic Declines: The Third Wave of Autocratization*, Carnegie Europe 1, 27 giugno 2019, reperibile al link: https://carnegieeurope.eu/2019/06/27/post-cold-war-democratic-declines-third-wave-of-autocratization-pub-79378: «instead of coups conducted by military officers, democratically elected incumbents have been responsible for more than two-thirds of all episodes of contemporary autocratization»; K. Collin, *Populist and authoritarian referendums: The role of direct democracy in democratic deconsolidation,* in *Brookings Institution,* 2019, p. 1 ss.

[2] T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi*, *cit.,* p. 70. Si veda anche: V.R. Scotti, *Constitutional dismemberment via referenda: a comparative overview*, in *Revista de Investigações Constitucionais,* 2020, p.795 ss.

modelli alternativi alla democrazia costituzionale[3]. Si può parlare a tal proposito di "transizioni al contrario" ed è rilevante notare che questo scivolamento graduale verso regimi non democratici riguarda in particolare l'assetto dei poteri pubblici, come gli organi giurisdizionali, la forma di governo e l'organizzazione dei poteri locali), più che il catalogo dei diritti, a testimonianza di quanto siano importanti anche nei regimi autoritari le costituzioni di facciata e della diffusione della retorica dei diritti umani[4].

In ambito costituzionalistico, il fenomeno viene descritto con numerose espressioni[5] e le sue caratteristiche sono diverse da contesto a contesto, anche se è possibile riscontrare alcuni tratti comuni.

Una delle costanti di questa involuzione in senso illiberale è infatti il ricorso all'istituto referendario nell'ambito dei processi costituenti o di revisione costituzionale[6]. Benché parte della dottrina distingua tra referendum di approvazione di un nuovo testo e referendum relativi a modifiche costituzionali[7], in questo contributo verrà utilizzata l'espressione "processi costituzionali" per descrivere entrambe le evenienze.

L'utilizzo dello strumento referendario nell'ambito dei processi costituzionali è notevolmente aumentato negli ultimi decenni[8] ed è stato accompagnato da un ampio

---

[3] Emblematiche a riguardo sono le esperienze di Cina, Turchia, Ungheria.

[4] Sul ruolo della costituzione negli Stati autoritari, v. T. Ginsburg - A. Simpser (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, 2014; H. Alviar Garcia - G. Frankenberg (eds.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, 2019; v. anche T. Groppi, *Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese nel XXI secolo*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 1, p. 1 ss.

[5] Basti in questa sede ricordare i seguenti termini: a*busive constitutionalism, constitutional retrogression, constitutional capture, constitutional rot, abusive constitutionalism, constitutional crisis, democratic decay, democratic recession, democratic degradation, democratic erosion, democratic backsliding, democratic deconsolidation, democratic disconnect, democratic crisis, democracy in retreat, democratic decay*. Sui diversi termini si veda: T. Ginsburg – A. Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018.

[6] Sul tema si veda almeno: G. de Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa*, in *Giur. cost.,* 1994, p. 1339 ss. R. Albert, *Constitutional Amendment and Dismemberment*, in *The Yale Journal of International Law*, 2018, p. 1 ss.; V. Piergigli, *Revisione costituzionale e partecipazione popolare: uno sguardo comparato,* in *Federalismi.it*, 2016, n. 2, p. 1 ss.

[7] Si veda a tal proposito: Z. Elkins – H. Alex Hudson, *The Constitutional Referendum in Historical Perspective*, in D. Landau – H. Lerner (eds.) *Comparative Constitution Making*, Celtenham, 2019, p. 142 ss. Yaniv Roznai ha proposto la distinzione tra potere costituente primario (elaborazione di una nuova costituzione) e potere costituente secondario (revisione costituzionale): v. Y. Roznai, *The Spectrum of Constitutional Amendment Powers*, in R. Albert – X. Contiades – A. Fotiadou (eds.*), The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, 2017. Più in generale, in materia di ricorso al referendum per modifiche costituzionali si veda: I. Nugraha, *Popular Sovereignty and Constitutional Referendum: Can "The People" be Limited by Human Rights,* in *German Law Journal*, 2022, p. 19 ss. Più in generale per una classificazione dei referendum si veda: M. Suksi, *Bringing in the People*, Leiden, 1993.

[8] D. Moekli, *Introduction to the Legal Limits of Direct Democracy*, in D. Moeckli – A.Forgács – H. Ibi (eds.), *The Legal Limits of Direct Democracy,* Celtenham, 2021, p. 2: «use of these instruments is increasing: in 2006, 18 referendums were held in European countries; by 2016, this number had risen to 58». Si veda anche: L. Morel, *Type of*

dibattito dottrinale che vede da un lato i sostenitori di tale istituto e dall'altro osservatori più scettici e reticenti.[9] Molteplici autori hanno sottolineato i limiti della democrazia diretta, specialmente a livello di stati nazionali, con l'unica eccezione della Svizzera, che presenta però caratteristiche uniche dovute alla forma di governo direttoriale[10]. Altri hanno invece messo in luce come il referendum permetta al popolo di esprimersi direttamente su questioni di interesse collettivo promuovendo così il senso di appartenenza della comunità alla cosa pubblica[11].

Indubbiamente il crescente ricorso allo strumento referendario si spiega con la maggior attenzione riservata alla partecipazione popolare nei processi costituenti. A differenza delle ondate costituzionali del passato, i recenti processi costituenti si caratterizzano infatti per un certo grado di apertura alla partecipazione dei non addetti ai lavori[12]. Tuttavia, il coinvolgimento del corpo elettorale nei processi

---

referendums, provisions and practices at national level worldwide, in L. Morel – M. Qvortrup, *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy,* Abingon and New York, 2020. Z. Elkins – A. Hudson, *The Strange Case of the Package Deal: Amendments and Replacements in Constitutional Reform,* in R. Albert – R. Stacey (eds.)*, The Limits and Legitimacy of Referendums,* Oxford, 2022, p. 37 ss.

[9] Si veda almeno: J. Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-making process,* in *Duke Law Journal*, vol. 45, n. 2, 1995, p. 373 ss.; D. Mueller, *Constitutional Democracy*, Oxford, 1996; R.A. Mayorga, *Outsider and Neopopulism: the road to plebiscitary democracy*, in S. Mainwaring (eds.), *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*, Stanford, 2006; A. Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale, 1984, p. 204 ss; S. Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, 2012; Id., *Reflections on referendum*, International IDEA Discussion Paper 5/2018, p. 5 ss. Più in generale si veda: K. Collin, *Do referendums resolve or perpetuate contention?* in P. Norris– R.W. Frank – F. Martinez i Coma (eds.), *Contentious elections*, Abingdon and New York, 2014; P. Le Bihan*, Popular referendum and electoral accountability*, in *Political Science Research and Methods*, 2018, p. 715 ss.

[10] Tra le voci più critiche si veda: R. Gargarella, *Constituent power in a "community of equals"*, in *Revus*, 2020, par. 34; S. Tierney, *Constitutional referendums*: *A Theoretical Enquiry*, in *The Modern Law Review*, 2009, p. 360 ss., *passim*; T. Ginsburg – Z. Elkins – J. Blount, *Does the process of Constitution-making matters?,* in *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, p. 201 ss., pp. 207-8; G. de Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparative,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 1376 ss., p. 1397.

[11] S. Chambers, *Making Referendums Safe for Democracy,* in *Swiss Political Science Review*, 2018, p. 305 ss., p. 306: «referendums can be (if properly designed) important means to bring ordinary citizens into processes of constitution-making, educate the general public on fundamental questions, promote ownership of rights traditions and so on».

[12] I recenti processi costituenti ben si allontanano dalle modalità di scrittura delle prime Costituzioni (si pensi a tal riguardo alla Convenzione americana) nonché dai processi costituenti inaugurati in seguito alla seconda guerra mondiale (si pensi a tal riguardo al processo di elaborazione della Costituzione tedesca del 1949). Per una classificazione dei processi costituenti si veda: J. Elster*, Forces and Mechanisms in the Constitution-making process, cit.*, p. 373 ss. L'importanza della partecipazione popolare nei processi costitenti contemporanei è ampiamente sottolineata dalla dottrina: si veda a tal riguardo V. Hart, *Democratic constitution making,* in *Special Report*, United States Institute of Peace, July 2003, p. 1 ss; T. Abbiate – V. Federico – M. Boekenforde (eds.), *Public Participation in African Constitutionalism*, Routledge, London-New York, 2018; A. Saati, *The Participation Myth. Outcomes of participatory constitution building processes on democracy*, Umea, 2015; K. Samuels, *Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making,* in *Chicago Journal of International Law*, 2006, p. 663 ss.; U. Allegretti, *Recenti*

costituenti può assumere varie forme[13] e il referendum risulta essere solo uno dei molteplici modi per permettere al popolo di esprimersi in merito al testo costituzionale[14]. Come è stato giustamente messo in rilievo, la partecipazione al momento fondativo dell'ordinamento risulta oggigiorno imprescindibile in forme di stato democratiche, tuttavia la sua efficacia dipende dalla cultura civica, politica e costituzionale di ciascun Paese[15]. Occorre poi notare che se la partecipazione popolare è prevista solo nella fase di ratifica del testo costituzionale, non è possibile descrivere l'intero processo come partecipativo. In altre parole, non è la previsione del referendum a definire il carattere partecipativo dei processi costituenti ed esistono processi fortemente partecipativi che non si sono conclusi con un referendum costituzionale[16], così come processi non particolarmente partecipativi, che hanno visto l'approvazione del testo costituzionale tramite referendum[17].

Il presente contributo si concentrerà sul ricorso all'istituto referendario nell'ambito di tre recenti processi costituzionali (Tunisia, Cile, Kazakistan). Come si evince, i tre casi sono diversissimi per quel che riguarda il contesto politico-culturale e geografico e possono essere esemplificativi del ricorso al referendum nell'ambito di processi costituzionali diversi: il caso tunisino e quello kazaco sono infatti esplicativi dell'utilizzo dello strumento referendario al fine di legittimare regimi autoritari o semi – autoritari , mentre il caso cileno è rappresentativo del ricorso al referendum in

---

costituzioni «partecipate»: Islanda, Ecuador, Bolivia, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 689 ss.; N. Pettinari, *Gli strumenti di democrazia partecipativa nelle costituzioni e la partecipazione ai processi costituenti. Verso un nuovo sviluppo della qualità democratica?*, in *Federalismi.it*, 2019, n.15, p. 19 ss., par. 3; T. Eisenstadt – A. Carl Levan – T. Maboudi, *Constituents Before Assembly. Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions*, Cambridge, 2017.

[13] Basti in questa sede citare le consultazioni popolari e l'invio di proposte scritte.

[14] Ad avviso di J. Elster il referendum costituisce un *downstream constraint* del processo costituente che può comunque influire sui lavori dell'organo costituente, dal momento che i costituenti saranno ben consapevoli che il testo da loro elaborato sarà oggetto di una verifica popolare finale: v. Id., *Forces and Mechanisms*, *cit.* p. 373 ss. In questo senso anche T. Ginsburg – J. Blount – Z. Elkins, *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*, in *Temple Law Review*, 2008, p. 367 ss., che affermano: «ratification is, thus, a downstream constraint that can hamstring leaders in an earlier stage who recognize that their document must ultimately obtain public approval. Although only one of many points in the process in which public participation can be realized, it is the key point, and can have significant impact on upstream processes of constitutional design».

[15] V. Piergigli, *Revisione costituzionale e partecipazione popolare: uno sguardo comparato, cit.*, p. 31.

[16] Significativa a riguardo è l'esperienza tunisina in cui la Costituzione del 2014 è stata approvata senza che venisse indetto il referendum costituzionale, dal momento che il testo è stato approvato dalla maggioranza dei membri dell'Assemblea costituente. Similmente anche la Costituzione sudafricana del 1997 non è stata approvata tramite referendum benché il suo processo di elaborazione sia stato ampiamente partecipativo.

[17] Significativo è il caso del Marocco dove la Costituzione voluta dal re Mohammed VI è stata sottoposta a voto popolare nel 2017 pur non essendo il frutto di un processo partecipativo. Per una panoramica delle previsioni costituzionali in merito di referendum e processi di revisione costituzionale si rimanda a V. Piergigli, *Revisione costituzionale e partecipazione popolare: uno sguardo comparato, cit.*

sistemi democratici consolidati, caratterizzati dalla polarizzazione di visioni intorno ai principi che devono guidare la convivenza tra le diverse componenti della società pluralista e dalla questione delle "promesse non mantenute della democrazia".

2. *Il caso tunisino: l'approvazione della nuova Costituzione tramite referendum*

A distanza di soli otto anni dall'approvazione della Costituzione tunisina elaborata dall'Assemblea costituente eletta in seguito alla c.d. "rivoluzione dei gelsomini", la Tunisia sembra aver intrapreso una preoccupante regressione costituzionale.

A partire dall'estate del 2021, il Presidente della Repubblica ha infatti adottato una serie di misure istituzionali che hanno progressivamente smantellato l'impianto costituzionale dello Stato e hanno portato all'approvazione di una nuova Costituzione, elaborata da un gruppo ristretto di persone vicine al Presidente della Repubblica e sottoposta a referendum popolare a settembre 2022.

Ad aver preparato il terreno a questa deriva autoritaria è stato in primo luogo il ritardo nell'attuazione della Costituzione del 2014, in primis la mancata creazione della Corte costituzionale[18].

In assenza dell'organo incaricato di vigilare sulla costituzionalità delle leggi, l'ordinamento istituto dalla Costituzione del 2014 risultava infatti debole e in tale contesto si sono inserite le misure in senso illiberale adottate dal Presidente della Repubblica.

Il processo di regressione ha preso avvio il 25 luglio 2021 quando il Presidente della Repubblica ha destituito il Primo ministro e sospeso l'attività del Parlamento, invocando l'art. 80 della Costituzione che consente al Presidente della Repubblica di adottare misure eccezionali dinnanzi ad un pericolo imminente per le istituzioni nazionali, la sicurezza e l'indipendenza dello Stato[19]; il 22 settembre 2021 il Presidente

[18] La creazione della Corte costituzionale era prevista dalla stessa Costituzione all'art. 148 co. 5: «[...] la Cour constitutionnelle est mise en place dans un délai maximal d'une année à compter de cette élection».

[19] Art. 80 della Costituzione del 2014: «en cas de péril imminent menaçant la Nation ou la sécurité ou l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, le président de la République peut prendre les mesures requises par ces circonstances exceptionnelles après consultation du chef du Gouvernement, du président de l'Assemblée des représentants du peuple et après avoir informé le président de la Cour constitutionnelle. Il adresse à ce sujet un message au peuple.

Ces mesures doivent avoir pour objectif de garantir le retour dans les plus brefs délais à un fonctionnement régulier des pouvoirs publics. L'Assemblée des représentants du peuple est considérée, durant cette période, en état de réunion permanente. Dans ce cas, le président de la République ne peut dissoudre l'Assemblée des représentants du peuple et il ne peut être présenté de motion de censure à l'encontre du Gouvernement.

A tout moment, trente jours après l'entrée en vigueur de ces mesures, et à la demande du président de l'Assemblée des représentants du peuple ou de trente membres de ladite Assemblée, la

della Repubblica ha poi emanato il decreto presidenziale n. 117 che ha istituito una nuova costituzione dei poteri, per cui l'attività legislativa veniva esercitata tramite decreti presidenziali e la Costituzione del 2014 veniva sospesa, ad eccezione del preambolo e dei Capitoli I e II dedicati ai diritti e alle libertà e di tutte le disposizioni che non erano in contrasto con il predetto decreto ; il 25 luglio 2022 il popolo tunisino è stato infine chiamato a votare tramite referendum un nuovo testo costituzionale, elaborato da un comitato ad hoc di nomina presidenziale[20]. La nuova Costituzione è stata approvata dal 95% dei votanti, benché il voto sia stato caratterizzato da un alto livello di astensionismo (solo il 30% degli aventi diritto al voto si è infatti recato alle urne).

Il centralismo che ha contraddistinto l'operato del Presidente della Repubblica nell'ultimo anno collide con l'approccio utilizzato dopo la cd. rivoluzione dei gelsomini. Mentre l'elaborazione della Costituzione del 2014 si era caratterizzata per l'ampia partecipazione popolare ed il contributo di esperti internazionali[21], il recente processo di revisione costituzionale è stato contraddistinto dal forte controllo esercitato dal Presidente della Repubblica: egli ha provveduto a nominare il comitato incaricato di elaborare il nuovo testo e la partecipazione popolare è stata solo apparente: la consultazione online lanciata il 15 gennaio 2022 è stata infatti una misura solo di facciata e il contributo popolare è stato minimo e insignificante (solo il 6% del corpo elettorale si è espresso)[22].

La nuova Costituzione è stata presentata dal Presidente della Repubblica come la risposta alla necessità di "rispondere alle aspirazioni delle persone e garantire i principi di giustizia e libertà di un vero sistema democratico", tuttavia tali dichiarazioni stridono con la realtà dei fatti: il nuovo testo costituzionale è stato infatti voluto e proposto da un Presidente della Repubblica, che ha sospeso per un anno l'organo legislativo, democraticamente eletto nel 2019, e in un ordinamento dove mancava un organo di giustizia costituzionale che controllasse l'operato dei poteri pubblici e vigilasse la salvaguardia dei principi costituzionali.

Dal punto di vista contenutistico, il nuovo testo introduce un sistema di iper-presidenzialismo dove il Presidente della Repubblica detiene una serie di prerogative in materia di indirizzo politico e di nomina di incarichi fondamentali dell'ordinamento, quali quello di Primo ministro, nonché dei giudici. Il nuovo testo

---

Cour constitutionnelle est saisie en vue de vérifier si la situation exceptionnelle persiste. La décision de la Cour est prononcée publiquement dans un délai ne dépassant pas quinze jours.

Ces mesures cessent d'avoir effet dès que prennent fin les circonstances qui les ont engendrées. Le président de la République adresse un message au peuple à ce sujet».

[20] Sul referendum costituzionale si rimanda a F. Biagi, *Tunisia: la Costituzione di Kaïs Saïed,* in *Blog di Diritti Comparati*, 28 luglio 2022, https://www.dirittocomparati.it/tunisia-la-costituzione-di-kais-saied/.

[21] T. Abbiate, *La partecipazione popolari ai processi costituenti. L'esperienza tunisina*, Napoli, 2018.

[22] *Les Tunisiens boudent la consultation en ligne du président Saied*, 17 Mars 2022, https://www.voaafrique.com/a/les-tunisiens-boudent-la-consultation-en-ligne-du-pr%C3%A9sident-saied/6489151.html

riduce inoltre sensibilmente i poteri delle autonomie locali e rimuove le disposizioni, contenute nella Carta del 2014, che sancivano la piena indipendenza e neutralità dell'esercito e delle forze di sicurezza nazionale[23].

In tale situazione, a nulla sono valsi i tentativi di arginare la regressione democratica effettuati da organi di controllo sovranazionali o internazionali, quali la Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (nota come Commissione di Venezia) e la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

La prima ha emesso una opinione di ferma condanna dell'operato presidenziale[24], cui il Presidente della Repubblica ha reagito, accusando il Consiglio d'Europa di ingerenza negli affari interni del Paese, espellendo dal Paese i membri alla Commissione di Venezia il 30 maggio 2023.

Per quanto riguarda il tentativo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli di arginare la deriva illiberale, il 22 settembre 2022, l'organo giurisdizionale ha emesso una importante pronuncia in merito ai recenti sviluppi costituzionali tunisini. In questa occasione, la Corte africana ha sostenuto che la mancata istituzione della Corte costituzionale costituiva una lacuna nel sistema giurisdizionale interno e conseguentemente la Tunisia ha violato l'art. 7 co. 1 lett. a) della Carta africana, che sancisce il diritto di accesso alla giustizia in combinato disposto con l'art. 26 della predetta Carta, che afferma che gli Stati membri devono garantire l'indipendenza del potere giudiziario e consentire l'affermazione di appropriate istituzioni nazionali volte alla promozione e alla protezione dei diritti garantiti dal trattato[25].

Pronunciandosi poi sull'asserita violazione del diritto a partecipare agli affari pubblici (art. 13 della Carta africana) derivante dall'emanazione dei già menzionati decreti presidenziali che sospendono i poteri del Parlamento e statuiscono che l'attività legislativa si esercita tramite decreti del Presidente della Repubblica, la Corte

---

[23] F. Biagi, *Tunisia: la Costituzione di Kaïs Saïed,* cit.; International Commission of Jurists, *Tunisia: Proposed constitution codifies authoritarianism*, 20 July 2022, https://www.icj.org/tunisia-proposed-constitution-codifies-authoritarianism/.

[24] European Commission for Democracy Through Law, *Tunisia Urgent Opinion on the Constitutional and Legislative Framework on the Referendum and Elections Announcements by the President of the Republic, and in particular on the decree-law n°22 of 21 April 2022 amending and completing the Organic law on the independent High Authority for Elections (ISIE)"*, issued on 27 May 2022 pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure, par. 72, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2022)026-e: «it is unrealistic to pretend to organise a credible and legitimate constitutional referendum on 25 July 2022 in the absence of clear rules established well in advance of the organisation of the referendum, and especially without the text of the new Constitution submitted to referendum».

[25] L'art. 7 co. 1 lett. a) della Carta africana sancisce che: «every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises: a) the right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force». L'art. 26 della predetta Carta afferma invece che: «States parties to present Charter shall have the duty to to guarantee the independence of the Courts and shall allow the establishment and improvement of appropriate national institutions entrusted with the promotion and protection of the rights and freedoms guaranteed by the present Charter».

africana ha constatato che tali misure sono risultate sproporzionate rispetto agli obiettivi dichiarati e alle leggi dello stesso Stato convenuto.

Conseguentemente la Corte africana ha riscontrato una violazione del diritto a partecipare agli affari pubblici in combinato disposto con l'art. 1 della Carta africana che sancisce che lo Stato è tenuto non solo a riconoscere i diritti sanciti dal trattato internazionale, ma anche ad adottare misure volte a garantire tali diritti[26].

Il Giudice di Arusha ha dunque ordinato alla Tunisia di abrogare i decreti presidenziali oggetto del ricorso e di ristabilire la democrazia costituzionale, anche per mezzo dell'istituzione della Corte costituzionale, in un termine massimo di due anni.

Ad oggi, la ferma condanna della Corte africana dell'operato del Presidente della Repubblica, non è riuscita però ad arginare la regressione illiberale del Paese.

Il 17 dicembre 2022 si sono svolte le elezioni politiche, che hanno visto un altissimo tasso di astensione (solo l'11,2% dei votanti si è recato alle urne) e il fermo boicottaggio da parte di gran parte delle forze politiche del Paese per via della controversa legge elettorale approvata tramite decreto presidenziale il 15 settembre 2022, che esclude la partecipazione dei partiti politici imponendo che tutti i candidati si presentino come indipendenti, dopo aver consegnato 400 firme a loro sostegno[27].

Da quanto brevemente illustrato è dunque chiaro che la Tunisia ha intrapreso un cammino di regressione costituzionale, in cui il referendum costituzionale di settembre 2022 ha rappresentato un caposaldo.

3. *Il caso cileno: il rigetto via referendum della nuova Costituzione*

Spostandosi nel continente sudamericano, il Cile ha destato l'attenzione internazionale per via del processo costituente avviato in seguito alle mobilitazioni popolari dell'ottobre del 2019 (note con il nome di «*estallido social*»). In risposta a questa ondata di proteste, a novembre 2019, il Parlamento ha infatti approvato la *Ley 21-200 de reforma*, che ha introdotto alcuni nuovi articoli nella costituzione vigente voluta da Pinochet nel 1980, al fine di regolare le diverse fasi del processo costituente.

Successivamente è stato indetto il referendum costituzionale del 25 ottobre 2020, noto anche come *plebiscito de entrada*, nel quale gli elettori, a larga maggioranza (78,31% dei voti espressi) hanno risposto "sì" alla domanda sulla necessità di

[26] Art. 1 della Carta africana: «the member states of the Organization of African unit party to the present Charter shall recognize the rights, duties and freedoms enshrined in this Chapter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effects to them».

[27] Décret n° 2022-55 relatif aux élections et aux référendums, consultabile all'indirizzo : https://legislation-securite.tn/law/105346 (in arabo). Per un commento si veda : H. Benzid, *La nouvelle loi électorale: quels sont les changements majeurs*?, 29 Septembre 2022, https://inkyfada.com/fr/2022/09/29/nouvelle-loi-electorale-kais-said/.

elaborare una nuova costituzione, affidando questo compito a una convenzione ad hoc. L'elezione dell'organo deputato ad elaborare il nuovo testo costituzionale, denominata Convenzione, è stata posticipata in ragione dell'emergenza sanitaria ed è avvenuta il 15 e 16 maggio 2021.

La composizione della Convenzione ha fin da subito alimentato le speranze di un processo costituente diverso da quelli del passato, in linea con le rivendicazioni popolari. L'organo si caratterizzava infatti per la presenza di candidati indipendenti (88 su 155), nonché 17 rappresentanti dei popoli nativi, tradizionalmente emarginati in Cile, e un ampio numero di donne, al fine di garantire la parità di genere (77 su 155).

La Convenzione si è insediata il 4 luglio 2021 e i lavori si sono conclusi il 16 maggio 2022 con l'approvazione di un corposo testo costituzionale di 499 articoli, poi rivisto attraverso un'ampia azione di coordinamento fino a giungere a 388 articoli e 57 disposizioni transitorie, consegnato al Presidente della Repubblica il 4 luglio 2022, giorno di scadenza del mandato della Convenzione, per essere poi sottoposto a referendum popolare (*plebiscito de salida*), il 4 settembre 2022.

Il referendum costituzionale ha tuttavia portato ad un netto rifiuto del testo costituzionale (61,86% *rechazo*, contro il 38,14% *apruevo*).

Questo risultato, per quanto preannunciato, ha rappresentato uno shock per il Paese, dato che ha rappresentato un netto cambio di orientamento rispetto al *plebiscito de entrada*.

Si è aperta quindi una fase di riflessione che ha interessato tanto i costituzionalisti[28], quanto gli opinionisti[29] e sono state avanzate numerose considerazioni circa il fallimento del processo costituente.

Le ragioni del *rechazo* sono molteplici, ma nel complesso è possibile notare come il testo costituzionale sia stato incapace di porsi come testo condiviso, capace di tenere insieme le varie componenti della società ed essere espressione del pluralismo politico-sociale e culturale del Paese. In effetti, durante i lavori della

[28] F. Cerquozzi, *La nuova Costituzione cilena ed il rechazo del popolo: la democrazia senza stato sociale è una democrazia incompiuta*, in *Iusitinere*, 13 dicembre 2022; T. Groppi, *Il processo costituente cileno, un anno dopo: verso il "plebiscito de salida"*, in *DPCE online*, 2022, p. 1165 ss. Id., *Il Cile da un "plebiscito" all'altro. Il rechazo del nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022, visto dall'Italia*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 23, p. iv, ss.; S. Bagni, «*Era un gioco, non era un fuoco*». *Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022*, in *DPCE online*, 2022, pp. 1789 ss.; R. Gargarella, *Rejection of the New Chilean Constitution: Some Reflections*, in *Oxford Human Rights Hub*, 14 settembre 2022, reperibile al link: https://ohrh.law.ox.ac.uk/rejection-of-the-new-chilean-constitution-some-reflections/; I.M. Lo Presti, *Le costituzioni partecipate nell'area andina. Esperienze costituenti a confronto in vista dell'elezione dell'Assemblea costituente cilena*, in *Nuove autonomie*, 2021, p. 205 ss.

[29] Si segnala che già prima del voto le opinioni circa il testo erano state di segno diverso: alcuni commentatori avevano definito il testo costituzionale sottoposto al referendum come "la costituzione più avanzata del mondo". Si veda: *Chile decide sobre la nueva Constitución: ¿modelo o utopía?*, 2.09.2022, https://www.dw.com/es/chile-decide-sobre-la-nueva-constitución-modelo-o-utopía/a-63007165. Al contempo non erano mancata perplessità e critiche. Si veda: *Chile: la batalla por la nueva Constitución*, Mai 2022, https://nuso.org/articulo/una-nueva-constitucion-para-un-nuevo-chile/.

Convenzione il clima politico intorno ai principi fondanti il nuovo ordinamento si è via via polarizzato e uno degli aspetti maggiormente problematici del testo è stato il fatto di aver codificato molteplici aspirazioni della società, senza riuscire a fare una sintesi basata sul compromesso[30].

Ma al di là delle caratteristiche del testo stesso, la dottrina ha notato alcune "falle" nel processo costituente che contribuiscono a spiegare il fallimento del processo: in primis la norma costituzionale che prevedeva che i singoli articoli della costituzione dovessero essere approvati con la maggioranza dei 2/3, in una situazione in cui la composizione dell'organo costituente si caratterizzava per una forte rappresentazione delle forze di sinistra[31]. Proprio in virtù del fatto che i partiti progressisti occupavano gran parte dei seggi in seno alla Convenzione, tale previsione ha fatto sì che si sia proceduto "a colpi di maggioranza", con la marginalizzazione delle forze di centro-destra o di destra. Nel complesso, dunque, il processo non è stato esente da tentazioni maggioritarie, anche su temi assai divisivi, come l'aborto e il fine vita.

In secondo luogo, il *rechazo* si può spiegare con la mancata previsione di un voto finale sull'intero testo da parte della Convenzione[32]. Come è stato sottolineato dalla dottrina, ciò ha comportato che il testo non fosse condiviso nemmeno dai Padri e dalle Madri costituenti[33]. Il fatto che esso sia stato poi sottoposto a referendum obbligatorio[34] ha contribuito all'ampio rigetto.

Al di là degli aspetti procedurali del processo costituente che possono aver contribuito al suo fallimento, è comunque importante ricordare che la possibilità di rigetto è fisiologicamente insita nell'istituto referendario, sebbene nella realtà dei fatti sono pochi i casi in cui un nuovo testo costituzionale sia stato rigettato dal voto popolare[35].

Il *rechazo* ha indubbiamente segnato una significativa battuta d'arresto al processo costituente; tuttavia, le forze politiche del Paese si sono impegnate per far sì che la chiara volontà espressa dagli elettori nel 2019 non fosse completamente

---

[30] T. Groppi, *Il Cile da un "plebiscito" all'altro. Il rechazodel nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022, visto dall'Italia*, cit., p. viii.

[31] Come sottolineato in Chile - Opinion on the drafting and adoption of a new Constitution, adopted by the Venice Commission at its 130th Plenary Session (Venice and online, 18-19 March 2022), reperibile al link: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)004-e.

[32] Ai sensi degli artt. 98-100 del regolamento, non era previsto un voto finale da parte della Convenzione sull'insieme del progetto e tale previsione risulta assai inusuale nel diritto comparato.

[33] T. Groppi, *Il Cile da un "plebiscito" all'altro*, *cit.*, *passim*.

[34] C. Palacios, *Chile's congress reintroduces mandatory voting*, *La Tercera*, 20 December 2022, https://www.latercera.com/politica/noticia/se-repone-voto-obligatorio-congreso-aprueba-reforma-que-dejara-atras-el-sufragio-voluntario-a-10-anos-de-su-implementacion/BG47J7ZH6ZGQTODHYCYVAJ5I6E/.

[35] Basti in questa sede ricordare la Costituzione francese del 1946 e la Costituzione europea del 2005. Z. Elkins – H. Alex Hudson, *The Constitutional Referendum in Historical Perspective*, in D. Landau – H. Lerner (eds.) *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, 2019, p. 142 ss.

inascoltata. Dopo una fase di ripensamento politico, è stato così promosso un nuovo processo costituente che dovrebbe concludersi con un referendum costituzionale che verrà indetto il 17 dicembre 2023[36].

Il nuovo testo sarà elaborato da un nuovo Consiglio costituzionale, eletto il 7 maggio 2023 e formato da 50 membri eletti a suffragio universale e 24 esperti designati dal Congresso (rispettivamente12 dalla Camera e 12 dal Senato).

Le elezioni hanno visto il netto vantaggio dei partiti di destra e i lavori dell'organo hanno preso avvio il 6 giugno 2023 e si concluderanno entro il 6 novembre 2023, di modo che il nuovo testo costituzionale possa poi essere approvato o rigettato dal referendum del 17 dicembre 2023. A differenza del testo sottoposto a voto popolare il 4 settembre 2023, il nuovo progetto di riforma dovrà essere preliminarmente approvato dai 3/5 dei componenti del Consiglio costituzionale, prima di essere sottoposto al voto popolare.

Con i correttivi previsti dal progetto di riforma costituzionale, il processo sembra dunque avere maggiori probabilità di successo, ma solo una volta concluso sarà possibile trarre considerazioni finali.

4. *Il caso kazaco: il referendum costituzionale come mezzo per guadagnare supporto politico*

Nello stesso periodo in cui il popolo tunisino è stato chiamato a pronunciarsi sulla nuova Costituzione tramite referendum, anche in Kazakistan è stato indetto un referendum costituzionale. A giugno 2022, la nuova Costituzione kazaca è stata infatti approvata dal 77% dei votanti, con un'affluenza di circa il 68%.

Il testo sottoposto al voto popolare ha riguardato la modifica di un terzo della Costituzione del 1995 (56 modifiche contenute in 33 articoli) e ad avviso di molteplici osservatori ci sono state poche possibilità per gli elettori di essere adeguatamente informati circa il contenuto delle riforme[37].

Il contesto kazaco è infatti caratterizzato da limitato pluralismo politico e da forti restrizioni in termini di libertà di espressione[38]. Nel complesso il referendum è stato interpretato come uno strumento per guadagnare supporto politico ed aumentare la legittimità del Presidente della Repubblica. A gennaio 2022, il Paese era stato infatti scosso da un'ondata di proteste popolari contro le politiche governative,

---

[36] Si veda a riguardo: G. García Pino – M. Henríquez Viñas – S. Salazar Pizarro, *Third Time's a Charm? Chile Embarks on a New Constitution-making Process*, in *ConstitutionNet*, International IDEA, 3 January 2023, reperibile al link: https://constitutionnet.org/news//news/third-times-charm-chile-embarks-new-constitution-making-process.

[37] Organization for Security and Co-operation in Europe*, Kazakhstan, Referendum, 5 June 2022: Final Report*, 6 October 2022, reperibile al link: https://www.osce.org/odihr/elections/528006.

[38] Il Kazakistan è considerato uno Stato "non libero", secondo i parametri stabiliti da Freedom House. Freedom House, *2022 Kazakhstan Country Report*, reperibile al link: https://freedomhouse.org/country/kazakhstan/freedom-world/2022.

duramente represse con la forza. Il Presidente della Repubblica ha quindi annunciato l'avvio di un processo di riforma costituzionale, in linea con una lunga tradizione in tal senso[39] e col chiaro obiettivo di attribuire una parvenza di cambiamento politico alla situazione.

Le modifiche hanno avuto per oggetto i ruoli e la composizione delle due camere del Parlamento: la riforma della legge elettorale (con l'adozione di un sistema misto con un 30% dei seggi scelti con sistema maggioritario); la reintroduzione della Corte costituzionale, sostituita nel 1995 da un Consiglio costituzionale, e l'elezione dei governatori delle regioni. Il nuovo testo costituzionale inoltre ha eliminato il riferimento a *Elbasy*, "Padre della Nazione" al primo Presidente del Paese, Nursultan Nazarbayev, e ha previsto un rafforzamento della figura del Commissario per i diritti umani all'interno dell'ordinamento statale[40].

I temi della riforma costituzionale sono stati proposti da un gruppo di lavoro creato dal Presidente della Repubblica nel marzo 2022 e il breve lasso di tempo tra la convocazione del referendum e le consultazioni sono state criticate in quanto non hanno garantito un effettivo dibattito tra i cittadini riguardo l'oggetto della riforma[41].

Il Presidente della Repubblica ha però giustificato la riforma presentandola come una riduzione del "super presidenzialismo" in direzione di una forma di governo presidenziale con un Parlamento forte. Tuttavia, permangono forti dubbi in merito alla democraticità dell'ordinamento. In particolare, suscita preoccupazione l'elezione diretta dei governatori dei villaggi e la possibilità di scegliere tra due proposte del Presidente della Repubblica per la carica di governatori regionali, così come la nomina presidenziale delle cariche politiche nelle grandi città.

Il fatto che il referendum sia stato l'esito di un processo *top-down,* che non è stato accompagnato da un vero e proprio dibattito in merito al contenuto delle riforme, è esemplificativo del ricorso strumentale a tale strumento.

Parte della dottrina si riferisce a questo tipo di referendum col termine di *power consolidation referendum*[42] per indicare l'utilizzo dello strumento referendario a fini politici.

---

[39] Il referendum costituzionale di giugno 2022 segue quelli organizzati nel 1998, nel 2007, nel 2011 e nel 2017.

[40] C. Graziano, *Referendum in Kazakistan: sarà vero cambiamento?,* in *ISPI*, 9 giugno 2022, reperibile al link: https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/referendum-kazakistan-sara-vero-cambiamento-35372.

[41] Human Rights Watch, *Kazakhstan: Boost Rights Protection in Constitution Reform*, 19 May 2022, reperibile al link: https://www.hrw.org/news/2022/05/19/kazakhstan-boost-rights-protection-constitution-reform.

[42] J. Wheatley, *A problem or a solution ? the referendum as a mechanism for citizens partiticipation in constitution-making*, in R. Saskia – Y. Welo – L. Whitehead (eds.), *Let the people rule? Direct democracy in the twenty-first century*, Colchester, 2016, p. 1 ss.

5. *Riflessioni conclusive*

Pur appartenendo a contesti culturali e geo-politici molto diverse, le esperienze descritte sono accumunate dal ricorso al referendum nell'ambito della fase di ratifica dei processi costituzionali.

L'epoca contemporanea sembra essere caratterizzata da un frequente ricorso ai referendum, che si spiega da un lato con il desiderio di alimentare l'interesse collettivo per la cosa pubblica, coinvolgendo direttamente il corpo elettorale nelle scelte istituzionali, dall'altro con la predisposizione di questo strumento a costituire un mezzo utilizzabile a fini plebiscitari.

Queste due possibilità rappresentano i due estremi di un continuum lungo cui è possibile collocare molteplici altre versioni di referendum. In alcuni casi, come in quello tunisino e kazaco, il ricorso a tale strumento risulta essere un mezzo per promuovere una svolta autoritaria dandole una facciata di democraticità. In altri, come quello cileno, il referendum costituzionale rappresenta l'esito di un processo pienamente democratico che si caratterizza però per alcune mancanze dal punto di vista procedimentale.

Da quanto illustrato finora, si evince che lo strumento referendario non è un tratto univoco delle autocrazie o dei regimi politici che intraprendono la strada della regressione democratica dando luogo a forme di stato di difficile inquadramento[43]. Esso si inserisce invece in una tendenza globale di maggior coinvolgimento popolare nei processi costituzionali. Tuttavia, lo strumento referendario implica una forma di partecipazione limitata ad una scelta binaria e questo fa sì che il suo uso vada osservato con particolare attenzione al fine di notare un suo eventuale uso strumentale. Per questo risulta fondamentale il ruolo del diritto comparato: attraverso lo studio di altre esperienze è possibile infatti fornire supporto al Legislatore o denunciare eventuali mutamenti istituzionali che mettono in discussione la democrazia costituzionale; tale funzione può essere svolta tanto dalla dottrina quanto dalle istituzioni di garanzia, nazionali e sovranazionali, come la Commissione di Venezia, che non a caso ha recentemente aggiornato il codice di condotta relativo ai referendum adottato nel 2006-2007 mettendo in luce alcuni principi fondamentali per un corretto ricorso a tale strumento, come il fatto che i referendum e i meccanismi classici della democrazia rappresentativa devono essere adeguatamente armonizzati, di modo che il ricorso alla democrazia diretta non escluda il coinvolgimento degli organi rappresentativi[44].

---

[43] A. Di Gregorio, *Regressioni costituzionali e corti apicali: i casi di Venezuela, Turchia, Russia, Ungheria e Polonia*, in *Percorsi costituzionali*, 2019, p. 463 ss.

[44] Si veda: CDL-AD (2022)015-e Revised Code of Good Practice on Referendums, approved by the Council for Democratic Elections at its 73rd meeting (Venice, 16 June 2022) and adopted by the Venice Commission at its 131st Plenary Session (Venice, 17-18 June 2022). Per un commento al codice di condotta si veda: P. Garrone, *The Code of Good Practice on Referendums*, in D. Moeckli, A. Forgács, H. Ibi (eds), *The Legal Limits of Direct Democracy. A Comparative Analysis of Referendums and*

Appare evidente che il ricorso allo strumento referendario può essere, da un lato, uno strumento per avvicinare la Carta costituzionale al popolo con l'effetto di consolidare la democrazia[45], dall'altro, può essere una misura volta esclusivamente ad attribuire una facciata democratica al processo costituzionale, pur in realtà rappresentando una sorta di plebiscito sull'operato politico del fautore della riforma costituzionale[46].

Dalle esperienze descritte è possibile trarre alcune considerazioni conclusive: il caso cileno mostra come il referendum possa rivelarsi un'arma a doppio taglio per le forze politiche: la scelta netta tra il "sì" e il "no" su un testo costituzionale lungo e complesso, può infatti risultare riduttiva e decretare il fallimento dell'intero processo costituente, soprattutto qualora non vi sia stata una previa approvazione del testo finale da parte dell'organo costituente.

Il caso tunisino e quello kazako sono invece esemplificativi di un utilizzo strumentale del referendum: sottoporre a voto popolare un testo costituzionale elaborato da un gruppo ristretto di esperti, di nomina presidenziale, senza peraltro dare sufficientemente tempo e spazio per il confronto, risulta essere un mezzo per attribuire un manto di democraticità a processi non pienamente democratici.

In conclusione, è possibile notare come lo strumento referendario sia complesso e possa contribuire al deterioramento degli assetti democratici. Tale esito non è però scontato ed il referendum può al contrario rivelarsi uno strumento capace di avvicinare i cittadini alla cosa pubblica e promuovere i valori costituzionali[47]. A tal fine è però necessario che vengano rispettate alcune condizioni: in particolare, che la votazione popolare sia preceduta da un processo deliberativo che investa gli organi decisionali[48], e che sia fornito un adeguato periodo di tempo ai cittadini per informarsi e confrontarsi sul contenuto delle proposte sottoposte al voto[49].

Initiatives across Europe, Celtenham, 2021, p. 11 ss. N.C. Alivizatos, *Revision of the Code of Good Practice on Referendum*, in D. Moeckli, A. Forgács, H. Ibi (eds), *op.cit.*, p. 19 ss. Più in generale sul ruolo della Commissione di Venezia si veda: S. Bartole, T*he Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, London, 2020.

[45] Significative a riguardo sono le seguenti esperienze: il referendum indetto dal Presidente della Repubblica Evo Morales in Bolivia nel 2016, in cui il popolo ha rigettato la possibilità per il Presidente di ricandidarsi per un quarto mandato, e il referendum costituzionale indetto dal Presidente della Repubblica Raffael Correa in Equador nel 2018 in merito al limite di due mandati presidenziali.

[46] Basti in questa sede ricordare come in molti Paesi africani il referendum abbia svolto un ruolo centrale per promuovere l'autoritarismo, attraverso ad esempio il rinnovamento dei mandati presidenziali. Significativo è ad esempio il referendum promosso in Guinea nel marzo 2020 per promuovere un terzo mandato presidenziale. Si veda: M.M. Diatta, *Guinea: Guinea's president wants his third term at all costs*, 20 marzo 2020, reperibile al link: https://issafrica.org/iss-today/guineas-president-wants-his-third-term-at-all-costs

[47] S. Chambers, *Making Referendums Safe for Democracy: A Call for More and Better Deliberation*, cit., p. 306.

[48] In tal senso si veda in particolare, par. 9 del codice di condotta della Commissione di Venezia: CDL-AD(2022)015-e *Revised Code of Good Practice on Referendums*, op. cit, p. 5.

[49] R. Gargarella, *Constituent power in a "community of equals", cit.*, par. 39.

***

ABSTRACT: Democratic constitutionalism has known a blooming period in the second half of 20th century, with many democratic transitions happening all around the world. Recently a democratic decay phase has widespread all around the world and its feature is not coups d'état, but rather use of constitutional means, such as referenda. Indeed, referenda have seemingly become a ubiquitous means of ratifying constitutional change. As a matter of facts, this trend is linked to increase public participation in recent constitution-making processes and this article will analyse the recourse to referendum in three recent constitutional change processes, namely Tunisia, Kazakhstan, and Chile. Because of the cultural, geographical and constitutional diversity of these cases, it is possible to draw some lessons about constitutional referenda.

KEYWORDS: Referendum-Constitutional process-Tunisia-Kazakistan-Cile

***

Tania Abbiate – Dottoressa di ricerca in Istituzioni e diritto dell'economia, Università di Siena (taniaabbiate@gmail.com)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023): il federalismo americano dopo *Dobbs v. Jackson* *

Orlando Scarcello

SOMMARIO:. 1. Introduzione. – 2. Contesto: *Dobbs v. Jackson* e le sue conseguenze sugli stati americani. – 3. *Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina.* – 4. Il *New Judicial Federalism*, ieri e oggi. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

La sentenza *Planned Parenthood South Atlantic, et al. v. State of South Carolina, et al* (nel prosieguo, *PP South Atlantic*), pronunciata dalla Corte Suprema della South Carolina il 5 gennaio 2023, si prospetta come una delle più rilevanti del corrente anno nel panorama comparatistico[1]. *PP South Atlantic* costituisce una delle prime reazioni giuridiche (anziché esclusivamente politiche) alla sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del giugno 2022 che, come noto, ha visto la Corte Suprema degli Stati Uniti disconoscere l'esistenza di un diritto federale all'aborto[2]. In questo contributo si ricostruirà come, nel reagire a *Dobbs*, la Corte Suprema della South Carolina abbia identificato un diritto analogo guardando esclusivamente alla costituzione dello stato. In tal modo, la Corte ha rinverdito una tradizione fiorita soprattutto durante gli anni Settanta e Ottanta, quella del c.d. *New Judicial Federalism.* Questa espressione, tipica del dibattito giuridico americano, indica la pratica delle corti degli stati americani di utilizzare norme tratte dalle proprie costituzioni in luogo di quelle federali se convinte della necessità di assicurare uno standard di tutela più elevato. *PP South Atlantic* rappresenta uno dei casi più eclatanti di questa una tradizione costituzionale e, di conseguenza, un documento di grande interesse per comprendere il funzionamento del federalismo americano.

Il saggio è organizzato in cinque parti. Conclusa questa breve introduzione (1), la seconda parte ricostruisce la vicenda che ha portato alla decisione *PP South Atlantic*, richiamando brevemente la situazione precedente alla sentenza *Dobbs*, il radicale cambiamento giuridico determinato da quest'ultima e, infine, le vicende successive a *Dobbs* che hanno portato alla sentenza in esame (2). La terza parte analizza in dettaglio *PP South Atlantic*, ricostruendo le cinque separate opinioni rese dai giudici

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Contributo elaborato nell'ambito del progetto RESHUFFLE, col supporto dello European Research Council (European Union's Horizon 2020 research and innovation programme, No. 851621).

[1] Planned Parenthood South Atlantic v State, 438 S.C. 188, 882 S.E.2d. 770 (2023).

[2] Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, No. 19-1392, 597 U.S. ___ (2022).

della corte: tre di maggioranza, a sostegno dell'esistenza di un diritto alla scelta e alla disposizione del proprio corpo nella costituzione della South Carolina, e due dissenzienti (3). In ultimo, la quarta parte situa *PP South Atlantic* all'interno della tradizione del *New Judicial Federalism*, ricostruendo la storia di quest'ultimo e le ragioni per cui *PP South Atlantic* può esserne considerata un esempio (4). Seguono alcune brevi considerazioni riepilogative (5).

2. *Contesto:* Dobbs v. Jackson *e le sue conseguenze sugli stati americani*

Sintetizzando brevemente eventi piuttosto noti agli addetti ai lavori, con la celebre sentenza *Roe v. Wade* del 1973, la Corte Suprema degli Stati Uniti diede una svolta radicale alla protezione dei diritti fondamentali in America riconoscendo un diritto all'aborto a livello federale. Più precisamente, la Corte Suprema dichiarò incostituzionali le leggi statali o federali limitative della scelta di interrompere la gravidanza durante le prime 24 settimane, perché lesive del diritto alla privacy tutelato dalla c.d. *Due Process clause* del XIV Emendamento alla Costituzione americana[3]. Val la pena di ricordare come il XIV Emendamento in effetti non citi testualmente il diritto alla privacy: si trattò di un'interpretazione creativa (e assai criticata[4]) della Costituzione. Dopo aver identificato un diritto alla privacy già in *Griswold v. Connecticut* del 1965 come "emanazione" o "penombra" di altri diritti testualmente citati nel *Bill of Rights* [5], in *Roe* la Corte Suprema estese il concetto di privacy al caso dell'aborto. La Corte tornò ulteriormente sulla questione nel 1992 in *Planned Parenthood v. Casey*: pur consentendo agli stati di imporre periodi di attesa prima dell'interruzione di gravidanza e pur richiedendo di fornire informazioni sulle alternative, *Casey* stabilì che queste norme non avrebbero comunque dovuto costituire un eccessivo ostacolo (*undue burden*) al diritto all'aborto[6].

Nel complesso, *Casey* confermò il contenuto essenziale di *Roe*. L'idea di autonomia individuale, espressa in comportamenti e attività assai diverse l'una

[3] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). La sentenza divise la gravidanza in tre periodi: il primo trimestre, in cui l'aborto sarebbe stato comunque possibile; il periodo compreso tra la fine del primo trimestre e l'idoneità del feto a sopravvivere (c.d. *viability*), in cui sarebbe stato possibile ma con modalità regolate dagli stati per tutelare la salute della donna; il periodo compreso tra la *viability*, individuata alla ventiquattresima settimana, e la fine della gravidanza, in cui sarebbe stato possibile solo in casi di pericolo per la salute della donna.

[4] La letteratura accademica in merito è estremamente ampia. Tra le più celebri e immediate critiche a *Roe* si vedano, a titolo di esempio, John Hart Ely, 'The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade' (1973) 82 The Yale Law Journal 920; Laurence H Tribe, 'Foreward: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law' (1973) 87 Harvard Law Review 1.

[5] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

[6] Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

dall'altra, costituì la base giuridica di diverse decisioni successive[7], quali *Larewnce v. Texas* del 2003 sulla liceità dei rapporti omosessuali e *Obergefell* del 2015 sulla parificazione federale del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale[8].

Pur avendo rappresentato il fondamento legale dell'accesso all'interruzione di gravidanza negli Stati Uniti per circa mezzo secolo, la legittimità e la correttezza giuridiche *Roe* non furono mai accettate da una parte dei conservatori americani[9]. Dopo decenni di attivismo politico e un significativo cambiamento nella composizione della Corte Suprema,[10] nel 2022 gli sforzi di questi ultimi sono stati infine premiati con la pubblicazione della già citata sentenza *Dobbs*.

Preceduta da un'insolita fuga di notizie a poco più di un mese dalla pubblicazione[11], la sentenza *Dobbs* del 24 giugno 2022 è particolarmente complessa e si compone di un'opinione di maggioranza, scritta dal giudice Samuel Alito e supportata dai giudici Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett, di tre opinioni concorrenti (dei giudici Thomas e Kavanaugh e del *Chief Justice* Roberts) e di una lunga opinione dissenziente dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan, oltre che di due appendici. Questa non è certamente la sede appropriata per analizzarla in dettaglio. Basterà ricordare l'argomento principale della maggioranza della Corte: non esiste alcun supporto nel testo della Costituzione americana per individuare un diritto all'aborto come manifestazione del diritto alla privacy, né il diritto all'aborto risponde ai due criteri in base ai quali è possibile individuare diritti impliciti nella clausola sul *Due Process* del XIV Emendamento, ossia l'essere radicato nella storia e nella tradizione del paese (*deeply rooted in this Nation's history and tradition*) e l'essere essenziale nel bilanciamento delle libertà costituzionali (*implicit in the concept of ordered liberty*). Di conseguenza, la maggioranza in *Dobbs* ritiene che la sentenza *Roe* debba essere ribaltata e dichiara incostituzionale la normativa impugnata, ossia la legge dello stato del Mississippi che impediva la possibilità di interrompere la gravidanza dopo 15 settimane (*Mississippi's Gestational Age Act*, 2018).

Comprensibilmente, le reazioni a *Dobbs* sono state molte e assai eterogenee: naturalmente una certa soddisfazione da parte di importanti esponenti repubblicani e

---

[7] M. Tushnet, The Constitution of the United States of America – A Contextual Analysis, Oxford, 2015, p. 204-217.

[8] Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003); Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

[9] R. Fallon, *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge, 2013, p. 211: "Whatever the Justices may have thought, Roe v. Wade sparked a furor that has still not subsided roughly forty years later. Abortion opponents have never accepted Roe's legitimacy".

[10] Le nomine dei giudici Gorsuch, Kavanaugh e Barrett durante l'amministrazione Trump (in sostituzione di Kennedy, Scalia e Ginsburg) hanno consegnato alla componente conservatrice della Corte una maggioranza di sei voti (teorici) a tre. Per la successione temporale delle nomine alla Corte Suprema si veda https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx

[11] La prima bozza dell'opinione di maggioranza è stata pubblicata nel maggio 2022 su *Politico*. https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473

un forte disappunto in molti democratici[12], ma anche un probabile effetto sull'elettorato in vista delle elezioni di metà mandato del Novembre 2022 (effettivamente conclusesi con un risultato democratico superiore alle aspettative)[13], nonché un crollo della legittimità della Corte Suprema nell'opinione pubblica (specialmente in quella di sinistra)[14].

Una parte delle reazioni a *Dobbs*, ad ogni modo, va cercata a livello di politica statale, ove è possibile rintracciare, esattamente come a livello federale, sia reazioni positive, sia forme di opposizione.[15]

Alcuni stati democratici, in effetti, hanno rapidamente tentato di contrastare le conseguenze pratiche della sentenza. I governatori degli stati della costa occidentale, California, Oregon e Washington, hanno pubblicamente annunciato un accordo per lo stanziamento di fondi al fine di consentire l'arrivo di pazienti da altri stati per usufruire dell'interruzione di gravidanza nel proprio territorio. L'accordo ha previsto il diniego di estradizione per chi avesse interrotto la gravidanza nelle proprie strutture verso stati che ne prevedessero la criminalizzazione[16]. Poche settimane dopo, l'elettorato del Kansas ha rifiutato con un referendum di inserire una proibizione dell'aborto nella propria costituzione[17], mentre quelli di California, Michigan e Oregon hanno esplicitamente approvato la codificazione del diritto all'interruzione di gravidanza nelle proprie costituzioni[18].

Sul lato opposto dello spettro politico, tuttavia, si trovano stati la cui reazione a *Dobbs* è risultata notevolmente più positiva. In tredici stati, in particolare, delle leggi destinate a entrare in vigore non appena *Roe* fosse stata ribaltata e che proibivano l'aborto nel primo o nel secondo trimestre di gravidanza erano già state approvate dai parlamenti statali (cc.dd. *trigger laws*), a testimonianza della mai cessata contrarietà a *Roe* in una grossa fetta degli stati americani[19].

---

[12] A titolo di esempio, il leader della minoranza repubblicana al Senato Mitch McConnell ha parlato di una sentenza coraggiosa e corretta, mentre l'allora *Speaker* della Camera Nancy Pelosi l'ha definita oltraggiosa. Una serie di reazioni di vari esponenti politici di entrambi i partiti è consultabile su *Politico*: https://www.politico.com/minutes/congress/06-24-2022/reactions-to-abortion-decision/ .

[13] Il sito di analisi politiche *Vox* identificava nell'opposizione a *Dobbs* di parte della popolazione una delle ragioni principali per i sondaggi positivi per i democratici. https://www.vox.com/policy-and-politics/2022/9/14/23339467/midterm-elections-democrats-polls-dobbs.

[14] https://newrepublic.com/article/167846/supreme-court-legitimacy-crisis-dobbs.

[15] Al di là degli esempi citati di seguito, si veda l'analisi sistematica di Martin K Mayer et al., 'Dobbs, American Federalism, and State Abortion Policymaking: Restrictive Policies Alongside Expansion of Reproductive Rights' (2023) Publius: The Journal of Federalism 1.

[16] https://www.gov.ca.gov/2022/06/24/west-coast-states-launch-new-multi-state-commitment-to-reproductive-freedom-standing-united-on-protecting-abortion-access/.

[17] https://www.politico.com/news/2022/08/21/kansas-recount-favor-abortion-rights-00053046.

[18] https://www.nytimes.com/2022/11/09/us/abortion-rights-ballot-proposals.html.

[19] Si tratta di Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, and Wyoming. Si veda un quadro complessivo delle modifiche legislative in atto in https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/ .

In sintesi, la diversità delle conseguenze politiche e costituzionali di *Dobbs* testimonia un punto chiave di questo commento (su cui si tornerà nella sezione 4): *Dobbs* ha rinvigorito la struttura federale dell'ordinamento americano dando la possibilità a stati con elettorati, storie e tradizioni diverse di regolare un tema straordinariamente controverso in modo differente.

In modo simile ad altri stati a guida repubblicana, la South Carolina si era recentemente dotata di una legislazione restrittiva in relazione al diritto all'aborto. L'Assemblea Generale della South Carolina (*General Assembley*), organo legislativo dello stato, aveva approvato nel gennaio 2021 il *Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act* (nel prosieguo *Fetal Heartbeat Act*), così vietando il ricorso all'interruzione di gravidanza a partire da momento in cui fosse possibile percepire un'attività cardiaca[20]. La legge, firmata dal governatore McMaster il 18 febbraio 2021, modificava in senso restrittivo la precedente legislazione del 2016, che a sua volta aveva interdetto l'aborto solo a partire alla ventesima settimana, poiché le prime tracce di attività cardiaca sono rinvenibili già a partire dalla sesta settimana di gestazione. Il risultato dell'applicazione del *Fetal Heartbeat Act* sarebbe stato, dunque, una considerevole diminuzione dei tempi per il ricorso all'aborto legale nello stato. L'immediata conseguenza di questa riforma è stata l'impugnazione di fronte ai tribunali federali: la giudice federale Mary Geiger Lewis già il 19 febbraio ne aveva sospeso l'applicazione con un provvedimento cautelare confermato il mese successivo dalla corte distrettuale per la South Carolina (*United States District Court for the District of South Carolina*)[21]. Il 22 febbraio 2022, il ricorso contro la misura cautelare della corte distrettuale si è chiuso con una conferma della sospensione da parte della Corte d'Appello (*United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*)[22].

La pubblicazione della sentenza *Dobbs* nel giugno 2022, tuttavia, ha determinato una revoca della sospensione cautelare ad opera della Corte d'Appello del *Fourth Circuit* ed un rinvio alla corte distrettuale. Questa ha immediatamente respinto il ricorso contro la legge dello stato della South Carolina alla luce del nuovo quadro giuridico[23]. In sintesi, la pubblicazione di *Dobbs* ha ribaltato l'esito della controversia, salvando un provvedimento altrimenti destinato ad essere giudicato incostituzionale.

La battaglia legale, tuttavia, non si è interrotta, ma spostata dai tribunali federali a quelli dello stato della South Carolina, aprendo la strada alla sentenza *PP South Atlantic*. Il 13 luglio 2022, l'associazione *Planned Parenthood South Atlantic*, la clinica *Greenville Women's Clinic* e due medici, Katherine Farris e Terry L. Buffkin, hanno nuovamente impugnato la normativa, questa volta di fronte ad un tribunale statale.

[20] 2021 S.C. Acts, Act No. 1 (SB 1), s 3, eff. 2/18/2021, Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act.

[21] Planned Parenthood S. Atl. v. Wilson, 527 F. Supp. 3d 801 (D.S.C. 2021).

[22] Planned Parenthood S. Atl. v. Wilson, 26 F.4th 600 (4th Cir. 2022).

[23] Planned Parenthood S. Atl. v. Wilson, No. 3:21-00508- MGL, 2022 WL 2905496 (D.S.C. July 22, 2022).

Lo stato della South Carolina ne ha richiesto e ottenuto il trasferimento alla Corte Suprema dello stato in sede di giurisdizione originaria (*original jurisdiction*). Nell'agosto 2022, la Corte Suprema della South Carolina si è pronunciata una prima volta sospendendo di nuovo in via cautelare la normativa impugnata. Il 5 gennaio 2023, la decisione della Corte ha infine visto la luce e dichiarato incostituzionale il *Fetal Heartbeat Act*.

Vale la pena di ricordare come nel momento in cui si scrive (giugno 2023), la battaglia politica e legale per il diritto all'aborto in South Carolina non si sia affatto esaurita. Il 25 maggio 2023, il governatore McMaster ha firmato un secondo provvedimento legislativo, il Senate Bill 474, di contenuto assai simile al primo.[24] Il giorno successivo, su istanza degli stessi attori del primo ricorso, la sezione civile del tribunale del quinto circuito dello stato (*Court of Common Pleas for the Fifth Judicial Circuit*) ha sospeso in via cautelare anche il Senate Bill 474, in attesa che la Corte Suprema dello stato abbia modo di pronunciarsi nuovamente sulla vicenda.[25] L'esito finale della controversia, di conseguenza, è ancora incerto.

In sintesi, *PP South Atlantic* dev'essere contestualizzata all'interno della decennale lotta politica e giuridica relativa al diritto federale all'aborto. Stabilito dalla Corte Suprema con *Roe*, questo non ha mai cessato di essere ferocemente contestato dai suoi oppositori, fino al ribaltamento del 2022 con *Dobbs*. La stessa *Dobbs*, tuttavia, sposta la responsabilità di decidere sugli stati, lasciandoli liberi di legiferare a favore o contro nuove restrizioni all'interruzione volontaria di gravidanza. *PP South Atlantic*, tuttavia, pone una questione ulteriore: quanto spazio di manovra hanno gli stati americani per legiferare in un senso o nell'altro? La prossima sezione esaminerà la risposta a questa domanda nel caso della South Carolina.

3. Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina

Com'era da aspettarsi per un caso così delicato, la sentenza pubblicata il 5 gennaio 2023 è particolarmente lunga, articolata e controversa: la decisione è stata presa col minimo scarto possibile, per 3 voti a 2, e ciascuno dei giudici ha deciso di pubblicare un'opinione separata. L'opinione di maggioranza, sottoscritta dal *Chief Justice* Beatty e dai giudici Few e Hearn, ha stabilito che il diritto all'interruzione di gravidanza è protetto dalla clausola sulla privacy dell'articolo 1, sezione 10 della Costituzione della South Carolina, sancendo la tutela a livello statale del diritto precedentemente rimosso da *Dobbs*. Due opinioni dissenzienti sono state presentate dai giudici Kittredge e James, in minoranza.

Un primo punto da sottolineare è il risultato anomalo della votazione. Come ricordato nella sezione precedente, il ribaltamento della sentenza *Roe* è stato il

[24] South Carolina Senate Bill 474, 125th Gen. Assembly, Special Session (S.C. 2023).
[25] Court of the Common Pleas for the Fifth Circuit, C/A No.: 2023-CP-40-002745.

risultato di un cambiamento nella composizione della Corte Suprema in senso conservatore, con un aumento del numero di giudici vicini ai repubblicani. La South Carolina, invece, è uno stato saldamente repubblicano da due decenni: la composizione della più alta corte interna, i cui membri sono nominati dalla *General Assembly*, rispecchia questo orientamento politico e non ha subito modifiche recenti. Uno studio del 2020 sulle affiliazioni politiche dei giudici degli stati americani, in effetti, colloca la Corte Suprema dello stato tra quelle fermamente in mano repubblicana[26]. Un risultato differente rispetto a quello raggiunto dalla maggioranza repubblicana a Washington, seppur risicato, è di per sé abbastanza sorprendente.

Di seguito si ricapitolano i punti salienti di ciascuna opinione resa.

Tra le opinioni predisposte dai giudici di maggioranza, la principale, da considerarsi come opinione dell'intera Corte (*lead opinion*), è quella della giudice Kaye Hearn e ruota attorno a tre problemi chiave, che ricorrono anche nelle altre opinioni: se la Costituzione dello stato preveda effettivamente un autonomo diritto alla privacy; se il diritto alla privacy comprenda anche un diritto all'interruzione di gravidanza; se la normativa impugnata, il provvedimento *Fetal Heartbeat Act*, violi questo diritto.

La prima questione è risolta in senso positivo: esiste un autonomo diritto alla privacy nella costituzione dello stato. L'*iter* per arrivare a questo risultato è tuttavia piuttosto intricato. Il problema deriva dalla formulazione testuale dell'articolo 1, sezione 10:[27] questa tutela i cittadini contro "perquisizioni e sequestri non ragionevoli" (*unreasonable searches and seizures*) e contro "irragionevoli invasioni della privacy" (*unreasonable invasions of privacy*). Se ne riporta il testo di seguito:

> *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures and unreasonable invasions of privacy shall not be violated, and no warrants shall issue but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, the person or thing to be seized, and the information to be obtained.*

Ne segue un dubbio relativo al rapporto tra le due clausole: la garanzia contro invasioni della privacy è da considerarsi come un diritto a sé stante oppure solo come una specificazione della clausola precedente? Le conseguenze per il caso del diritto all'aborto sono particolarmente rilevanti: mentre è immaginabile che il diritto a decidere sull'interruzione di una gravidanza sia pensato come una forma di diritto alla privacy (in quanto autonoma disposizione del proprio corpo), le norme contro sequestri e perquisizioni irragionevoli sono tipiche del processo penale, rivolte contro eventuali abusi da parte delle forze dell'ordine. Se il diritto alla privacy non esiste

[26] Ballotpedia Courts: State Partisanship - Ballotpedia.

[27] La Costituzione della South Carolina prevede un articolo 1 titolato *Declaration of Rights* contenente il catalogo dei diritti tutelati dallo stato, ordinati in sezioni.

autonomamente, è assai più difficile immaginare un diritto all'aborto. La giudice Hearn interpreta la clausola sulle irragionevoli violazioni della privacy come autonoma sulla base di un semplice argomento testuale: se il testo identifica una clausola separata, questa dev'essere interpretata come autonoma, altrimenti la corte eliminerebbe senza giustificazione parte della sezione 10. Il punto è particolarmente importante dal momento che, come Hearn ricorda, uno degli argomenti usati in *Dobbs* per smantellare *Roe* è legato al fatto che una clausola esplicita sul diritto alla privacy manca nel catalogo dei diritti federali. Riconoscendo la differenza tra l'articolo 1 sezione 10 della Costituzione dello stato ed il XIV Emendamento, Hearn distingue il caso in esame da *Dobbs* e può dunque permettersi di seguire un'argomentazione completamente diversa.

La seconda questione, ossia come vada interpretato il diritto alla privacy, è risolta stabilendo che esso comprende un diritto all'aborto. Il più grosso ostacolo a questa interpretazione è posto da un altro elemento ricorrente in tutte le opinioni, ossia il richiamo ai lavori preparatori della c.d. commissione West: soggetto incaricato nel 1966 di redigere una proposta di modifica alla Costituzione dello stato, terminò i lavori con una bozza finale da sottoporre al vaglio dell'Assemblea Generale. A detta di Hearn, ad ogni modo, dai lavori preparatori non emerge nulla di definitivo: pur avendo, infatti, inequivocabilmente pensato la clausola sulla privacy della sezione 10 come garanzia contro la raccolta di dati personali tramite nuovi strumenti tecnici, gli stessi membri della commissione ebbero un atteggiamento aperto nei confronti della possibilità di includere nel significato di "privacy" anche altri significati. Inoltre, e soprattutto, la Corte non si è mai ritenuta vincolata alle indicazioni della commissione nell'interpretare la costituzione dello stato. Al contrario, due precedenti di particolare importanza sono citati per sostenere l'idea di un significato più ampio della nozione di privacy, *State v. Blackwell* del 2017[28] e, soprattutto, *Singleton v. State* del 1993[29]. In *Singleton*, caso chiave richiamato più volte nella sentenza, la sottoposizione di un detenuto malato di mente e condannato alla pena di morte ad un trattamento sanitario obbligatorio al solo fine di permetterne l'esecuzione ne avrebbe violato il diritto alla privacy come riconosciuto dall'articolo 1, sezione 10 della Costituzione dello stato. Ciò dimostrerebbe inequivocabilmente, secondo Hearn, che il concetto di "privacy" nella costituzione della South Carolina si estenderebbe al di là di quanto immaginato dalla commissione West: il testo della sezione 10 non menziona il diritto all'aborto, ma neppure il diritto a non ricevere un trattamento sanitario obbligatorio

[28] In *Blackwell*, caso richiamato anche dal giudice Few e ritenuto invece irrilevante dal giudice James nella sua opinione dissenziente, a detta di Hearn la Corte aveva ritenuto il diritto a mantenere riservate le informazioni relative alla propria salute mentale come parte del più generale diritto alla privacy, anche quando queste informazioni fossero necessarie a soddisfare il diritto di un imputato a confrontarsi col suo accusatore in un processo penale, così uscendo dal più limitato significato di protezione contro la raccolta di dati personali con nuovi strumenti tecnici. 420 S.C. 127,801 S.E.2d 713.

[29] 313 S.C. 75, 437 S.E. 2d 53.

nelle circostanze di *Singleton*. Negare la possibilità di un'interpretazione estensiva nel primo caso obbligherebbe a negarla, per coerenza, anche nel secondo[30]. Infine, Hearn si lancia in un'analisi comparata delle decisioni degli altri stati americani dotati di clausole costituzionali sulla privacy. Ne conclude che, su dieci stati con una clausola sulla privacy, cinque hanno considerato l'aborto come parte del diritto alla privacy (Alaska, Florida, Minnesota, Montana e Tennessee) e uno come un concetto comunque più esteso rispetto alle sole garanzie contro perquisizioni e sequestro, ampio abbastanza da includere un diritto all'autonomia decisionale in materie quali matrimonio, procreazione, rapporti familiari, istruzione ed educazione dei figli. Questo punto è di particolare interesse poiché mostra come l'ostilità dei giudici americani all'argomento comparato[31] vada in realtà limitata al significato "classico" di comparazione come analisi di ordinamenti stranieri[32], ma non anche di quelli subnazionali: le vicende costituzionali degli altri stati "fratelli" (*sister states*) sono anzi richiamate con naturalezza[33].

La terza questione, se la normativa approvata in South Carolina nel 2021 sia compatibile con la clausola sulla privacy interpretata in senso esteso, è risolta negativamente: la legge è incostituzionale e conseguentemente nulla. Hearn, la cui opinione è quella della maggioranza della Corte, applica come standard di giudizio il c.d. *strict scrutiny*, il più rigoroso test disponibile ai giudici americani, riservato ai casi in cui oggetto del giudizio siano norme che restringono diritti fondamentali (il caso più celebre è la libertà d'espressione) o che traccino distinzioni tra gruppi di cittadini sulla base delle cc.dd. "categorie sospette" (ad esempio, razza o cittadinanza). Poiché il caso riguarda il diritto alla privacy, Hearn ritiene che un diritto fondamentale sia potenzialmente leso e che, dunque, si applichi lo *strict scrutiny*. Ne segue che l'onere di provare che la normativa è costituzionale grava sullo stato (anziché chiedere ai ricorrenti di provarne l'incostituzionalità), che solo un interesse dello stato particolarmente stringente (*compelling*) può giustificare la restrizione del diritto fondamentale e che, in ogni caso, la restrizione dev'essere la meno invasiva tra tutte quelle disponibili (*least restrictive means*) e dev'essere costruita nel modo più preciso possibile (*narrow tailoring*)[34]. La South Carolina sostiene di tutelare l'interesse alla vita e alla salute del feto, nonché quello ad una gravidanza sana, tre interessi presentati come rilevanti abbastanza da soddisfare lo *strict scrutiny*. Hearn considera gli interessi alla vita e alla salute del feto non sufficientemente stringenti, perché riconosciuti solo

[30] In tal modo, Hearn conferma una previsione avanzata già nel 1994, ossia che l'interpretazione ampia della clausola sulla privacy sarebbe stata prima o poi estesa ad altri casi. Si veda Gregory Forman, 'Privacy Rights in South Carolina after Singleton v. State' (1994) 5 South Carolina Lawyer 24.

[31] M. Tushnet, *The Constitution*, cit., p. 262-264.

[32] Damiano Canale, 'Comparative Reasoning in Legal Adjudication' (2015) 28 The Canadian Journal of Law and Jurisprudence 5.

[33] Cfr. A. Tarr, *Understanding State Constitutions*, Princeton, 1998, p. 199-200.

[34] Sulle origini, sviluppo e grande diversità interna del test di *strict scrutiny*, si veda Richard H Fallon, 'Strict Judicial Scrutiny' (2007) 54 UCLA Law Review 1267.

alle persone fisiche in South Carolina, non anche ai nascituri. Potrebbero essere considerati stringenti solo una volta raggiunta l'idoneità a sopravvivere fuori dal grembo materno (*viability*). L'interesse ad una gravidanza sana, infine, è inteso come interesse a decidere in maniera informata della gravidanza. Hearn ritiene l'interesse rilevante, ma non adeguatamente rispettato: poiché, sulla base delle perizie presentate di fronte alla corte, la maggioranza delle donne in South Carolina risulta scoprire di essere incinta dopo la quinta settimana di gestazione, il termine imposto dal *Fetal Heartbeat Act* è ritenuto troppo breve perché una decisione possa essere presa in modo informato (l'interruzione di gravidanza sarebbe disponibile solo fino al primo segno di attività cardiaca, a circa sei settimane). La tutela dell'interesse della madre sarebbe solo teorica, ma concretamente irrealistica. Il legislatore dello stato ha, dunque, solo apparentemente tutelato l'interesse ad una gravidanza sana. Sulla base di questo argomento, Hearn conclude per l'incostituzionalità del *Fetal Heartbeat Act*: al fine di tutelare interessi non stringenti del feto (e, almeno sulla carta, quello stringente della madre a una gravidanza sana e informata), la legislazione in realtà riduce in modo irragionevole il diritto della madre a disporre autonomamente della gravidanza (implicito nel diritto alla privacy). Quest'ultimo ne risulta talmente limitato da essere di fatto annullato o, per usare la terminologia dei giuristi europei, violato nel suo "contenuto essenziale"[35].

L'opinione della giudice Hearn è stata qui spiegata in dettaglio perché, come già accennato, essa costituisce la *lead opinion* della Corte. Le restanti quattro opinioni saranno riassunte con maggiore brevità.

L'opinione concorrente del *Chief Justice* Beatty riprende molti degli argomenti di Hearn (la soglia troppo breve dell'attività cardiaca, il valore non vincolante dei lavori della commissione West, la differenza tra diritto alla privacy e garanzia contro perquisizioni e sequestri). Due punti ulteriori meritano di essere ricordati. In primo luogo, Beatty riserva una critica particolarmente dura alla sentenza *Dobbs*, giudicata una disastrosa violazione della dottrina del precedente vincolante (*a catastrophic blow to stare decisis*): una critica così esplicita alla Corte Suprema degli Stati Uniti da parte del primo giudice della corte suprema di uno stato è di per sé abbastanza interessante. In secondo luogo, a detta di Beatty il *Fetal Heartbeat Act* non viola solo l'articolo 1, sezione 10 della Costituzione dello stato, come sostenuto da Hearn, ma anche il principio di uguaglianza (*Equal Protection clause*) e la clausola sul giusto procedimento (*Due Process*), entrambe alla sezione 3 dell'articolo 1. Secondo Beatty, l'*Equal Protection clause* è violata poiché la legge esaminata individua dei casi eccezionali nei quali l'aborto sarebbe possibile anche dopo la rilevazione di attività cardiaca (stupro, incesto, rischio di morte o invalidità per la madre, malformazioni fetali). A suo giudizio, ciò proverebbe che l'interesse del feto è ritenuto dal legislatore stringente in certi casi, ma non in altri, introducendo distinzioni irragionevoli per un interesse

[35] Maja Brkan, 'The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to Its Core' (2018) 14 European Constitutional Law Review 332.

fondamentale. Inoltre, sarebbe violata la clausola sul *Due Process* intesa sia in senso formale (poiché il concetto di attività cardiaca rilevata è in realtà vago e indeterminato, elementi che rendono invalida una legislazione che stabilisce sanzioni penali), sia in senso sostanziale, poiché il diritto all'interruzione di gravidanza è da considerarsi come tutelato anche da questa clausola, tradizionalmente usata (come anche a livello federale) per giustificare la protezione di diritti impliciti[36].

Nella seconda opinione concorrente, quella del giudice Few, si segnalano due punti. In primo luogo, Few distingue esplicitamente tra un bilanciamento di interessi "ragionevole", che non sacrifica eccessivamente uno dei due diritti in esame e merita di essere lasciato al legislatore, e uno "irragionevole", che comporta l'annullamento di uno dei due interessi e richiede un intervento del potere giudiziario: una definizione abbastanza esplicita del c.d. *balancing*, per certi versi l'equivalente americano del concetto europeo di proporzionalità[37]. In secondo luogo, Few non riconosce all'interesse all'autonomia personale della madre il rango di diritto fondamentale e, dunque, è in disaccordo con l'applicazione dello *strict scrutiny*.

Due sono le opinioni dissenzienti allegate alla sentenza, quella del giudice Kittredge e quella del giudice James.

Kittredge enfatizza in modo particolare l'argomento storico: la principale fonte sulle intenzioni degli autori della Costituzione della South Carolina, ossia la commissione West, indicava chiaramente nella raccolta di dati personali con nuovi strumenti tecnologici (e null'altro) l'obiettivo della codificazione di un diritto alla privacy: la Corte Suprema dello stato non avrebbe dovuto discostarsi da questa interpretazione originaria. Esiste, secondo Kittredge, un diritto all'autonomia personale in materia di salute personale, ma la fonte di questo diritto sarebbe la clausola sul *Due Process* (articolo 1, sezione 3), non quella sul diritto alla privacy (articolo 1, sezione 10). Il diritto all'autonomia personale previsto dalla *Due Process clause*, ad ogni modo, non comprende anche un diritto all'aborto per due ragioni. In primo luogo, perché esso non appartiene alla storia costituzionale dello stato, requisito chiave per il riconoscimento di un diritto implicito[38]. Secondariamente, perché l'interesse a decidere autonomamente del proprio corpo trova un ostacolo

[36] La clausola sul *due process* dell'articolo 1, sezione 3 è pressocché identica alla clausola gemella del XIV Emendamento alla Costituzione federale. Pensata nel 1867 per tutelare interessi esclusivamente procedurali, la clausola prevista nel XIV Emendamento fu successivamente utilizzata per identificare anche interessi sostanziali, benché non enumerati. Le ragioni storiche di questa evoluzione a livello federale sono complesse e non possono essere riassunte qui. Si veda J. Fruchtman, *American Constitutional History*, Chichester, 2016, p. 99-114. Ad ogni modo, l'interpretazione "estensiva" e sostanziale della clausola in South Carolina segue fedelmente quella federale.

[37] Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law 263.

[38] Il criterio del radicamento nella storia istituzionale è spesso utilizzato anche quando si incorpora un diritto implicito a livello federale. Ad esempio, si vedano McDonald v Chicago, 561 US 742 (2010) e Timbs v. Indiana, 586 U.S. (2019). Come accennato in precedenza, *Dobbs* segue la stessa impostazione.

insormontabile nel controinteresse del feto. Nel chiudere la sua opinione, Kittredge aggiunge che l'argomento comparato non vincola l'interpretazione della clausola sulla privacy della South Carolina e che quest'ultimo mantiene la sua posizione di stato sovrano (*South Carolina is a sovereign state, and in our history, we have not the slightest hint of a precedent of any kind in support of a state constitutional right to abortion*).

Diverse delle considerazioni avanzate da Kittredge sono presenti anche nell'opinione dissenziente di James, in particolare quelle fondate sull'argomento storico e sul ruolo della commissione West nell'interpretare l'articolo 1, sezione 10 della Costituzione. Un contributo originale di James risiede nella critica esplicita alla sentenza *Singleton*, il principale precedente alla base dell'opinione di maggioranza. Coerentemente, James ritiene che non esista in South Carolina un diritto all'autonomia personale fondato sull'articolo 1, sezione 10, ma che quest'ultimo vada semmai basato sulla *Due Process clause*. La decisione *Singleton*, interamente basata su un'interpretazione espansiva del diritto alla privacy, andrebbe quindi ribaltata e giustificata sulla base di una diversa disposizione costituzionale.

Nonostante il parere contrario dei giudici Kittredge e James, *PP South Atlantic* può essere sintetizzata come la decisione che individua uno specifico diritto all'interruzione di gravidanza nella Costituzione della South Carolina. A ciò si affianca una critica alla Corte Suprema federale: per lo meno nell'opinione del *Chief Justice* Beatty, *Dobbs* è esplicitamente criticata per essersi discostata dall'orientamento precedente.[39]

In ultima analisi, all'esito della controversia maggioranza della Corte Suprema dello stato, privata dello standard stabilito in *Roe* e *Casey*, ricerca un suo equivalente nella propria costituzione statale per "compensare" il diritto appena perduto a livello federale e lo rinviene nella clausola sulla privacy. L'uso della costituzione statale per superare la costituzione federale, come si spiegherà nella prossima sezione, non è una novità, ma la continuazione di una caratteristica fondamentale del costituzionalismo americano sin dagli anni Settanta, il c.d. *New Judicial Federalism*.

4. *Il* New Judicial Federalism*, ieri e oggi*

Il *New Judicial Federalism*, di cui *PP South Atlantic* costituisce un nuovo capitolo, richiede una breve contestualizzazione.

Il catalogo federale dei diritti negli Stati Uniti, il c.d. *Bill of Rights*, composto dei primi dieci emendamenti alla Costituzione, fu considerato non applicabile agli stati per molti decenni. In origine, esso nacque infatti come strumento di controllo del governo federale, nei confronti del quale il partito antifederalista nutriva sospetti e

[39] Anche il linguaggio usato dal *Chief Justice* è particolarmente duro: "It appears that the [US Supreme] Court recognizes that this argument is very weak and relies on extreme, if not absurd, analogies".

paure[40]. Gli stati, invece, erano già dotati di strumenti costituzionali autonomi e godevano di maggior credito quanto alla propria capacità di non interferire con le libertà dei cittadini[41]. L'inapplicabilità del *Bill of Rights* agli stati fu certificata dalla Corte Suprema nel 1832 in *Barron v. Baltimore*[42].

Con la guerra civile e le successive riforme costituzionali, la situazione avrebbe verosimilmente dovuto cambiare: guardando ai lavori preparatori, è probabile che la seconda clausola del XIV Emendamento (1868), relativa ai diritti dei cittadini americani, fosse pensata a questo fine (*Privileges and Immunities clause*)[43]. Nel 1873, tuttavia, la Corte Suprema ne adottò un'interpretazione estremamente riduttiva e di fatto impedì la c.d. incorporazione dei diritti federali, ossia la loro applicazione agli stati[44]. Questa avrebbe permesso di dichiarare incostituzionali norme statali in contrasto col *Bill of Rights*.

L'occasione di riaprire il discorso sull'incorporazione si presentò due decenni dopo, con due casi in materia di espropriazione per pubblica utilità: il diritto di proprietà come protetto dalla Costituzione federale fu applicato agli stati non attraverso la *Privileges clause*, ma attraverso l'assai diversa *Due Process clause* del XIV Emendamento[45]. La celebre linea di casi della Corte Suprema culminata nella sentenza *Lochner*[46] si basò largamente sull'incorporazione di diritti federali in base alla *Due Process clause*[47]. Durante la prima metà del Novecento, la Corte Suprema continuò ad incorporare alcuni dei diritti federali, andando al di là dei diritti di proprietà,[48] ma non accettò mai l'incorporazione totale del *Bill of Rights*, limitandosi ad un'assai più controllata incorporazione selettiva di alcuni diritti.

La fase dell'incorporazione attraverso la *Due Process clause* appena descritta, approssimativamente compresa tra la fine del XIX secolo ed il secondo dopoguerra, si caratterizzò poi per un'ulteriore limitazione, questa volta relativa al contenuto del diritto incorporato: solo il *contenuto essenziale* dell'Emendamento o della clausola incorporata avrebbe vincolato gli Stati, non l'intero testo. Questo approccio

[40] Akhil Reed Amar, 'The Bill of Rights as a Constitution' (1991) 100 The Yale Law Journal 1131, 1139–1142.

[41] Si veda la lettera di Thomas Jefferson, leader antifederalista, al *philosophe* francese e suo amico personale Antoine-Louis-Claude Destutt de Tracy: "*the true barriers of our liberty in this country are our State-governments*". Cfr. https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-03-02-0258 .

[42] Barron v. Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

[43] A. R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale, 1998, p. 181–214.

[44] Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 16 Wall. 36 36 (1872).

[45] Missouri Pacific Ry. Co. v. Nebraska, 164 U.S. 403 (1896); Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago, 166 U.S. 226 (1897). Per un'ampia discussione dell'incorporazione del Bill of Rights, si veda in dottrina C. Cortner, The Supreme Court and Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties, Madison, 1981. Si veda in particolare il secondo capitolo (pp. 12-37) per una precisa ricostruzione dell'incorporazione tramite la *substantive Due Process clause* alla fine del XIX secolo.

[46] Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

[47] M. Tushnet, *The Constitution*, cit., p. 192-198.

[48] Si veda, ad esempio, Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925) sulla libertà d'espressione.

"minimalista" fu specificato in *Wolf v. Colorado* del 1949, in cui la Corte Suprema chiarì come l'applicazione del IV Emendamento agli stati non implicasse l'applicazione integrale delle norme federali in materia di ammissibilità della prova: stabilita l'incorporazione di un generale divieto di perquisizioni "irragionevoli", agli stati era lasciato un certo margine nel chiarire quali specifiche procedure fossero ammissibili e quali no.[49]

La fase successiva, di notevole accelerazione del processo di incorporazione, si aprì con l'avvento di Earl Warren alla presidenza della Corte Suprema. Ex governatore repubblicano della California e candidato alla vicepresidenza nel 1948, Warren venne scelto come *Chief Justice* della Corte da Dwight Eisenhower nel 1953 come conservatore moderato. Warren finì per tradire queste aspettative ed Eisenhower ebbe in seguito a lamentarsi della "rivoluzione" giuridica a cui il *Chief Justice* contribuì in modo decisivo[50]. In effetti, Warren guidò una Corte a maggioranza progressista in una vera e propria campagna di "svecchiamento" dell'ordinamento americano[51].

Il più celebre risultato di questo ciclo giudiziario fu certamente la sentenza *Brown v Board of Education*[52], che desegregò il sistema scolastico americano, mentre altre celebri decisioni riguardarono i diritti politici[53]. Tuttavia, val la pena di ricordare come contestualmente la Corte Warren abbia anche incorporato una serie di diritti federali,[54] decidendo casi fondamentali in materia di matrimonio interraziale[55], garanzie nel processo penale[56], libertà di manifestazione del pensiero,[57] nonché l'antesignana della sentenza *Roe*, la già citata *Grinswold v. Connecticut*. Inoltre, una serie

[49] Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).

[50] Su queste vicende, si vedano i capitoli 5 e 10 in J. F. Simon, *Eisenhower vs. Warren: The Battle for Civil Rights and Liberties*, New York, 2018.

[51] Kermit L. Hall, The Warren Court in Historical Perspective in B. Schwartz (ed.), The Warren Court: A Retrospective, Oxford, 1996; Akhil Reed Amar, 'The Warren Court and the Constitution (with Special Emphasis on Brown and Loving)' (2014) 67 SMU Law Review 671.

[52] Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

[53] Si pensi, ad esempio, a Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964), che sancì la costituzionalità del Civil Rights Act del 1964 e ad una serie di casi in materia di diritti politici, tra i quali Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963); Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964); South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966); Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966); Avery v. Midland County, 390 U.S. 474 (1968).

[54]A. R. Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, New York, 2012, 151-199.

[55] Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

[56] Si tratta certamente del gruppo di casi più consistente: Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961); Robinson v California, 370 U.S. 660 (1962); Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963); Ker v. California, 374 U.S. 23 (1963); Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964); Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); Parker v. Gladden, 385 U.S. 363 (1966); Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967); Washington v. Texas, 388 U.S. 14 (1967); Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968); Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969).

[57] Edwards v. South Carolina, 372 U.S. 229 (1963).

di altri casi, ad esempio in materia di libertà d'espressione[58], ridefinì e allargò il perimetro di diritti già incorporati.

La Corte Warren intervenne anche sulla precedente posizione "minimalista" (che limitava l'incorporazione al solo contenuto essenziale del diritto) stabilendo l'applicazione integrale dei diritti incorporati[59]. L'intenzione di passare ad un'incorporazione piena fu annunciata dal giudice Brennan in *Ohio ex rel. Eaton v. Price* già nel 1960[60]. L'anno successivo, *Mapp v. Ohio* ribaltò *Wolf*[61], stabilendo che le stesse norme sull'ammissibilità della prova valide a livello federale si sarebbero dovute applicare anche agli stati. Una serie di casi successivi consolidò questo approccio "massimalista"[62].

Alla fine di questo processo, larga parte del *Bill of Rights* poteva ormai dirsi pienamente incorporato. Nel complesso, è inevitabile notare come la Corte Warren abbia contribuito ad un radicale cambiamento della società americana nel senso voluto dalle amministrazioni Kennedy e Johnson.[63] La massiccia opera di incorporazione, trasformata da selettiva a quasi totale, fu funzionale a questo più generale cambiamento.

Il ritiro di Earl Warren dalla Corte nel 1969 coincise con l'inaugurazione dell'amministrazione Nixon. Il neopresidente aveva condotto una campagna elettorale assai critica della Corte Warren, soprattutto in materia di diritto e procedura penale, e le aspettative erano di una Corte Suprema decisamente più conservatrice non appena i nuovi giudici di nomina repubblicana fossero stati confermati[64]. Anche in questo caso, complessivamente, le attese furono deluse: Nixon nominò come nuovo presidente della Corte Warren Burger[65] e la Corte Burger si dimostrò effettivamente più conservatrice di quella che l'aveva preceduta, per lo meno in materia di procedura penale, ma nel complesso non ci fu una svolta radicale a destra[66], prova ne sia che *Roe* fu decisa a larga maggioranza nel 1973, in piena era Burger, e che il giudice estensore fu Harry Blackmun, un'altra nomina di Nixon[67].

---

[58] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964); Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962); Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

[59] Jerold H. Israel, 'Selective Incorporation Revisited' (1982) 71 Georgetown Law Journal 253, 290-298.

[60] Ohio ex rel. Eaton v. Price, 364 U.S. 263 (1960).

[61] Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

[62] Si veda Cortner cit. 205-233.

[63] Si veda sul punto la dettagliata analisi di L. A. Powe, *The Warren Court and American Politics*, Cambridge (MA), 2000, 209-462.

[64] Sulle posizioni di Nixon in relazione alla Corte Suprema durante la campagna elettorale, si veda K. J. McMahon, *Nixon's Court: His Challenge to Judicial Liberalism and Its Political Consequences*, Chicago, 2011, 23-35.

[65] Kevin J. McMahon, Nixon's Court, 87-89.

[66] M. Tushnet, *The Burger Court in Historical Perspective: the Triumph of Country-Club Republicanism*, in B. Schwartz (ed.), The Burger Court: Counter-Revolution or Confirmation?, Oxford, 1999.

[67] J. McMahon, *op. cit.*, 172-179.

Le paure tra i giuristi progressisti di una possibile deriva conservatrice dopo gli anni di Warren, tuttavia, si rivelarono difficili da sedare. Frutto di queste paure, fondate o meno che fossero, fu la ricerca di strategie che permettessero di "scavalcare" eventuali sentenze molto conservatrici della Corte Suprema. Lo strumento ideale venne trovato nelle costituzioni statali: laddove il diritto federale fosse sprovvisto di idonee tutele o laddove il testo della Costituzione fosse stato interpretato in modo eccessivamente restrittivo, sarebbe stato possibile conferire garanzie più ampie guardando al diritto costituzionale degli stati. La pratica giudiziale di aggirare i limiti federali in tal modo è nota come *New Judicial Federalism*[68].

Si tratta di un fenomeno ancora più interessante se si tiene a mente che la funzione di tutela dei diritti a livello statale raramente era appartenuta ai giudici in passato: erano semmai i legislatori nazionali o addirittura le convenzioni costituzionali ad assumere un ruolo decisivo da questo punto di vista. Solo dopo che la Corte Warren ebbe mostrato un modello concreto di "corte costituzionale" in azione, i giudici statali giocarono un ruolo attivo da questo punto di vista. Come chiarito da Alan Tarr, si trattava della "nascita" più che della rinascita di un costituzionalismo giudiziario negli stati americani[69]. In parte ciò derivò da una serie di ammodernamenti delle costituzioni statali e della legislazione correlata, ammodernamenti che spesso consistevano nel replicare negli stati pratiche e istituzioni sperimentate a livello federale[70].

Il "manifesto" del movimento fu enunciato nel maggio del 1976 dal già menzionato Brennan, giudice della Corte Suprema dal 1956 e storico membro della maggioranza che aveva sostenuto Warren. In un discorso tenuto all'ordine degli avvocati del New Jersey (*New Jersey Bar Association*) ed pubblicato sulla prestigiosa *Harvard Law Review* nel 1977, Brennan incitò apertamente a guardare alle costituzioni statali per contestare decisioni delle corti federali "non convincenti"[71]. Le parole di Brennan risalgono al 1976, ma studi condotti successivamente hanno mostrato come il fenomeno fosse visibile già dall'inizio degli anni Settanta e come abbia mantenuto una certa intensità almeno fino alla metà degli anni Novanta[72]. Nello stesso periodo, alcuni giudici statali si esposero in maniera simile[73].

---

[68] Per questa interpretazione del fenomeno, si veda John Kincaid, 'Foreword: The New Federalism Context of the New Judicial Federalism' (1995) 26 Rutgers Law Journal 913.

[69] G Alan Tarr, 'The Past and Future of the New Judicial Federalism' (1994) 24 Publius 63, 65–73.

[70] A. Tarr, Understanding, cit., p. 136-161.

[71] William J Brennan, 'State Constitutions and the Protection of Individual Rights' (1977) 90 Harvard Law Review 489.

[72] James NG Cauthen, 'Expanding Rights under State Constitutions: A Quantitative Appraisal' (2000) 63 Albany Law Review 1183, 1183–1204.

[73] Hans A Linde, 'First Things First: Rediscovering the States' Bill of Rights' (1980) 9 University of Baltimore Law Review 379; Stewart G Pollock, 'State Constitutions as Separate Sources of Fundamental Rights' (1983) 35 Rutgers Law Review 707; Stanley Mosk, 'State Constitutionalism: Both Liberal and Conservative' (1985) 63 Texas Law Review 1081; Dorothy Toth Beasley, 'Federalism and

Nel 1983, con la sentenza *Michigan v. Long*, la stessa Corte Suprema diede in un certo senso il suo *placet*, chiarendo che nel caso in cui una sentenza venisse fondata esplicitamente sul solo diritto statale (*plain statement of independent and adequate state ground*, nel lessico americano), e le decisioni federali fossero citate solo come guida nel processo di interpretazione e non come precedenti vincolanti, questa sarebbe stata considerata come estranea all'area del diritto federale e non impugnabile di fronte alla Corte Suprema[74]. *Michigan v. Long* servì a domandare chiarezza alle corti statali in relazione alle norme di volta in volta utilizzate nelle proprie sentenze (statali o federali), ma ebbe anche l'effetto di creare incoraggiare le corti statali a usare autonomamente le proprie costituzioni.

Il *New Judicial Federalism*, come mostrato da studi quantitativi, rappresentò (e rappresenta) nel complesso un fenomeno vasto, ma minoritario: la maggioranza dei giudici statali non ricorse alle costituzioni statali in funzione anti-federale, non basò esclusivamente le proprie decisioni di incostituzionalità sul diritto costituzionale statale e respinse molti ricorsi orientati ad ottenerle. Inoltre, si trattò di un fenomeno pronunciato soprattutto nei primi decenni e soprattutto in materia di diritto e procedura penale, le aree pensando alle quali la pratica era nata[75]. In molti altri settori non si ebbe lo sviluppo di un discorso costituzionale coerente da parte delle corti statali, al punto che uno dei grandi esperti del tema, James Gardner, nel 1992 definì di fatto "fallito" il costituzionalismo subnazionale americano[76]. Le costituzioni statali, inoltre, hanno tradizionalmente un valore simbolico minore rispetto alla Costituzione federale: sono meno note al grande pubblico, più facili da modificare, assai meno rappresentative dell'identità collettiva[77], tutte caratteristiche che il *New Judicial Federalism* non ha mutato. Infine, val la pena di ricordare come, almeno in alcuni casi, alla pratica giudiziaria siano seguite reazioni poco accomodanti da parte dei poteri politici degli stati: celebre è il caso della Corte Suprema della Florida che, interpretando in modo estensivo la clausola su perquisizioni e sequestri della propria

the Protection of Individual Rights: The American State Constitutional Perspective' (1995) 11 Georgia State University Law Review 681.

[74] Michigan v. Long, 463 U.S. 1032 (1983).

[75] Ancora J. Cauthen, *op cit*. Si vedano anche Ronald KL Collins and Peter J Galie, 'Models of Post-Incorporation Judicial Review: 1985 Survey of State Constitutional Individual Rights Decisions' (1986) 16 Publius 111; Craig F Emmert and Carol Ann Traut, 'State Supreme Courts, State Constitutions, and Judicial Policymaking' (1992) 16 The Justice System Journal 37.

[76] James A Gardner, 'The Failed Discourse of State Constitutionalism' (1992) 90 Michigan Law Review 761.

[77] J. Gardner, *Subnational Constitutionalism in the United States: Powerful States in a Powerful Federation* in Patricia Popelier, Giacomo Delledonne, Nicholas Aroney (eds) Routledge Handbook of Subnational Constitutions and Constitutionalism (Abingdon 2021).

Costituzione statale, provocò nel 1982 un emendamento esplicito che la obbligava a seguire pedissequamente l'interpretazione della corrispondente clausola federale[78].

Benché minoritario, il *New Judicial Federalism* rappresentò un cambiamento radicale nel funzionamento del federalismo americano che rinvigorì nel suo complesso il costituzionalismo subnazionale e diede ai giudici statali un ruolo più attivo che in passato[79]. Dopo *Michigan v. Long* fu peraltro chiaro che, per limitato che fosse, il fenomeno era destinato a perdurare. Negli ultimi due decenni, peraltro, si è rafforzata anche una funzione "cooperativa" del *New Judicial Federalism*, accanto a quella più "polemica" evidenziata da Brennan alla *Bar Association* del New Jersey[80]: occasionalmente, gli argomenti usati dalle corti supreme statali hanno influenzato la stessa Corte Suprema nell'interpretazione del diritto federale. In effetti, nel 2000 era ormai possibile parlare di "valore costituzionale del dialogo" in relazione al *New Judicial Federalism*[81] e in almeno un celebre caso, *Lawrence v Texas*[82], un ribaltamento della giurisprudenza della Corte Suprema fu preceduta e stimolata dal pubblico dissenso di una corte suprema statale[83].

Il significato di *PP South Atlantic* può essere colto alla luce di questo contesto. La sentenza in esame è certamente un'espressione del *New Judicial Federalism*: la Corte Suprema della South Carolina si lancia in una corposa analisi della propria Costituzione, spiega perché sta a quest'ultima governare il caso e, infine, basa la propria decisione interamente su un parametro interno (la clausola sulla privacy)[84]. Inoltre, l'argomentazione dei giudici, sia di maggioranza, sia dissenzienti, è assai simile a quella di una corte costituzionale o suprema: nel cercare un'interpretazione dell'articolo 1, sezione 10 attraverso metodi tipici del diritto costituzionale (l'analisi della storia costituzionale, dei precedenti della corte, dei valori fondanti della costituzione, degli ordinamenti più prossimi). Se il costituzionalismo subnazionale è davvero, come lo descriveva Gardner,[85] povero rispetto a quello federale, di certo

[78] Sulla vicenda si veda Thomas C Marks, 'Federalism and the Florida Constitution: The Self-Inflicted Wounds of Thrown-Away Independence from the Control of the U.S. Supreme Court' (2003) 66 Albany Law Review 701.

[79] A. Tarr *The Past and Future*, cit., p. 78: "[E]ven intermittent reliance on state guarantees represents a major shift in state judicial practice, and the reinvigoration of apparently obsolescent state constitutional provisions is itself a noteworthy development".

[80] Sulla funzione "contestatoria" del *New Judicial Federalism*, cfr. James Gardner, 'State Constitutional Rights as Resistance to National Power: Toward a Functional Theory of State Constitutions' (2003) 91 Georgetown Law Journal 1003.

[81] Lawrence Friedman, 'The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism' (2000) 28 Hastings Constitutional Law Quarterly 93, 123–143.

[82] Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

[83] Si veda J. Gardner, State Constitutional Rights, cit., p. 1033-1037.

[84] Nello stesso senso, era un'espressione della stessa pratica anche *Singleton*, la decisione alla quale *PP South Atlantic* è maggiormente debitrice. Cfr. Constance R Boken, 'Expounding the State Constitution: The Substantive Right of Privacy in South Carolina' (1994) 46 South Carolina Law Review 191.

[85] J. Gardner, The Failed Discourse, cit.

questa sentenza fa eccezione alla regola. Persino l'opinione dissenziente di Kittredge mostra una certa consapevolezza dell'autonomia costituzionale dello stato laddove richiama la "sovranità" della South Carolina.

Più in dettaglio, è la funzione "polemica" a dominare, rispetto a quella "cooperativa": *PP South Atlantic* è soprattutto una decisione polemica nei confronti della Corte Suprema. Lo è esplicitamente, soprattutto nelle parole del *Chief Justice* Beatty, e lo è per il tipo di argomento utilizzato, tutto rivolto a trovare in sede sub-nazionale una specificità ed una diversità nel contenuto dei diritti in chiara funzione di contestazione del diritto federale. La vena polemica nei confronti della Corte Suprema, in un'area particolarmente sensibile come quella del diritto all'aborto, segna un'improvvisa fiammata del *New Judicial Federalism* e rende improvvisamente più chiaro il ruolo che esso doveva avere nella mente di fondatori come Brennan: un mezzo per scavalcare a livello statale interpretazioni federali percepite come troppo conservatrici sfruttando ogni appiglio disponibile nelle costituzioni statali.

5. *Conclusione*

Questo saggio ha analizzato la sentenza *PP South Atlantic* della Corte Suprema della South Carolina e gli argomenti sulla base dei quali in essa un diritto all'interruzione volontaria di gravidanza è stato identificato come parte della costituzione dello stato. Il caso è da leggersi nel contesto di un più ampio dibattito politico e giuridico relativo all'aborto e come reazione alla sentenza *Dobbs* del giugno 2022.

Se altri attivisti tenteranno la strada dei ricordi all'interno delle corti statali per aggirare *Dobbs* (ed è probabile che così sarà), nuove occasioni simili si presenteranno presto[86]. La possibilità che altri ricorrenti seguano la strada tracciata in South Carolina e che altre corti supreme replichino l'esempio di *PP South Atlantic* è indicativa di una delle caratteristiche essenziali del federalismo americano moderno in generale: nella famosa espressione del giudice Brandeis, gli stati sono "laboratori"[87], divisi non tanto da vere e proprie "identità" locali, difficili da identificare guardando alle differenze tra stato e stato[88], quanto dalla diversità di soluzioni date a problemi comuni. A differenza di quanto accade in altre federazioni, caratterizzate da differenze linguistiche, religiose, politiche e storiche più profonde, la maggiore omogeneità degli Stati Uniti determina la chiara percezione di problemi comuni, le cui risposte sono normalmente identificate da partiti politici nazionali distribuiti

[86] Un elenco dei ricorsi ulteriori rispetto a *PP South Athlantic* proposti in altri stati contro la legislazione "attuativa" *Dobbs* è disponibile a https://www.kff.org/womens-health-policy/issue-brief/legal-challenges-to-state-abortion-bans-since-the-dobbs-decision/ . Si veda anche M. Mayer, cit. p. 7-8.

[87] Si veda l'opinione dissenziente in New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932).

[88] J. Gardner, The Failed Discourse, cit., p. 823-832.

verticalmente sia a livello federale, sia a livello statale[89]. Nella larga maggioranza dei casi, ciò impedisce di vedere nelle costituzioni statali e nella loro interpretazione e applicazione l'espressione dell'identità specifica di un certo stato. Piuttosto, le costituzioni statali rappresentano lo strumento istituzionale per affrontare a livello locale problemi percepiti come tali anche altrove, adottando di stato in stato soluzioni diverse[90]. Il *New Judicial Federalism*, di cui *PP South Atlantic* è un'espressione, rientra perfettamente in questa logica e permette delle sperimentazioni a livello statale attraverso l'interpretazione di costituzioni complessivamente abbastanza simili le une alle altre.

La questione esaminata in *PP South Atlantic*, la regolazione del diritto all'aborto, è evidentemente percepita come problematica in tutta l'Unione. La lotta per l'affermazione dell'una o dell'altra soluzione avviene e avverrà sfruttando un'ampia serie di mezzi istituzionali, dall'emendamento costituzionale alla legislazione ordinaria, sino alla battaglia nelle aule di tribunale: attraverso il diritto costituzionale si prosegue la politica con altri mezzi.

***

ABSTRACT: In this essay, I comment upon the *Planned Parenthood South Atlantic v. South Carolina* judgement by the Supreme Court of South Carolina. Decided in January 2023, the judgement establishes the right to abortion under the privacy clause of the South Carolina Constitution. It must be contextualized within the broader legal and political dispute on abortion in the USA, which led in 2022 to the Supreme Court's *Dobbs* judgement and to the overruling of *Roe v. Wade*. As such, the judgement under examination must be understood as a form of contestation at the state level of federal constitutional law, a phenomenon known under American law as "New Judicial Federalism".

KEYWORDS: *Planned Parenthood South Atlantic* – *Roe v. Wade* – *Dobbs v. Jackson* – South Carolina – New Judicial Federalism

***

Orlando Scarcello – Postdoctoral fellow, KU Leuven (orlando.scarcello@kuleuven.be)

[89]James Gardner, 'Justice Brennan and the Foundations of Human Rights Federalism' (2016) 77 Ohio State Law Journal 355, 379–384.

[90] Shirley S Abrahamson, 'Criminal Law and State Constitutions: The Emergence of State Constitutional Law' (1985) 63 Texas Law Review 1141.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'*entreprise à mission* francese e la società benefit italiana a confronto: nuove forme di coabitazione fra profitto e bene comune*

Carlotta Calabresi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La società *benefit*. – 3. L'*entreprise à mission* e la *raison d'être*. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

«Cos'è questa fabbrica comunitaria? È un luogo dove c'è giustizia e domina il progresso, dove si fa luce la bellezza, e dove l'amore, la carità e la tolleranza sono nomi e voci non prive di senso»[1]. Così scriveva Adriano Olivetti, agli inizi degli anni Cinquanta, per descrivere la sua idea di impresa, un luogo dove regna la conoscenza, la comprensione profonda dei valori della cultura, la responsabilità dell'impresa verso i lavoratori e l'ambiente e dove la dignità delle persone è rispettata. È una prospettiva etica e visionaria che, con grande anticipo sui tempi, ha lasciato in eredità ai rappresentanti più sensibili dell'imprenditoria. Questa sua visione si è sviluppata nel tempo, adattandosi alle nuove esigenze e all'evolvere della società e del mondo del lavoro, ma quell'idea originaria che coniuga il progresso e il profitto d'impresa con il benessere di chi produce quel profitto e con la promozione dell'ambiente in cui tutto avviene, è all'origine dei modelli di imprenditoria più avanzati e innovativi del nostro tempo. L'impresa, pur rimanendo un soggetto che mira al profitto, diventa capace di fare del bene e di contribuire al benessere collettivo.

Ogni impresa, nell'esercizio della propria attività, produce un impatto sul territorio in cui opera, sull'ambiente e sulla società in generale. Le scelte del *management* sono influenzate dal contesto socio-ambientale di riferimento. La cura per le condizioni di lavoro dei dipendenti (la lotta contro il cd. *gender gap*, l'attenzione alla conciliazione famiglia-lavoro, il lavoro agile), l'innovazione tecnologica, l'uso di energie rinnovabili, il dialogo con le comunità locali sono fattori che dovrebbero consentire nel lungo termine l'aumento della redditività dell'impresa (ma non vi sono ancora evidenze sul punto) e il benessere per la collettività. Oggi l'uso responsabile delle risorse umane e naturali necessarie al processo produttivo e la capacità di soddisfare anche istanze sociali costituiscono un imperativo al quale nessuna impresa

* Il contributo è stato sottoposto, conformemente al Regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] A. Olivetti, *Le fabbriche di bene*, Roma, 2014, *passim*.

che intenda essere competitiva sul mercato può sottrarsi[2]. L'impresa privata, nell'epoca della globalizzazione, è ormai un attore per un mondo più sostenibile e alcuni ritengono abbia dei "doveri" nei confronti di una pluralità di soggetti[3]. Si assiste a nuove forme di imprenditorialità sociale che perseguono le 5 P (*people, planet, profit, peace, partnership*)[4] e a nuove generazioni di consumatori attenti che preferiscono acquistare prodotti di aziende i cui valori etici e morali sono allineati ai propri[5] (cd: "effetto Greta").

Con il termine finanza sostenibile o etica si intendono le strategie di investimento che valutano *performance* diverse da quelle finanziarie[6] e che garantiscano l'uso razionale delle risorse[7]. L'investimento "eticamente responsabile"[8] è cresciuto in maniera esponenziale negli ultimi anni[9] ed è protagonista negli incontri dei *think tanks*[10]. Secondo il fondatore del World Economic Forum (Wef) di Davos, il paradigma sociale ed economico dominante nel secondo dopoguerra, in crisi già da alcuni decenni, è giunto oramai a un punto di non ritorno. Solo la conversione dallo

---

[2] Circolare *Assonime* n. 19, *La disciplina delle società benefit*, 20 giugno 2016, in https://www.assonime.it, p. 6.

[3] Anche se priva di legittimità democratica. Si veda in tal senso A.G. Scherer - G. Palazzo - D. Baumann, *Global Rules and Private Actors: Toward a New Role of the Transnational Corporation in Global Governance*, in *Business Ethics Quarterly*, 2006, p. 505 ss.; D. Siclari, *Le Società benefit nell'ordinamento italiano (The benefit companies in Italian law)*, in *Rivista trimestrale di diritto e dell'economia*, 2016, p. 37.

[4] Oecd, *The Sustainable Development Goals: An overview of relevant OECD analysis, tools and approaches*, in https://www.oecd.org.

[5] L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario*?, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 1138 e dottrina ivi citata.

[6] Esistono specifici indici quali Dow Jones Sustainability World, il Dow Jones Sustainability Europe, il Ftse4Good, Stoxx Esg. Il Report "Kpmg-Nedcommunity" sulle dichiarazioni non finanziarie (Dnf) rese da società quotate e non quotate obbligate, analizza i bonus dei manager e l'integrazione della sostenibilità nei piani industriali, come riferisce V. D'Angerio, *Esg, ecco gli indicatori utili per verificare se un'azienda è veramente sostenibile*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 ottobre 2020.

[7] N. Linciano - E. Cafiero - A. Ciavarella - G. Di Stefano - E. Levantini - G. Mollo - S. Nocella - R. Santamaria - M. Taverna, *La finanza per lo sviluppo sostenibile, Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, in *Consob.it*, 1 giugno 2021.

[8] I fondi che rispondono a criteri Esg (*environmental, social, and governance*) escludono determinati settori o aziende a causa della loro attività: soggetti che non rispettano determinati standard o convenzioni internazionali (diritti umani, convenzioni OIL) oppure determinati settori industriali, considerati dannosi per la società o l'ambiente, come carbone e combustibili fossili, armamenti o, per ragioni etiche, aziende attive nei settori del tabacco/cannabis, pornografia o gioco d'azzardo. Vengono preferite aziende attive nei settori farmaceutico, idrico, energie rinnovabili. Questa idea non è nuova bensì risale fin dal XVIII secolo, in cui le correnti più rigorose del protestantesimo ritenevano incompatibile con la dottrina cristiana la scelta di investire i propri risparmi in attività economiche che facevano uso di schiavi o collegate alla produzione e al commercio di armi, tabacco e alcolici o coinvolte nel gioco d'azzardo.

[9] Con alterne fortune, si veda S. Silano, *Gli effetti desiderati (e non) dei criteri ESG sulla Borsa Usa*, in *morningstar.it*, 26 novembre 2021.

[10] V. D'Angerio, *Finanza «sostenibile», gli italiani evitano il fai da te. Se ne parla a Davos*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 gennaio 2019.

shareholder capitalism allo *stakeholder capitalism* del XXI secolo potrà consentire alle società capitalistiche di sopravvivere e prosperare nell'attuale era, caratterizzata da cambiamento climatico, globalizzazione e digitalizzazione[11]. Si parla infatti di *evolution of the corporation paradigm*[12]. La finanza sostenibile è per l'Ue[13] una delle misure di attuazione dell'accordo di Parigi[14] e dell'Agenda Onu 2030[15]: in tale ottica vanno letti il cd Green New Deal[16] e la strategia Europa 2020, un modello di sviluppo che si basa su una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva e che incoraggia gli intermediari e gli investitori professionali a preferire le imprese che rispettano i fattori Esg (*environmental, social, and corporate governance*). A partire dall'*Action plan* del 2018 sulla crescita sostenibile[17], il tema sostenibilità è trattato in innumerevoli fonti normative tra le quali – solo per citare le più note e recenti – la proposta di direttiva relativa alla *Corporate Sustainability Due Diligence* [18] e la direttiva Ue 2022/2464 relativa al *Corporate Sustainability Reporting*[19]. Tali strumenti introducono doveri specifici in

[11] M. Milano, *Il 'nuovo mondo' di Davos: dalla transizione ecologica al controllo sociale*?, in centrostudilivatino.it, 21 dicembre 2021 che recensisce K. Schwab - P. Vanham, *Stakeholder Capitalism: A Global Economy That Works for Progress, People and Planet*, New York, 2021. K. Schwab afferma che il modello dominante - che definisce *shareholder capitalism* perché l'obiettivo primario delle imprese è limitato alla produzione di utili per gli azionisti, senza ulteriori implicazioni sociali - deve essere urgentemente superato nella direzione dello *stakeholder capitalism* del XXI secolo, dove debbono essere presi in considerazione tutti i portatori di interesse, dai clienti ai lavoratori, dai cittadini alle comunità, dai governi al pianeta, in una prospettiva non più locale o nazionale, ma globale, che richiede quindi un nuovo multilateralismo. Al cuore di tale modello vanno poste le persone e il pianeta. Si veda il manifesto *Why we need the 'Davos Manifesto' for a better kind of capitalism* in https://www.weforum.org.

[12] D. Corapi, *Evolution of Private Law in The Global Market of the 21st Century*, di prossima pubblicazione in *The Evolution of Private Law in The Global Market of the 21st Century, Essay in Honor of Professor Arnoldo Wald,* p. 17 e in *Rivista di diritto commerciale*, 2022, p. 339 ss.

[13] *Sustainability now! A European vision for sustainability. Issue 18, 20 July 2016*, in https://ec.europa.eu.

[14] Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (Unfccc), 1992, paragrafo 135. Le imprese e le istituzioni finanziarie non sono parti dell'accordo di Parigi sul clima. L'accordo, tuttavia, le ha invitate a intensificare i loro sforzi e sostenere misure per ridurre le emissioni e/o migliorare la resilienza e ridurre la vulnerabilità agli effetti negativi dei cambiamenti climatici e riferire su tali sforzi.

[15] *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, in https://sdgs.un.org.

[16] Comunicazione della Commissione "Il Green Deal europeo", Bruxelles, 11 dicembre 2019 COM(2019) 640 final.

[17] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile", Bruxelles, 8 marzo 2018 COM(2018) 97 final.

[18] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2013/34/Ue, direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e regolamento (Ue) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità COM/2021/189, adottata dalla la Commissione europea il 23 febbraio 2023.

[19] Direttiva (Ue) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (Ue) n. 537/2014, direttiva 2004/109/CE, direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/Ue per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità. Per un commento, si veda M. Di Sarli, *Una proposta di direttiva della Commissione Ue in materia di Corporate Sustainability Reporting*,

materia di diritti umani e di ambiente applicabili sia alle società come tali, sia agli amministratori[20]. Inoltre, con l'introduzione della Tassonomia con il Regolamento Ue 2020/852, l'Ue fornisce un linguaggio comune agli operatori, imprese e intermediari finanziari. Un'attività economica potrà essere considerata ecosostenibile se contribuisce in misura sostanziale ad almeno uno dei sei obiettivi ambientali europei[21]. Il Regolamento Ue 2020/852 indica quattro condizioni generali che un'attività economica deve soddisfare per poter qualificarsi come ecosostenibile: contribuire positivamente ad almeno uno dei sei obiettivi ambientali; non produrre impatti negativi su nessun altro obiettivo; essere svolta nel rispetto di garanzie sociali minime; rispettare i criteri tecnici identificati da atti delegati adottati dalla stessa Commissione Europea.

Alle fonti di *hard law* si affiancano diversi strumenti di *soft law*, fra i tanti, ad esempio, il Global Compact delle Nazioni Unite[22] che incoraggia le imprese di tutto il mondo a creare un quadro economico, sociale ed ambientale atto a promuovere un'economia mondiale sana e sostenibile che garantisca a tutti l'opportunità di condividerne i benefici. La *Business Roundtable*, associazione di CEO delle maggiori società americane, ha pubblicato nel 2019 lo *Statement on the Purpose of a Corporation* [23], nel quale sottolinea la necessità che le imprese si impegnino a perseguire l'interesse di tutti gli *stakeholder* anche non finanziari (consumatori, dipendenti, ambiente e comunità) nella prospettiva della creazione di valore di lungo termine per gli stessi azionisti. In Italia, il "Codice di Corporate Governance" di Borsa Italiana del gennaio 2020[24] chiede agli amministratori di perseguire il "successo sostenibile" della società (art. 1, I).

---

in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2021, p. 1561 ss. La direttiva chiarisce il principio della *double materiality* (doppia rilevanza), richiedendo alle imprese di considerare sia l'impatto delle proprie attività sulle persone e sull'ambiente, sia il modo in cui le tematiche di sostenibilità incidono sull'impresa (sia l'impatto dell'impresa che l'impatto sull'impresa).

[20] G.D. Mosco - R. Felicetti, *Fin troppa diligenza sulla sostenibilità delle società*, in lavoce.info, 19 luglio 2022.

[21] Mitigazione del cambiamento climatico, adattamento al cambiamento climatico, uso sostenibile e protezione delle risorse idriche, transizione verso una economia circolare, riduzione dell'inquinamento, protezione della biodiversità. Per determinare l'effettivo contributo di un'attività economica ad uno di questi obiettivi, vengono stabilite delle soglie di prestazione (criteri di screening tecnico) che devono essere rispettate. Si veda A. Baglioni, *La Tassonomia europea, un'opportunità per la finanza sostenibile*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 marzo 2022.

[22] Si tratta di un patto non vincolante delle Nazioni Unite, nato per incoraggiare le aziende e imprese di tutto il mondo ad adottare politiche sostenibili e osservanti la responsabilità sociale d'impresa, in https://www.unglobalcompact.org.

[23] *Statement on the Purpose of a Corporation*, 19 agosto 2019 in https://s3.amazonaws.com. Si veda S. Rossi, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, p. 101-102 e M. Libertini, *Un commento al manifesto sulla responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, p. 627.

[24] Codice di Corporate Governance, gennaio 2020, in https://www.borsaitaliana.it.

Le crisi finanziarie hanno messo in luce la limitatezza della visione del breve periodo[25] e del risultato finanziario[26] e il contraltare potrebbe risiedere nel "movimento" Csr (*Corporate Social Responsibility*)[27]. Essere socialmente responsabili significa al contempo soddisfare pienamente le norme giuridiche applicabili, ma anche andare al di là investendo di più nel capitale umano, nell'ambiente e nei rapporti con le altre parti interessate[28]. Sul tema della sostenibilità è intervenuta anche l'Enciclica "Laudato Si" secondo cui «non ci sono due crisi separate, una ambientale e un'altra sociale» (LS, n. 139). Le soluzioni possibili richiedono un approccio integrale per lottare contro la povertà, per restituire la dignità agli uomini e al contempo per preservare la natura. «La sfida urgente di proteggere la nostra casa comune comprende la preoccupazione di unire tutta la famiglia umana nella ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale, poiché sappiamo che le cose possono cambiare» (LS, n. 13)[29]. Uno sviluppo economico fondato sul mero accrescimento quantitativo di beni e prodotti potrebbe inevitabilmente urtare contro i limiti delle risorse naturali o della qualità dei beni pubblici (acqua, qualità dell'aria, clima), diventando esso stesso a sua volta elemento di fragilità per l'intero sistema sociale ed economico e fattore di rischio per la salute[30].

---

[25] Quella tendenza degli amministratori a prendere posizioni che assicurano benefici immediati molto elevati, anche a costo di implicazioni che possono pregiudicare i guadagni futuri, o giungere a propiziare nel futuro addirittura perdite. Si veda in tal senso F. Denozza, *Lo scopo della società tra short-termism e stakeholder empowerment*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, p. 36 e il rapporto stilato da Ernst & Young (EY) per conto della Commissione, Dg Giustizia e Consumatori, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* Final Report, 2020, in https://op.europa.eu.

[26] Il periodo medio di detenzione di azioni nella borsa americana sembra sia attualmente solo di pochi mesi al contrario di quanto avveniva tra il 1950 e il 1970 in cui i titoli venivano conservati tra i quattro e gli otto anni come illustra R.G. Hagstrom, *Il metodo Warren Buffett. I segreti del più grande investitore del mondo*, Milano, 2014. Si veda anche B. Graham, *Intelligent Investor: The Definitive Book on Value Investing*, New York, 2003. L'Autore fa notare quanto sia dannosa la cultura della performance del breve periodo che spinge i gestori di fondi di investimento e fondi pensione a adottare strategie che alla lunga si rivelano inefficienti.

[27] Nasce nel 1992 con l'Earth Summit di Rio de Janeiro, prima conferenza internazionale in cui i rappresentanti dell'industria mondiale, degli Stati e della Comunità scientifica hanno discusso il ruolo delle imprese nel perseguimento dello sviluppo sostenibile.

[28] Tema rilanciato e sostenuto dalla Ue a Lisbona nel 2000 poi seguito nel 2001 con il Libro Verde Promuovere un quadro per la responsabilità sociale delle imprese, Bruxelles, 18 luglio 2001 COM(2001) 366 definitivo (che definisce la Csr come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate»), *Considerando* 21 e nel 2006 con la comunicazione "Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese", Bruxelles, 22 marzo 2006 COM(2006) 136 definitivo.

[29] *Enciclica Laudato Si*, 24 maggio 2015, https://www.vatican.va. Per un raffronto tra gli obiettivi ONU di sviluppo sostenibile e l'enciclica, si rimanda a G. Giraud - P. Orliange, *Laudato si' e Obiettivi di sviluppo sostenibile: una convergenza da affinare*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2017, p. 497 ss.

[30] Consulta Scientifica del Cortile dei Gentili, C. Caporale - A. Pirni (a cura di), *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, Roma, 2020, p. 19.

Modello di riferimento e apripista di riforme d'impresa ispirate alla prospettiva delineata è stata la *Benefit Corporation* americana[31], impresa che svolge un'attività economica con fine di lucro che ha anche un impatto positivo su determinate categorie di soggetti e sull'ambiente. L'Italia è il primo Stato europeo ad aver introdotto la società *benefit* ispirandosi alla legislazione americana[32], così come specificato nella relazione di accompagnamento (si tratta a tutti gli effetti di una trasposizione o "trapianto"[33]). La riforma è intervenuta nell'ambito della Legge di Stabilità 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208, articolo 1, commi 376-384 e allegati 4 e 5) e dunque non una sede appropriata per contenere un'innovazione del diritto societario[34]. Qualche anno dopo la *Loi Pacte* del 2019 ha introdotto in Francia l'*entreprise à mission*. Scopo di questo breve studio è confrontare due modelli societari in cui coesistono lo scopo di lucro e di beneficio comune, l'*entreprise à mission* e la società *benefit* italiana, e come possano convivere la ricerca del profitto e il perseguimento del bene comune.

L'ibridazione societaria profit/non profit e la finanza sostenibile/responsabilità sociale dell'impresa vanno di pari passo. Stanno emergendo nuovi modelli di enti senza scopo di lucro che esercitano attività commerciali e di enti a scopo di lucro con limiti alla distribuzione dei dividendi o con il perseguimento di finalità sociali e ambientali. Si assiste a una sorta di "invasione di campo"[35] o meglio processo di convergenza tra enti senza scopo di lucro (nel nostro codice civile regolati nel libro I) ed enti con scopo di lucro (libro V)[36], in quanto i primi possono svolgere attività

---

[31] Ente a scopo di lucro che esiste in 36 stati che aggiunge al profitto l'impatto positivo sulla società, i lavoratori, la comunità e l'ambiente. Osserva L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., p. 1144, che la normativa della maggior parte di questi ispirata alla *Model Benefit Corporation Legislation* (*Model Act*) predisposta dall'organizzazione non profit B-lab con il supporto dell'*American Sustainable Business Council*. Il Delaware ha approvato nel 2013 il *Public Benefit Corporation Act* che si discosta in parte dal *Model Act*.

[32] Nell'aprile 2010 il Maryland è stato il primo Stato degli Usa ad approvare la legislazione per le *Benefit Corporation*. In seguito, California, Hawaii, Illinois, Louisiana, Washington, Massachusetts, New Jersey, New York, Pennsylvania, South Carolina, Vermont, Virginia, Delaware, Colorado, Washington DC e Arkansas hanno approvato la legislazione permettendo anch'esse la creazione di *Benefit Corporation*.

[33] D. Corapi, *Dalla benefit corporation alla società benefit. Note conclusive*, in *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *op. cit.*, p. 111; L. Ventura, *Benefit corporation e società benefit tra innovazione creativa e imitazione di modelli*, in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Bari, 2018, p. 101; A. A. Candian, *Le Società Benefit in Italia*, in R.E. Cerchia (ed.), *Percorsi di diritto comparato*, Milano, 2021, p. 28.

[34] B. De Donno, *Dalla benefit corporation alla società benefit. Note introduttive*, in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *op. cit.*, p. 11. L'Autrice nota anche diverse imprecisioni terminologiche nel testo normativo.

[35] V. Montani, *La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile*, in *Jus On Line* 2017, p. 204, p. 205. Si veda anche G. Riolfo, *The New Italian Benefit Corporation*, in *European Business Organization Law Review*, 2019, p. 7.

[36] L'impresa sociale in Italia, regolata dal d.lgs. 3 luglio 2017 n. 112 è un soggetto giuridico privato che svolge attività produttive secondo criteri imprenditoriali (continuità, sostenibilità, qualità),

economica e produrre utile purché non distribuito (*nondistribution constraint*)[37], ma prevalentemente reinvestito per il fine sociale e altruistico (ad esempio enti del Terzo settore, imprese sociali e cooperative che gestiscono case famiglia in cui vengono accolti minori o profughi, società mutualistiche, fondazioni che gestiscono teatri, start-up innovative ex d.l. 179/2012, art. 25, comma 2 e i secondi possono operare anche in settori tipici degli enti senza scopo di lucro (ad esempio case di riposo per anziani o ospedali). Le linee di confine tra enti ormai sbiadiscono[38] tanto che alcuni Autori hanno introdotto il concetto di enti low profit[39] o enti del Quarto settore[40].

2. *La società benefit*

La società *benefit* italiana si ispira sia al B-Lab *Model Act* statunitense che alla legislazione del Delaware[41] con la differenza che in Usa la *benefit corporation* può essere costituita solo nella forma di *corporation* mentre in Italia può assumere la forma di una qualsiasi società di persone o di capitali[42]. La società *benefit* non è un nuovo tipo di società[43], ma "un atteggiarsi specifico" di forme societarie esistenti[44]. La riforma non deroga al diritto societario, ma prevede regole aggiuntive alle ordinarie, né prevede agevolazioni fiscali. È stato a fine 2021 introdotto solo un *tax credit* per la costituzione delle società *benefit* con lo scopo di incentivarne l'utilizzo[45]. La società *benefit* può nascere tale o "trasformarsi" successivamente, con tutte le implicazioni, ad esempio

ma che persegue, a differenza delle imprese commerciali, una finalità sociale che consiste nella produzione di benefici diretti a favore di una intera comunità o di soggetti svantaggiati (al pari degli enti del Terzo Settore). La modalità di gestione deve essere responsabile e trasparente e favorire il coinvolgimento dei dipendenti, degli utenti e dei soggetti interessati.

[37] A. Zoppini, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *op. cit.*, p. 73 e in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2017, p. 5; L. Ventura, *Benefit corporation e società benefit,* cit., p. 87.

[38] V. Montani *op. cit.*, p. 209; L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli,* cit., p. 1134.

[39] A. Testa, *Le "società benefit" ed i limiti di interpretabilità della norma*, in *Quotidiano giuridico*, *Pluris online ora One Legale*, 2016.

[40] L. Ventura, *Benefit corporation e società benefit,* cit., p. 84.

[41] L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., p. 1156.

[42]Ibid., p. 1144 e 1161 ss. Gli elementi caratteristici della *Benefit Corporation* americana sono lo scopo sociale plurimo, nuovi standard di condotta per gli amministratori e particolari obblighi di trasparenza.

[43] L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., p. 1157.

[44] B. De Donno, *op. cit.*, p. 12.

[45] Il d.m. 12 novembre 2021 con le Disposizioni attuative degli interventi per la promozione del sistema delle società *benefit* ha definito le modalità di accesso al credito d'imposta, che agevola nella misura del 50%, entro il limite massimo di 10mila euro per ciascun beneficiario, i costi sostenuti per la costituzione o trasformazione delle società *benefit* disciplinato dall'articolo 38-ter del d.l. 34/2020.

in tema di diritto di recesso[46]. Un aspetto critico che è stato segnalato in dottrina da più voci[47] è che il comma 379[48] sembra imporre alle società che intendano perseguire anche finalità di beneficio comune la modifica dell'atto costitutivo o dello statuto[49]. Da più parti si ritiene che la società *benefit* debba poter convivere con le società ordinarie che, pur senza modificare il proprio *status,* vogliano mostrare sensibilità verso temi sociali e ambientali[50] (sponsorizzare il restauro di un monumento; istituire borse di studio per giovani meritevoli). Nulla escluderebbe di prevedere elementi ideali nell'atto costitutivo che non contraddicano lo scopo tradizionale della società e che si impongano agli organi sociali[51]. Alcuni commentatori, infatti, si domandano se sia il caso di *credere* o meno nel nuovo istituto[52]. Un'interpretazione coerente con il sistema afferma che le società non *benefit* potranno svolgere attività dirette alla realizzazione di benefici comuni purché non siano a scapito del perseguimento di obiettivi lucrativi[53]. Il predetto comma non dovrebbe essere letto come divieto per le società non *benefit* che vogliano restare tali di svolgere attività imprenditoriali con modalità idonee a realizzare anche scopi di beneficio comune. Una diversa interpretazione contraddirebbe la finalità promozionale che si prefigge il legislatore del 2015[54].

Il nuovo modello italiano prevede uno scopo duplice o plurimo[55]: il primo (*profit*) costituente lo scopo di lucro che la società intende realizzare e il secondo (*benefit)* volto al perseguimento del beneficio comune [56] non strettamente egoistico[57], complementare, da bilanciare con il primo, sulla base di una scelta volontaria e

---

[46] Si veda F. Denozza - A. Stabilini, *La società benefit nell'era dell'investor capitalism*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2017, p. 9; M. Stella Richter jr, *Società Benefit e Società non Benefit* in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *op. cit.*, p. 66 e ss.

[47] M. Stella Richter jr, *op. cit.*, p. 60-61 e in http://www.associazione.orizzontideldirittocommerciale.it.

[48] Le società esistenti sono tenute a modificare l'atto costitutivo o lo statuto, nel rispetto delle disposizioni che regolano le modificazioni del contratto sociale o dello statuto proprie di ciascun tipo. Tali modifiche devono, inoltre, essere depositate, iscritte e pubblicate nel registro delle imprese secondo quanto previsto dalle regole del tipo societario prescelto. Disposizione definita «infelice» da M. Stella Richter jr, *op. cit.*, p. 62.

[49] B. De Donno, *op. cit.*, p. 13.

[50] B. De Donno, *op. loc. cit.*

[51] M. Stella Richter jr, *op. cit.*, p. 61-62.

[52] A. Zoppini, *op. cit.*, p. 71.

[53] F. Denozza, *op. cit.*, p. 47; C. Angelici, *Società benefit*, in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *op. cit.*, p. 28. In sintesi, se i soci o gli amministratori vogliono fare la beneficenza la facciano con i loro soldi e non con quelli della società.

[54] G. Marasà, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *op. cit.*, p. 54.

[55] L. Ventura, *Benefit corporation e società benefit,* cit., p. 102.

[56] G. Marasà, *op. cit.*, p. 38-39 e p. 51; P. Guida, *Il modello "società benefit": analisi strutturale e applicazioni al Terzo settore,* in *Fondazione italiana del notariato*, http://elibrary.fondazionenotariato.it.

[57] D. Corapi, *Dalla Benefit Corporation*, cit., p. 38-39 e p. 111.

autonoma dei soci[58], un risultato sociale, sostenibile dal punto di vista ambientale e del rispetto dei diritti umani in linea con il Regolamento Tassonomia, con l'obiettivo di ridurre le esternalità negative o produrre esternalità positive[59]. Si distinguono solitamente quattro aree d'impatto: g*overnance, workers*, *community, environment*[60]. Il beneficio comune dovrebbe essere sia generico (*General Public Benefit*[61] in Usa) che specifico. La formulazione della legge è ampia e lascia alla società la libertà di scegliere quali finalità in concreto perseguire[62]. Il beneficio comune deve essere perseguito dagli amministratori in maniera trasparente e misurabile. Come sottolinea Assonime, si è inteso con la riforma attribuire stabilità e certezza ad un progetto imprenditoriale in cui la massimizzazione del profitto non costituisce l'unico obiettivo dell'attività aziendale[63]. Le società *benefit* non fanno parte del "Terzo settore",[64] al contrario dell'impresa sociale[65], che è tutt'altra cosa e non è oggetto di questo studio. Il fine del profitto e la creazione di valore per gli azionisti non vengono messi in discussione. La società *benefit*, al contrario dell'impresa sociale, non

[58] B. De Donno, *op. cit.*, p. 13; C. Angelici, *op. cit*, p. 21-22.

[59] Si vedano M.C. Rizzo (ed.), *La Società Benefit*, Milano, 2021; A. Frignani - P. Virano, *Le società benefit: luci e ombre*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 2016, p. 232.

[60] Il *Model Act* §102 predisposto dall'organizzazione non profit B-lab, come riferito da L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., p. 1145 indica, a titolo esemplificativo, alcune aree di intervento come la fornitura a condizioni di favore di prodotti o servizi a soggetti a basso reddito o a soggetti e comunità svantaggiate; la creazione di nuove opportunità economiche per le comunità locali; la protezione o la riqualificazione ambientale; il miglioramento delle condizioni di salute dell'uomo; la promozione delle arti, delle scienze e della conoscenza; l'incremento dell'afflusso di capitali verso enti a scopo benefico; e il perseguimento di qualsiasi altra attività a favore della società o dell'ambiente.

[61] Nella legge del Delaware oltre al beneficio generale (*General Public Benefit*), è previsto anche uno o più *Specific Public Benefit* che la società intende perseguire. Cfr L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., p. 1145, 1151 e 1154.

[62] Generiche finalità di beneficio comune sono indicate nella Relazione illustrativa al disegno di legge n. 3321: il perseguimento della crescita del benessere di persone e comunità, alla conservazione e al recupero di beni del patrimonio artistico e culturale presenti nel luogo ove operano o sul territorio nazionale, alla diffusione e al sostegno delle attività culturali e sociali, nonché di enti e associazioni con finalità rivolte alla collettività e al benessere sociale.

[63] I soggetti beneficiati da una società *benefit* coincidono con i soggetti di cui ai principi della responsabilità sociale (Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 6 e ss)

[64] Camera dei Deputati, Servizio Studi, *Riforma del Terzo settore*, 5 settembre 2018, in http://www.camera.it. Senato della Repubblica, dossier n. 30, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante codice del Terzo settore, 26 giugno 2018, in http://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105128.pdf.

[65] In Italia le organizzazioni di volontariato (Odv), le associazioni di promozione sociale (Aps), gli enti filantropici, le reti associative e le società di mutuo soccorso sono imprese sociali. Possono essere costituite in forma di associazione, di fondazione, di cooperativa, di società per azioni, ecc. Le cooperative sociali e i loro consorzi hanno tale qualifica "di diritto" (art. 1, co. 4, d.lgs. 112/2017). L'impresa sociale è, a tutti gli effetti, un ente del Terzo settore (art. 4, co. 1; art. 46, co. 1, lett. d). Si veda in tal senso V. Montani, *La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile*, cit., p. 204.

ha limiti nei settori di attività e nella distribuzione degli utili. Come l'impresa sociale però, costituisce un ponte che collega la sfera economica e quella sociale e ambientale, una sorta di "terra di mezzo" che crea sviluppo e coesione[66]. L'idea è spingere le imprese verso scelte che generano un impatto positivo usando la cd. «spinta gentile»[67]. La società *benefit* non è un'istituzione filantropica [68] che produce del bene per la generalità dei consociati, ma vi è una connotazione egoistica nel suo agire. L'utilità sociale una volta prodottasi non si disperde, ma viene incanalata nella catena produttiva rimanendo circoscritta al proprio contesto territoriale e sociale[69]. L'idea è quella assicurare all'impresa una maggiore redditività[70] o una maggiore permanenza sul mercato, ma è discusso in quanto sono alti gli extra costi ad esempio per la reportistica. Si ritiene vi siano benefici reputazionali e sul piano della concorrenza, ma la menzione del termine *benefit* è facoltativa nella denominazione sociale[71].

La società *benefit* ha due "anime" e genera una ricchezza in denaro ed una ricchezza "sociale", il patrimonio sociale potrà quindi essere destinato ad entrambi gli scopi[72]. Non si precisa se si tratta di due attività distinte oppure una sola attività ibrida[73]. Il lucro è rappresentato dal denaro, mentre l'utilità sociale da diversi indici[74]. Gli utili potranno senz'altro essere prodotti e distribuiti, ma potrebbero diminuire nella misura necessaria a finanziare i costi per l'attività volta al beneficio comune, a meno che si tratti di attività che si autofinanzia nel tempo[75]. Si discute se vi debba essere un collegamento tra l'attività economica e l'utilità sociale, se la prima debba essere la fonte economica per poter conseguire gli scopi di beneficio comune, se vi sia una sorta di *collegamento funzionale* [76], una destinazione altruistica del risultato della gestione[77]. Non esiste unanimità sulla questione, ma un collegamento con l'attività della società sembra essere imprescindibile[78]. Assonime[79] afferma che, per far diventare l'impatto sociale parte integrante della strategia d'impresa, l'attività volta

---

[66] P. Venturi - F. Zandonai, *L'impresa sociale riformata. Tratti salienti e nuovi percorsi d'innovazione sociale*, in P. Venturi (ed.), *Valore e potenziale dell'impresa sociale. Economie plurali per generare progresso e impatto sociale*, Bologna, 2017, p 13.

[67] A. Candian, *op. cit.*, p. 22.

[68] Circolare *Assonime* n. 19 cit., p. 19.

[69] M. Palmieri, *L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit*, in *Banca Impresa Società*, 2017, p. 207; P. Guida, *op. cit.*, p. 1.

[70] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 6.

[71] B. De Donno, *op. cit.*, p. 14-15.

[72] A. Lupoi, *L'attività delle società benefit (l. 28 dicembre 2015, n. 208)*, in *Rivista del Notariato*, 2016, p. 821.

[73] D. Corapi, *Dalla Benefit Corporation,* cit., p. 114.

[74] A. Lupoi, *op. cit.,* p. 828.

[75] A. Frignani - P. Virano, *op. cit.,* p. 236.

[76] A. Lupoi, *op. cit.,* p. 821.

[77] A. Zoppini, *op. cit.*, p. 73.

[78] P. Guida, *op. cit.*, p. 4.

[79] Riferendosi a M.E. Porter - M. Kramer, *Strategia e società. Il punto d'incontro tra il vantaggio competitivo e la Corporate Social Responsibility*, cit., p. 7 e ss.

alla realizzazione del beneficio comune dovrebbe essere strettamente legata alla catena produttiva[80]. Come è stato notato, il legislatore non sembra instaurare una graduazione tra di essi, e nessuno sembra prevalente sull'altro[81]. La conseguenza di tale ampliamento o duplicazione dello scopo è la modifica della *governance* interna, dell'assetto di poteri, doveri e responsabilità della società e degli amministratori[82]. Le finalità ideali entrano nel processo produttivo vincolando gli amministratori a scelte basate sul bilanciamento tra i diversi interessi dei soci, del beneficio comune e di soggetti indicati nel comma 376 (comma 380)[83]. Assonime rileva come tali obblighi, che si aggiungono a quelli previsti dal codice civile, riguardano sia la modalità di gestione che l'articolazione dell'organizzazione interna all'impresa e l'*accountability* della società[84].

Il diffondersi della responsabilità sociale dell'impresa ha fatto riaffiorare tra i giuristi il tema del "nuovo interesse sociale" che potrebbe non essere concepito esclusivamente come mero interesse dei soci attuali alla divisione degli utili[85]. Le più note teorie sull' interesse sociale sono la teoria contrattualista che identifica l'interesse sociale con l'interesse dei soci in quanto tali e la teoria istituzionalista che identifica l'interesse sociale con l'interesse dell'impresa in sé[86]. Se si seguisse la teoria istituzionalista, nelle diverse declinazioni, si affermerebbe per il socio un dovere di perseguire con il proprio voto un obiettivo favorevole all'impresa in sé. In questo caso il voto in assemblea dovrebbe tendere a soddisfare un interesse più ampio di quello dei soci, che tenga conto anche dei creditori, dei lavoratori e degli interessi pubblici. Se, invece, si seguisse la teoria contrattualistica, il socio potrebbe votare in assemblea considerando soltanto il suo interesse anche eventualmente ponendosi in contrasto con quelli degli altri *stakeholders*. Nel nostro ordinamento, il soddisfacimento dell'interesse sociale sembra coincidere con la massimizzazione del profitto e la divisione degli utili tra i componenti della stessa, in adesione della teoria contrattualistica ma il tema è molto dibattuto. La tradizione occidentale sembra oggi più orientata verso il c.d. "neo istituzionalismo" in quanto legislatori ed organismi sovranazionali dettano regole e suggeriscono comportamenti che conformano il

[80] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 19.

[81] G. Marasà, *op. cit.*, p. 53.

[82] L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., p. 1157.

[83] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 13. Il dovere di bilanciamento è previsto solo per gli amministratori della società *benefit*, come nota M. Stella Richter jr, *op. cit.*, p. 63.

[84] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 5. L'attività di governance si complica nel momento in cui per la società *benefit* diventa essenziale la ricerca di un nuovo equilibrio e di una nuova efficienza tra i molteplici ed eterogenei interessi.

[85] A. Candian, *op. cit.*, p. 24. L'Autrice ricorda le discussioni tedesche all'epoca di Weimar, la *corporate philosophy* negli anni 60 negli Stati Uniti o le tendenze neo-liberali che si sono diffuse in gran parte del mondo ricordate dalla dottrina italiana che si è interessata in modo splendido al tema (in particolare Denozza, Angelici, Libertini, Calandra Buonaura, Montalenti, per citare solo i nomi più recenti).

[86] R. Coletta, *Società per Azioni. ente o contratto? Parte 1,* in *Treccani.it*, 11 marzo 2020.

perseguimento degli intessi contrattuali dei soci in funzione della tutela di interessi differenziati[87].

Nella società *benefit*, affinché l'incarico degli amministratori possa ritenersi espletato in modo soddisfacente, non è sufficiente il vaglio della *performance* economico-finanziaria, ma occorre valutare anche l'impatto che la società è riuscita a produrre sull'ambiente e sulla società civile[88]. Trattandosi di una scelta gestionale, ad essa si applicherà la *business judgment rule*[89] o, più esattamente, la *benefit judgment rule*[90]. Non è data la possibilità di sindacare, da parte del giudice, le scelte operate dagli amministratori quando queste non siano state compiute in conflitto di interessi, o se siano state scelte informate e siano state adottate sul convincimento di rappresentare il migliore interesse per la società[91]. Secondo Assonime, gli amministratori dovranno al contempo impiegare il massimo grado di diligenza e perizia richiesti dalla natura dell'incarico, anche nella cura di interessi diversi da quelli riferibili alla società e ai suoi soci, valutando l'impatto che le decisioni gestionali generano sulle finalità ulteriori indicate nello statuto. Ciò non implica che a tali finalità debba essere necessariamente attribuita preferenza, ma comporta un obbligo degli amministratori di agire in modo da garantire una compensazione tra i rispettivi vantaggi e sacrifici che determinate scelte operative possono comportare sui diversi interessi coinvolti. Ciò, sempre secondo l'Assonime e la maggior parte della dottrina esaminata, dovrebbe ampliare la discrezionalità degli amministratori e circoscriverne la responsabilità[92], rendendoli immuni da azioni da parte dei soci per aver considerato nelle proprie scelte strategiche anche profili sociali e ambientali, oltre a quello della massimizzazione del profitto. L'aspetto del bilanciamento degli interessi, secondo alcuni, è soprattutto una norma di salvaguardia perché in questo caso la discrezionalità degli amministratori potrebbe portare a privilegiare le finalità *not-for-profit* rispetto a quelle *for-profit*, soprattutto se lo statuto non ha chiarito i limiti dell'una o dell'altra[93]. Trattandosi di società che devono operare con un livello di trasparenza rafforzato, appare ragionevole ritenere che gli amministratori diano conto nell'adozione delle loro decisioni di come abbiano attuato il bilanciamento degli interessi e delle ragioni che in determinate circostanze abbiano indotto ad attribuire priorità all'uno rispetto che all'altro[94]. Il concetto del bilanciamento[95] può essere

[87] A. Candian, *op. cit.*, p. 24.
[88] P. Guida, *op. cit.,* p. 7.
[89] M. Stella Richter jr, *op. cit.*, p. 60.
[90] M. Stella Richter jr, *op. cit.*, p. 65.
[91] C. Sertoli, *La società benefit: tendenze e problematiche in prospettiva comparatistica*, Roma, 2017. Si attua così una equiparazione nell'esonero da responsabilità per le scelte informate degli amministratori sia che riguardino il "business", in forza della tradizionale *business judgment rule*, sia che riguardino l'attività *benefit*, in forza della speciale e aggiuntiva regola.
[92] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 5, p. 21 e p. 28; M. Stella Richter jr, *op. cit.*, p. 65; G. Marasà, *op. cit.*, p. 55. *Contra* F. Denozza, *op. cit.*, p. 41.
[93] A. Lupoi, *op. cit.,* p. 821.
[94] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 23.

interpretato ispirandosi a principi già noti nell'ordinamento, ad esempio nell'ambito della disciplina dei gruppi societari [96], delle azioni correlate e dei patrimoni destinati[97]. La società *benefit* persegue lo scopo di lucro utilizzando il profitto come mezzo per creare un beneficio che si ripercuote anche su altre categorie di soggetti. Tuttavia, solo i suoi soci-finanziatori hanno il controllo sul perseguimento degli obiettivi di bene comune, senza che agli altri *stakeholders* (potenziali fruitori di quei beni comuni) sia attribuito (almeno espressamente) alcun potere di controllo o di reazione laddove tali obiettivi siano disattesi[98]. Non vi sono norme imperative assistite da sanzioni in grado di costringere la società *benefit* a tenere fede all'impegno assunto nello statuto. E nessuna possibilità di azione nei confronti della società *benefit* o degli amministratori è prevista dalla legge a favore degli *stakeholders,* i quali non hanno nessuna possibilità di incidere sulla definizione del beneficio comune[99].

Particolarità della società *benefit* è la presenza di un soggetto (o più di uno), il "responsabile di impatto", con il compito di assicurare che la società persegua il beneficio comune, previsto dal comma 380. Il compito di procedere alla nomina del c.d. *benefit director* spetta all'organo amministrativo[100]. Tale soggetto non deve rivestire particolari qualifiche, potrebbe essere un componente del cda, un dipendente della società, un direttore generale o più raramente un consulente esterno[101]. Gli amministratori rimangono responsabili del *management* della società. Il comma 382 stabilisce l'obbligo di redazione di una relazione annuale - ispirata al modello Usa B-

---

[95] Il comma 381, precisa che l'inosservanza degli obblighi di bilanciamento può costituire inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge e/o dallo statuto, e quindi in tali ipotesi, si applicheranno le norme previste dal codice civile in tema di responsabilità degli amministratori. Si veda anche M. Palmieri, *op. cit*., p. 213.

[96] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 5 e 21. L'esigenza di contemperare diversi interessi non rappresenta una novità essendo già prevista nell'ambito della disciplina dei gruppi societari, dove la gestione deve essere orientata a un prudente equilibrio tra l'interesse della società che esercita direzione e coordinamento e quello delle società ad essa sottoposte; nell'ambito delle società che gestiscono servizi pubblici e soggette a specifici obblighi di servizio, dove l'interesse alla remunerazione del capitale deve essere conciliato con la tutela di finalità pubblicistiche o la disciplina del *take over*, che impone agli amministratori di valutare gli effetti dell'offerta sugli interessi dell'impresa, nonché sull'occupazione e sulla localizzazione dei siti produttivi, nonché dai principi espressi nella legislazione a tutela del lavoro e dell'ambiente, o ancora in quella sugli standard di qualità dei prodotti.

[97] A. Zoppini, *op. cit*., p. 78.

[98] F. Denozza - A. Stabilini, *op. cit.*, p. 2; S. Rossi, *op. cit*., p. 108. M. Palmieri, *op. cit.*, p. 219-220. I terzi beneficiari dell'attività altruistica non possono essere considerati dei creditori della società e non possono avanzare alcun diritto nei confronti del patrimonio sociale né potrebbero procedere giudizialmente nei confronti degli amministratori.

[99] F. Denozza, *La società benefit e le preferenze degli investitori*, in B. De Donno - L. Ventura (a cura di), *op. cit.*, p. 38-39. Secondo questa parte della dottrina, essa è «la chiara espressione della concezione volontaristica della responsabilità sociale dell'impresa».

[100] Potrebbe anche non essere membro del Cda: G. Ferrarini - S. Zhu, *Is There a Role for Benefit Corporations in the New Sustainable Governance Framework?,* in *Ecgi Working Paper Series in Law*, 2021, p. 10.

[101] B. De Donno, *op. cit*., p. 16.

lab[102] - sul perseguimento delle finalità di beneficio comune[103]. La valutazione che rafforza la trasparenza dell'operato dell'impresa si riferisce sia allo scopo di lucro che al beneficio comune[104] ed è sia quantitativa che qualitativa[105]. Va redatta secondo precise modalità[106] indicate negli allegati 4 e 5, allegata al bilancio (con tutte le conseguenze che ne derivano nel caso di mancato deposito[107]) e pubblicata sul sito internet della società, se disponibile. Per il rispetto della privacy si possono omettere alcuni dati finanziari. Per quanto riguarda l'*enforcement*, la legge italiana prevede un meccanismo pubblicistico. Coloro che ne abusano, possono essere sanzionati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per violazione delle norme materia di pubblicità ingannevole e del codice del consumo, d'ufficio o su segnalazione. L'interesse direttamente protetto è quello del mercato affinché non vi siano consumatori ingannati da società che si fregiano del titolo *benefit* senza comportarsi di conseguenza[108]. Dagli studi empirici svolti sinora emerge che le società *benefit* siano in gran parte di piccola o media dimensione[109]. Le società *benefit* secondo i primi dati raccolti sembrano indicare prevalentemente obiettivi generici, non quantificabili e misurabili come, ad esempio, il raggiungimento della felicità o l'eliminazione della povertà[110]. Il *tax credit* [111]introdotto a fine 2021 ha dato una

[102] L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli,* cit., p. 1152. Il *Model Act* prevede un obbligo di reportistica biennale e non reso pubblico mentre la legge del Delaware ritiene sufficiente un'autovalutazione da parte degli amministratori.

[103] La valutazione di impatto deve avere come oggetto le aree di analisi indicate nell'Allegato 5 della legge istitutiva delle società *benefit* (governo d'impresa, lavoratori, altri portatori di interesse, ambiente).

[104] A. Lupoi, *op. cit.,* p. 812. La relazione deve contenere la descrizione degli obiettivi specifici, delle modalità e delle azioni attuate dagli amministratori per il perseguimento delle finalità di beneficio comune e delle eventuali circostanze che lo hanno impedito o rallentato; una valutazione dell'impatto sociale generato attraverso l'uso di standard esterni di valutazione che rispondano a precisi requisiti, e che abbiano per oggetto le specifiche aree di valutazione indicate dalla legge e una sezione dedicata alla descrizione dei nuovi obiettivi che la società intende perseguire nell'esercizio successivo (comma 382).

[105] Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 28.

[106] La relazione deve essere redatta da un soggetto terzo rispetto alla società *benefit*, ad esempio, una società di consulenza o un certificatore internazionale quale l'organizzazione americana non profit B-Lab. L'ente certificatore non deve essere controllato dalla società *benefit* né collegato con la stessa (Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 28).

[107] Sono previste sanzioni amministrative per l'omessa esecuzione di denunce, comunicazioni e depositi *ex* art. 2630 c.c.

[108] F. Denozza, *op. cit.*, p. 40.

[109] G. Ferrarini - S. Zhu, *op. cit.*, p. 11. Si veda anche il rapporto *Le società benefit: un nuovo paradigma imprenditoriale*, 2021, in https://www.pwc.com/it. Ad oggi (giugno 2033) sono state costituite circa tremila società *benefit* (dati https://legalcommunity.it). Cfr Dell'Oste - V. Uva, *Non solo profitti: boom di società benefit in pandemia. Via agli incentivi,* in *Il Sole 24 Ore*, 24 maggio 2022.

[110] B. De Donno, *op. cit.*, p. 14.

[111] Cfr. nota 44.

notevole spinta alla creazione di nuove società benefit, in contrasto con lo scetticismo iniziale espresso da alcuni studiosi[112].

Una delle domande che la dottrina si è posta è se gli obiettivi ulteriori che si prefigge la società benefit non fossero attuabili con gli strumenti esistenti nel diritto societario, alla luce delle teorie contrattualiste o istituzionaliste[113]. Autorevole dottrina afferma che la soluzione adottata dal legislatore del 2015 si caratterizza in un senso «autenticamente contrattualista» in quanto la finalità di beneficio comune corrisponde ad un interesse dei soci «in concreto»[114].

3. *L'entreprise à mission e la raison d'être*

La *Loi pour la croissance et la transformation des entreprises* (PACTE) del 19 aprile 2019, ispirata al corposo Rapport Notat-Sénard *L'entreprise objet d'intérêt collectif*[115] ha introdotto in Francia *l'entreprise à mission*[116] e con essa l'idea che l'impresa possa avere una sua *raison d'être* in aggiunta allo scopo sociale che vada oltre l'idea del profitto. La riforma vuole essere l'ultimo componente di un *fusée* (razzo)[117] composto da tre parti (*l'intérêt social, la raison d'être et pour finir la société à mission*) con l'obiettivo di perseguire al contempo il profitto e il bene comune, la *performance financière* e la *performance extra-financière*, e introducendo la *Corporate Social Responsibility* nella *governance* aziendale. Come indicato dal Ministro francese dell'economia e delle finanze Bruno Le Maire in occasione della presentazione della riforma, «*l'ambition du législateur de repenser la place de l'entreprise dans la société afin de l'adapter aux réalités du XXIe siècle: l'entreprise occupe désormais une place essentielle dans la société, elle a une dimension environnementale, elle a une dimension sociale et elle ne se résume pas à la réalisation de profits*»[118].

Mentre in Italia la riforma non ha interessato il codice civile, in Francia sono stati modificati gli articoli 1833[119] e 1835[120] del *Code civil*. Viene anche riformato il

---

[112] C. Angelici, *op. cit.*, p. 22.

[113] B. De Donno, *op. cit.*, p. 14.

[114] C. Angelici, *op. cit*, p. 28.

[115] N. Notat - J.D. Senard, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 2018, in https://www.ladocumentationfrancaise.fr.

[116] A giugno 2023 risultano costituite in Francia più di mille entreprises e sono più che raddoppiate in un solo anno. Si vedano i dati riportati dall'Observatoire des societés à mission, in https://www.observatoiredessocietesamission.com.

[117] E. Colla - C. De Gery - L. Lemmet, *La société à mission, une entreprise au service d'un développement durable ?,* in *Escp Impact Paper*, 2021.

[118] *L'entreprise ne se résume pas aux profits, dit Le Maire en recevant un rapport*, 9 marzo 2018, in https://www.challenges.fr.

[119] *Article 1833 «Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité».*

[120] *Article 1835 «Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement.*

titolo I, libro II del *Code de commerce* con l'introduzione degli artt. da L 210-10 a L 210-12[121]. Il diritto societario francese è stato disciplinato nel 1966, poi riformato negli anni 1978 e 1985, in un contesto economico molto diverso dall'attuale. La definizione di scopo sociale contenuta nel *Code civil* poneva l'accento unicamente sul profitto. Oggi il perseguimento del solo scopo di lucro sembra a molti riduttivo e non più conforme alle esigenze del mondo attuale[122]. La domanda che si sono posti i redattori del Rapport Notat-Sénard è perché una società non possa rivendicare un proprio "essere" e una propria volontà, diritti e doveri e un proprio interesse a volte distinto da quello dei soci.

L'*entreprise à mission* è una società lucrativa che persegue obiettivi sociali e ambientali. Allo stesso modo della società *benefit* italiana, non costituisce un nuovo modello societario (può rivestire la forma di *Societé Anonyme* - Sa, *Société à Responsibilité Limitée* - Sarl o *Societé par Actions Simplifieé* - Sas) e non gode di benefici fiscali, né di crediti d'imposta o finanziamenti come invece le imprese rientranti nella cd *économie sociale et solidaire* (*entreprise solidaire d'utilité sociale* Esus - impresa sociale francese - disciplinata dalla *Loi n. 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*).

Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité».

[121] *Article L210-10 «Une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission lorsque les conditions suivantes sont respectées :*

1° Ses statuts précisent une raison d'être, au sens de l'article 1835 du code civil ;

2° Ses statuts précisent un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité ;

3° Ses statuts précisent les modalités du suivi de l'exécution de la mission mentionnée au 2°. Ces modalités prévoient qu'un comité de mission, distinct des organes sociaux prévus par le présent livre et devant comporter au moins un salarié, est chargé exclusivement de ce suivi et présente annuellement un rapport joint au rapport de gestion, mentionné à l'article L. 232-1 du présent code, à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission ;

4° L'exécution des objectifs sociaux et environnementaux mentionnés au 2° fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités et une publicité définies par décret en Conseil d'Etat. Cette vérification donne lieu à un avis joint au rapport mentionné au 3° ;

5° La société déclare sa qualité de société à mission au greffier du tribunal de commerce, qui la publie, sous réserve de la conformité de ses statuts aux conditions mentionnées aux 1° à 3°, au registre du commerce et des sociétés, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'État.

Article L210-11 Lorsque l'une des conditions mentionnées à l'article L. 210-10 n'est pas respectée, ou lorsque l'avis de l'organisme tiers indépendant conclut qu'un ou plusieurs des objectifs sociaux et environnementaux que la société s'est assignée en application du 2° du même article L. 210-10 ne sont pas respectés, le ministère public ou toute personne intéressée peut saisir le président du tribunal statuant en référé aux fins d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au représentant légal de la société de supprimer la mention "société à mission" de tous les actes, documents ou supports électroniques émanant de la société.

Article L210-12 Une société qui emploie au cours de l'exercice moins de cinquante salariés permanents et dont les statuts remplissent les conditions définies au 1° et 2° de l'article L. 210-10 peut prévoir dans ses statuts qu'un référent de mission se substitue au comité de mission mentionné au 3° du même article L. 210-10. Le référent de mission peut être un salarié de la société, à condition que son contrat de travail corresponde à un emploi effectif».

[122] M. Cozian - A. Viander - F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2022.

La riforma francese ricorda il disposto dalla *section* 172 del *Companies Act* inglese del 2006, che chiede agli amministratori di tener conto nelle loro decisioni di diversi interessi oltre a quello dei soci[123]. Anche la *New York Business Corporation Law* da tempo prevede una regola simile (§ 717-b), sebbene meno cogente[124]. L'*entreprise à mission* deve rispettare quattro condizioni:

- l'inserimento nel suo statuto di una *raison d'être* con un impatto positivo per la società e l'ambiente misurabile;
- l'introduzione nella sua *governance* di un *comité de mission* con mezzi adeguati, che deve includere un dipendente[125];
- Il *management* è responsabile di perseguire lo scopo sancito nello statuto;
- pubblicazione di una dichiarazione di risultati non finanziari per le società con più di 500 dipendenti.

Ciascuno di questi impegni deve essere accompagnato da azioni concrete e indicatori obiettivi, quantificabili per valutare i progressi e le eventuali difficoltà. A tal fine, il *comité* presenterà una relazione in occasione dell'assemblea di approvazione del bilancio almeno una volta all'anno, la quale verrà allegata alla relazione sulla gestione, che deve essere verificata da una terza parte indipendente (*organismes tiers indépendants* - Oti)[126]. I criteri a cui devono attenersi tali enti sono contenuti nell'*arrêté du 27 mai 2021 relatif aux modalités selon lesquelles l'organisme tiers indépendant chargé de vérifier l'exécution par les sociétés, mutuelles et unions à mission de leurs objectifs sociaux et environnementaux accomplit sa mission*.

Tutte le società possono introdurre una *raison d'être,* ma le *entreprises à mission* vi sono obbligate[127]. In concreto, che cosa si intende con *raison d'être*?[128] È un concetto

---

123 «(*a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company's employees, (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company's operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company*» (Companies Act 2006, Section 172).

124 S. Rossi, *op. cit.,* p. 105. Quest'ultima prevede che gli amministratori «*shall be entitled to consider both the long-term and the short-term interests of the corporation and its shareholders and the effects that the corporation's actions may have in the short-term or in the long-term upon any of the following: (i) the prospects for potential growth, development, productivity and profitability of the corporation; (ii) the corporation's current employees; (iii) the corporation's retired employees and other beneficiaries receiving or entitled to receive retirement, welfare or similar benefits from or pursuant to any plan sponsored, or agreement entered into, by the corporation; (iv) the corporation's customers and creditors; (v) and the ability of the corporation to provide, as a going concern, goods, services, employment opportunities and employment benefits and otherwise to contribute to the communities in which it does business*» (New York Consolidated Laws, Business Corporation Law - BSC § 717. Duty of directors).

125 In tal modo si cerca di «*overcome some of the enforcement weaknesses found in US Model legislation*» secondo G. Ferrarini - S. Zhu, *op. cit.*, p. 12.

126 A. F. Bonnet - C. Renoux, *Société à mission : Pourquoi est-ce important et comment se mettre en marche* ?, in *NuovaVista*, 21 novembre 2018.

127 I. Urbain-Parleani, *L'article 1835 et la raison d'etre*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, p. 535. Tale nozione è presente in alcuni modelli societari: le *sociétés coopératives agricoles*, le *sociétés*

chiave per riempire di contenuto lo scopo sociale ed è senz'altro collegato al tema dell'interesse sociale[129]. Il Rapport Notat-Sénard, all'origine della riforma, definisce tale espressione come indispensabile per bilanciare la visione di breve periodo, per dare un significato al bene collettivo che è l'impresa, per determinare la direzione strategica dell'impresa e le azioni che ne derivano, una strategia non solo limitata al risultato finanziario, nel solco del dibattito sul capitalismo responsabile e sul contemperamento dell'interesse degli azionisti alla massimizzazione del profitto con quello degli *stakeholders*, dell'ambiente e della società nel complesso[130]. Si tratta di un concetto preso in prestito dagli studi di *management*[131]. I primi commentatori hanno definito tale termine "esoterico", "vago"[132] o "enigmatico"[133], da alcuni qualificato come una «*première mondiale*, *une vraie révolution*»[134]. Si è detto che essa incarna lo *Zeitgeist* (l'*esprit du temps*)[135]. Tale concetto è stato accolto con molte riserve sia dalla dottrina che dai membri del Senato in sede di approvazione della riforma[136]. Il *Conseil d'État* - intervenendo nel suo ruolo consultivo[137] - lo descrive come «*un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tendant à l'affirmation de valeurs ou de préoccupations de long terme*»[138]. Tale concetto obbliga l'impresa a individuare una strategia, degli obiettivi e

d'assurances mutuelles e le *sociétés de groupes d'assurances* e infine le *sociétés de groupe assurantiel de protection sociale.*

[128] Così lo definisce il Rapport Notat-Sénard: «*La raison d'être exprime ce qui est indispensable pour remplir l'objet de la société. Cet "objet social" étant devenu un inventaire technique, il est nécessaire de ramasser en une formule ce qui donne du sens, à l'objet collectif qu'est l'entreprise. C'est un guide pour déterminer les orientations stratégiques de l'entreprise et les actions qui en découlent (nous soulignons). Une stratégie vise une performance financière mais ne peut s'y limiter.* [omissis] *la raison d'être est ce qui est indispensable pour "remplir l'objet social" et constitue en fait un retour de l'objet social au sens premier du terme (nous soulignons), celui des débuts de la société anonyme, quand cet objet était d'intérêt public. De même qu'elle est dotée d'une volonté propre et d'un intérêt propre distinct de celui de ses associés, l'entreprise a une raison d'être*». Rapport Notat-Sénard *cit*, p. 6.

[129] X. Hollandts - C. Bourgeois, *Raison d'être et gouvernance de l'entreprise*, in *Finance Contrôle Stratégie*, 2021, p. 1 ss.

[130] G. Ferrarini - S. Zhu, *op. cit.*, p. 20.

[131] X. Hollandts - C. Bourgeois, *op cit.*

[132] I. Urbain-Parleani, *op. cit.*, p. 534.

[133] S. Rossi, *op. cit.*, p. 107.

[134] Si veda l'intervista al prof. A. Hatchuel, in *Sociétés à mission, à l'épreuve du réel : Les enjeux sociaux et académiques*, in *societal.fr*, 26 aprile 2021; B. Hourticq, *De la "benefit corporation" à l'entreprise à mission : quand le capitalisme souhaite concilier profit et bien commun*, in *equaltimes.org*, 19 febbraio 2021.

[135] P.H. Conac, *Le nouvel article 1833 du Code civil français et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabi- lité sociale d'entreprise: constat ou révolution?,* in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, p. 499 che cita altresì I. Urbain-Parleani, *op. cit.*

[136] Ne dà conto I. Urbain-Parleani, *op. cit.,* p. 535. In una prima lettura tale concetto era stato eliminato e poi reintrodotto. Si veda P.H. Conac, *op. cit.*, p. 500, nota 8.

[137] Il Consiglio di Stato funge da consulente legale del Governo, dell'Assemblea Nazionale e del Senato. Fornisce pareri legali su leggi e regolamenti prima che vengano discussi e votati in Parlamento o che entrino in vigore. Si veda https://www.conseil-etat.fr.

[138] S. Schiller, *L'évolution du rôle des sociétés depuis la Loi PACTE*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, p. 525.

una visione sul futuro[139] e, se inserita nello statuto, gli amministratori dovranno conformarvisi[140]. La *raison d'être* identifica il perché la società è stata creata e fa sì che essa conservi il suo Dna (*son Adn*) durante tutta la sua vita[141]. Il nuovo testo riformato impone all'amministrazione dell'*entreprise à mission* di tenere conto dell'interesse sociale così come degli *enjeux sociaux et environnementaux*. L'*etude d'impacte* specifica che in caso di contraddizione tra questi andrà data la priorità all'interesse sociale[142]. La mancata considerazione di tale interesse così come della *raison d'être* potrà comportare una responsabilità degli amministratori[143]. Dal punto di vista pratico, la *raison d'être* costituisce al contempo *une boussole* et *un garde-fou* per le decisioni del consiglio di amministrazione[144].

La portata della riforma è notevole sia perché ravviva il dibattito sull'interesse sociale e sia perché riguarda le imprese di tutte le dimensioni. Tale nozione non è mai stata definita dal legislatore francese. Secondo il *Conseil d'État*[145] il legislatore ha inteso far riferimento alla nozione tracciata dalla giurisprudenza. Secondo alcuni Autori l'interesse sociale coinciderebbe con quello degli azionisti, mentre secondo altri la società è un agente economico a sé stante con fini propri distinti da quelli degli azionisti[146]. Più che una novità, la riforma dell'art. 1833 del *Code civil* non sarebbe altro che la consacrazione legislativa di un'evoluzione giurisprudenziale. L'interesse dei soci e l'interesse sociale sono da considerare complementari[147].

In caso di violazioni riscontrate dal *comité de mission* o dall'OTI, il pubblico ministero o qualsiasi persona interessata possono adire il presidente del tribunale *en référé* affinché, eventualmente *sous astreinte*[148]*,* imponga alla società l'eliminazione del titolo *société à mission* dagli atti e dai documenti.

4. *Conclusioni*

[139] S. Schiller, *op. cit*, p. 526.

[140] Conseil d'Etat, *Avis CE sur le projet de Loi PACTE*, 14 giugno 2018.

[141] S S. Schiller, *op. cit*, p. 527.

[142] Si veda il rapporto *Étude d'impact du projet de Loi Pacte jointe au dossier législatif*, n. 3.1 ss. art. 61.3.1, in https://www.assemblee-nationale.fr.

[143] S. Schiller, *op. cit*., p. 524, p. 529.

[144] Si veda la guida pratica *Loi Pacte Et si on passait à la pratique*? gennaio 2020, Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises (Orse) e le Collège des Directeurs du Développement Durable (C3D), in https://admical.org, secondo cui la *raison d'être* deve essere *pertinente, ambitieuse, structurante* e *impactante* (p. 40).

[145] Conseil d'Etat, *Avis CE sur le projet de Loi Pacte*, 14 giugno 2018.

[146] P.H. Conac, *op. cit*., p. 501 ss e dottrina ivi citata.

[147] S. Schiller, *op. cit*, p. 521.

[148] Misura cautelare prevista dagli artt. 484 e ss. del *Code de procédure civile*. Si veda C. Silvestri, *Il sistema francese dei "référés"* in *Foro italiano*, 1989, p. 9 ss.

Le imprese che perseguono uno scopo plurimo potrebbero attrarre più facilmente capitali, in quanto gli investitori, specie giovani, sono sempre di più interessati alle aziende che producono un impatto positivo sociale ed ambientale e che hanno la capacità di attrarre talenti e brevetti e i consumatori sempre più consapevolmente orientano le proprie scelte verso la sostenibilità, il biologico, il commercio equo e solidale e le filiere corte e trasparenti[149]. Bilanciare l'interesse dei soci con quello di altri portatori di interesse (*stakeholders)* sta diventando sempre di più per l'impresa un'opportunità di differenziazione e di crescita[150]. La *società benefit* e l'*entreprise à mission* «*voie intermédiaire entre l'économie sociale et solidaire et le capitalisme classique*»[151] mirano alla creazione di ricchezza tenendo però conto anche delle conseguenze sociali e ambientali e si prestano alla trasformazione del sistema economico-sociale[152] e sembrano avere un potenziale di sviluppo sui mercati internazionali, nonché capacità di attrarre nuove generazioni di investitori e imprenditori socialmente responsabili, favorendo una gestione meno a breve termine.

La rigida dicotomia esistente tra enti *for profit* caratterizzati dall'autodestinazione del risultato economico ed enti *non profit* contraddistinti dall'eterodestinazione del risultato economico[153] sembra divenire meno netta. La massimizzazione del profitto non viene messa in discussione, ma si richiede che venga perseguito considerando le sue possibili ricadute sull'ambiente e sulla società nel suo complesso[154]. Questi nuovi modelli sembrano mostrare maggior resilienza nei momenti difficili[155] quali quelli che stiamo vivendo negli ultimi anni: pandemia[156], crisi energetica, elevata inflazione,

---

149 P. Guida, *op. cit.*, p. 7.

150 Circolare *Assonime* n. 19, cit., p. 6.

151 S. Schiller, *op. cit.*, p. 529.

152 M. Del Barba - G. Valotti, *op. cit.*

153 A. Zoppini, *op. cit.*, p. 77 ss; L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., p. 1157

154 P. Ireland - R.G. Pillay, *Corporate Social Responsibility in Neoliberal Age*, in P. Utting - I.C. Marques (eds.), *Corporate Social Responsibility and Regulatory Governance*, London, 2010, p. 89. Gli Autori precisano che «*By contrast, contemporary CSR operates very much within the prevailing neoliberal consensus, leaving unchallenged the shareholder-oriented model of the corporation. As such, it is in many ways most accurately regarded as a mere adjunct to the* emergence of the share- holder value model *of the corporation. Contemporary CSR is not, and does not purport to be, transformative in nature. It is, and purports to be, only ameliorative. It makes little effort to displace the view that the goal of business is the pursuit of shareholder interest and maximization of shareholder value. Its objective is the much more modest one of trying to ensure that maximization of shareholder value is not pursued by corporations without their having some regard to the impact of their activities on society at large. It seeks to induce more socially responsible behaviour from corporations*».

155 R. Caruso, (Assobenefit), *La resilienza è la forza delle società benefit italiane*, 12 febbraio 2021, in https://www.thegoodintown.it. Si veda anche *Il successo delle benefit corporation, una questione di resilienza*, in www.thegoodintown.it, 23 febbraio 2022 che dà atto che «in un periodo critico per l'economia come quello pandemico, il 52% a livello globale hanno assunto nuovi dipendenti e il 66% hanno visto crescere il proprio fatturato». Cfr anche C. Caporale - A. Pirni (a cura di), *op. cit.*

156 A. Maccaferri, *Società benefit, con la pandemia cresce la voglia di sostenibilità*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 maggio 2021. In Francia si veda I. Desbarats, *Les sociétés à mission: l'épreuve du feu à l'heure de la crise économique déclenchée par la pandémie de COVID-19 ? L'expérience française*, in *Les Cahiers de droit*, 2021, p. 731 ss.

recessione, guerra russo-ucraina. Il nuovo modello sembra rispondere alle istanze provenienti dalla società[157].

In conclusione per utilizzare le categorie del noto giurista americano Guido Calabresi[158], si può sostenere che le società *benefit* costituiscono un'ulteriore manifestazione del *firm altruism* più efficiente rispetto alle organizzazioni *non profit* in quanto libera dai limiti del *non distribution constraint* e contraddistinta - rispetto alla filantropia – da un più profondo e duraturo impatto sull'ambiente e società civile, data l'integrazione dei valori altruistici all'interno della strategia d'impresa.

***

ABSTRACT: *The Benefit Corporation* and *the entreprise à mission* aim at wealth creation while also taking into account social and environmental consequences. These new forms of enterprise tend towards the transformation of the socio-economic system and have potential for development on international markets, as well as the ability to attract new generations of investors and socially responsible entrepreneurs, and also to discourage short-term management.

KEYWORDS: entreprise à mission - Benefit Corporation - Esg - Csr - sustainability.

***

Carlotta Calabresi – Assegnista di ricerca Università Politecnica delle Marche (carlotta.calabresi@gmail.com)

[157] L. Ventura, *Benefit corporation e società benefit,* cit., p. 106.

[158] L. Ventura, *Philanthropy and the For-profit Corporation: The Benefit Corporation as the New Form of Firm Altruism*, in *European Business Organization Law Review*, 2022, p. 610 e ss. che riporta i concetti essenziali di G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essay in Reform and Recollection*, London, 2016.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il pericolo ha 280 caratteri e nessun volto. L'evoluzione del concetto di "terrorismo en internet" tra Audiencia Nacional e Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi riflessioni su due pronunce chiave in materia di libertà di espressione*

Salvatore Mario Gaias

«*Twitter pone a prueba el Estado de Derecho*»[1]. Questa incisiva provocazione giornalistica mette in risalto la situazione critica che caratterizza l'interpretazione del reato di «*enaltecimiento del terrorismo*» in Spagna a discapito del principio, costituzionalmente garantito, della libertà di espressione.[2]

Nell'ultimo decennio si è assistito ad un inasprimento delle pene in ordine alle fattispecie di reato legate al terrorismo e l'allargamento dell'applicabilità delle stesse a condotte legate all'utilizzo delle nuove tecnologie.[3]

In Spagna, il confine tra atti di terrorismo e libertà di espressione a mezzo reti sociali multimediali è sempre più labile.[4] Se da un lato il tema è considerato in

---

* Il contributo è stato sottoposto, conformemente al Regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] C. Pinar, «*Twitter pone a prueba el estado de Derecho. Los procesos contra tuiteros por enaltecimiento del terrorismo crean alarma entre fiscales*», in *Tiempo*, 26 aprile 2017.

[2] Sul punto, tra gli altri, G. M. Teruel Lozano, *Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2018, p. 13 ss.

[3] Per maggiori approfondimenti sul tema del terrorismo, della sicurezza e dei diritti fondamentali nell'era di internet si veda T. E. Frosini, *Liberté, egalité, internet*, Napoli 2015; M. Rubechi, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attentati di Parigi)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016, p. 1 ss.; S. Ceccanti, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004; M. Dogliani, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. Cocco (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, p. 1 ss.; P. Carnevale, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, 2013; P. Bonetti, *Problemi e prospettive costituzionali nella lotta al terrorismo in Italia*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, a cura di A. Cavino – M. G. Losano – C. Tripodina, Torino, 2009, p. 95 ss; G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016; C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Torino, 2010; sull'utilizzo delle nuove tecnologie e il problema del terrorismo nelle reti sociali A. Verdaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii* and *Salus Rei Publicae*, *The American Journal of Comparative Law*, 2018, p. 877 ss.; Ead., *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Consulta Online*, 17 febbraio 2020.

[4] Sul tema della libertà di espressione nell'ordinamento spagnolo alla luce della recente legislazione e della giurisprudenza in materia di terrorismo tra gli altri B. Larriba Hinojar, *Globalización, terrorismo y libertad de expresión conminación penal de actividades terroristas en el entorno virtual*, in J. C. Carbonell Mateu et al. (curr.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Malaga, 2009, Vol. 2, p. 1089 ss; M. Llobet Anglí, *¿Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo? En busca de su bien jurídico protegido*, in A. Masferrer (cur.), *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo:*

dottrina,[5] la giurisprudenza segue un orientamento unitario basandosi sulla prospettiva dell'odio e del rischio generico.[6]

Sul punto, con la finalità di circoscrivere in maniera quanto più analitica possibile la zona grigia tra libertà di espressione e apologia del terrorismo, si è espressa anche l'UE attraverso la Direttiva 2017/541 relativa alla lotta contro il terrorismo. Quest'ultima afferma che in materia di terrorismo la condotta provocatoria deve essere sanzionata «quando comporta il rischio che possano essere commessi atti terroristici» tenendo conto «delle circostanze specifiche del caso, quali l'autore e il destinatario del messaggio, come nonché del contesto in cui l'atto è commesso» (considerando 10), per cui appare chiaro che un atto deve essere punito solo nel caso in cui «favorisca direttamente o indirettamente, attraverso, ad esempio, l'apologia di atti terroristici, la commissione di reati terroristici, creando così il rischio che uno o più di tali reati possano essere commessi» (art. 5).[7]

Attraverso la *Ley Organica* 7/2000 del 22 dicembre lo Stato spagnolo ha esternato la necessità di compiere un giro di vite nella lotta contro il terrorismo sostenendo, tra le altre motivazioni, il fatto che lo stesso fosse diventato un fenomeno che adotta nuove forme che, seppur differenti dagli atti di violenza, hanno lo scopo di perpetrare i medesimi fini attraverso condotte di rinforzo e sostegno alle condotte criminali.[8]

In questa ottica si giustifica l'inserimento tra i delitti di matrice terroristica delle condotte «particolarmente offensive di coloro i quali calunniano o umiliano le vittime del terrorismo accrescendo il terrore dei loro familiari. Atti questi che producono sconcerto e indignazione nella società e che meritano un chiaro contrasto penale».[9]

L'obiettivo della riforma del Codice penale è stato quello di allargare il numero delle condotte punibili in materia di terrorismo. Nello specifico si è passati dalla

---

una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica), Cizur Menor, 2011, p. 545 ss.

[5] Sul punto J. Bernal del Castillo, *El Enaltecimiento del terrorismo y la humillaciòn a sus victimas como formas del «discurso del odio»*, in *Revista de derecho penal y criminologia*, 2016, n. 16, p. 13 ss.

[6] Per una panoramica sulla giurisprudenza spagnola in tema di apologia del terrorismo e libertà di espressione, J. Ridao Martín, *Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, p. 10 ss.

[7] Per un approfondimento delle tematiche afferenti all'odio in internet in ambito internazionale si veda G. Rollnert Liern, *El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2019, p. 81 ss.; per una lettura in prospettiva sovranazionale G. M. Teruel Lozano, *Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo*, in *Indret*, 2018, n. 3, p. 8 ss.

[8] Per approfondimenti in prospettiva comparata e sovranazionale inerentemente alle nuove forme di terrorismo in rete si veda G. M. Teruel Lozano, I*nternet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo*, cit.

[9] Exposicion de Motivos de la Ley Organica 7/2000 de modificación de la Ley Organica 10/1995, del Codice Penale, e della Ley organica 5/2000 regolante la responsabilità penale dei minori, in tema di delitti di terrorismo, BOE, n. 307, 23 dicembre 2000.

punibilità per gli atti di terrorismo diretto e violento all'anticipazione dell'intervento penale nei confronti di condotte collaterali quali per esempio manifestazioni di supporto o pareri favorevoli alla lotta terrorista.

La *Ley Organica* n. 2 del 30 marzo 2015 ha ulteriormente novellato la disciplina del Codice penale in ordine ai delitti di terrorismo dividendo in due sezioni il capitolo VII intitolato "*De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*," aggiungendo alla sezione prima "*De las organizaciones y grupos terroristas*" la sezione seconda "*De los delitos de terrorismo.*" Il fulcro dell'ultima riforma si trova nella riscrittura dell'art. 573 c,p., il quale funge da norma di chiusura in ordine alla natura delle condotte incluse nel capitolo VII del codice penale.

In questo quadro normativo si inserisce la sentenza n. 3/2018 emessa dalla *Seccion Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* nel solco di una serie di verdetti che caratterizzano l'orientamento giurisprudenziale spagnolo in tema di «*odio en internet*».[10]

Attraverso detta pronuncia l'*Audiencia Nacional* si è espressa in ordine alla presunta violazione degli artt. 578, 491 *apartados* 1 e 2, e 504.2 del Codice penale spagnolo[11] derivante dalle condotte poste in essere dal cantante Pablo Rivadulla Duro, in arte "*Pablo Hasél*", con l'aggravante della recidiva.[12]

Il caso riguarda un cospicuo numero di messaggi comparsi sul profilo informatico utilizzato dal rapper spagnolo nel social network Twitter. Il contenuto particolarmente duro e i video inseriti nei sopraccitati tweet determinavano in un utente della medesima piattaforma web la convinzione di trovarsi davanti a dei possibili illeciti e di conseguenza l'intenzione di sporgere denuncia.

I 64 messaggi di testo oggetto della sentenza si rifanno al periodo che va tra il 2014 e il 2016. Va sottolineato che il profilo del cantante Pablo Hasél, al momento della pubblicazione dei post, constava di 54.000 followers e, conseguentemente, i suoi *tweet* hanno avuto una notevole condivisione.

In ordine al contenuto dei suddetti messaggi, si fa riferimento a diversi individui che hanno avuto a che fare a vario titolo con atti di terrorismo in Spagna con l'intenzione, secondo la tesi della maggioranza del collegio giudicante, di esaltarne la figura.

---

[10] Il testo integrale della sentenza è reperibile al link: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8d6b03f45fec3874/20180305. In generale sul tema dell'odio si veda tra gli altri I. Spigno, *Discorsi d'odio: modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018.

[11] Gli articoli citati si riferiscono rispettivamente alle condotte di apologia del terrorismo; Ingiurie e calunnia contro la Corona e utilizzo dell'immagine del Re; ingiurie e calunnie contro le Istituzioni dello Stato.

[12] In data 31 marzo 2014 la *Seccion tercera* de la *Sala de lo Penal* de la *Audiencia Nacional* condannava Pablo Rivadulla Duro, ai sensi dell'art. 578 c.p., alla pena di due anni di reclusione e inabilitazione assoluta di anni 10 per aver pubblicato, tra il 2009 e il 2011, nel sito web Youtube dei video il cui contenuto è stato giudicato integrante il delitto di esaltazione del terrorismo. La sentenza è stata confermata in appello dalla sentenza del Tribunal Supremo n. 106/2015 del 19 febbraio 2015.

Ad integrare le fattispecie di calunnia e ingiuria alla Corona e alle Istituzioni dello Stato oltre ad alcuni tweet anche un video associato ad una canzone composta dallo stesso imputato.[13]

La sentenza in esame si caratterizza per un triplice grado di analisi: *prima facie* si nota lo sforzo dei Giudici nell'inserire le condotte perpetrate dall'imputato all'interno di un consolidato orientamento giurisprudenziale con riferimento agli atti di apologia del terrorismo, successivamente si qualifica la pericolosità delle fattispecie contenute nell'art. 578 c.p. introducendo il concetto di rischio astratto e, alla luce della detta pericolosità, si motiva la contrazione di un diritto costituzionalmente garantito come quello della libertà di espressione.

Nell'analizzare il contenuto dei messaggi la Corte sottolinea come le parole utilizzate, unitamente all'ascendente verso il pubblico, qualifichino le condotte come un incitamento alla violenza, alla giustificazione di atti terroristici del passato ed all'esaltazione di chi li ha compiuti.

Tra i numerosi messaggi oggetto del procedimento, per la cui completa disamina si rimanda al testo integrale della sentenza,[14] il collegio giudicante ha riscontrato nella condotta dell'imputato la volontà di sostenere una posizione che vada oltre alle manifestazioni e alle proteste pacifiche, dove per oltre (*mas allà*) si intende l'utilizzo di qualsivoglia forma violenta che possa determinare il raggiungimento dell'obiettivo.

Il collegio giudicante si affianca all'orientamento giurisprudenziale consolidato in materia rimarcando l'assunto che il semplice legame con la libertà ideologica o di espressione non legittima di per sé stesso qualsivoglia tipo di condotta, ma che è necessario valutare se tali condotte abbiano determinato un abuso nell'esercizio dei diritti fondamentali. Si tratta, insomma, di valutare, operando una ponderazione quanto mai oggettiva, se la manifestazione del pensiero sia rimasta nell'ampio ambito del tollerabile, o se abbia superato i limiti.

Il bilanciamento tra diritti fondamentali caratterizza la ratio del nuovo art. 578 c.p. che come riportato nella sentenza in esame: «non ha come oggetto la proibizione dell'elogio o la difesa di idee e dottrine, per quanto possano allontanarsi o mettere in dubbio il quadro costituzionale, né, ancor meno, di proibire la manifestazione di opinioni soggettive su fatti storici o di attualità. Al contrario si tratta semplicemente di perseguire penalmente l'esaltazione dei metodi terroristi, radicalmente illegittimi da qualsivoglia prospettiva costituzionale, così come le condotte particolarmente perverse di coloro i quali calunniano o umiliano le vittime accrescendo la paura nei

[13] Si tratta di un video postato nel suo profilo dall'imputato in data 26 agosto del 2016 e contenente immagini del Re Felipe VI che fuoriesce dalla testa del re emerito Juan Carlos, il quale a sua volta fuoriesce dalla testa di Francisco Franco in accompagnamento alla canzone, composta dallo stesso Pablo Hasel intitolata «*Juan Carlos el Bobón*», https://www.youtube.com/watch?v=S6VcZidg66Q.

[14] Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Seccion Primera, Rollo de Sala num. 0005/2017-Procedimento Abreviado num. 5-Sentencia N. 3/2018.

familiari delle stesse. Tutti atti che producono perplessità e indignazione nella società e che meritano un chiaro contrasto in ambito penale».[15]

Proseguendo con il proprio ragionamento i giudici, richiamando un'antecedente sentenza della stessa *Audiencia Nacional*,[16] inquadrano nel rischio un elemento caratterizzante della condotta di cui al delitto ex art. 578 c.p.

Il rischio, seppur elemento sostanziale della fattispecie, viene inteso in forma astratta in quanto il delitto in esame è un reato di pericolo e non di danno.

Nel caso di specie, secondo i giudici dell'*Audiencia Nacional*, sono le espressioni utilizzate dall'imputato a costituire un elemento di pericolo; esse non sono circoscritte ad un solo messaggio o a una condotta occasionale, ma fanno parte di una lunga scia di esternazioni che da un lato esaltano gli atti di cittadini condannati per reati di matrice terroristica, dall'altro invitano il popolo ad andare oltre alle manifestazioni politiche.

E come sottolineato *ut supra* l'aggravante della popolarità derivante dalla sua professione di cantante acuisce il rischio di una estensione incontrollata del suo pensiero mediante l'utilizzo dei mezzi di comunicazione.

In ordine alla condotta integrante il delitto di apologia del terrorismo la sentenza conclude statuendo che: «è evidente che la finalità con la quale si eseguono gli atti, non può che essere quella di chiamare i cittadini, suoi followers, affinché dalla protesta pacifica si passi alla protesta violenta in astratto, al fine di ottenere ciò che vogliono sovvertendo lo stato di diritto. Sussistono inoltre nel presente caso gli elementi tipici del delitto contestato di apologia del terrorismo, ovvero l'elogio di persone condannate come terroriste e l'invito a seguire il loro esempio ben oltre la via politica e la via pacifica».

Tutto ciò premesso, la *Seccion Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* sottolinea come, nonostante al fine di integrare il delitto previsto dall'art. 578 sia sufficiente riscontrare l'elemento oggettivo, nel caso di specie l'elemento soggettivo si perfeziona nella «volontà di elogiare il terrorismo, ingiuriare e calunniare la Corona e le istituzioni dello Stato e accusare gli stessi di delitti molto gravi». La presenza degli elementi caratterizzanti la struttura del reato contestato conduce il collegio giudicante «a considerare che non si tratta di un caso di libertà di espressione, né di un commento isolato o scherzoso, ma che si tratta di una condotta premeditata a provocare ed ottenere una risposta violenta da parte della cittadinanza» e, per questi motivi, a condannare il sig. Pablo Rivadulla Duro alla pena di due anni e un giorno di reclusione e 24 mila 300 euro di multa, oltre alla interdizione assoluta per anni 10.

La sentenza 3/2018 presenta anche il *voto particular* della Magistrada Dña Manuela Fernandez Prado.

---

[15] Apartado 111 de la Exposicion de Motivos della novella del 2015 alla Ley Organica 7/2000 con riferimento all'art. 578 c.p.

[16] Si tratta della sentenza della Audiencia Nacional del 31 gennaio 2018, caso "*Valtonic*".

Ricollegandosi alla ricostruzione dei fatti operata dal collegio giudicante detta opinione dissenziente evidenzia come i verdetti citati dalla maggioranza (su tutte la sopraccitata sentenza del TC 112/2016) esigano che, affinché si possa definire costituzionalmente legittima l'ingerenza che la fattispecie prevista dall'art. 578 c.p. impone al diritto della libertà di espressione, sia necessario un incitamento alla realizzazione di azioni terroriste, anche se in forma indiretta. Più specificatamente, la giurisprudenza in materia rileva come elemento fondamentale il fatto che la condotta debba essere una manifestazione di odio tale da propiziare e incoraggiare, anche indirettamente, una situazione di rischio per l'incolumità fisica delle persone, ma anche per i diritti e le libertà degli stessi.

Alla luce della giurisprudenza citata i giudici concludono determinando che i tweet oggetto della causa integrano il delitto di apologia del terrorismo in quanto contengono «una esaltazione della violenza che finge di occultarsi sotto forma di opinione, con pericolo per l'ordine costituzionale e la pace sociale»[17].

La prima critica introdotta dall'opinione dissenziente riguarda il ragionamento operato dal collegio giudicante quando definisce elemento caratterizzante del rischio astratto la presenza di una denuncia di un privato cittadino.

Secondo il *voto particular* questa interpretazione non può essere condivisa in quanto il rischio, inteso come elemento normativo, deve essere determinato dai giudici attraverso un processo interpretativo attraverso il quale, oltre alle espressioni utilizzate nei messaggi, è doveroso esaminare le circostanze specifiche del caso, la personalità dell'autore, il destinatario del messaggio, il contesto storico, al fine di stabilirne l'importanza e la plausibilità.

In totale disaccordo con l'opinione della maggioranza, che ha interpretato i tweet oggetto di causa come un chiaro e inequivocabile invito ad andare oltre la protesta pacifica mediante l'utilizzo della violenza, l'opinione dissenziente in esame evidenzia come non sia possibile, anche alla luce delle dichiarazioni dell'imputato, determinare una interpretazione univoca delle semplici parole «*mas allà*».

Secondo il giudice Fernandez Prado gli altri messaggi sono da definirsi analoghi dal punto di vista contenutistico e quindi, in conclusione, non si può riscontrare in essi un appello alla violenza, né la capacità di generare una situazione di rischio per lo Stato o i suoi consociati.

Mancando quindi i requisiti sostanziali richiesti dall'art. 578 c.p. e dalla giurisprudenza in materia, la condotta dell'imputato non integrerebbe la fattispecie di apologia del terrorismo.

Il tema della rilevanza penale dei crimini d'odio in contrasto con la libertà di espressione, intesa come fondamento di ogni sistema democratico, ha caratterizzato e continua a caratterizzare le pronunce delle Corti spagnole. Nello specifico il *Tribunal Constitucional* è intervenuto spesso per cercare di definire i limiti e inquadrare una

[17] Pag. 21 della sentenza n. 3/2018.

categorizzazione pratica degli stessi riguardo all'equilibrio tra i cosiddetti "*Extreme speach*" e la democrazia, nel caso che ci occupa declinata nella libertà di espressione.[18]

Nel solco dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di "*discursos extremos*" in questa sede si intende evidenziare una recente sentenza del *Tribunal Constitucional* inerente all'individuazione dei limiti alla libertà di espressione imposti per tutelare la collettività dai delitti d'odio generalmente intesi, la n. 35 del 2020.

La STC 35/2020 si caratterizza per il tentativo di determinare dei requisiti pratici volti all'individuazione della necessità e proporzionalità di un intervento penale in ordine alle condotte ascrivibili ai cosiddetti discorsi estremi, requisiti che consentano una limitazione della libertà di espressione quanto meno aleatoria possibile, in un'ottica evolutiva della giurisprudenza costituzionale spagnola orientata alla valorizzazione del pluralismo e della libertà in chiave moderna.

Per quanto concerne la definizione di libertà di espressione, i Giudici riprendendo il filone della giurisprudenza costituzionale antecedente, sottolineano come la stessa sia uno dei pilastri di una società democratica e che debba essere garantita la piena diffusione di idee e/o ideologie con limiti giustificabili esclusivamente nella lesione effettiva di diritti e beni aventi rilevanza costituzionale.

Tra i quesiti ai quali il *Tribunal Constitucional* prova a dare una risposta vi è la seguente domanda: il *discurso del odio* è escluso a priori dalla tutela garantita dalla libertà di espressione o necessita anch'esso di un test sui requisiti e sulla proporzionalità da operarsi su ogni condotta esaminata? E, sulla stessa falsariga, la lesione di diritti costituzionalmente garantiti è in *re ipsa* in ogni *discurso extremo* (caratterizzandosi quindi per una banalizzazione della condotta) o deve essere valutata attraverso criteri fattuali?

Sulla caratterizzazione dei reati definibili come delitti di odio la Corte non si discosta dall'interpretazione operata in passato: nonostante l'importanza della libertà di espressione quest'ultima non è in nessun caso illimitata, e tra i suoi limiti si situa nello specifico il *discurso del odio,* interpretandolo in maniera estensiva accogliendo all'interno di questa categoria qualsiasi manifestazione di *extreme speach*, o per utilizzare le parole dello stesso *Tribunal Constitucional* non soltanto « "*manifestaciones más toscas," que se proyectan "sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas; sino, más en general, cualesquiera otros discursos fóbicos que persigan fomentar el rechazo o la exclusión de la vida política, en definitiva, que promuevan la intolerancia"*».

L'approccio, che potremo definire generalista, in merito al *discurso del odio*, contrasta, altresì, con l'intenzione riscontrabile a livello europeo di profilare questa categoria in modo sempre maggiormente specifico con la finalità di evitare qualsiasi

[18] Con il termine '*extreme speech*' ci si riferisce a tutta una serie di discorsi che incitano all'odio razziale, religioso, che incitano al fondamentalismo religioso, all'apologia del terrorismo e al negazionismo, i quali sono stati catalogati per la prima volta da I. Hare – J. Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009.

eccesso restrittivo nell'implementazione della libertà di espressione,[19] e con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani.[20]

Pur non abbandonando il principio ereditato dalla giurisprudenza costituzionale precedente che prevede i reati collegabili al *discurso del odio* come esclusi dalla tutela garantita dalla libertà di espressione in quanto forieri di un generico danno, la STC 35/2020 determina tre possibili requisiti di lesività che al netto della differenziazione presentano connotati di astrattezza e generalità: a) «*cuando persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia*»; b) «*amenazas o intimidaciones a los ciudadanos*»; c) «*símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, los cuales se puedan convertir en un acto cooperador con la intolerancia excluyente*».

Detti requisiti si scontrano con il principio basico che fonda la libertà di espressione ovvero che in forza di essa siano tutelate manifestazioni che di per sé stesse provocherebbero un danno sufficiente a giustificare l'irrogazione di sanzioni penali.[21]

La novità apportata dalla STC 35/2020 sta nell'individuazione della necessità di un riscontro in ordine alla certezza del pericolo e alla concretezza del rischio nei reati apologetici. Nello specifico, secondo quanto stabilito dalla Corte il Giudice penale atto a esprimersi su un reato apologetico non potrà più basarsi su un requisito di mera pericolosità, ma dovrà porre in essere un iter argomentativo che tenga conto non soltanto del messaggio diffuso ma anche di come è stato diffuso, dell'intenzione del soggetto, del contesto; vale a dire di tutto un insieme di circostanze che rendano peculiare una condotta istigatrice e, conseguentemente, un pericolo certo e oggettivamente individuabile.

***

ABSTRACT: The paper, through the analysis of two sentences respectively of the *Audiencia nacional* and of the *Tribunal constitucional* intends to carry out an analysis of the evolution of the crimes of «*enaltecimiento del terrorismo*» in the light of the constitutionally guaranteed right to freedom of expression. The argumentative process of the high-ranking Spanish courts analyzed in this article leads to an

[19] Si veda sul punto la Raccomandazione n. 15/2015 in merito della Commissione Europea contro il Razzismo e l'Intolleranza.

[20] Sul contrasto tra la giurisprudenza della Corte EDU e le scelte operate dalle Corti spagnole in merito ai reati d'odio su tutti D. Martín Herrera; *¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteer lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del hate speech para enmudecer al disidente molesto*, in RCDCP, 2018, p. 45 ss.

[21] Sul punto, tra gli altri, T. Scanlon, *Teoría de la libertad de expresión*, in R. Dworkin (cur.), *La filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2014, p. 318 ss.

opening aimed at a factual investigation to be carried out in each individual case that addresses the identification of the need for a concrete and certain verification of the risk even in apologetic crimes such as those apologetic of terrorism.

KEYWORDS: Terrorism – Internet – Audiencia nacional – Tribunal constitucional – Freedom of expression

***

Salvatore Mario Gaias – Ricercatore di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Sassari (smgaias@uniss.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'ordinanza della Cassazione civile n. 230/2023: un'occasione per riflettere sul principio del superiore interesse del minore rispetto alla tutela degli orfani di femminicidio*

Chiara Ingenito

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione sottoposta alla Corte di Cassazione 2. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione e la sua rilevanza nomofilattica 3. Le tutele degli orfani c.d. speciali 4. La tenuta costituzionale nel corso del tempo dell'art. 27 comma 3 l. 184 del 1983. 5. L'angolazione peculiare del principio del superiore interesse del minore. 6. La Corte di Cassazione passa la parola alla Consulta: presunti profili di illegittimità costituzionale dell'art. 27, comma 3, l. 184/1983.

1. *Inquadramento della questione sottoposta alla Corte di Cassazione*

Con ordinanza del 5 gennaio 2023, la prima sezione civile della Corte di Cassazione si è espressa su una questione complessa che riguarda il perseguimento del superiore interesse del minore, nello specifico di due minori orfani di femminicidio, che, privi delle figure genitoriali ed in mancanza di parenti entro il 4 grado idonei ad occuparsene, vengono dichiarati in stato di abbandono e quindi adottabili e, ai sensi dell'art. 27 comma 3 della l. 184/1983, privati di ogni legame con la famiglia di origine.

Mentre il Tribunale per i minorenni di Milano dichiarava il non luogo a provvedere sulla dichiarazione di adottabilità, diversamente la Corte di Appello di Milano dichiarava lo stato di adottabilità dei minori. Il Procuratore generale presso la Corte di Appello di Milano presentava un ricorso in Cassazione affidato ad un unico motivo, in cui si deduceva la violazione degli artt. 7 e 44 della l. n. 184/1983. Nello specifico, il Procuratore Generale sottoponeva al Collegio della I sez. della Cassazione civile violazione degli articoli su richiamati «per avere la Corte di Appello di Milano innestato illegittimamente sull'adozione legittimante le caratteristiche proprie dell'adozione mite, con la conservazione dei legami con la famiglia di origine, nonostante l'espressa previsione contraria contenuta all'art. 27 l. n. 184/1983». Sul punto, ed in via preliminare, il procuratore Generale presso la Corte di Cassazione evidenziava come la questione sia di particolare importanza laddove, non solo consente di approfondire il tema della configurabilità nel nostro ordinamento di modelli di adozione diversi da quello che determina la cessazione dei legami con la famiglia di origine, ma anche di dare attenzione a regolare «un settore nevralgico della

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

vita sociale» che riguarda gli orfani di femminicidio quali orfani speciali. Da ciò l'importanza di riflettere sull'art. 27 nei casi in cui non vi siano regimi giuridici alternativi all'adozione legittimante e sia altresì accertato il pregiudizio per lo sviluppo psicofisico dei minori dopo la rescissione del legame con la famiglia di origine. Il Procuratore Generale chiede quindi che, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., l'assolutezza del divieto dell'art. 27 possa fare salvo il superiore interesse del minore a non recidere i legami con la famiglia dei genitori. In via subordinata, però, sollecita la rimessione della questione alla Corte costituzionale, ove non si ritenga che il divieto dell'art. 27 sia superabile con un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, anche in considerazione del mutato contesto sociale[1] che non può che incidere su tale interpretazione.

Tuttavia è il Collegio che, nell'ordinanza in esame, ritiene che la rimessione della questione alla Corte costituzionale sia una via obbligata, reputando non sia possibile affermare il principio di diritto nell'interesse della legge essendo ormai imprescindibile valutare se l'articolo 27 con la rescissione dei legami con la famiglia di origine abbia o meno una tenuta costituzionale in quelle situazioni, come è quella in esame, nelle quali l'eliminazione dei legami con la famiglia di origine può non essere il modo adeguato per affrontare situazioni particolari di abbandono, dato che l'applicazione della norma potrebbe non perseguire il superiore interesse del minore.

Alla luce di ciò, è evidente che le questioni che impongono questo commento sono molteplici. La prima riguarda certamente il ruolo di cui viene investita la Corte di Cassazione che, partendo dall'esercizio della propria funzione nomofilattica, solleva l'incidente di costituzionalità anche nel procedimento volto ad enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge. In secondo luogo andrà messo in luce come ad oggi le tutele degli orfani di femminicidio non siano ancora complete e comunque non siano pienamente in grado di perseguire il superiore interesse di tali orfani c.d. speciali. La Corte di Cassazione, in terzo luogo, si trova di fronte all'analisi della tenuta costituzionale dell'art. 27 comma 3 e decide di rimettere la questione alla Corte Costituzionale che, a questo punto, avrà il compito di interrogarsi sulla costituzionalità di tale norma, provando forse anche ad offrire qualche soluzione che sia in linea con l'attuale catalogo delle tutele dei minori, sempre più rafforzate dalla giurisprudenza costituzionale. Rispetto a ciò, con questo commento si proverà anche a fare qualche riflessione sul sindacato della Corte costituzionale rispetto al problema del superamento degli automatismi legislativi. Infine, in quarto luogo, la pronuncia contiene numerosi spunti per riflettere sul principio del superiore interesse del minore, quale pilastro della legislazione familiare e minorile e di darne una chiave di lettura in parte nuova.

[1] M. Bessone – E. Roppo., *Il diritto di famiglia, Evoluzione storica, principi costituzionali, lineamenti della riforma*, Torino, 1977, p. 390 s. e S. Romboli, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore,* in F. Giuffrè – I. Nicotra (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 509 ss.

2. *L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione e la sua rilevanza nomofilattica*

Alla Corte di Cassazione viene chiesto, in primo luogo, di dare un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme[2] dell'art. 27 comma 3 della l. 184/1983 al fine di valutarne la vera e propria tenuta costituzionale.

Tuttavia, il Collegio ritiene che non possa essere affermato il principio di diritto nell'interesse della legge sebbene la questione presenti certamente una rilevanza nomofilattica. Tale rilevanza nomofilattica si dipana in due direzioni: la prima permette di leggere nella funzione nomofilattica l'esistenza di una precisa rilevanza costituzionale, perché costituisce uno degli essenziali presidi del principio di eguaglianza, leso da interpretazioni discordanti e ciò ancora di più in uno stadio dell'evoluzione «caratterizzato dal moltiplicarsi delle fonti conseguente al policentrismo dell'ordinamento interno ed all'affermarsi del c.d. ordinamento multilivello».[3]

La seconda perché la questione ha rilevanza nomofilattica poiché si tratta una problematica nuova, di particolare importanza e con l'attitudine evidente a ripresentarsi in casi futuri.

Il punto è che l'attualità del tema si contrappone nettamente alla *vetustà* della norma dell'art. 27 comma 1, dal momento che essa risente del contesto in cui è sorta l'adozione piena che è diverso rispetto a quello attuale e quindi è proprio su questo che si impone la necessità di una valutazione dell'articolo 27 da parte del giudice costituzionale.

E' questo il principale motivo per cui la Corte di Cassazione non può affermare il principio nell'interesse della legge,[4] perché, per come è formulato l'art. 27 comma 3 «con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine salvi i divieti matrimoniali», non vi è spazio per alcuna interpretazione che faccia da base per un'applicazione della norma rispondente al perseguimento dell'effettivo interesse

[2] M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enciclopedia del diritto, Annali, IX, 2016, p. 391 ss.; Id., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, p. 413 ss.; F. Modugno, *Interpretazione costituzionale,* Lectio magistralis tenuta all'Università di Camerino il 10 aprile 2019, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2019, p. 55 ss.; Id., *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 18 aprile 2014; G. Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. Caravita (cur.), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, p. 3 ss. nonché in *Federalismi.it*, 7 settembre 2011; AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010.

[3] L. Salvato, *La nomofilachia nella dialettica tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 novembre 2018.

[4] F. Dal Canto, *La Corte di cassazione, il principio di diritto nell'interesse della legge e le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 2014, c. 3450 ss.

del minore dato che la formulazione richiamata è assoluta circa la rescissione del legame con la famiglia di origine. In tal senso il giudice di legittimità parla proprio di «intangibilità in via interpretativa del divieto».

Inoltre, sebbene il giudice debba profondere ogni sforzo nella ricerca dell'interpretazione conforme a Costituzione dei testi legislativi[5] perché va tenuto a mente il principio per cui «l'interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione ha proprio questo obiettivo: assicurare la coerenza dell'ordinamento, la quale […] "deve essere ormai cercata sul piano costituzionale"»,[6] non può però andare oltre i limiti estremi segnati dall'univoco tenore dell'enunciato oggetto di interpretazione.[7] Se interpretare in modo conforme significa di fatto disapplicare[8] il testo normativo, va da sé che «il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità».[9] D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di affermare che «il canone dell' interpretazione conforme diviene un obbligo preciso di interpretazione, giuridicamente sanzionato: per usare le parole della Corte costituzionale, ad avvalorare l'obbligatorietà di questo canone c'è la convergenza tanto dell'assioma per il quale l'ordinamento normativo dev'esser postulato, in sede interpretativa e applicativa, come una totalità unitaria, quanto del principio di conservazione dei valori giuridici, il quale induce a presumere che una disposizione non sia dichiarata illegittima finché sia possibile enucleare da essa almeno un significato conforme alle leggi».[10]

Dunque, come affermato nell'ordinanza, quella di rimettere la questione alla Corte costituzionale è una via obbligata, poiché la rescissione dei legami con la famiglia di origine può non essere il modo adeguato per fronteggiare situazioni particolari di abbandono se l'applicazione dell'art. 27 risulta in contrasto con l'interesse del minore.

---

[5] Per tutte, Corte Cost., sentenza del 22 ottobre 1996, n. 356; sul punto si rinvia a A. Ruggeri, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme,* in M. D'Amico e B. Randazzo (curr.) *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, p. 399 ss.

[6] M. Ruotolo, *Interpretare. Nel segno della Costituzione,* Napoli, 2014, p. 121 s.

[7] Non solo, ma va anche considerato che «il potere interpretativo dei giudici non può, infatti, «spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire». Corte costituzionale, Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi, reperibile all'indirizzo web: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf, spec. p. 7.

[8] Ruotolo M., *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di rendere giustizia costituzionale*, Rivista AIC, 2015, 4.

[9] Corte Cost., sentenza del 23 luglio 2013, n. 232, par. 3 del *Considerato in diritto.*

[10] Così Bin R., *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, no. 1, p. 4.

3. *Le tutele degli orfani c.d. speciali*

La legge n. 4/2018, «Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici»,[11] tutela gli orfani di crimini commessi al livello domestico,[12] dotandoli di un corredo rafforzato di tutele processuali ed economiche, soprattutto legate al procedimento penale che le vede vittime.[13] In particolare all'art. 4 della l. n. 184 del 1983 è stato inserito il comma 5 quinquies, in base a cui il Tribunale, di fronte al minore privo di un ambiente familiare idoneo, a causa della morte del genitore causata dall'altro genitore, provvede «privilegiando la continuità delle relazioni affettive consolidatesi tra il minore stesso e i parenti fino al terzo grado». In tal senso viene esaltata la c.d. continuità affettiva[14] come un vero e proprio diritto del minore[15] a veder favorita la relazione familiare già esistente, sempre che ciò sia rispondente al suo superiore interesse. La seconda previsione della l. 4/2018 che ci interessa ricordare riguarda la possibilità del cambio del cognome per gli orfani delle vittime di crimini domestici. Infatti i figli della vittima del reato di cui all'articolo 575 cp, (aggravato ai sensi dell'articolo 577, primo comma, numero 1 e secondo comma cp), possono chiedere la modifica del proprio cognome, ove coincidente con quello del genitore condannato in via definitiva, direttamente se maggiorenni, per mezzo del tutore se minorenni. L'importanza di una lettura unitaria di queste due novità introdotte dalla legge n. 4/2018, risiede nel fatto che, da un lato viene valorizzato il legame con i parenti del minore (la c.d. continuità affettiva) e dall'altro viene prevista la possibilità di cambiare il cognome del genitore. Colpisce proprio il fatto che queste previsioni sono estremamente distanti tra loro e, se vogliamo, in contraddizione perché una attira il minore verso la sfera di rapporti che hanno costruito la sua identità[16] nella

[11] Secondo la dottrina, gli orfani di femminicidio «costituiscono un gruppo con necessità specifiche all'interno dei minori vittime di violenza assistita»: così J. Long, *La violenza assistita intrafamiliare: un'introduzione*, in *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Torino, 2020, p. 65 ss.

[12] A.C. Baldry, *Orfani Speciali. Chi sono, dove sono, con chi sono. Conseguenze psico-sociali su figlie e figli del femminicidio*, Milano, 2017.

[13] Per ulteriori approfondimenti si rinvia ai lavori parlamentari del provvedimento *Modifiche al codice civile, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani di crimini domestici* AC 3772 – relatore Franco Vazio (PD) – e ai relativi dossier del Servizio studi della Camera dei deputati.

[14] A.C. Moro (dir.), *Manuale di diritto minorile*, Torino 2019, p. 290 s. ed anche F. Bocchini, *L'interesse del minore tra garanzie, sostegni e circolazione,* in Id., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 235.

[15] Dell'esistenza di un vero e proprio diritto del minore alla continuità affettiva riferisce C. Rusconi, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive,* in *IUS on line*, 2021, n. 5.

[16] Cass. civ., sez. I, ordinanza del 13 febbraio 2020, n. 3643, in Fam. dir., 2020, p. 1063 ss. con nota di A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo,* decisione che, significativamente rispetto al tema qui in esame, ritiene possibile accedere all'adozione piena solo quando non si riscontra più alcun interesse del minore a mantenere un rapporto con la

famiglia di origine, l'altra lo attira verso la distruzione definitiva di un simbolo essenziale della propria identità personale e familiare che è appunto il cognome[17]. È proprio la compresenza di queste due previsioni così distanti che evidenzia la mancanza di una disciplina completa e coerente a tutela degli orfani di femminicidio, che contenga una previsione ad hoc rispondente al superiore interesse di tali orfani e che implichi o la salvaguardia dei rapporti con la famiglia di origine o, pervenendo alla sua adozione piena, la loro rescissione ai sensi dell'art. 27 comma 3 della l. n. 184/1983. In mancanza di una determinazione sul punto da parte del Legislatore, il quale non sembra ancora pronto a rimettere le mani sull'impianto della legge n. 184/1983 per far spazio alla tutela specifica di tali minori, viene offerta l'occasione alla Corte di Cassazione e alla Corte Costituzionale di fare delle riflessioni, non solo teoriche, su questo tema complesso a partire dalla tenuta costituzionale della norma perno della questione: l'art. 27 comma 3 della legge n. 184/1983.

4. *La tenuta costituzionale nel corso del tempo dell'art. 27 comma 3 l. 184 del 1983*

Il capo IV della l. n. 184/1983 intitolato «della dichiarazione di adozione» contiene l'art. 27, il quale prescrive che, con l'adozione legittimante cessano i rapporti del minore con la famiglia di origine. Ciò in quanto, secondo la visione classica e storica dell'adozione piena,[18] con essa si sostituisce la genitorialità biologica con un effetto c.d. risolutivo dei rapporti con la famiglia di origine[19] poiché al minore viene attribuito un nuovo status, un nuovo cognome e, di fatto, una nuova identità.[20]

La *ratio* di tale previsione risiede nell'accertamento del Tribunale circa l'assoluta inadeguatezza ed inidoneità della famiglia di origine e dei parenti fino al 4 grado di occuparsi del minore che viene dichiarato, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 1984/1983, in stato di abbandono.[21] La nozione di abbandono costituisce forse l'aspetto più

famiglia di origine. In tema di identità, per una prima bibliografia di riferimento: G. Bavetta, *Identità (diritto alla),* Enc. del dir., vol. XIX, Milano, 1970, p. 953 ss.; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; A. Pace, *Il c.d. diritto alla identità personale gli art. 2 e 21 della Costituzione,* in G. Alpa – M. Bessone – L. Boneschi (curr.), *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981, p. 36 ss.; G. Finocchiaro, *Identità personale (diritto alla*), in *Digesto discipl. privatistiche*, Sez. civ., Agg., Giappichelli, Torino, 2010.

[17] N. Stolfi, *I segni di distinzione personale: cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari e altri distintivi araldici,* Roma, 1905; C.E. Raffiotta., *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 gennaio 2010, che richiama a sua volta A. De Cupis, *Il diritto all'identità personale*, Milano, 1949.

[18] M.R. Marella, *Adozione*, in *Digesto discipl. privatistiche*., sez. civ., Agg. I, Torino, 2000; A. Trabucchi, *Adozione (in generale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, I, p. 12.

[19] G. Ferrando, *I diritti dei minori tra riforma dell'assistenza e riforma dell'adozione* in *Dir. Fam.,* 1982, p. 219 ss.

[20] F. Giardina, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 159 ss.

[21] Sulla nozione di abbandono v. E. Volterra, *Adozione* (dir. romano), in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957, I, p. 287 ss.; G. Branca*, Adozione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 579 ss.; P. Ubaldi,

rilevante, e forse anche quello più discusso, della disciplina dell'adozione.[22] Letteralmente il termine abbandono individua il presupposto per dichiarare lo stato di adottabilità e la conseguente adozione di un minore. Il termine abbandono compare nei testi normativi anche prima della legge 184/1983, ma, mentre la legislazione precedente si riferiva ai minori abbandonati destinati al ricovero in istituto o, all'affidamento provvisorio ad un'altra famiglia, diversamente, nella riforma del 2001, la situazione di abbandono viene ad esistenza quando il minore è privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori e di tutti i familiari.[23] Il legislatore tuttavia non ha voluto definire in maniera precisa e circostanziata in cosa consista tale situazione, in cui si sostanzia l'abbandono, lasciando al giudice la possibilità di valutare di caso in caso, per ogni singola situazione e tenendo conto delle diverse realtà e dei particolari bisogni di ciascun minore.

È solo sulla base dell'accertato abbandono che si perviene alla dichiarazione di adottabilità la quale implica, nel momento in cui verrà dichiarata l'adozione del minore, la cessazione dei rapporti con la famiglia di origine[24]. Ciò in quanto il subentrare di una nuova famiglia che si occupi del minore e lo accolga come figlio, con tutti i diritti connessi a partire dall'acquisto del cognome, impone che, di contro, non vi siano più residui di rapporti con quella che, almeno giuridicamente, non è più la sua famiglia.

Va precisato subito che i dubbi che hanno portato a questa pronuncia e che condurranno ad una decisione della Corte Costituzionale di cui non si conosce ancora il tenore, hanno un'origine lontana. Infatti già quando vennero inserite nel codice civile le norme sull'adozione speciale (legge 5 giugno 1967, n. 431), sorsero nella dottrina civilistica[25] i primi dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 314/26[26] che imponeva la rescissione dei legami tra il minore e la famiglia di origine.

Commento all'art. 8 l. n. 149/2001 in C.M. Bianca et al. (curr.), *L. 4 maggio 1983, n. 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Le nuove leggi civili commentate*, nn. 1-2 gennaio, febbraio, marzo e aprile 1984, p. 158 ss.

[22] Marella M.R. *Adozione*, cit.

[23] L. Rossi Carleo, *Adozione dei minori*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1997, p. 10 ss; P. Morozzo della Rocca, *Adozione,* in *Digesto discipl. privatistiche*, Agg., Torino, 2003, p. 39 ss.; M. Dogliotti, *Affidamento e adozione,* in *Tratt. dir. civ. Cicu Messineo*, Milano, 1990, p. 269 ss.; L. Fadiga, *L'adozione legittimante di minori*, in G. Collura – L. Lenti – M. Mantovani (curr.), *Filiazione*, Tratt. Zatti, II, Milano, 2012², p. 830 ss.

[24] Secondo una parte della dottrina, la dichiarazione di adottabilità presenta una duplice natura «di presupposto indefettibile per la procedura di adozione e riflesso processualistico dello stato (di natura sostanziale) di abbandono»: v. G. Cassano, *L'adozione: alcuni spunti critici tra dottrina, prassi giurisprudenziale ed intervento del legislatore*, in *Vita not.*, 2002, p. 1066 ss. In altre parole, l'abbandono accertato rappresenta il punto di incontro tra gli aspetti sostanziali e quelli processuali dell'istituto dell'adozione.

[25] M. Bessone – G. Ferrando, *Adozione speciale*, in *Novissimo Digesto Italiano.*, Appendice I, Torino, 1979 p. 85 ss.

[26] L'art. 314/26 recitava: «con l'adozione speciale cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine, salvi i divieti matrimoniali e le norme penali fondate sul rapporto di parentela».

Tuttavia la giurisprudenza di legittimità ritenne che la norma non fosse a rischio di contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost. perché il sacrificio dei diritti della famiglia naturale, rilevanti costituzionalmente, realizza un contemperamento con diritti di pari rilevanza costituzionale, ovvero quelli a che il minore consegua un normale sviluppo della propria personalità e riceva un'assistenza adeguata.[27] Non solo, ma anche la Corte Costituzionale intervenne indirettamente sul punto, affermando, nella nota pronuncia n. 11 del 1981, che la normativa sull'adozione contenuta nella legge n. 431 del 1967 è indirizzata alla tutela del minore in stato di abbandono che è titolare di un interesse considerato in posizione di preminenza rispetto a tutti gli altri, compresi quelli dei genitori naturali e rispetto a cui «la finalità di un'educazione sostitutiva al meglio comporta la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali»[28]. Sul punto la Corte afferma l'importanza, «tra gli effetti dell'adozione speciale dell'acquisto dello stato di figlio legittimo degli adottanti e cessazione dei rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine». La ratio, secondo la giurisprudenza della Corte, risiede nel perseguimento dell'interesse del minore «secondo i principi già espressi nelle sentenze n. 145 del 1969, n. 158 del 1971 e n. 76 del 1974 e, specificamente, da mettere in rilievo che l'istituto dell'adozione speciale, in funzione della tutela dell'interesse del minore che si trovi in situazione di abbandono materiale e morale, appare conforme al disposto del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, in quanto favorisce lo sviluppo della persona umana, con l'inserimento del minore in una famiglia che ne possa avere adeguata cura».[29] Pertanto, come non mancò di affermare la Corte pochi anni dopo «la posizione preferenziale riconosciuta alla situazione soggettiva del minore in sede di art. 30, primo e secondo comma, della Costituzione non ha mancato di riflettersi, come si è visto, sulla disciplina legislativa delle varie forme di adozione. Per quella speciale è superflua ogni ulteriore considerazione in merito, essendo unanime, in giurisprudenza ed in dottrina, il riconoscimento che la legge n. 431 del 1967 rappresenta un esempio di legge chiaramente ispirata a precetti costituzionali (cfr. da ultima sentenza n. 234 del 1975).»[30] Tale interpretazione accenna ad una prima embrionale lettura del superiore interesse del minore, ma ancora teorica che non guarda al caso concreto, tenuto anche conto che, nel 1983, non era ancora stata redatta né ratificata dal nostro ordinamento la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo la quale all'art. 3 contiene l'enunciazione di tale principio.

La previsione contenuta all'art. 27 comma 3 secondo cui, con l'adozione piena si cancellano i legami con la famiglia di origine convive, nella legge sull'adozione, con altre norme che invece sono indice di alcuni temperamenti che distinguono

[27] Cass. civ., 18 novembre 1977 n. 5051; Cass. civ., 22 agosto 1977 n. 3822.
[28] Corte Costituzionale, sentenza del 10 febbraio 1981, n. 11, par. 5 del *Considerato in diritto*.
[29] Corte Cost., sentenza del 30 ottobre 1975, n. 234.
[30] Corte Costituzionale, sentenza del 10 febbraio 1981, par. 6 del *Considerato in diritto*.

chiaramente l'istituto dell'adozione, che si basa sul sicuro accertamento dello stato di abbandono, dagli altri modelli adottivi in casi particolari (art. 44 l. n. 184/1983)[31] tra cui la c.d. adozione mite, nei quali non vi è una rescissione assoluta dei legami con la famiglia di origine. Inoltre, sempre nell'ottica di temperare il rigido effetto di rescindere i legami con la famiglia biologica, negli ultimi anni sono stati valorizzati, come vedremo, sia il diritto del figlio adottivo a conoscere le proprie origini a partire dal compimento dei 25 anni (nel contemperamento con il diritto della madre a mantenere l'anonimato), e sia il dovere dei genitori adottivi di informare il figlio che è stato adottato nelle modalità più opportune che salvaguardino il suo superiore interesse.

Va anche ricordato, nell'affrontare l'evoluzione dell'istituto dell'adozione che, dal 1967, si è avuta con la prima legge a tutela dei minori in stato di abbandono, quale corredo complesso di norme da inserire nel codice civile al fine di proteggere il minore i cui genitori siano valutati come inidonei ad occuparsene tanto che diventa necessario dichiarare il minore adottabile con la rescissione dei rapporti con la famiglia di origine. La legge del 1967, costituisce la prima e piena affermazione dei diritti del minore,[32] con l'obiettivo di rafforzare le garanzie di tutela degli interessi facenti capo al minore, inquadrandoli quali veri e propri diritti soggettivi e, più nello specifico, quali diritti attinenti lo sviluppo della personalità del minore,[33] che si individuano nella Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989.

L'importanza dei diritti della personalità del minore, presenti nelle fonti sovranazionali e nella Carta costituzionale viene rintracciata nella posizione degli

---

[31] L'adozione in casi particolari è stata introdotta dalla legge n. 184 del 1983 per tutelare il diritto del minore alla famiglia in situazioni che non avrebbero consentito di giungere all'adozione piena ma nelle quali, tuttavia, l'adozione rappresentava una soluzione opportuna ed auspicabile. Per una completa trattazione dell'evoluzione dell'adozione in casi particolari rispetto all'adozione piena, S. Stefanelli, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.* in *GenIUS*, aprile 2023; L. Lenti, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in P. Zatti (dir.) *Trattato di diritto di famiglia*, III, *Filiazione*, Milano 2002, p. 575 ss. Sull'evoluzione storica dell'assistenza ai minori, v. M. Dogliotti M., *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Comm. c.c. Schlesinger – Busnelli*, Milano 2002, p. 6 ss; G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. successioni famiglia*, 2017, 79 ss.; A. Sassi – S. Stefanelli, *Artt. 591-609*, in *Comm. c.c. Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2014, 117 ss. ed ancora A. Sassi – F. Scaglione – S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, Torino, 2018², p. 302 ss.

[32] Viene elaborata una prima teoria dei diritti del fanciullo da parte della giurisprudenza di legittimità e di alcuni Tribunali per i minorenni, poi confermata e ampliata dalla dottrina civilistica. Trib. min Milano, 8 novembre 1969, Trib. min. Napoli, 2 agosto 1968; Cass. civ., 8 novembre 1974 n. 3420. E per la dottrina, M. Bessone, *Diritti del minore, adozione speciale, ratio legis dell'art. 31 Cost.* in *Foro Pad.*, 1975, I p. 125 ss.; I. Baviera, *Diritto minorile*, Milano, 1976; M. Dogliotti, *Verso nuove frontiere del diritto minorile*, in *Pol. dir.*, 1977, p. 329 ss.

[33] M. Bessone, *La famiglia nella Costituzione, Art: 29*-31, in *Comm Cost. Branca, Appendice: Orientamenti della Corte Costituzionale in tema di diritto di famiglia*, 1977 e, più in generale, Perlingieri P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 139.

interpreti e delle Corti, come emerge in numerose sentenze[34] in particolare rispetto alla tutela dell'interesse del minore che si trovi in situazione di abbandono materiale e morale. Rispetto ad esso, infatti, ai sensi del 2° comma dell'art. 3 Cost., al fine di favorire lo sviluppo della persona umana, viene previsto l'inserimento del minore in una famiglia che ne possa avere adeguata cura.[35] Rispetto ai diritti della personalità del minore, grande attenzione, va data al diritto del minore a crescere nella propria famiglia, così come esaltato con la riforma dell'adozione contenuta nella l. 28 marzo 2001 n. 149, che la dottrina ha inteso quale diritto soggettivo perfetto, assoluto ed esperibile nei confronti di tutti. Si tratta di un diritto ascrivibile a quelli della personalità che, se realizzato, consente di tutelare un interesse primario del minore.[36] Non solo, ma tale diritto presenta un'ulteriore importante connotazione, centrale ai fini della pronuncia in esame: esso è altresì un diritto fondamentale di solidarietà, laddove il suo perseguimento impone che lo Stato intervenga a rimuovere le difficoltà personali ed economiche che impediscono al minore di crescere nella propria famiglia. Altra novità di tale legge, che tocca da vicino la tematica trattata nel presente commento, riguarda la previsione di un diritto del minore ad una famiglia, nel senso che, laddove la propria sia inidonea, vi è l'esigenza di garantire, in applicazione del principio costituzionale di solidarietà, il diritto del minore a crescere all'interno di un nucleo familiare. Tale previsione contiene un contemperamento rispetto alla legge del 1967: infatti, al fine di garantire assistenza al minore, viene sacrificata la famiglia di sangue del minore e ciò si evince dalla struttura assoluta e rigida dell'adozione piena o legittimante e ciò spiega anche la previsione dell'art. 27 comma 3: in un bilanciamento di valori[37], tra la salvaguardia di una famiglia inidonea e la tutela del minore a crescere in un nuovo nucleo, prevale con forza quest'ultima esigenza anche se con un consistente "sacrificio": la rescissione dei rapporti con la famiglia di origine, che viene di fatto cancellata dalla vita del minore, dalla sua personalità ed identità. Con la legge sull'adozione n. 184 del 1983[38], il baricentro tra queste due esigenze, quelle della famiglia di origine e quella del minore si sposta sulla

[34] Corte Cost. 27 novembre 1969, n. 145; sentenza 28 giugno 1971, n. 158; sentenza del 7 marzo del 1974, n. 76.

[35] M. Bessone et al., *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1980, p. 133; M. Bessone, *Valore precettivo dell'art. 30 Comma 1 Cost.* in *Foro Pad.*, 1975, III, p. 52 ss.

[36] C.M. Bianca, *Commento all'art. 1 della l. 28 marzo 2001 n. 149*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, p. 910 ss. che definisce quello del minore a vivere nella propria famiglia quale diritto «fondamentale di rispetto della personalità».

[37] Il dibattito tra gli strenui sostenitori della famiglia del sangue e quelli che ritenevano prevalente la famiglia degli affetti, si riproduce all'interno della magistratura. Pur con qualche forzatura i due schieramenti vengono rappresentati, da una parte, dai tribunali per i minorenni, dalla Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale, dall'altra dalle corti d'appello. È inutile dire che, specie tra i sostenitori dei diritti assoluti della famiglia di sangue, si ricorre a piene mani più che ad argomentazioni tecniche, a motivazioni ideologiche.

[38] F.D. Busnelli, *Art. 1*, in C.M. Bianca et al (curr.), *Commentario alla legge 4 maggio 1983 n. 184, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984.

salvaguardia, fin dove possibile, della famiglia di origine che poi si trasforma, nella legge n. 149 del 2001, nel «diritto del minore alla propria famiglia». E nonostante tale profondo cambio di rotta, la previsione dell'art. 27 comma 3 resta identica nelle tre leggi che riguardano l'adozione, indenne alle forme di adozione c.d. mite che affiancano l'adozione piena, permettendo di intendere questo istituto in modo maggiormente malleabile alle esigenze del mutato contesto sociale e culturale, indenne rispetto all'inserimento nell'impianto normativo della previsione avente ad oggetto il diritto del minore adottato alla ricerca delle proprie origini[39] ed infine indenne anche alle evoluzioni della giurisprudenza, che, mediante una diversa lettura del superiore interesse del minore e dei suoi diritti della personalità, in particolare quello all'identità, culminata nella pronuncia n. 79/2022 della Corte Costituzionale,[40] ha rivisto fortemente la propria concezione dei rapporti tra il minore e la propria famiglia di origine, dichiarando illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. n. 184/1983 nella parte in cui, attraverso il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non realizza alcun rapporto civile tra il soggetto adottato e i parenti dell'adottante, nel senso che non fa scaturire relazioni giuridiche di parentela con i familiari dell'adottante che incidono sulla formazione dell'identità del minore adottato, influenzata dai rapporti già di fatto instaurati con la famiglia del genitore adottante.

L'art. 27 comma 3 dunque rimane ancorato all'idea che l'adozione debba necessariamente costituire una seconda nascita per il minore e neanche le modifiche

---

[39] Rispetto alla tutela delle proprie origini V. De Santis, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1/2018; I. Nicotra, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita,* in *Quad. cost.*, 2002, p. 757 ss.; sia consentito rinviare a C. Ingenito, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Giustizia civile*, 2013, p. 1608 ss.; J. Long, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 289 ss.; L. Trucco, *Anonimato della madre versus «identità» del figlio davanti alla Corte costituzionale,* in *Diritto dell'informazione*, 2006, p. 121 ss.; E. Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorioaic.it*, 2013; S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione,* in *Giur. cost.*, 2013, p. 4031 ss.; G. Casaburi, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini,* in *Foro it.*, 2014, I, p. 8 ss.

[40] Sulla rilevanza della sentenza n. 79/2022 e quindi sul peso che i rapporti di parentela assumono nella tutela del superiore interesse del minore, M.C. Errigo, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, *Osservatorio costituzionale AIC*, 2022; G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata,* in *Questione Giustizia*, accessibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela; E. Crivelli, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022,* in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2022: M.C. Carbone, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della "familiarità sociale"*, in *Studi 2022/III Consultaonline*, p. 1021 ss.; sia consentito rinviare a C. Ingenito, *La tutela dei legami di parentela nell'adozione in casi particolari: Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022,* in *Rivista di BioDiritto*, 1/2023.

introdotte nel 2001 circa la conoscenza da parte dell'adottato della propria famiglia naturale, hanno snaturato tale aspetto determinante dell'adozione legittimante; anzi, si è ritenuto che il riconoscimento della facoltà per l'adottato di acquisire notizie sui genitori di sangue, non vada inteso come un affievolimento[41] degli effetti propri dell'adozione legittimante.

La scelta del Legislatore, prima del 1983 e poi del 2001, di mantenere nell'impianto dell'adozione piena la previsione della rottura dei legami tra il minore adottato e la famiglia di origine, non è andata esente da critiche in dottrina e di rilievi in giurisprudenza. Mentre la dottrina ha proprio evidenziato come la correlazione tra effetto costitutivo ed estintivo dell'adozione, non vada intesa in termini eccessivamente formalistici, ma guardando alla sola *ratio* della previsione di tali effetti, ovvero l'intento di garantire al minore la crescita nel miglior ambiente familiare possibile. In tal senso il distacco dalla famiglia di origine non va inteso come un esito necessario, bensì eventuale della pronuncia di adozione, laddove sia negativo per la sua crescita. Tale posizione della dottrina può essere un punto di partenza per intendere il superiore interesse del minore in modo non assoluto ed astratto, ma relativo e concreto, calato nella singola situazione ed a tal punto letto come lo strumento prioritario cui orientare la decisione che riguardi il minore, tanto da poter relativizzare la portata di un effetto come quello previsto all'art. 27 comma 3.[42] La giurisprudenza,[43] dal canto suo, ha dettato alcuni correttivi nell'applicare l'art. 27 comma 3, al fine di evitare il prodursi dell'effetto del provvedimento, ovvero l'interruzione dei rapporti tra adottato e famiglia biologica. Si richiama la pronuncia del Tribunale di Bologna del 9 settembre 2000, in cui la limitazione dei rapporti con la famiglia di origine si è intesa limitata ai soli rapporti giuridici, e non anche a quelli personali di fatto istauratesi, valutando che la loro cancellazione potrebbe di fatto nuocere il minore.[44] In tal senso, secondo altra giurisprudenza di merito, alla rescissione dei legami sul piano giuridico non dovrebbe sempre corrispondere la completa dissoluzione dei vincoli affettivi con i membri della famiglia di origine di cui il minore conserva memoria[45]. Sul punto, vale la pena richiamare la sentenza n. 344 del 20 luglio 1992 in cui la Corte aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27 comma 3 nella parte in cui sancisce la cessazione di ogni rapporto con la famiglia di origine. Il ragionamento della Corte era basato sull'assunto per cui, se il vincolo che si crea con l'adozione va inteso come definitivo e se il minore con tale istituto viene inserito in un nuovo ambiente definitivamente

[41] E. Palmerini, *Commento all'art. 28 della l. 28 marzo 2001 n. 149*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, p. 1030 ss.

[42] V. Scalisi, *Art. 27* in G. Cian – G. Oppo – A. Trabucchi (curr.), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1995, vol. 7, p. 342 ss.; vedi anche M.R. Marella, *Adozione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg. I, Torino, 2000, p. 18 ss.; A. Trabucchi, *Adozione,* (in generale), cit., 12.

[43] Di rilievo sul tema, Cass. Civ., 24 novembre 1995 n. 12169.

[44] Trib. min. Bologna, 9 settembre 2000 e Trib. min. Roma 16 gennaio 1999.

[45] Trib. min. Roma, 5 luglio 1988.

stabile, idoneo ed assicurargli istruzione, educazione e mantenimento, allora i rapporti con la famiglia di origine devono venire meno al fine di consolidare il nuovo status. In pratica la Corte confermava, nel 1992, che solo con la previsione dell'art. 27 comma 3 si possono produrre effetti profondi e duraturi.

Accanto all'evoluzione dei diritti della personalità del minore tra cui rilevano, rispetto alla questione in esame, in particolare quello all'assistenza nel caso in cui la famiglia non sia in grado di occuparsene e quello all'identità, va evidenziata l'evoluzione del principio del superiore interesse del minore dalla legge del 1967 ad oggi. Solo così, sarà possibile affrontare le problematiche sottese all'art. 27 comma 3, problematiche che lo hanno condotto al cospetto della Corte costituzionale.

5. *L'angolazione peculiare del principio del superiore interesse del minore*

La pronuncia in esame costituisce un'occasione per ricostruire quella che la Corte di Cassazione definisce «l'angolazione peculiare»[46] del superiore interesse del minore nel sistema normativo dell'adozione.

Si tratta di un principio del diritto internazionale ed oggi enunciato nei principali documenti internazionali (come la dichiarazione dei diritti del fanciullo) e codificato nelle varie legislazioni nazionali,[47] non solo europee.[48]

Bisogna premettere che l'evoluzione di tale principio è stata influenzata dalla profonda rivoluzione che ha attraversato la persona minore, intanto a livello di fonti, in primo luogo con l'inserimento nella Costituzione, di una «tavola di principi in

[46] P.11 dell'ordinanza.

[47] Numerosi ordinamenti europei hanno operato un mutamento delle proprie legislazioni nella direzione di rafforzare la tutela degli interessi che fanno capo al minore. Si richiama la legislazione Belga che ha iniziato la riforma già nel 1995, giungendo al suo completamento con la legge del 18 luglio 2006. J. Sosson , *La mise en oeuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale: focus sur quelques questions pratiques,* in *Dr. familles*, 2010, p. 148 ss.; M. Fallon, *La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparées et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, in Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 9 ss. La Francia, con legge del 4 marzo 2002, ha introdotto il dovere dei genitori di educare e istruire la prole nel suo superiore interesse.

[48] La Corte costituzionale del Sud Africa, 4 maggio 2000, *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, accessibile al link www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/11.html, chiamata a decidere della legittimità costituzionale della legge nazionale che impediva l'utilizzo di pene corporali, bilancia la posizione del Governo, secondo cui sarebbe nell'interesse del minore non subire punizioni corporali, dalla posizione della Chiesa cristiana che ritiene tale normativa contraria alla libertà religiosa in quanto il sistema educativo delle scuole religiose si fonda sull'utilizzo delle punizioni corporali così come previsto dalla Bibbia. Nel caso di specie la Corte afferma la sussistenza di una «*multiplicity of intersecting constitutional values and interests*» e decide proprio sulla base della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ove è sancito l'interesse del minore a essere protetto da trattamenti degradanti. R. Rivello, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Min. giust.*, 2011, p. 15 ss.; F. Santosuosso, *Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo,* in *Iust.*, 1997, p. 361 ss.

ambito familiare e minorile»[49] diventando da oggetto dei diritti a soggetto attivo, titolare di una serie di diritti della personalità[50] e capace di autodeterminarsi[51]. Correlativamente, il minore è stato dotato di una serie di tutele diffuse, sia nelle fonti normative interne, sia a livello internazionale ed europeo[52] che hanno mutato il quadro giuridico di riferimento nel quale il superiore interesse del minore è divenuto la chiave di lettura del sistema di protezione e tutela del fanciullo. Due sono state le fasi evolutive del superiore interesse del minore: in un primo tempo il principio è stato inteso quale criterio interpretativo nella materia dell'ordinamento minorile, successivamente quale principio generale avente portata autonoma.

Più in particolare, in una prima fase, la giurisprudenza e la dottrina hanno valorizzato la portata esplicativa del superiore interesse del minore nel contesto dei singoli diritti riconosciuti al minore, fungendo da criterio ermeneutico per il giudice chiamato a decidere della cura del minore.

Progressivamente appare sempre più evidente un'evoluzione della portata applicativa del principio del superiore interesse del minore che, pur conservando il valore di criterio ermeneutico, diviene principio generale del sistema di tutela del minore. In tal senso, alla luce dei *best interests of the child*, la giurisprudenza ha elaborato

---

[49] Secondo una parte della dottrina, sono proprio i principi in ambito minorile «il fattore decisivo di crisi del tradizionale modello di protezione degli incapaci», F. Giardina, *La condizione giuridica del minore, l'incapacità del minore, la tutela individuale e la protezione di un soggetto debole*, Napoli, 1984, p. 58.

[50] E' proprio nel valorizzare i diritti della personalità del minore che la Corte costituzionale con sentenza n. 11 del 1981 ha affermato che «riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia d'origine e, soltanto in caso d'incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva».

[51] Mentre prima il genitore esercitava una piena potestà sul minore, nell'esercizio accentrato della cura e rappresentanza del figlio, oggi il genitore esercita la responsabilità genitoriale nell'interesse del minore e non nel proprio ed il minore ha una sfera di libertà personale della quale è pieno titolare esercitando altresì il diritto all'autodeterminazione. È ormai in atto un processo di determinazione dell'interesse del minore nel contesto dei diritti della personalità, in cui «occorre tener conto della possibile antinomia tra le esigenze di protezione e le esigenze di autonomia, la cui soluzione muove dal principio della migliore protezione del minore con la maggior promozione possibile della sua autonomia». Piccinni M., *Il consenso al trattamento medico del minore,* Padova, 2007, p. 253 ss.

[52] Per quanto riguarda le fonti interne si rinvia tra le altre ai contributi contenuti in F. Giuffrè, I. Nicotra (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici,* Napoli, 2014, p. 507. A livello europeo ed internazionale sono numerose le fonti che riconoscono l'esistenza di diritti soggettivi e personalissimi del minore: la Dichiarazione sui principi sociali e legali riguardo alla protezione e sicurezza sociale dei bambini, approvata a New York il 3 dicembre 1986; il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; la Convenzione di Strasburgo in materia di adozione, elaborata dal Consiglio d'Europa, entrata in vigore il 26 aprile 1968 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357, nonché le fonti europee, ovvero l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, CDFUE, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. È solo con la Convenzione ONU sui diritti dei minori (CRC), firmata a New York nel 1989

importanti revirement delle proprie posizioni consolidate, giungendo in taluni casi a stravolgere il senso e la portata della stessa normativa a protezione del minore, come potrebbe avvenire nel caso in esame, addivenendo ad una *disapplicazione* di fatto dell'art. 27 comma 3.

Il superiore interesse del minore oggi, nella sua evoluzione, può essere considerato un principio generale del sistema giuridico di tutela del fanciullo, che fonda decisioni giurisdizionali nella prospettiva secondo cui, nella protezione dei suoi diritti fondamentali non trovano ingresso meccanismi automatici, ma soluzioni ragionate *case by case*, avendo presente la cura dei *best interests* in capo, non al minore quale soggetto generale del diritto, ma al singolo fanciullo destinatario finale del provvedimento giurisdizionale.

Tale principio, espressione della c.d. *best interests of the child doctrine*[53], viene alla luce nei Paesi di Common law tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, come risultato di una nuova lettura giurisprudenziale della *potestà* dei genitori[54]e successivamente, nei paesi di *civil law* viene introdotta la c.d. *best interests doctrine* con la traduzione in chiave generale e con la concreta applicazione di tale principio per la soluzione di casi concreti.

L'espressione *best interest of the child* è formulata per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959[55] e poi viene esplicitata all'art. 3 par. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989.[56]

L'origine del principio in realtà non è legata alle sole fonti normative internazionali, esiste infatti un'accezione interna del principio ricavata dalla

---

[53] L. Lenti, «Best Interests of the child» o «Best Interests of childreen»? intervento al convegno dal titolo «*Marginalized Identities in the Discourse of Justice: Reflections on Children's Rights*», Torino, 2008. Tra le prime teorizzazione in tema di *best interest of the child doctrine*, J.S. Zainaldin, *The Emergence of a Modern American Family Law: Child Custody, Adoption and the Courts, 1796-1851*, in *Northwestern University Law Review*, 1979, p. 1052 ss.; S.B. Presser, *The Historical Background of the American Law of Adoption, Journal of Family Law*, 1971, 448 ss.

[54] S. Romboli, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore,* cit.

[55] Nella versione inglese la Dichiarazione, all'art. 2, statuiva che «the best interests of the child shall be the paramount consideration», nel senso che il superiore interesse del minore dovrebbe avere la considerazione «decisiva». Tale formulazione venne abbandonata nel corso dei lavori preparatori per la redazione della Convenzione sui diritti del fanciullo in cui si reputò più opportuno parlare di «*a primary consideration*»: l'utilizzo dell'articolo indeterminato («a» invece di «the») e il passaggio dall'aggettivo «paramount» all'aggettivo «primary» chiarisce la necessità di un bilanciamento di interessi secondo cui «la posizione del minore deve essere messa a sistema con le ulteriori posizioni in gioco». Di Lorenzo N., *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni famigliari* in A. Ruggeri - D. Rinoldi - V. Petralia (curr.), *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

[56] Articolo 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989) «*in tutte le azioni relative a i fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*».

giurisprudenza costituzionale italiana ed avallata dalla dottrina,[57] mediante una lettura sistematica ed evolutiva della Costituzione e dei suoi principi, primo fra tutti quello personalista.[58] La prima sentenza in cui la Corte costituzionale ha trattato il principio del superiore interesse del minore è la n.11 del 1981 in cui, relativamente alla legge sull'adozione speciale del 1967, si legge: «queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia d'origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva». La Corte, inoltre, ribadisce che la Costituzione obbliga il legislatore e l'autorità pubblica a «predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli».[59]

Con la legge sull'adozione speciale viene, per la prima volta, preso in considerazione esplicitamente il superiore interesse del minore, dando ad esso netta rilevanza e prevalenza rispetto ad altre posizioni[60]. A partire da questa legge inoltre, tale interesse viene preso in considerazione anche in altri settori, come ad esempio rispetto alla valorizzazione della capacità di autodeterminazione dei membri della famiglia con la riforma del diritto del famiglia del 1975[61], sebbene viene ancora inteso come criterio che orienta le decisioni e non ancora quale vero e proprio principio, con una connotazione solo interna ai rapporti della famiglia e non ancora più spiccatamente costituzionale in cui viene visto anche in relazione alla aspettativa di tutela anche nei rapporti fuori dalla famiglia e quindi tra privati. La connotazione ancora embrionale del superiore interesse del minore deriva dal fatto che esso viene accennato con una serie di riferimenti espliciti, ma con contenuto ancora in parte lacunoso che deve essere colmato dalla giurisprudenza[62], anche perché manca ancora una unica fonte che lo disciplini.

---

[57] In dottrina si riferisce al superiore interesse del minore quale vera e propria «necessità costituzionale che, in riferimento ad ogni rapporto giuridico sostanziale o processuale nel quale è coinvolto un minorenne, il legislatore e l'interprete, ciascuno nel proprio ambito, operino un bilanciamento degli interessi tale per cui l'interesse concreto di quest' ultimo prevalga sempre su quello di ogni altro soggetto» Lamarque E., *Art. 30 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), vol. I, Torino, 2006, 630.

[58] Ruggeri A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 2013, 8, Aberle P.H., *voce Lo Stato costituzionale*, I. *Principi generali*, in Enc. giur. giur., XXXIV, 2000, 1 ss.

[59] Corte Cost., sentenza 10 febbraio 1981, n.11, par. 5 del *Considerato in diritto*.

[60] A.C. Moro, *Sui diritti del minore,* in *Esp. Ried.*, 1973, I, Baviera I.

[61] M. Bessone – A. D'Angelo, *Diritti delle persone e garanzia costituzionale di unità della famiglia,* in *Giur. Merito*, 1975, p. 127 ss.

[62] Per i primi riferimenti al superiore interesse del minore, Cass.civ., 22 dicembre 1976 n. 4706; Trib. Napoli, 30 giugno 1981; Trib. Trani, 28 marzo 1977.

Pertanto l'interesse del minore viene posto al centro di diverse letture[63] fino ad essere inteso quale vero e proprio principio[64] cardine della materia del diritto di famiglia e minorile ed insieme guida sia del Legislatore nella previsione di leggi, sia del giudice nella sua attività di bilanciamento tra diritti fondamentali.[65]

Nonostante il massiccio ricorso al criterio del superiore interesse del minore, ad oggi non è stata ancora elaborata una definizione univoca[66] che possa risultare valida e adatta ad ogni situazione. Tuttavia, è ormai urgente individuarne i parametri poiché questo principio si è consolidato negli anni come criterio determinante in

[63] Romboli precisa proprio che, se letto come clausola generale, il superiore interesse del minore essendo «fortemente sensibile al variare delle circostanze proprie di ogni caso, dei diritti da bilanciare e molto spesso anche al variare del contesto sociale, sia relativamente al luogo, sia relativamente al periodo storico. Sulla base di tali considerazioni parte della dottrina ritiene che «sia preferibile, per la sua reale efficacia, che la previsione del principio in esame rimanga legata ad un concetto giuridico generico, attraverso la tecnica e con il significato della clausola generale». S. Romboli, op.cit., p. 509.

[64] Per alcuni è un criterio interpretativo mentre per altri è una di quelle «formule chiuse che non riescono mai a comprendere - e quindi utilmente disciplinare - tutti gli imprevedibili casi della vita e le peculiarità delle diverse situazioni esistenziali». Parte della dottrina lo considera una «vuota tautologia, mero abbellimento esteriore dell'argomento» che ha contribuito «ad ampliare notevolmente (e talora assai pericolosamente) la sfera di discrezionalità dell'ordinamento giudiziario minorile». Ancora è stato definito anche un «passepartout discrezionale, in nome del quale da un capo all'altro della Penisola vengono prese quotidianamente, attingendole al soggettivismo e alla discrezionalità, decisioni una diversa dall'altra». Per altri è uno strumento grazie a cui potranno essere abbandonate le antiche gerarchie all'interno della famiglia per passare ad una famiglia fondata su base egualitaria e democratica. Rispettivamente v. Sergio G., *La giustizia minorile. Funzione, competenze, strutta, prospettive di riforma,* in L. Lenti (cur.), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano, 2002, p. 34 ss.; A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile,* Bologna., 2002, p. 40 ss. T. Montecchiari, *La potestà dei genitori*, Giuffrè, 2006 p. 17.

[64] A. Di Francia A., F. Dallagiacoma, *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Milano, 2008, p. 19.

[65] G. Vanoni, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondamentali della Costituzione* in *Consulta on line*, maggio 2017, 4. Si rinvia a che alla trattazione di S. Romboli, op.cit.

[66] Sulla definizione di questo principio si richiamano due citazioni rispettivamente di Giovanni Manera e di Jean Carbonnier. Per il primo, «la preminenza dell'interesse del minore su qualsiasi altro interesse è stata tanto ripetutamente affermata, che può ritenersi ormai un dato assiomatico, che non abbisogna di particolare dimostrazione", per il secondo «l'interesse del minore è la nozione magica. Per quanto sia contemplata dalla legge, ciò che non viene previsto è l'abuso che se ne fa oggi. Al limite, essa finirebbe col rendere superflui tutti gli istituti del diritto di famiglia». Secondo Ronfani «da un lato, la nozione di interesse del minore è assiomatica poiché attualmente ogni legislazione che riguarda i minori la richiama e la descrive come oggetto di primaria considerazione, dall'altro lato, è anche "magica" poiché vaga e soggetta a contrastanti interpretazioni». P. Ronfani, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, 1997, p. 47 ss.; V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto.* Roma-Bari, 2008, p. 172; G. Manera, *Il minore come soggetto di diritti, ossia rilevanza della sua volontà nell'affidamento ad uno dei genitori*, in *Giurisprudenza di merito*, 1983, p. 361 ss.; J. Rubellin-Devichi, *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, in *Revue française des Affaires sociales,* 1994, p. 157 ss.; J. Carbonnier, *Droit civil I.2, La famille, les incapacites*, Paris, 1969, p. 370. I. Théry, *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?,* in *Esprit*, 1992, n. 3/4, p. 5 ss.

tutte le decisioni che riguardano i minori[67] e quale «valore apicale di sistema, diviene il nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz'altro dire dell'intero diritto di famiglia e di tutta la normativa a tutela dell'infanzia».[68]

Ciò che è certo è che dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la clausola generale[69] dell'interesse del minore non debba essere determinata in astratto secondo una generica idea di cosa possa essere idoneo al benessere di una persona minore di età, ma che invece debba essere valutato in riferimento alle circostanze del caso concreto, in modo da funzionare «da criterio di eccezione e temperamento di altri principi o regole nelle decisioni giudiziarie»[70].

Rispetto alla questione in esame la Corte Costituzionale in alcune pronunce aveva già affermato che la tutela dei fondamentali interessi del minore - vero «centro di gravità dell'istituto» dell'adozione alla stregua «degli artt. 2 e 30 commi primo e secondo, Cost.» - richiede, tra l'altro, che «l'individuazione della famiglia sostitutiva» abbia «carattere di "adeguatezza" (cfr. sentenza n. 145 del 1969, in fine), il che comporta la ricerca della soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore».[71] L'esigenza che si rinvenga, appunto in concreto, la soluzione più adeguata alle condizioni particolari del minore è stata anzi, nella predetta decisione, ritenuta dotata di particolare pregnanza, laddove ciò che va considerato è il contesto in cui deve essere applicato tale principio e le circostanze spazio temporali che riguardano le vicende di quello specifico minore, come è nel caso in esame la circostanza che i minori siano orfani di femminicidio. Se da un lato guardare al caso concreto potrebbe garantire la reale e concreta applicazione del principio perché riguardante il concreto contesto, dall'altra, una parte della dottrina ha evidenziato che «l'estrema flessibilità di un principio che prenda in considerazione di volta in volta gli interessi in gioco, il tipo di società in cui vivono le parti coinvolte e la cultura di riferimento rischia di rendere estremamente discrezionale l'intervento del giudice, indebolendo così i principi di legalità e di certezza del diritto»[72].

---

[67] A. Di Francia, F. Della Giacoma F., *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, cit., p. 19 ed anche S. Parker, *The best interests of the child. Principles and problems*, in P. Alston (ed.), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Oxford, 1991, p. 26 ss.

[68] V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 405.

[69] La qualifica di clausola generale si esplica in due direzioni: da un lato, viene richiamata dalla legge in modo generale e astratto per tutelare l'intera categoria dei minori, dall'altro lato funge da standard giudiziario. In tal modo il giudice, anche derogando la legge generale, può pervenire alla decisione più adatta per il singolo minore oggetto di tutela. Sul punto vedi E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale,* Milano, 2016.

[70] S. Romboli, op.cit., p. 509.

[71] Corte Cost., sentenza 1° luglio 1986, n. 198, par. 5 del *Considerato in diritto*.

[72] L. Giacomelli*., (Re)interpretando i best interets of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in F. Giuffrè – I. Nicotra (curr.), *La famiglia*, cit., p. 468.

Ora, la pronuncia in esame evidenzia il fatto che esiste una nozione di interesse del minore,[73] propria dei rapporti adottivi, in cui la *ratio* è quella di perseguire l'interesse alla *c.d. sopravvivenza*[74] del minore che non comporta necessariamente la rescissione dei legami con la famiglia di origine. In tal modo andrebbe ipotizzata una disapplicazione dell'art. 27 comma 3 con una diversa interpretazione dell'interesse del minore che orienti le scelte migliori per lo sviluppo psicofisico dei minori. Infatti, già nel 2016 la Corte Costituzionale aveva affermato che «…invocando un interesse superiore del minore che talora si assume, astrattamente, incompatibile con la conservazione del legame con entrambi o almeno con uno dei genitori»[75].

La Corte di Cassazione nella propria ordinanza, nell'analizzare i diversi modelli adottivi, evidenzia come, di fronte, come nel caso concreto ovvero all'impossibilità di recuperare il rapporto con i genitori e nell'assenza di figure sostitutive nell'ambito dei parenti fino al IV grado, va da sé che la dichiarazione di adottabilità sembra essere l'unica strada percorribile e quindi, la permanenza nel sistema dell'art. 27 rende la rescissione dei legami con la famiglia di origine, inevitabile.

È interessante notare come la Corte di Cassazione consolida la propria giurisprudenza[76] valorizzandone il positivo perseguimento del superiore interesse del minore quando si dimostra che egli non subisce un pregiudizio:[77] in altri termini, nella pronuncia in commento viene argomentata l'evoluzione del principio del superiore interesse dalla prospettiva del solo pregiudizio.[78] Il giudice deve valutare in concreto se il minore dai rapporti con la famiglia di origine possa trarre o meno pregiudizio, al di là della reale valutazione circa il sussistere di un suo benessere. Ciò sembrerebbe

---

[73] E. Frontoni, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli, 2019, p. 117 ss.; E. Lamarque, *Prima i bambini.,* cit.; J. Long*, Il principio dei best interests e la tutela del i minori,* in *Questione giustizia*, 2019, n. 1; A. Ruggeri, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori,* in *Diritti fondamentali*, 2017, n. 1.

[74] Il superiore interesse del minore alla c.d. sopravvivenza è un'espressione che venne coniata nell'ambito della dottrina civilistica. V. C.M. Bianca, *Abbandono del minore e diritto a crescere in famiglia: spunti in tema di adozione speciale,* in *Giust. Civ.*, 1980, p. 179 ss., tanto da arrivare a sostenere in un altro scritto che «l'interesse primario è la cura del minore, e quindi la crescita in famiglia è un valore subordinato a quello della cura appropriata del minore». V. C.M. Bianca et al*., La nuova legge sull'adozione. Legge 4 maggio 1983 n. 184*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 2.

[75] Cass. civ., sentenza del 14 aprile 2016, n. 7391.

[76] Secondo la Corte di Cassazione, l'interesse del minore deve essere costruito a partire da un giudizio prognostico in ordine al possibile pregiudizio recato al minore dall'allontanamento del genitore o del minore stesso dall'Italia. Sul punto, tra le tante si rinvia a Cass. civ., ord. del 29 gennaio 2016 n. 1824; Cass. civ., sent. del 5 marzo 2018, n. 5084.

[77] V. pag. 3 della citata ordinanza interlocutoria.

[78] Per la Corte quindi la valutazione va condotta prima di tutto in negativo, come assenza di possibili pregiudizi ostativi al pieno e integrale sviluppo della sua personalità e solo dopo in positivo, ossia in termini di benefici (sia fisici che psichici, sia materiali che spirituali, sia patrimoniali che propriamente esistenziali) da assicurare al minore, il c. d. benessere, di cui parla la Convenzione ONU del 1989 (art. 3, comma 2). Per la dottrina prettamente civilistica sulla valutazione del pregiudizio, si rinvia a G. Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. Dir.,*1998, p. 170 ss., p. 172; P. Stanzione, *Interesse del minore e «statuto» dei suoi diritti,* in *Fam. e dir.*, 1994, p. 358 ss.

rispondere proprio alla logica già richiamata per cui l'obiettivo è la sopravvivenza del minore intesa come proiezione di vita futura in cui non venga arrecato alcun pregiudizio alla sua sfera psico-sociale.

Rispetto poi alla dichiarazione di adottabilità e correlata rescissione dei rapporti con la famiglia di origine, il giudice deve proiettare la decisione nel futuro[79], cercando di individuare «la soluzione che si riveli la migliore per la vita futura di quel particolare minore»[80]. Per questo, tale valutazione, essendo fondata su una previsione della vita futura del minore e della sua famiglia, è caratterizzata da un elevato grado di incertezza e di opinabilità.[81] In tal senso, la dottrina è unanime nel ritenere che il principio del superiore interesse del minore vada «maneggiato con cautela», con una valutazione condotta caso per caso, con approfondimento delle concrete situazioni di fatto[82] secondo un approccio certamente relativo.[83]

6. *La Corte di Cassazione passa la parola alla Consulta: presunti profili di illegittimità costituzionale dell'art. 27 comma 3 l. 184/1983.*

La Corte di Cassazione evidenzia il contrasto dell'art. 27 comma 3 con gli artt. 2, 3, 30 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, anche in relazione agli artt. 3 e 21 della Convenzione di New York del 1989 oltre all'art. 24 della Carta di Nizza.

Rispetto al primo parametro costituzionale, ovvero l'art. 2, il contrasto con l'art. 27 comma 3 riguarda il vulnus che l'applicazione rigida della previsione contenuta in tale articolo arrecherebbe alla creazione dell'identità del minore, rispetto alla deprivazione affettiva della famiglia di origine[84] in cui il minore potrebbe sviluppare la propria personalità individuale.[85] Le riflessioni sull'importanza

---

[79] Cass. civ., sentenza 21 giugno 2013 n. 15676 e ancor prima Cass. Civ., S.U., sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21799.

[80] Per alcuni spunti critici sul giudizio prognostico in tema di interesse del minore, L. Lenti., *Note critiche in tema di interesse del minore,* in Riv. Dir. Civ., 2016, p. 93 ss.

[81] *Ibidem*, p. 88.

[82] E. Lamarque, *Art. 30 Cost. Cost.,* in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, p. 630 ss.; R.A. Magliani, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in L. Ventura – A. Morelli (curr.), *Principi fondamentali*, Milano, 2015, p. 634 ss. Sul punto si rinvia per una trattazione completa a E. Lamarque, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II. Famiglia e filiazione, in occasione del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa". La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7 8 giugno, in www.gruppodipisa.it, 7 ss.

[83] S. Romboli, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, cit., p. 510 s.

[84] V. Zeno-Zencovich, *Identità personale*, *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, IX, p. 294; G. Pino, *L'identità personale, Trattato di biodiritto*, Torino, 2010, p. 306; A. Barbera, *Art. 2,* in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1975, p. 50 ss.; A. Pizzorusso, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona,* in G. Alpa – M. Bessone – L. Boneschi (curr.), *Il diritto alla identità personale*, Padova,1981.

[85] R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, p. 76.

dell'identità all'interno del contesto sociale in cui l'individuo vive e il suo diretto collegamento con la valorizzazione della dignità della persona, hanno costituito la salda base da cui partire per mettere in luce la rilevanza dell'identità di ciascun individuo che fa parte della famiglia.[86] Ciò si iscrive nelle diverse letture che, nel tempo, sono state date del modello familiare, nella sua profonda evoluzione di fenomeno che si determina secondo matrici umane e sociali *largamente estranee al diritto*. Se è vero che alla famiglia vengono riconosciuti i diritti fondamentali dell'uomo, è nell'evoluzione del fenomeno familiare in cui l'individuo si realizza che uno di questi diritti si afferma, ovvero quello alla tutela della propria identità personale come singolo e rispetto ai membri della famiglia.[87] L'identità si configura allora come principale elemento essenziale e distintivo del patrimonio individuale e costituisce, tanto un vero e proprio diritto, che si è consacrato a livello normativo e giurisprudenziale, quanto un interesse della persona ad essere identificata e riconosciuta nella sua realtà individuale[88].

Fatta questa doverosa premessa, l'applicazione dell'art. 27 comma 3 impedisce di accertare se l'esistenza dei rapporti con la famiglia di origine possa essere un beneficio o un pregiudizio per il minore e per la sua sana crescita psicofisica nella creazione della propria identità.

Rispetto all'art. 3 Cost., la Corte di Cassazione evidenzia una disparità di trattamento tra l'adozione piena e gli altri modelli di adozione previsti all'art. 44 della l. 184 del 1983, per i quali, non solo non è prevista la rescissione dei legami con la famiglia di origine, ma questi ultimi legami sono addirittura valorizzati, come ha fatto la Corte Costituzionale nella sentenza n. 79/2022. Inoltre, tale pronuncia sancisce una reale equiparazione tra i diritti del minore nella famiglia adottiva ex art. 44 e quelli del minore nell'adozione legittimante che l'applicazione dell'art. 27 di fatto impedirebbe perché esso in modo anacronistico marca una profonda differenza tra i modelli di adozione. Quindi è ben evidente che l'art. 27 comma 3 realizza una disparità di trattamento tra i minori che sono adottati all'interno di una delle tipologie di adozione mite dell'art. 44 della l. 184/1983 e quelli adottati per adozione legittimante poiché, pur essendo necessaria per entrambe la valutazione in concreto della permanenza o meno dei legami con la famiglia di origine, di fatto essendo previsto dal sistema l'articolo 27 comma 3 che impone tale rescissione, la valutazione dell'interesse del minore a beneficiare o meno di un rapporto con la famiglia di origine si atteggia in modo opposto: nell'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983 la valutazione del legame di parentela arriva ad essere essenziale perché se positiva può fondare il rapporto di adozione proprio rispetto a

[86] C.M. Bianca, *Diritto civile, 1, la norma giuridica, i soggetti*, Milano, 1984, p. 137 ss.; P. Rescigno, *Persona e Comunità*, Bologna 1966, p. 52.

[87] Sul diritto all'identità come diritto fondamentale, C.M. Bianca, *La famiglia*, cit.

[88] G. Matucci, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018, p. 11 e ss.

quel legame; diversamente per l'adozione piena tale valutazione può fondare la dichiarazione di adozione proprio al di fuori di quel legame.

Ancora, l'art. 27 comma 3 si pone in contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 Cedu poiché la rescissione dei legami del minore con la famiglia di origine lede il suo diritto alla vita familiare, diritto tutelato appunto dall'art. 8 Cedu,[89] oltre che si pone in contrasto con il principio del suo superiore interesse.

Il diritto del minore ad una famiglia stabile e ad una identità familiare, non può subire mai un affievolimento di tutela perché è da considerarsi un diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 8 della Cedu che tutela appunto il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Sebbene secondo la Cedu il superiore interesse del minore può comportare una rottura dello stesso principio-famiglia, inteso come relazione affettiva reciproca genitori-figli, la salvaguardia dell'interesse del minore esige la cessazione di ogni rapporto con la famiglia di origine dimostratasi particolarmente indegna o del tutto inadeguata,[90] ma solo come estrema ratio come emerge dalla giurisprudenza, soprattutto nel caso *Zhou c. Italia* in cui la prospettiva della Cedu risulta incentrata sul rapporto tra il soggetto del quale si deve valutare lo stato di adottabilità e la famiglia di origine. Tale rapporto deve essere conservato perché appunto componente essenziale del diritto alla vita privata e familiare, e che può essere reciso soltanto in circostanze eccezionali. In particolare, secondo la Corte di Strasburgo, il legame tra genitori naturali e figli potrebbe essere troncato, solo se ciò fosse giustificato dall'interesse superiore del minore.[91]

La Cedu infatti si è soffermata, in numerose pronunce,[92] sulla nozione di superiore interesse del minore,[93] che va accertato con una valutazione concreta ed

---

[89] I giudici europei desumono in via interpretativa dal diritto al rispetto della vita familiare, di cui all'art. 8 Cedu, l'interesse del minore a mantenere legami con la famiglia: v. Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n. 41615/07, par. 136: «the child's ties with its familiy must be mantained, except in cases where the family has proved particularly unfit».

[90] Corte EDU, sentenza del 13 ottobre 2015, *S. H. c. Italia*, ric. n. 52557/14; ma v. altresì, Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. n.33773/11; e già, sentenza del 21 ottobre 2008, *Clemeno e altri c. Italia*, ric. n. 19537/03; sentenza del 19 settembre 2000, *Gnahorè c. Francia*, ric. n. 40031/98; da ultima, sentenza del 28 aprile 2016, ric. 68884/13. Cfr., Corte EDU 28 aprile 2016, *Cincimino c. Italia* cit., spec. par. 66; Corte EDU, sentenza del 31 maggio 2016*, Alle Fall Gueye c. Italia*, ric. n. 76823/12. In dottrina si rinvia a J. Long, op.cit. e L. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 2016, p. 150 ss.

[91] U. Salanitro, *Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, p. 1528 ss.

[92] Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, cit; sentenza del 18 luglio 2019, *R.V. e altri c. Italia*, ric. n. 37748/13; sentenza del 1° aprile 2021, *A.I. c. Italia*, ric. n. 70896/17; sentenza del 23 giugno 2020, *Omorefe c. Spagna*, ric. n. 69339/16; sentenza del 10 marzo 2020, *Pedersen ed altri c. Norvegia*, ric. n. 39710/15; sentenza del 28 aprile 2022, *Fiagbe c. Italia*, ric. n. 18549/20.

[93] J. Long, op.cit., la quale richiama alcune pronunce rilevanti della Cedu in particolare, *Schimdt c. Francia*, del 26 luglio 2007 e *Y. C. c. Regno Unito*, del 13 marzo 2012.

effettiva delle relazioni familiari del minore all'interno del proprio nucleo familiare di origine. La Cedu altresì ha valorizzato il legame del minore con la famiglia di origine e con i genitori biologici, tanto da affermare che anche a fronte dell'irreversibile inidoneità genitoriale e della famiglia di origine, vi deve essere un'attenta valutazione degli effetti della rescissione dei legami familiari in modo «da adattare i modelli normativi all'obiettivo del perseguimento effettivo del preminente interesse del minore».[94] Inoltre, secondo l'interpretazione della Corte Edu, le misure che portano a una rottura dei legami tra un minore e la sua famiglia possono essere applicate solo in circostanze eccezionali in quanto la relazione fra genitore e figlio rappresenta un elemento principale della vita familiare protetta dalla Convenzione.[95]

È proprio tale valutazione in relazione al diritto alla vita privata e familiare che esclude la compatibilità costituzionale dell'automatismo contenuto nell'art. 27 comma 3 rispetto all'effetto di recidere i legami familiari che deriva dalla dichiarazione di adottabilità del minore. La Corte sul punto si riferisce espressamente al contrasto tra i modelli flessibili di adozione che, per loro stessa natura, consentono di interpretare il superiore interesse del minore in modo concreto, con il *determinismo* della norma censurata che invece impedisce una valutazione che guardi alla concretezza delle situazioni.[96]

Infine, l'art. 27 comma 3, ad avviso della Corte, contrasta con gli artt. 3 e 21 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e con l'art. 24 della Carta di Nizza. Infatti, nelle norme richiamate è centrale l'interesse del minore (in particolare la sua espressa enunciazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo), ma anche la tutela dei legami con la famiglia di origine e viene evidenziata l'importanza dell'origine (etnica, sociale e culturale) del minore che va salvaguardata assieme alla c.d. continuità educativa quando si deve valutare l'ingresso di una nuova genitorialità.

In conclusione la Corte di Cassazione invita la Corte Costituzionale a riflettere sull'operazione posta in essere insieme alla giurisprudenza di merito circa la valorizzazione delle aperture normative dell'adozione in casi particolari per adeguare anche l'adozione piena alle situazioni concrete che si pongono all'attenzione delle Corti e in cui va valutato l'interesse del minore rispetto ai legami con la famiglia di origine quando è in discussione la situazione di abbandono o di semi abbandono. Tale intento si può attuare solo a condizione di «rimuovere la rigidità ed assolutezza delle conseguenze della dichiarazione di adozione piena sulla cessazione dei rapporti con la famiglia di origine».

Ciò in quanto per valutare l'assenza di pregiudizio per il minore si deve condurre un esame accurato del contesto familiare che potrebbe condurre, anche per l'adozione piena, a dover preservare una continuità relazionale con i parenti entro il

[94] Pag. 15 dell'ordinanza.

[95] Corte Edu, sentenza del 1° luglio 2004, *Couillard Maugery c. Francia*, ric. n. 64796/01.

[96] Sul punto, si invita anche alla lettura della sentenza ricca di spunti della Cedu (Grande Camera), sentenza del 1° settembre 2019, *Strand Lobben e altri contro Norvegia*, n. 37283/13, parr. 204 e 220 e sentenza del 1 aprile 2021, *A.I. c.* Italia, cit., parr. 87 e 94.

quarto grado anche se risultano inidonei ad esercitare la piena funzione genitoriale, ma ciò solo in relazione al caso concreto. È evidente che l'articolo 27 comma 3 che non contempla alcuna valutazione concreta, ma solo un rigido automatismo è incompatibile con tale posizione della giurisprudenza e per questo è necessario temperarne la rigidità arrivando, se necessario, alla sua effettiva *disapplicazione*.

Si tratta infatti di un esempio di automatismo legislativo[97] capace di comprimere immotivatamente una serie di diritti che sono posti in capo al minore realizzando di fatto un vulnus nella loro tutela concreta.[98]

In questo caso, ci si aspetta dalla Corte costituzionale una valutazione in concreto, nel senso che il giudizio della Corte dovrebbe perdere «i caratteri dell'astrattezza e spostarsi verso un giudizio in concreto»[99]. Sul punto, va detto che la Corte costituzionale non potrà che dirigere il proprio giudizio intorno al principio di ragionevolezza, funzionalizzando le norme costituzionali di riferimento che abbiamo già richiamato per far emergere il preminente interesse del minore, che pressa la formulazione legislativa dell'art. 27 comma 3 fino a determinarne la sua reale flessibilizzazione.

Infatti è l'assenza di flessibilità che potrebbe portare la Corte costituzionale a reputare di fatto la norma incostituzionale. Si auspica che la Consulta, mediante il ricorso alla ragionevolezza, valuti come incostituzionale la disposizione legislativa che, pur non presentando nessun altro vizio, tuttavia non riesce a regolare i casi concreti in cui si impone al giudice il potere/dovere di dare adeguata tutela agli interessi di rilevanza costituzionale che, in questo caso, sono posti in capo alla persona minore di età.

Il mezzo mediante cui si può davvero immaginare il superamento della previsione contenuta all'art. 27 comma 3 è solo ed esclusivamente il corretto utilizzo del principio del superiore interesse del minore e lo strumento per far propria la lente mediante cui riconoscerlo è il richiamo alla n. 11 del 1981, a firma di Leopoldo Elia, in cui si afferma che «lo spostamento del centro di gravità dell'istituto» dall'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato, realizzato appunto da quella legge, «era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale», dato che essa assume «a valore primario la promozione del soggetto umano in formazione». In tal senso dunque è alla posizione dell'adottato che si deve guardare nella decisione circa la sua adottabilità e in nessun modo a quella degli adottanti. Quindi si deve tutelare la posizione del minore in stato di abbandono, posizione degna di essere salvaguardata in maniera adeguata anche contemplando una scelta mediana tra la demolizione della famiglia di origine e il suo permanere, rileggendo così l'art. 27 comma 4: sarà la Corte costituzionale a decidere se mantenere o meno

[97] G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 210.

[98] Corte cost. sent. n. 7 del 2013, par. 5 del *Considerato in diritto*.

[99] L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale, Quaderni del Gruppo di Pisa*, settembre 2014.

un *fil rouge* tra i minori orfani c.d. speciali e la famiglia di origine e in che modo, dando così il via ad una nuova ed attuale lettura dell'istituto dell'adozione piena.

Risulta opportuno domandarsi, in conclusione, sulla base del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione operato dalla Corte di Cassazione ed in relazione alla valutazione di rilevanza e manifesta infondatezza della questione,[100] come si orienterà la Corte costituzionale nella propria decisione che si attende ed il peso che l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 27 comma 3 assumerà rispetto all'attuale assetto dei modelli adottivi (in particolare rispetto all'adozione mite) e che ruolo assumerà tale pronuncia rispetto alla valutazione concreta del superiore interesse del minore.

Intanto, è possibile che la Corte possa ritenere inammissibile la questione sollevata dalla Cassazione ritenendo che in realtà non sia stato esperito correttamente il tentativo di interpretazione adeguatrice della disposizione censurata.[101] Sul punto, nell'ordinanza in esame, la Corte di Cassazione nel rapportare il principio del superiore interesse del minore al caso concreto della rescissione, con l'adozione piena, dei legami di parentela del minore, dimostra di fatto che il «diritto vivente» formatosi sulla disposizione interessata è tale da precluderne una lettura conforme a Costituzione[102]. È possibile quindi che, provato come non vi fosse altra strada che rimettere la questione alla Consulta (spiegando anche che la questione è rilevante e non manifestamente infondatezza)[103] quest'ultima, ove ritenga possibile una diversa interpretazione, conforme a Costituzione, della disposizione censurata potrà certamente rilevarla, ma entrando nel merito della questione e quindi adottando una sentenza interpretativa di accoglimento o di rigetto. La preferenza per la decisione interpretativa di accoglimento si potrebbe basare sull'esigenza di assicurare la certezza del diritto, che imporrebbe di eliminare dal sistema la possibile norma

[100] Secondo una parte della dottrina, si tende a ritenere che la «dimostrazione di aver ricercato e privilegiato le possibili ipotesi interpretative che consentano di adeguare la disposizione di legge ai parametri invocati a sostegno del dubbio sulla costituzionalità della norma impugnata» costituisca ormai un «terzo obbligo per il giudice»: E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2007², p. 99; si veda anche, G. Amoroso, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità* in *Foro it.*, 1998, V, c. 93 ss.; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi,* in Id. (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, p. 202 ss.

[101] C. Pinelli, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 1368, secondo il quale «più che come interlocutore con cui collaborare, un giudice redarguito per aver omesso il "doveroso scrutinio" nel delibare la non manifesta infondatezza viene trattato come uno scolaro che non abbia ripassato la lezione, nonostante egli si trovi sprovvisto di una soluzione certa una volta che l'abbia ripassata».

[102] G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, spec. pp. 177 ss.; per la giurisprudenza Corte Cost., ordd. del 14 gennaio 2008, n. 4 e del 10 marzo 2008, n. 57.

[103] Sul ragionevole dubbio del giudice di legittimità circa l'incostituzionalità della norma, M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale,* in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, p. 7 ss. ed anche Anzon A., *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente,* in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1090 ss.

incostituzionale, come dovrebbe avvenire nel caso in esame, laddove la lettura costituzionalmente orientata del superiore interesse del minore, insieme all'interpretazione dell'istituto dell'adozione nel contesto attuale, imporrebbe alla Corte l'applicazione di tale decisione.

Per quanto riguarda il peso che l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 27 comma 3 assumerà rispetto all'attuale assetto dei modelli adottivi ed alla valutazione concreta del superiore interesse del minore, questi due profili appaiono intimamente connessi. Infatti, una decisione interpretativa di accoglimento della questione di legittimità costituzionale, significherebbe, in primo luogo, rileggere l'articolo 27 alla luce da un lato dei diversi modelli adottivi e del diverso atteggiarsi di essi rispetto alle tutele del minore. Ciò partendo dall'assunto per cui, secondo la Cassazione, l'adozione piena non permetterebbe il mantenimento del legame con la famiglia di origine (salvo gli impedimenti matrimoniali e il diritto di conoscere le proprie origini) potrebbe essere messa in discussione se si valorizzasse la regola posta a favore degli affidatari dall'art. 5 ter della l. 184\1983, introdotto con la riforma della l. n. 173\2015, la quale garantisce «la continuità delle positive relazioni socio affettive»: tale regola, se messa a garanzia del rapporto con gli affidatari in caso di adozione o di ritorno alla famiglia di origine, non può che essere riconosciuta ai *familiari naturali*, nel caso in cui il rapporto con il minore fosse giudicato positivo o comunque non negativo per la sua crescita e quindi fosse fatta una valutazione in concreto del superiore interesse del minore. Se si accogliesse questa prospettiva, si potrebbe fare ricorso alla disciplina dell'adozione piena, anche in caso di situazioni di abbandono, adottando lo strumento dedicato al minore privo del rapporto genitoriale: il minore, in tal modo, sarebbe accolto nella famiglia adottiva, mantenendo il diritto alle «relazioni socio affettive» con la famiglia di origine, con la quale perderebbe soltanto i vincoli giuridici di tipo patrimoniale e non patrimoniale.[104]

In secondo luogo, una decisione interpretativa di accoglimento implicherebbe leggere l'adozione piena in relazione alla valutazione concreta dei *best interests* in capo al minore (come in parte già fa la Corte di Cassazione nell'ordinanza). Ciò, nel senso che il ricorso all'adozione piena non sarebbe congruo se risultasse nell'interesse del minore mantenere rapporti giuridici intensi con la famiglia di origine: in tal caso, si configurano maggiormente idonei altri istituti quali l'affidamento o l'adozione in casi particolari, ai quali si potrebbe fare ricorso sia prima della dichiarazione di adottabilità, sia dopo. Ciò però non sembrerebbe valere per gli orfani di femminicidio, se non superando la posizione secondo la quale la dichiarazione di adottabilità «è finalizzata in via pressoché esclusiva a creare le condizioni per la successiva pronuncia di adozione piena o legittimante»[105]: ciò in quanto nulla esclude

[104] E. Quadri, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p.1330 ss.

[105] Cass. civ., 13 febbraio 2020, n. 3643, cit., p.1066.

che preventivamente, contestualmente o successivamente alla dichiarazione di adottabilità (comunque prima dell'affidamento preadottivo), l'autorità giudiziaria possa ritenere utile, valutando l'interesse superiore del minore, che si disponga l'adozione in casi particolari, adottando una prospettiva meno rigida e più adatta al contesto attuale di tutela di numerosi interessi in capo al minore che devono avere preminente considerazione, per cui la dichiarazione di adottabilità e la situazione di abbandono (che di questa dichiarazione è il presupposto), non devono essere per forza intese quali condizioni necessarie, né impedimenti per la pronuncia di adozione in casi particolari qualora quest'ultima meglio si adatti alla posizione concreta del minore.

***

ABSTRACT: With the decision of 5 January 2023, the Court of Cassation expressed its opinion on a complex issue concerning the pursuit of the best interests of the child, specifically of two orphans of femicide, who, deprived of parental figures and in the absence of relatives suitable to take care of them, are declared in a state of abandonment and therefore adoptable and, pursuant to art. 27 paragraph 3 of the law 184/1983, deprived of any relation with the family of origin. This decision concerns the role of the Court of Cassation which, starting from the exercise of its nomophilactic function, raises the issue of constitutionality also in the procedure aimed at enunciating the principle of law in the interest of the law. Secondly, it will be highlighted how to date the protections of orphans of feminicide are not yet complete and in any case are not fully capable of pursuing the superior interest of these so-called special orphans. The Court of Cassation is faced with the analysis of the constitutional stability of the art. 27 paragraph 3 and decides to refer the question to the Constitutional Court which at this point will have the task of questioning the constitutionality of this provision, perhaps also trying to offer some solution that is in line with the current catalog of protections for minors, increasingly reinforced by constitutional jurisprudence. With respect to this, this comment will also try to make some reflections on the union of the Constitutional Court with respect to the problem of overcoming legislative automatisms. Finally, the ruling contains numerous ideas for reflecting on the principle of the best interests of the minor, as a pillar of family and juvenile legislation and for giving it a partly new interpretation.

KEYWORDS: special orphans – adoption – abandonment - interests of the child - legislative automatisms

Chiara Ingenito – Dottore di ricerca in diritto pubblico, comparato ed internazionale, Sapienza, Università di Roma. Assegnista di ricerca nel medesimo Ateneo (chiara.ingenito@uniroma1.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Meccanismi e procedure di destituzione anticipata del Presidente della Repubblica in Perù e Paraguay, tra Costituzione formale e prassi applicativa*

Isabella Maria Lo Presti

SOMMARIO: 1. La destituzione del Presidente Castillo come spunto per una riflessione comparata. - 2. La forma di governo peruviana come esempio di *régimen presidencial parlamentarizado.* - 3. La disciplina costituzionale della *cuestión de confianza* e lo scioglimento presidenziale del Congresso. - 4. Il contributo dell'uso della *moción de vacancia presidencial* alla parlamentarizzazione del presidenzialismo peruviano. - 4.1. Le questioni procedurali inerenti alla destituzione del Presidente della Repubblica per le ipotesi di permanente incapacità fisica e morale. - 5. La destituzione presidenziale nella disciplina costituzionale paraguaiana. Esperienze a confronto. – 5.1. Aspetti procedurali della messa in stato d'accusa del Presidente paraguaiano - 6. Considerazioni finali.

1. *La destituzione del Presidente Castillo come spunto per una riflessione comparata*

Dalla destituzione del Presidente peruviano Pedro Castillo, in seguito alla approvazione[1] da parte del Congresso della *moción de vacancia* per incapacità morale[2] è ormai trascorso un lasso di tempo sufficiente per tracciare una analisi ragionata della vicenda. Il caso Castillo offre, infatti, l'occasione per sviluppare uno studio dei principali meccanismi di funzionamento della forma di governo peruviana che presenta interessanti profili distintivi rispetto al modello presidenziale. Diversamente dall'archetipo di riferimento[3], l'assetto istituzionale delineato dalla Costituzione del 1993 si caratterizza per l'innesto nella relazione tra l'Esecutivo e il Congresso di alcuni strumenti di controllo che segnano un netto allontanamento dai tradizionali meccanismi di *checks and balances* di matrice statunitense. Tra questi, si segnala, da una parte, la possibilità del Presidente di sciogliere il Congresso, e dall'altra, la facoltà di

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

[1] *Resolución del Congreso* 001-2022-2023- CR, pubblicata in Gazzetta ufficiale il 7 dicembre 2022.

[2] *Ex* art. 113, punto 2, Cost. peruviana. La disciplina e la prassi applicativa dell'istituto in esame verrà trattata nei paragrafi successivi.

[3] Le vicende politiche che hanno interessato anche altri sistemi presidenziali di questa specifica area geografica hanno in passato spinto la dottrina a riflettere sulle divergenze rispetto all'archetipo statunitense: sulla categoria dei regimi «presidenzialisti» si rinvia a M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2010, p. 143; A. Di Giovine, *Le forme di governo*, in P. Carrozza- A. Di Giovine- G. F. Ferrari (curr.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 721 ss. Per una lettura complessiva sui tratti distintivi dei sistemi presidenziali della regione sudamericana si veda L. Mezzetti, *I presidenzialismi latinoamericani: scenari critici e prospettive evolutive*, in *DPCE Online*, 2023, II sezione monografica, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline.

quest'ultimo di porre fine anzitempo al mandato presidenziale, laddove ricorrano specifici presupposti costituzionalmente individuati. Tuttavia, nell'ultimo ventennio, la prassi attuativa della forma di governo peruviana così come delineata dalla Costituzione evidenzia una «mutazione costituzionale»[4] di alcuni strumenti che è stata realizzata sfruttando il margine offerto dal grado di vaghezza di talune previsioni costituzionali, a vantaggio di esigenze di strategia politica. Presidente e Congresso si trovano così coinvolti in un rapporto che, pur non essendo qualificabile come fiduciario alla stregua di quanto avviene nei sistemi parlamentari, si regge su un delicato, e spesso cedevole, impianto di relazioni politiche. Più specificamente, con riguardo ai casi nei quali il mandato presidenziale è stato concluso prima della sua scadenza naturale, emerge la tendenza del Parlamento a sfruttare le procedure costituzionali con le quali può destituire il Presidente anche al di fuori delle condizioni di eccezionalità previste per la loro attivazione[5].

L'analisi della casistica ha così alimentato alcune letture dottrinali secondo cui in Perù, nonché in altri ordinamenti presidenziali della regione sudamericana, si stia assistendo alla consolidazione di una nuova forma di *golpe de Estado*, istituzionalizzata e di natura parlamentare[6]. In tal senso, altresì emblematiche sono le vicende che hanno interessato il Paraguay. La forma di governo presidenziale delineata dalla Costituzione si caratterizza, infatti, per la presenza di alcuni «tratti parlamentari»[7] che, come in Perù, hanno ibridato il prototipo di riferimento al fine di adattarlo allo specifico contesto ordinamentale. Un esempio è offerto dall'attuazione della disciplina della destituzione presidenziale ad opera del Congresso, che il testo costituzionale circoscrive a puntuali ipotesi, eccezionali rispetto all'ordinario regime di immunità del Presidente. Orbene, l'applicazione pratica di tale istituto ha sollevato numerosi dubbi circa l'uso che di esso è stato fatto rispetto la sua natura di *extrema ratio*. Nello specifico, si vedrà come nella vicenda che ha coinvolto l'allora Presidente

[4] In L. G. Arcaro Conci, *La recente destituzione di Pedro Castillo (Peru) come riflesso dell'indebolimento della democrazia costituzionale in America Latina*, in *DPCE Online*, 2023, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, p. 1777, con particolare riferimento ai meccanismi di destituzione presidenziale e alla loro prassi applicativa nell'area latinoamericana si evidenzia che «i presidenti sono stati rimossi dalla carica, o i processi nei loro confronti sono stati condotti, in contrasto con le norme costituzionali o, se si preferisce, sfruttando i parlamenti in un processo di mutazione costituzionale che ha permesso di reinterpretare la lettera della Costituzione in base alle contingenze politiche ed economiche dei diversi paesi».

[5] Per un esame di alcuni casi emblematici cfr. F. J. Eguiguren Praeli, *La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más?*, in *Pensamiento Constitucional*, 2017, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional, p. 62 ss.

[6] *Ivi*, p. 65 ss. Sulla parlamentarizzazione dei sistemi presidenziali si veda D. Valadés, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, 2008.

[7] J. CARPIZO, *Propuesta de una tipología del Presidencialismo latinoamericano*, 2009, Lima, consultabile al seguente link: www.archivos.Juridicas.Unam.Mex.

Lugo si sia realizzata una parlamentarizzazione del meccanismo dell'*impeachment* che presenta interessanti punti di contatto con il contesto peruviano.

2. *La forma di governo peruviana come esempio di* régimen presidencial parlamentarizado

L'attuale forma di governo peruviana è il risultato dell'architettura istituzionale delineata dalla Costituzione del 1993, adottata dopo il *golpe de Estado* promosso dal Presidente Fujimori. Se appare conforme alla genesi[8] di tale testo costituzionale la scelta di adottare per il Perù il modello presidenziale, già sperimentato da altre realtà geograficamente vicine, è opportuno sottolineare che tale forma di governo era presente nelle precedenti costituzioni peruviane[9]. Sin dall'inizio della storia repubblicana del Perù la questione dell'identificazione della forma di governo è stata al centro dei dibattiti politici e dottrinali e ancor oggi non vi è convergenza di opinioni sulla sua classificazione. Sull'impianto istituzionale che presenta i classici tratti del prototipo presidenziale si innestano, infatti, elementi caratterizzanti la forma di governo parlamentare. Da una parte, si rintraccia un Presidente eletto a suffragio universale, a capo dell'Esecutivo, a cui viene demandata la direzione della politica nazionale[10], nonché un'assemblea parlamentare, anch'essa direttamente eletta, slegata da un rapporto fiduciario con il primo. Dall'altra, diversamente dal modello presidenziale, l'Esecutivo è articolato come organo collegiale, formato, oltre che dal Presidente, da un Consiglio dei ministri[11]: il Presidente del Consiglio e i ministri che lo compongono sono nominati e revocati dal Capo di Stato. Allo stesso tempo, il Presidente del Consiglio è legato al Congresso monocamerale da un rapporto di fiducia, sorretto dai tradizionali strumenti di razionalizzazione di chiara derivazione parlamentare, già previsti dai precedenti testi costituzionali che si sono succeduti tra il XIX e il XX secolo[12]. L'architettura istituzionale delineata dall'attuale disciplina costituzionale segna indubbiamente un allontanamento dal modello della forma di governo presidenziale pura, quantomeno per un duplice ordine di ragioni: *in primis*, il Congresso e il Consiglio dei ministri dispongono di strumenti che consentono di far

[8] Sul punto si veda la ricostruzione del contesto storico- politico nel quale è stata adottata la Costituzione peruviana del 1993 realizzata da G. Gonzales Mantilla- G. Famiglietti, *Riforma costituzionale e potere costituente in Perù. In cerca della nuova Costituzione*, in *DPCE Online*, 2022, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, p. 1255.

[9] Cfr. S. Bagni, *Presidenzialismo e presidenzialismi: è forse l'ora di un cambio di prospettiva? Spunti di riflessione dal recente caso di vacanza presidenziale in Perù*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, p. 118.

[10] L'art. 118 della Costituzione peruviana elenca le principali funzioni del Presidente, al quale spetta, oltre alla già richiamata direzione della politica nazionale, la rappresentanza dello Stato nelle relazioni internazionali, la nomina di alcune alte cariche pubbliche, la presidenza del Sistema di difesa nazionale nonché la gestione, attraverso la decretazione d'urgenza, delle situazioni d'emergenza.

[11] La Costituzione peruviana dedica al Consiglio dei ministri il Titolo V.

[12] Si veda sul punto F. Eguiguren Praeli, *Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el Régimen político peruano*, 2021, Lima, p. 16.

valere reciprocamente la responsabilità politica di entrambe le istituzioni coinvolte nel rapporto fiduciario[13]. Si tratta di un disegno istituzionale prodotto dalle influenze esercitate sui Costituenti dai modelli diffusi a quel tempo[14] e dalla necessità di assecondare la volontà popolare secondo cui era preferibile «*confiar en una persona que en un grupo*»[15]. Un secondo profilo di differenziazione rispetto alla forma di governo presidenziale pura attiene ai poteri del Presidente della Repubblica che gode di iniziativa legislativa e di revisione costituzionale, è altresì legittimato a impugnare dinanzi al Tribunal constitucional le leggi approvate dal Congresso e detiene il potere di scioglimento dell'Assemblea parlamentare nei casi previsti dalla Costituzione[16]. Queste peculiarità sono alla base dell'inclusione del Perù, da parte di alcuni autori, tra le forme di governo semipresidenziali atipiche[17], mentre, in talune letture della dottrina peruviana si valorizzano gli elementi di ibridazione del modello presidenziale

[13] La trattazione di questi strumenti è affrontata nei successivi paragrafi.

[14] Sull'influenza che esercitarono le diverse tradizioni costituzionali del tempo, e specificamente della Spagna, si veda G. ROLLA, *L'evoluzione del costituzionalismo in America latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in *Studi Urbinati*, 2013, p. 576, che ricorda che «Dal punto di vista del diritto costituzionale, il percorso giuridico comune tra la Spagna e le colonie ebbe il suo culmine nell'esperienza delle *Cortes de Cádiz*, dal momento che l'influenza culturale e politica di quella esperienza andò ben oltre il limitato arco temporale della sua vigenza». Tuttavia, l'Autore specifica altresì che «le soluzioni costituzionali introdotte nella fase dell'indipendenza contenevano dei significativi elementi di differenziazione rispetto alla coeva esperienza europea». Sulla stessa tematica si vedano anche E. A. López Sánchez- J. L. Soberanes Fernández (coords.), *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el occidente novohispano*, Ciudad de México, 2015.

[15] C. Torres y Torres- Lara, *La cuestión de confianza*, in *Revista peruana de derecho público*, 2019, http://www.garciabelaunde.com/DerechoPublico.htm, p. 243.

[16] Il Presidente della Repubblica può, inoltre, decretare lo stato d'emergenza che non incontra particolari limiti costituzionali, rientrando nel modello di disciplina emergenziale «a clausola generale» secondo la classificazione dei modelli di gestione dell'emergenza operata da A. Vedaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, 2020, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, p. 1458.

[17] In S. Bagni, *Presidenzialismo e presidenzialismi* cit., p. 512. Circa la prospettiva di una riforma costituzionale che definisca in chiave semi-presidenziale la forma di governo peruviana e le relative conseguenze si veda F. Eguiguren Praeli, *Las relaciones entre el Gobierno* cit., p. 16; dello stesso Autore cfr. anche *El régimen presidencial 'atenuado' en el Perú y su particular incidencia en las relaciones entre Gobierno y Congreso,* in *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, 2009, p. 28 ss., nel quale ci si interroga sulla possibilità di modificare le attribuzioni del Presidente della Repubblica, mantenendo l'elezione diretta ma sottraendogli alcune prerogative in favore del Presidente del Consiglio dei Ministri, capo di Governo. Un Esecutivo, dunque, bicefalo, in linea con il prototipo semi-presidenziale francese che, tuttavia, secondo quanto sostenuto dall'Autore rischierebbe di generare una crisi di rigetto, in ragione di alcuni elementi che ostacolano la riuscita di un simile innesto, tra cui l'elevata frammentazione e polarizzazione del sistema politico peruviano e la forte legittimazione popolare di cui gode la figura presidenziale che difficilmente si concilierebbe con un aumento delle prerogative del Presidente del Consiglio dei Ministri.

con quello parlamentare, classificando la forma di governo peruviana come un «*régimen presidencial parlamentarizado*»[18].

La difficoltà di ricondurre la forma di governo del Perù a uno dei modelli tradizionali trova conferma nella giurisprudenza costituzionale. Come sostenuto dal Tribunal constitucional, l'analisi diacronica delle vicende istituzionali e sociopolitiche che hanno interessato l'ordinamento peruviano a partire dalla dichiarazione di indipendenza è fondamentale per la comprensione di talune scelte costituenti che giustificano il carattere *sui generis* di tale assetto[19]. La fine del periodo coloniale spagnolo ha dato avvio a una profonda riflessione su diversi profili inerenti alla forma che il nuovo ordinamento peruviano avrebbe dovuto assumere, anche in ragione dell'allora contesto sociale e politico, fortemente conflittuale e frammentato. Su tali considerazioni si è basata, dunque, la scelta della forma repubblicana, che segnava una netta cesura con la tradizione monarchica spagnola, mentre l'individuazione delle regole e dei principi di funzionamento dell'assetto costituzionale è stata frutto di una graduale evoluzione. I giudici costituzionali, seguendo le principali tappe storico-costituzionali, evidenziano come dalla consacrazione del principio della separazione dei poteri nella sua dimensione più rigida si sia passati a una graduale inclusione di meccanismi di dialogo e successivamente di contrappeso tra l'Esecutivo e il Legislativo. Il Tribunal constitucional ricostruisce a tal proposito le vicende che hanno condotto al riconoscimento istituzionale del Consiglio dei ministri[20] e dei meccanismi di razionalizzazione, come il voto di censura[21], affermando il carattere «autoctono»[22] della forma di governo peruviana, difficilmente classificabile in base alla tradizionale tassonomia delle forme di governo. Questa difficoltà, segnalata dalla giurisprudenza costituzionale, può essere altresì imputata a taluni fattori extragiuridici, tra cui il grado di frammentazione dell'arena parlamentare e di polarizzazione del sistema politico, rispetto ai quali la forma di governo delineata dalla Costituzione peruviana risulta profondamente permeabile[23]. Emerge una spiccata ambivalenza dell'assetto

[18] Tra i principali sostenitori di tale classificazione si veda F. Eguiguren Praeli, *Las relaciones entre el Gobierno* cit., p. 16.

[19] Sent. 0006-2019-CC-TC, considerato in diritto 37.

[20] Sent. 0006-2019-CC-TC, considerato in diritto 50.

[21] Sent. 0006-2019-CC-TC, considerato in diritto 49.

[22] Sent. 0006-2019-CC-TC, considerato in diritto 46.

[23] Come ricordato in R. Tarchi, *Riflessioni in tema di forme di governo a partire dalla dottrina Mauro Volpi*, in *DPCE Online*, 2021, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, p. 4269 e ss. la considerazione di elementi come il sistema di partiti è funzionale, secondo la dottrina elaborata da Volpi, a definire la «dinamica» di una forma di governo ma non costituisce un fattore strutturale della stessa; questi non assumerebbero, dunque, una rilevanza tassonomica, pur mantenendo «tuttora un'importanza non trascurabile, (ma) si pongono su un piano diverso e non sovrapponibile con quello, normativo, sul quale vengono confezionate le strutture dei sistemi istituzionali».

Con specifico riferimento alle forme di governo dell'America latina, e più specificamente, a quelle presidenziali, in J. Carpizo, *Propuesta de una tipología* cit., 9 e ss. si rintraccia una distinzione tra

istituzionale, che si presenta come "a geometria variabile": la prevalenza dei tratti presidenziali si rintraccia nei casi in cui l'Esecutivo conta sul sostegno di una solida maggioranza parlamentare; diversamente, quando in seno al Congresso è presente una forte opposizione, si assiste a un uso- abuso degli strumenti tipici dei regimi parlamentari, che hanno prodotto in talune fasi della storia costituzionale del Paese una forte «*polarización y crisis política*»[24]. Si verifica, nei fatti, una situazione di stretto condizionamento tra i due poteri, legislativo ed esecutivo, in quanto la stabilità governativa dipenderà dal concreto appoggio che il Presidente vanta in seno al Congresso.

Al fine di una migliore comprensione del concreto funzionamento del disegno costituzionale, nel paragrafo successivo si affronterà la questione della relazione funzionale che sussiste tra due istituti chiave di tale assetto, ossia, la *cuestión de confianza* e lo scioglimento presidenziale del Congresso.

3. *La disciplina costituzionale della* cuestión de confianza *e lo scioglimento presidenziale del Congresso*

a Per ciò che concerne la *cuestión de confianza*, in base alla disciplina costituzionale la sua presentazione è prevista come obbligatoria nella fase iniziale della formazione della compagine di governo, mentre, diventa facoltativa e discrezionale successivamente all'assunzione delle funzioni da parte dell'Esecutivo[25]. Nel testo costituzionale peruviano la denominazione «*cuestión de confianza*» è dunque usata per indicare due istituti differenti, che a livello comparato sono individuati, rispettivamente, come «mozione di fiducia» e «questione di fiducia»[26]. In base al disposto di cui all'articolo 130 della Costituzione peruviana, infatti, il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri devono presentarsi dinanzi al Congresso entro

elementi strutturali e dinamici della forma di governo, simile alla precedente. L'Autore offre nella prima parte del suo contributo una panoramica delle principali classificazioni dei sistemi presidenziali dell'America Latina, a partire dalla tassonomia elaborata negli anni '40 da Karl Loewenstein, per poi proporre la propria sistematizzazione. Come lo stesso Carpizo sottolinea, la sua proposta classificatoria prende in considerazione anche aspetti di carattere politico, economico e culturale, che insieme a quelli strettamente giuridici consentono di ampliare l'analisi oltre il formante legale, valutando la prassi attuativa dei testi costituzionali che, secondo l'Autore risulta fondamentale per la piena comprensione dei sistemi giuridici oggetto di studio. Sul punto spec. p. 9 e p. 26-27.

[24] F. J. Eguiguren Praeli, *Crisis política y controversias constitucionales: ¿disolución del Congreso válida o golpe de Estado?*, in *Pensamiento político*, 2019, p. 237.

[25] *Ivi*, pag. 16.

[26] Cfr. N. Amprimo Plá, *¿La disolución del Congreso, decretada por decreto supremo no 165-2019-PCM, cumple con la previsión constitucional contemplada en el artículo 134 de la constitución política del Perù?,* in *Revista Peruana de Derecho Público,* 2019, http://www.garciabelaunde.com/DerechoPublico.htm, p. 17. Nello stesso senso cfr. D. García Belaunde, *Más sobre la "cuestión de confianza"*, in *Gaceta Constitucional*, 2018, p. 182.

trenta giorni dalla nomina per esporre il proprio programma politico, che sarà oggetto di dibattito. L'appoggio del Congresso al nuovo Governo verrà espresso attraverso la votazione della mozione di fiducia che è presentata dall'Esecutivo stesso. La *cuestión de confianza* nella sua accezione obbligatoria svolge, dunque, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale, la funzione di instaurare «*puentes de comunicación y diálogo*»[27] tra il potere legislativo e quello esecutivo e allo stesso tempo consente di verificare se, sin dal suo insediamento, la compagine di Governo potrà contare su di un sufficiente appoggio parlamentare.

Diversa natura, precisamente facoltativa e discrezionale, possiede la questione di fiducia di cui all'articolo 133 della Costituzione. In base alla disposizione richiamata, il Presidente del Consiglio dei ministri, a nome del collegio, ovvero, un ministro, a titolo individuale, può presentare al Congresso in qualsiasi momento una questione di fiducia che, se respinta, determinerà la rassegnazione delle dimissioni dell'intera compagine di Governo o dei ministri coinvolti. Sul punto, il testo della disposizione costituzionale in esame è alquanto vago. In primo luogo, non si specifica l'oggetto della questione di fiducia che, nel silenzio del dato testuale, potrebbe essere posta dal Governo sia per richiedere genericamente un riscontro sul proprio operato, sia per ottenere l'approvazione di uno specifico atto. A tal proposito, parte della dottrina ritiene che essa possa riguardare le proposte o gli atti che richiedono il necessario coinvolgimento del Congresso per la loro approvazione o adozione[28], mentre più ampia è la lettura offerta dal Tribunal constitucional che, in ossequio al dato letterale, riconosce «*al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera*»[29]. La tesi è stata reiterata nella giurisprudenza costituzionale e ha contribuito a definire ulteriormente i confini di tale strumento di razionalizzazione[30]. È stato, infatti, argomentato che attraverso la questione di fiducia l'Esecutivo esercita una potestà discrezionale che, pertanto, non può essere limitata dalla puntuale individuazione dei casi in cui questa potrà essere usata. Tuttavia, anticipando una possibile critica a tale lettura, lo stesso Tribunal constitucional ha sottolineato che il riconoscimento del carattere aperto della questione di fiducia non equivale comunque ad ammetterne un uso indiscriminato che creerebbe una grave situazione di instabilità politica[31].

Il grado di vaghezza che l'articolo 133 della Costituzione peruviana presenta in merito all'oggetto della questione di fiducia si riscontra, inoltre, anche con riferimento alla mancata individuazione della maggioranza richiesta per la sua

[27] Sent. 0006-2019-CC-TC, considerato in diritto 99.

[28] Cfr. F. J. Eguiguren Praeli, *Crisis política y controversias* cit., p. 242.

[29] Sent. TC n. 0006-2018-PI/TC, considerato in diritto n. 72.

[30] In tal senso si esprime il Tribunal constitucional nella sentenza 0006-2019- CC-TC, considerato in diritto n. 102.

[31] Sent. TC 0006-2019- CC-TC, considerate in diritto n. 108.

approvazione, che non viene esplicitata neppure dal regolamento del Congresso[32]. In tal senso, parte della dottrina critica la soluzione attuativa che è prevalsa nella prassi parlamentare, ossia, quella di considerare sufficiente per la sua approvazione la maggioranza relativa. Le critiche mosse fanno leva su un argomento sistematico in base al quale, in considerazione del disposto di cui all'articolo 132, II comma della Costituzione, che stabilisce per l'accoglimento della mozione di censura la maggioranza assoluta, anche per la questione di fiducia dovrebbe essere considerata necessaria la stessa maggioranza. Questa lettura sarebbe quantomeno coerente con la funzione di controllo politico che entrambi gli istituti assolvono[33].

Strettamente connessa alla questione di fiducia facoltativa è la disciplina dello scioglimento presidenziale del Parlamento, dettata dalla disposizione costituzionale immediatamente successiva. Tale scelta sistematica conferma il legame funzionale tra i due istituti che viene altresì esplicitato dall'articolo 134 Cost., in base al quale al Presidente della Repubblica è riconosciuto il potere di scioglimento nella specifica ipotesi in cui il Congresso abbia approvato una mozione di censura o negato la fiducia a due Consigli dei ministri. La disciplina costituzionale proceduralizza ulteriormente questo potere fissando la tempistica dello scioglimento e individuando specifici limiti. Si stabilisce, infatti, che con lo stesso decreto presidenziale con il quale si pone fine al mandato parlamentare dell'intera assemblea siano già convocate nuove elezioni, che dovranno essere celebrate entro quattro mesi dallo scioglimento[34]. Inoltre, relativamente ai limiti di esercizio del potere presidenziale in esame, questi sono sia di carattere temporale che congiunturale, in quanto il Presidente non potrà sciogliere il Congresso nell'ultimo anno del suo mandato e neppure nel caso in cui sia stato dichiarato lo stato d'assedio. A garanzia della continuità istituzionale, è altresì stabilito che la Comisión permanente[35], organo

[32] L'articolo 86 del regolamento del Congresso, rubricato «*moción de censura y cuestión de confianza*» dedica una attenzione diversa ai due istituti, disciplinando in maniera puntuale solo la mozione di censura, per la quale sono stabiliti i tempi della procedura e la maggioranza richiesta per l'approvazione, diversamente da quanto disposto in merito alla questione di fiducia. Il regolamento parlamentare è consultabile al seguente link: https://www.congreso.gob.pe/constitucionyreglamento//.

[33] Cfr. F. J. Eguiguren Praeli, *Crisis política y controversias* cit., p. 242.

[34] L'art. 134 Cost. stabilisce altresì che in vista dell'elezione dei nuovi parlamentari non potrà essere modificata la disciplina del regime elettorale vigente, mentre il carattere prescrittivo del limite dei quattro mesi per la convocazione di nuove elezioni è rafforzato dalla previsione di cui all'articolo 136 Cost. in base alla quale, nel caso in cui non si proceda in tal senso, il Congresso che era stato sciolto con decreto presidenziale riassumerà nuovamente le proprie funzioni e potrà destituire il Consiglio dei ministri.

[35] La Comisión permanente è composta da parlamentari designati dallo stesso Congresso e rispecchia in maniera proporzionale la consistenza numerica dei gruppi parlamentari. A titolo esemplificativo e non esaustivo, la Comisión permanente si occupa di nominare o ratificare la designazione di alcune cariche pubbliche, oltre ad esercitare quelle funzioni che il Congresso le delegherà. Si rimanda alla lettura dell'articolo 101 Cost. per la puntuale individuazione delle funzioni ordinarie della Comisión permanente.

parlamentare che svolge in circostanze ordinarie alcune specifiche funzioni previste dal testo costituzionale, non potrà essere sciolta insieme al Congresso. Fino all'insediamento del nuovo Parlamento spetta, infatti, all'Esecutivo legiferare attraverso decreti d'urgenza che dovranno però essere presentati alla Comisión permanente per il loro esame[36]. Tuttavia, quest'ultima, non disponendo di poteri legislativi propri, non può abrogare i suddetti decreti ma di ciò si occuperà eventualmente il nuovo Congresso.

Il potere presidenziale in esame non si sostanzia, dunque, in una prerogativa discrezionale ma è ancorato al caso in cui sussista una crisi politica tra l'Esecutivo e il Congresso, formalizzata attraverso la reiterata approvazione di una mozione di censura o il respingimento della fiducia avverso due Consigli dei ministri. Formalmente, dunque, si tratta di uno strumento che consente di superare una situazione di *impasse* istituzionale, chiamando in causa l'elettorato. Nella pratica, è emerso, invece, un uso strumentale e strategico da parte dell'Esecutivo della questione di fiducia per pressare il Congresso a sostenere legislativamente il programma di governo, a fronte della minaccia di un possibile scioglimento anticipato. Inoltre, il grado di vaghezza della disciplina costituzionale in esame ha consentito che, nella recente storia costituzionale del Perù, il Presidente esercitasse tale potere anche in assenza di una formale votazione parlamentare, contraria all'accoglimento della questione di fiducia. Si tratta della vicenda che si è svolta durante la presidenza di Martín Alberto Vizcarra, connotata proprio dal ricorso alla *cuestión de confianza* come metodo per la realizzazione forzosa del programma politico di governo. Nello specifico, la questione di fiducia era stata apposta su un progetto di legge che introduceva nuove regole per la nomina dei giudici del Tribunal constitucional peruviano. L'ambito di intervento della proposta legislativa era già al centro dell'agenda parlamentare in quanto il Congresso aveva fissato la data per il rinnovo parziale del collegio costituzionale a cui si procedette regolarmente come da calendario. L'effettivo svolgimento dell'elezione parlamentare dei nuovi giudici costituzionali, dopo la formale presentazione della questione di fiducia, ha costituito per il Presidente Vizcarra l'espediente per poter lamentare un respingimento *de facto* della questione di fiducia, anche se nella pratica non si procedette a una formale votazione della stessa. Questa lettura dei fatti consentì al Presidente Vizcarra di ritenere sussistenti i presupposti costituzionali per lo scioglimento dell'Assemblea parlamentare, in quanto lo stesso Congresso aveva in precedenza formalmente denegato la fiducia al Consiglio dei ministri in carica[37]. La vicenda brevemente richiamata avalla quanto evidenziato a proposito della parlamentarizzazione della

[36] Art. 135.2 Cost.

[37] Per una articolata cronologia dei fatti che hanno interessato lo scioglimento congressuale disposto dal Presidente Vizcarra cfr. D. Paiva Goyburu, *Disolución por puesta de mano. Un repaso cuadro por cuadro de lo ocurrido*, in *Revista Peruana de Derecho Público*, 2019, http://www.garciabelaunde.com/DerechoPublico.htm, p. 174 ss.

forma di governo peruviana, fenomeno che può ricondursi anche alla attuazione pratica di un ulteriore strumento previsto dal testo costituzionale peruviano, di cui si tratterà nel paragrafo successivo, ossia, la destituzione del Presidente della Repubblica per mano del Congresso che ha assunto un ruolo chiave nella gestione delle crisi politiche.

4. *Il contributo dell'uso della* moción de vacancia presidencial *alla parlamentarizzazione del presidenzialismo peruviano*

La destituzione del Presidente Pedro Castillo per incapacità morale, dichiarata dal Congresso il 7 dicembre 2022, arricchisce di una nuova vicenda la casistica inerente a tale specifica ipotesi di destituzione presidenziale prevista dall'articolo 113 della Costituzione peruviana. La decisione del Parlamento, che aveva già provveduto a inserire all'ordine del giorno la votazione della *moción de vacancia* nei confronti del Presidente, si svolgeva appena poche ore dopo l'arresto del Presidente in carica per il reato di ribellione. Castillo aveva, infatti, annunciato di voler sciogliere il Congresso e istaurare un governo d'eccezione, nonostante mancassero i presupposti costituzionali previsti per una simile ipotesi.

Orbene, al fine di comprendere gli aspetti più propriamente giuridici della vicenda è necessario dedicare alcune riflessioni agli strumenti con i quali nell'ordinamento peruviano il Congresso può porre fine al mandato presidenziale e più specificamente alle ipotesi di vacanza presidenziale previste dal testo costituzionale. Quest'ultime sono puntualmente individuate dall'articolo 113 della Costituzione che delinea una partecipazione del Congresso più o meno attiva a seconda delle circostanze. I presupposti della vacanza presidenziale sono i seguenti: morte; permanente incapacità fisica o morale; dimissioni; uscita non autorizzata dal territorio nazionale o mancato ritorno; e infine, destituzione per uno dei casi previsti dall'articolo 117 della Costituzione che individua alcune eccezioni al regime di immunità del Presidente. Il testo costituzionale ha, dunque, ristretto a un *numerus clausus* le ipotesi di vacanza presidenziale. La natura delle condizioni individuate dalla disposizione in esame consente di poter dedurre che, mentre per le ipotesi di permanente incapacità e per i casi nei quali è previsto che possa farsi valere la responsabilità del Presidente, il Congresso gode di un margine di discrezionalità maggiore, per i casi rimanenti, il suo intervento sembra limitarsi a una mera presa d'atto della ricorrenza delle condizioni suindicate, caratterizzate da maggiore obiettività[38]. Tuttavia, anche per le ipotesi nelle quali la dichiarazione della vacanza sembrerebbe ridursi a una mera formalità, la cronaca parlamentare offre importanti

[38] A. García Chávarri, *La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano,* in *Pensamiento Constitucional*, 2013, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional, p. 400.

precedenti per la valutazione del concreto funzionamento di tale istituto. In tal senso, emblematica è la vicenda che interessò le dimissioni che nel 2000 l'allora Presidente Alberto Fujimori notificò al Congresso, dopo aver abbandonato il Paese in seguito alla crescente indignazione pubblica per alcuni episodi di corruzione in cui risultava coinvolto, insieme ad alcuni esponenti della sua compagine governativa. Pur trattandosi di una condizione che, in base a quanto precedentemente sostenuto, lascerebbe pensare a un meccanismo di automaticità «dimissioni-dichiarazione di vacanza», in quel caso il Parlamento rifiutò di accettare la dichiarazione di Fujimori e avviò la procedura di destituzione per permanente incapacità morale[39].

La disposizione richiamata prevede che possa dichiararsi la vacanza presidenziale anche nel caso di permanente incapacità fisica o morale. Se sull'infermità fisica non sussistono particolari dubbi, non può affermarsi lo stesso per l'ulteriore *status* associato a quest'ultima. Al fine di rintracciare una possibile soluzione interpretativa, il dato letterale offre due elementi da tenere in considerazione: in primo luogo, tale causa di vacanza presidenziale è prevista congiuntamente all'ipotesi di incapacità fisica, circostanza che potrebbe lasciar intendere che entrambe le condizioni condividono la stessa natura, ovvero, quella di una infermità che non consenta al Presidente di proseguire il proprio mandato[40]. In secondo luogo, l'incapacità morale, così come richiesto dalla disposizione costituzionale in esame, deve essere permanente e, dunque, irrisolvibile. Tuttavia, secondo la lettura maggioritaria in dottrina tale condizione può essere dichiarata anche sulla base di valutazioni di natura più propriamente politica e finanche etica. Secondo tale tesi interpretativa l'incapacità morale ricorrerebbe anche nel caso in cui si riscontri una mancanza di «*aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo, en razón de haberse acreditado objetiva y fehacientemente una conducta publica o social gravemente venal, corrupta, licenciosa*»[41].

---

[39] Il Congresso discusse e approvò la *moción de vacancia* per incapacità morale il 21 novembre 2000, ritenendo che la condotta del Presidente Fujimori fosse espressione della sua permanente inidoneità a svolgere il mandato presidenziale. I dibatti parlamentari sono di ausilio per delineare la portata che in quella occasione si conferì all'ipotesi di vacanza in esame; si veda N. Amprimo Plà, N. Amprimo Plà, *La incapacidad moral como causal de vacancia del presidente de la república*, in *Revista Peruana de Derecho Público*, 2020, http://www.garciabelaunde.com/DerechoPublico.htm, p. 30 ss.

[40] Al fine di operare una delimitazione della condizione dell'incapacità morale alle sole ipotesi di infermità, durante i lavori della Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, chiamata a redigere un progetto di riforma costituzionale, si propose la modifica del testo dell'articolo 113 nel senso di prevedere la necessaria certificazione medica dello stato di salute del Presidente. Allo stesso tempo si prevedeva, però, un'ipotesi aggiuntiva, ovvero, quella della «*conducta incompatible con la dignidad del cargo*», come riportato da N. Amprimo Plà, *La incapacidad moral* cit., p. 35.

[41] V. GARCÍA TOMA, *Legislativo y Ejecutivo en el Perù,* Lima, 2006, p. 237. Si veda anche C. Hakansson Nieto, *Vacancia presidencial, transición democrática y omisiones constitucionales*, in *Revista de Derecho*, 2020, p. 143, che distingue questa specifica ipotesi di destituzione da altre vicende che possono interessare il mandato presidenziale: «*Para su comprensión, la vacancia se ha comparado con otras instituciones constitucionales, como las conductas que, sin que resulten supuestas responsabilidades jurídico–penales (antejuicio político), ni infracciones a la constitución de carácter político y pasibles de impeachment (juicio político) (García, 2013, p.*

Quindi, diversamente dalle altre condizioni previste dall'articolo 113 della Costituzione, dai connotati «tecnici»[42], l'incapacità morale dipenderebbe da una decisione più propriamente politica del Congresso[43].

Al fine di tentare di definire ulteriormente la portata della *vacancia* per incapacità morale, è necessario completare l'analisi delle condizioni che possono causare la fine anticipata del mandato presidenziale, esaminando l'ulteriore ipotesi prevista dall'articolo 113 Cost., ovvero, quella della destituzione per le condotte individuate dall'articolo 117 Cost[44]. La disposizione da ultimo richiamata, rubricata «*excepción a la inmunidad presidencial*» dispone, infatti, che il Presidente della Repubblica, nell'esercizio del suo mandato, potrà essere accusato per puntuali condotte, e più specificamente: per alto tradimento; per aver ostacolato l'ordinario funzionamento dei più importanti organi costituzionali; per aver impedito la celebrazione delle elezioni parlamentari, presidenziali, regionali e municipali; infine, per aver sciolto il Congresso al di fuori delle ipotesi costituzionalmente legittime[45]. Il testo costituzionale peruviano mantiene, dunque, una differenza tra la vacanza presidenziale dichiarata per incapacità morale e quella che discende da un giudizio di responsabilità del Presidente per talune condotte specificamente individuate. Quest'ultime integrano delle ipotesi eccezionali rispetto all'ordinario regime di immunità politico-costituzionale del Presidente della Repubblica. In tal senso, parte della dottrina sostiene una interpretazione letterale dell'articolo 117 Cost.[46] che, in un'ottica sistematica, avalla una lettura restrittiva anche dell'istituto della vacanza presidenziale per incapacità morale; risulterebbe, infatti, contraddittorio sostenere che le eccezioni previste al regime di immunità presidenziale siano esclusivamente quelle stabilite dall'articolo 117 Cost. per poi ammettere che attraverso la clausola della incapacità morale possa farsi valere una indistinta responsabilità politica del Presidente[47].

Gli argomenti richiamati non sono serviti ad orientare il ricorso nella prassi parlamentare alla dichiarazione di vacanza presidenziale per incapacità morale oltre i casi di infermità, estendendola a quei comportamenti, non definiti *a priori*, che

---

402), hieran profundamente la dignidad presidencial, a tal punto de que su titular no pueda mantener el ejercicio del mandato».

[42] Cfr. M. Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Vol. IV, Lima, 1999, p. 281.

[43] *Ibidem*.

[44] Previsto specificamente al punto 5 dell'art. 113 Cost. come un'ulteriore ipotesi di vacanza presidenziale.

[45] L'art. 117 della Costituzione prevede che: «*El Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral*».

[46] Cfr. A. Quiroga León, *La no procesabilidad judicial del Presidente*, in *Ius et Praxis*, 1997, p. 84.

[47] Così A. García Chávarri, *La incapacidad moral* cit., p. 399.

nuocciono gravemente al prestigio della carica pubblica[48]. Il testo costituzionale peruviano accoglierebbe di tal modo contestualmente, da una parte, una previsione che circoscrive la responsabilità del Presidente della Repubblica alle sole condotte individuate dall'articolo 117, dall'altra, una clausola che, per la sua formulazione, estende le possibilità che consentono una conclusione anticipata del suo mandato[49]. La prassi applicativa sembra così aver aumentato il grado di incoerenza della disciplina costituzionale, confermando allo stesso tempo l'ambivalenza della forma di governo peruviana. A differenza di altre realtà ordinamentali, geograficamente e istituzionalmente vicine, che hanno fatto leva proprio sull'*impeachment* come «stratagemma»[50] per innestare meccanismi propri dei sistemi parlamentari in seno ai presidenzialismi della regione, il Perù sembra aver trovato un'altra via, sfruttando la vaghezza della Costituzione.

---

[48] Come sottolineato in dottrina da E. Chirinos Soto, *Constitución de 1993. Lectura y Comentario*, Lima, 1994, p. 230 «*tratándose de delitos que no sean de función, vale decir, de delitos comunes que el presidente haya cometido o que existe muy verosímil presunción en ese sentido, el Congreso para declarar la vacancia, recurrirá al artículo bajo comentario, sin necesidad de juicio político*».

[49] Come osservato da A. García Chávarri, L*a incapacidad moral* cit., p. 399, «*si lo que busca el modelo presidencial es que el presidente de la República dirija el gobierno sobre un periodo fijo y preestablecido - que lo diferencia del esquema parlamentario europeo, sujeto a las confianzas, censuras y disoluciones-, y por ello señala que, durante su mandato, solo puede ser acusado por situaciones extraordinarias muy específicas, carece de sentido lógico el que dicho mandato pueda acortarse o terminarse sobre la base de una consideración tan indeterminada como la moral, además de duplicarse aquí también el modelo de un juicio político*».

[50] Cfr. F. Spagnoli, *Impeachment presidenziale in America Latina: una forma di responsabilizzazione dell'Esecutivo o un golpe istituzionalizzato?*, in *DPCE Online,* 2019, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/index, p. 2005. Per completezza deve segnalarsi che la disciplina costituzionale del regime dell'immunità presidenziale e delle deroghe allo stesso è completata dagli articoli 99 e 100 della Costituzione, che delineano i giudizi di accusa che possono essere svolti nei confronti di alcuni alti funzionari pubblici, tra cui lo stesso Presidente per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni ovvero per «*infracciónes constitucionales*». Come osservato sempre in F. Spagnoli, *Impeachment presidenziale* cit., p. 2074 una attenta lettura delle disposizioni richiamate consente di individuare «due istituti analoghi (solo) parzialmente sovrapponibili». Più specificamente, all'indicazione dei soggetti e dei profili di responsabilità individuati dalla prima disposizione richiamata segue l'articolo 100 Cost. che, seppur rubricato «*ante-juicio constitucional*», delinea due diverse procedure: il *juicio político* e l'*antejuicio*. Quest'ultimo è finalizzato a far valere l'eventuale responsabilità penale di quelle alte cariche che sono tutelate dalla immunità funzionale e prevede un coinvolgimento del Congresso solamente parziale in quanto l'Assemblea parlamentare è chiamata a valutare solamente la verosimiglianza dei fatti contestati per decidere se il giudizio possa proseguire dinanzi l'Autorità giudiziaria competente, che emetterà il verdetto finale. Il *juicio político*, invece, riguarda l'ipotesi che nel testo costituzionale peruviano viene indicata come «*infracción constitucional*», comprendente genericamente quelle condotte contrarie al dettato costituzionale, spesso riconducibili all'abuso di potere. Nel caso in cui l'accusa di *infracción constitucional* venga confermata, è il Congresso stesso che potrà disporre la destituzione del Presidente nonché la possibile inabilitazione per il futuro all'esercizio di una carica pubblica. Per un approfondimento si rimanda a C. Landa, *Antejuicio político*, in *Elecciones- Oficina Nacional de Procesos Electorales*, 2005, p. 125 ss.; cfr. anche V. García Toma, *La acusacion constitucional*, in *Advocatus*, 2011, p. 254.

4.1. *Le questioni procedurali inerenti alla destituzione del Presidente della Repubblica per le ipotesi di permanente incapacità fisica e morale*

A L'indeterminatezza del contenuto della specifica condizione della permanente incapacità morale è stata in passato accentuata dalla una scarna disciplina degli aspetti procedurali inerenti alla presentazione e votazione della *moción de vacancia presidencial*. Le regole attuali sono, infatti, state adottate in seguito alla modifica del regolamento parlamentare del Congresso[51], realizzata in osservanza del monito espresso dal Tribunal constitucional con la sentenza n. 006-2003[52]. In quell'occasione i giudici costituzionali invitarono l'Assemblea parlamentare a modificare la procedura regolamentare di vacanza presidenziale, per le specifiche ipotesi della permanente incapacità fisica e morale, al fine di introdurre maggiori garanzie procedurali. In adempimento della sentenza esortativa richiamata[53], si è così proceduto alla riforma dell'articolo 89-A del regolamento interno del Congresso che disciplina adesso il contenuto della mozione di vacanza presidenziale, stabilisce i *quorum* richiesti per la sua presentazione e quelli per l'eventuale approvazione e fissa i tempi della procedura, aumentando il grado di razionalizzazione di tale strumento. Più specificamente, la disciplina regolamentare prevede che la mozione debba essere presentata da una percentuale minima di congressisti, pari al 20% del numero legale, e debba indicare i fatti e i riferimenti giuridici sui quali si basa, nonché la documentazione a sostegno degli stessi. Alla sua presentazione segue un esame preliminare della mozione al fine di decidere sulla sua *admisión a tramite*[54], mentre la votazione finale non potrà essere fissata prima che siano trascorsi almeno tre giorni dalla seduta nella quale è stata ammessa, ma non oltre dieci giorni dalla stessa[55]. La mozione dovrà essere approvata con la maggioranza qualificata dei 2/3 dei congressisti, fedelmente alla indicazione che era stata fornita dal Tribunal constitucional nella sentenza richiamata. I giudici costituzionali avevano in quell'occasione sottolineato la necessità che per una simile votazione fosse previsto

[51] *Resolución Legislativa* del Congreso n. 030-2003-CR, pubblicata il 4 giugno 2004.

[52] Sent. TC n. 0006–2003–AI/TC.

[53] Sulla tipologia delle sentenze esortative, che si sono affermate in via di prassi nei sistemi di giustizia costituzionale dell'area latino-americana si rimanda a L. Cassetti, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. Cassetti- A. S. Bruno (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Torino, 2019. Si veda anche F. Fernández Segado, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo III, Madrid, 2009.

[54] Testualmente l'art. 89-A, lett. b) dispone che «*Para la admisión del pedido de vacancia se requiere el voto de por lo menos el cuarenta por ciento de Congresistas hábiles. La votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la moción*».

[55] Lo stesso art. 89-A, lett. c) prevede la possibilità che una maggioranza pari ai 4/5 dei congressisti approvi l'anticipazione della votazione rispetto alla tempistica ordinaria, potendo anche deliberare una votazione immediata; non è tuttavia espressamente sancito che una simile alterazione della tempistica ordinaria sia giustificata da specifiche necessità, né da urgenza.

un *quorum* qualificato, secondo una valutazione conforme al principio di ragionevolezza[56].

La procedura risultante dalla modifica del regolamento parlamentare delinea, dunque, due distinte fasi che corrispondono ad altrettanti momenti di riflessione, che dovrebbero garantire una maggiore valutazione da parte del Congresso dell'opportunità di portare a termine una procedura che ha come effetto finale la destituzione del Capo di Stato. La doppia votazione alla quale è sottoposta la mozione di vacanza in fase di ammissione e successivamente per l'approvazione finale, insieme alle maggioranze richieste, sembra quindi svolgere quella funzione di garanzia che nei parlamenti bicamerali è assicurata dal coinvolgimento di entrambe le Camere nei giudizi che coinvolgono il Presidente. Ulteriori tutele, seppur minime, vengono stabilite in favore di quest'ultimo al quale la mozione di vacanza dovrà essere notificata nel più breve tempo possibile e che in fase di dibattito potrà intervenire personalmente o a mezzo di proprio difensore di fiducia[57].

5. *La destituzione presidenziale nella disciplina costituzionale paraguaiana. Esperienze a confronto*

Le vicende costituzionali peruviane hanno evidenziato quali meccanismi sono stati sfruttati dal Congresso per porre anticipatamente fine al mandato presidenziale. Si è così osservato un ampliamento della portata delle previsioni costituzionali, al fine di giustificare il ricorso a strumenti pensati per specifiche ipotesi di incapacità del Presidente a proseguire nella propria carica, sino a ricomprendervi situazioni nelle quali si intende far valere una responsabilità meramente politica, ben differenti dalla condizione di infermità morale. Un uso strategico della disciplina costituzionale dettata per la conclusione anticipata del mandato presidenziale si rileva anche in altre esperienze geograficamente vicine a quella peruviana. In particolar modo, risulta pertinente ai fini di una comparazione sulla tematica oggetto del presente contributo l'analisi di alcune vicende che hanno interessato il sistema istituzionale paraguaiano. Tra queste, presenta puntuali elementi di comunanza con i profili analizzati a proposito della forma di governo peruviana il caso dell'*impeachment* che nel 2012 portò alla destituzione dell'allora Presidente del Paraguay, Fernando Lugo Méndez. Tuttavia, altrettanto rilevanti sono i tratti specifici che distinguono l'assetto istituzionale del Paraguay, da cui si intende cominciare. È opportuno, infatti, segnalare che la forma di governo presidenziale delineata dalla Costituzione paraguaiana del 1992 non prevende istituti di ibridazione (*stricto sensu*) con quella

[56] Sent. TC n. 0006–2003–AI/TC, punto 26.
[57] Art. 89-A, lett. c) regolamento parlamentare.

parlamentare[58]. Allo stesso tempo, tra i Costituenti prevalse la volontà di circoscrivere il potere presidenziale attraverso la previsione di talune misure, quali il divieto di rielezione[59], ovvero, quello di sciogliere il Congresso, come previsto da altri ordinamenti presidenziali della regione, tra cui quello peruviano esaminato.

Per il caso paraguaiano ai fini di una migliore comprensione delle relazioni tra gli organi di vertice dello Stato, è necessario anche considerare un elemento che ha inciso su tale profilo in maniera determinante, ossia, la legge elettorale, che individua formule differenti per l'elezione del Capo dello Stato e dell'assemblea legislativa. Nel primo caso, infatti, si adotta il sistema maggioritario a turno unico[60], prevedendo la maggioranza semplice per l'elezione del Presidente; mentre, per le due Camere, il *Código Electoral* del 1996[61] ha previsto l'adozione di una formula proporzionale, e specificamente del metodo D' Hondt. Questa scelta risponde alla volontà di evitare che si perpetrassero quelle dinamiche note nella storia del Paraguay che avevano agevolato l'istaurazione di regimi autocratici ad opera di presidenti forti, supportati dal partito di maggioranza. L'adozione del sistema elettorale proporzionale nelle intenzioni del legislatore consentirebbe, invece, di agevolare l'ingresso nell'arena parlamentare di un maggior numero di formazioni politiche, mantenendo però limitata la frammentazione attraverso la formula D'Hondt[62]. Tuttavia, la combinazione di questi elementi ha reso di fatto possibile l'inverarsi di una situazione diversa ma altrettanto problematica, nella quale il Presidente può di fatto coabitare con un Parlamento nel quale le forze a suo sostegno, in alcuni casi, possono anche

[58] Seguendo la classificazione elaborata da J. Carpizo, *Propuesta de una tipología* cit., p. 35, la forma di governo paraguaiana può essere annoverata tra i sistemi presidenziali «con tratti parlamentari», in ragione, *in primis*, della previsione di un Consiglio dei ministri che opera sotto la direzione del Presidente, con funzioni prettamente consultive e amministrative. La Costituzione paraguaiana prevede, inoltre, tra i meccanismi di controllo rimessi al Congresso il voto di censura. Si tratta di uno strumento legato alla prerogativa delle Camere di svolgere delle *hearings* con singoli ministri o altri alti funzionari pubblici, in seguito alle quali può essere promossa la votazione di censura che, ex art. 194 Cost., dovrà essere approvata con la maggioranza dei due terzi di ciascuna di esse. A ciò consegue la presentazione di una richiesta formale al Presidente di destituzione del ministro o del funzionario coinvolto, che il Capo di Stato può comunque decidere di non accogliere.

[59] Art. 229 Cost. La questione del divieto di rielezione fu al centro dei dibattiti che in seno alla Convención constituyente riguardarono la delineazione del ruolo e dei poteri del Presidente, sui quali incise la passata esperienza dittatoriale. Si scelse, infatti, di prevedere un limite temporale, escludendo la possibilità di un secondo mandato presidenziale quale misura che potesse circoscrivere possibili derive presidenzialiste in senso autocratico. Sulle vicende che in merito alla rielezione presidenziale interessarono il mandato di Stroessner durante la vigenza della Costituzione del 1940 e che influirono sulla redazione dell'attuale testo costituzionale si rimanda a J. Silvero Salgueiro, *Controles constitucionales sobre el Poder Ejecutivo*, in *Revista Panameña de Política*, 2009, p. 35-36.

[60] Art. 230 della Cost.

[61] *Ley* n. 834/96 *que establece el Código Electoral Paraguayo.*

[62] M. López, *La democracia en Paraguay. Un breve repaso sobre los partidos políticos tradicionales, el sistema electoral y el triunfo de Fernando Lugo Méndez*, in *Revista Enfoques*, 2010, p. 100.

non ottenere una maggioranza sufficiente a supportare le iniziative politiche dell'Esecutivo[63].

Gli eventi che hanno interessato l'ex Presidente Lugo, di cui si parlerà a breve, hanno evidenziato un'ulteriore conseguenza che incide sul concreto funzionamento delle relazioni tra i principali organi costituzionali. Il venir meno di un sostegno parlamentare al Presidente e, dunque, la volontà di determinare la fine anticipata del suo mandato, sono stati infatti formalizzati attraverso l'avvio del *juicio político* previsto dalla Costituzione del Paraguay. La disciplina in materia, dettata dall'articolo 225 del testo costituzionale, prevede tra le ipotesi che legittimano la messa in stato d'accusa del Presidente[64], oltre alla commissione di delitti «*en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes*», il caso del «*mal desempeño*» del mandato presidenziale. Per una migliore comprensione delle questioni giuridico-costituzionali che il caso in esame presenta è d'obbligo delineare brevemente il contesto politico che caratterizzò la prima fase della presidenza di Lugo. Dopo più di sessant'anni durante i quali si erano alternati esponenti della *Asociación Nacional Republicana*, conosciuta come *Partido Colorado*[65], i risultati delle elezioni presidenziali del 2008 segnarono l'inizio di una nuova stagione politica per il Paraguay. Lugo vinse, infatti, le elezioni con il sostegno di una coalizione eterogena di partiti e movimenti politici, anche ideologicamente distanti tra di loro, costituitasi con il nome di *Alianza Patriótica para el Cambio*, che proponeva un ambizioso programma di interventi riformatori[66]. Nonostante il successo elettorale, l'alleanza tra i partiti che avevano appoggiato la candidatura del Presidente si rilevò ben presto debole, anche in ragione dell'opposizione di taluni di essi, tra cui lo storico *Partido Liberal*, alle riforme sociali promosse da Lugo nell'ambito della sanità e

[63] Si veda sul punto D. M. Rodríguez-Alcalá, *El modelo presidencial paraguayo en perspectiva: del peligro a la prudencia*, in *DPCE Online*, 2023, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, p. 876, spec. nota 20.

[64] Il disposto di cui all'articolo 225 Cost. individua i soggetti che potranno essere sottoposti al *juicio político*, nonché le ipotesi che possono legittimare l'avvio di tale procedura, sancendo testualmente che «*El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes*».

[65] Il sistema partitico paraguaiano è stato caratterizzato da uno spiccato bipartitismo sin dal 1887, anno al quale risale la fondazione dei due tradizionali partiti che per lungo tempo hanno monopolizzato la scena politica: il *Partido Liberal Radical Auténtico* (originariamente *Partido Liberal*) e la *Asociación Nacional Republicana*, conosciuta con la denominazione di *Partido Colorado*. Quest'ultimo, in particolare, assunse il controllo assoluto durante la dittatura del generale Stroessner (1954-1989), eliminando per i Liberali qualsiasi concreta possibilità di alternarsi al potere, e anche dopo la fine del regime dittatoriale mantenne un dominio incontrastato. Cfr. L. M. Uharte Pozas, *El proceso de democratización paraguayo: avances y resistencias*, in *América Latina Hoy*, 2012, p. 22 ss.

[66] Sul punto si veda S. P. Cerna Villagra- J. M. Solís Delgadillo, *La crisis institucional paraguaya de 2012 a la luz de las élites parlamentarias*, in *Boletín Élites*, 2012, p. 4, nel quale si definisce la coalizione che supportò la candidatura di Lugo alla presidenza del Paese come «contro natura» per le profonde differenze ideologiche che sussisteva tra alcuni partiti che ne fecero parte.

delle politiche agrarie[67]. In tale contesto di forte tensione politica, in numerose occasioni la Camera dei deputati minacciò il Presidente di avviare nei suoi confronti la procedura di *juicio político* anche se, solamente nel 2012, alcuni mesi dopo le nuove elezioni presidenziali, fu formalizzata l'accusa di *mal desempeño* del suo mandato[68]. Orbene, appare centrale per la valutazione della vicenda in esame conferire contenuto giuridico a tale clausola. La sua previsione tra le condizioni per poter avviare la procedura di *impeachment* presidenziale era stata già oggetto di discussione in Assemblea costituente, in ragione dell'incertezza giuridica che una simile formulazione sembrava generare in merito alla natura e alla portata delle condotte che avrebbero potuto ascriversi a tale ipotesi[69]. La formulazione adottata presenta, infatti, un elevato grado di vaghezza: una interpretazione sistematica avalla la tesi secondo cui si tratterebbe dell'ipotesi che si concretizza in una gestione del mandato presidenziale contraria alla disciplina costituzionale in materia di funzioni e poteri presidenziali che, tuttavia, non integra gli estremi di una condotta illecita, come nel caso degli altri due presupposti previsti dall'articolo 225 della Costituzione. Una simile lettura, però, legittimerebbe l'applicazione di una sorta di criterio di residualità, in base al quale quelle condotte che non costituiscono reato possono essere ricomprese nella generica categoria del *mal desempeño* del mandato presidenziale. Di tal modo, si incorrerebbe nel rischio di attribuire al Congresso la possibilità di mutare la natura di tale strumento di controllo in maniera da usarlo come una sorta di «voto di censura»[70] sull'operato del Presidente.

---

[67] Le ragioni della centralità che la questione delle riforme agrarie assunse durante il mandato del Presidente Lugo sono approfondite in N. Yussef, *Neogolpismo: el caso paraguayo*, in *Boletín Informativo del CENSUD*, 2013, p. 4.

[68] Le accuse furono formalizzate nel «*libelo acusatorio*», atto così denominato per volontà delle forze politiche che promossero il giudizio nei confronti del Presidente si veda M. López, *Democracia en Paraguay: la interrupción del «proceso de cambio» con la destitución de Fernando Lugo Méndez*, in *Cuadernos del Cendes*, 2014, p. 102. Secondo l'Autrice questa scelta è espressione dell'intento di screditare Lugo, violando il principio costituzionalmente garantito dall'articolo 17 della presunzione di innocenza. Il testo del *libelo* è consultabile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dmer/dv/libelo_acusatorio_contra_lugo_/libelo_acusatorio_contra_lugo_es.pdf (ult. consultazione: 17.07.2023).

[69] Cfr. M. López, *Juicio político en Paraguay, entre el andamiaje jurídico, el entramado político y el problema teórico de la representación*, in *Revista Jurídica*, 2019, p. 229; l'Autrice richiama l'intervento del costituente Bernardino Cano Radil che durante la sessione del 26 maggio 1992 manifestò la propria opposizione in merito alla previsione del caso di *mal desempeño* tra quelli che avrebbero potuto legittimare l'avvio di un *juicio político* nei confronti del Presidente, in ragione del grado di soggettività che ammetteva un simile giudizio, con il rischio di legittimare una forma di verifica politica del suo operato. I dibattiti costituenti sono direttamente consultabili al seguente link: https://www.bacn.gov.py/constitucion/sesion-plenaria/ds-05-26-032.htm.

[70] Si è scelto specificamente di richiamare il meccanismo del voto di censura in quanto, come osservato, la Costituzione paraguaiana include esso tra i meccanismi di controllo rimessi al Congresso. Sul punto si rimanda alla nota n. 58.

Nonostante la previsione del *juicio político* rientri nell'assetto di pesi e contrappesi delineato dalla forma di governo paraguaiana, costruita dai Costituenti in modo da definire un punto di equilibrio tra separazione dei poteri e sistemi di coordinamento che evitassero un iper-centralizzazione in capo all'Esecutivo, anche in tale caso la prassi applicativa ha evidenziato una logica parlamentare. Né è stato risolutivo l'intervento della Sezione costituzionale della Corte Suprema de Justicia che, pronunciandosi sulla funzione del giudizio politico e, in particolar modo, sulla specifica ipotesi legittimante la destituzione presidenziale di cui si discute, si è limitata ad affermare che la valutazione svolta dalle Camere riguarda la responsabilità dei funzionari pubblici, senza specificare quali dovrebbero essere i parametri in base ai quali svolgere tale valutazione[71]. Un riconoscimento, tacito, della discrezionalità che la formula costituzionale rimette al Congresso[72]. Nello specifico caso che ha coinvolto Lugo, ad esempio, il *mal desempeño* del quale veniva accusato, come si legge nell'atto parlamentare di accusa, è stato concretizzato nell'esercizio improprio, negligente e irresponsabile del mandato presidenziale e in una «*actitud de desprecio ante el derecho y las instituciones republicanas*».

5.1. *Aspetti procedurali della messa in stato d'accusa del Presidente paraguaiano*

Anche dal punto di vista procedurale, la vicenda Lugo ha sollevato diverse perplessità in ordine al rispetto degli *standard* minimi di garanzia del diritto di difesa del Presidente. In base all'articolo 225 della Costituzione, la messa in stato di accusa compete alla Camera dei deputati che dovrà esprimersi in favore di essa con la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, mentre la fase propriamente giudicante è rimessa al Senato. Dinanzi alla Camera Alta si svolge, dunque, il giudizio pubblico e l'eventuale dichiarazione di colpevolezza deve essere approvata dai due terzi dei senatori. In tale ipotesi, si produce la destituzione dalla carica e nel caso in cui il giudizio abbia riguardato la commissione di un reato, si procederà dinanzi alla competente autorità giudiziaria[73]. La disciplina costituzionale prevede, quindi, un riferimento minimo alle condizioni procedurali che regolano il *juicio político*, anche se è dibattuta l'estensione a tale giudizio delle garanzie processuali che l'articolo 17 della Costituzione paraguaiana individua per qualsiasi processo penale, in quanto la disposizione richiamata stabilisce che tali garanzie si applicheranno a qualsiasi giudizio «*del cual pudiera derivarse pena o sanción*»[74]. Sulla base di quest'ultimo inciso,

[71] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acción de Inconstitucionalidad: «Fernando Armindo Lugo Méndez contra la Resolución núm. 881 de fecha 22 de junio de 2012 de la Cámara de Senadores»*, 2012, n. 960.

[72] In tal senso anche D-E. Balbuena Pérez, *El juicio político* cit., p. 391.

[73] Art. 225, II comma, Cost.

[74] Testualmente l'articolo 17 Cost. Paraguay dispone che: «*En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1. que sea presumida su inocencia; 2. que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos; 3. que no se le*

pertanto, anche nel *juicio político* dovrebbe essere assicurato il rispetto dei principi costituzionali del giusto processo[75], trattandosi di una procedura che, seppur priva di natura strettamente giurisdizionale, prevede la possibile applicazione di sanzioni, quali quella della destituzione. Per cui, in base a tale analogia, i soggetti passibili di *impeachment* godrebbero della tutela che deriva dal rispetto del principio della presunzione di innocenza, della regola del *ne bis in idem* e del diritto di difesa[76]. D'altra parte, la Corte Suprema de Justicia, sezione costituzionale[77], ha sostenuto la tesi della natura esclusivamente parlamentare e non giurisdizionale del *juicio político*, finalizzato a consentire un controllo del Congresso sulla gestione del mandato di alcune alte cariche pubbliche, tra cui quella presidenziale; seguendo tale linea argomentativa ha così riconosciuto una estensione solamente parziale delle stesse alla procedura di cui all'articolo 225 della Costituzione. Nella pratica, nel *juicio político* condotto nei confronti di Lugo, le vicende che hanno interessato il profilo più strettamente processuale confermano la tesi della natura sostanzialmente infraparlamentare e politica di tale procedura. Basti col ricordare a tal proposito, la brevità che ha contraddistinto il giudizio di *impeachment* in esame, svoltosi in sole ventiquattro ore[78], nonché la strumentale adozione da parte del Senato di un regolamento *ad hoc*[79], intervenuta successivamente alla decisione della Camera dei deputati di porre in stato

condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales; 4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal; 5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección; 6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo; 7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación; 8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; 9. que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas; 10 el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a 11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial».

[75] Nell'ordinamento paraguaiano si parla di «*debido proceso*», espressione chiaramente mutuata dal concetto nordamericano di «*due process of law*»; cfr. D-E. Balbuena Pérez, *El juicio político* cit., p. 375.

[76] In D-E. Balbuena Pérez, *El juicio político* cit., p. 376 si sottolinea che tra le garanzie del *debido proceso* non potrà assolversi quella dell'imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante in quanto il *juicio político* è condotto dinanzi alle Camere parlamentari, anche se ciò non comporta che esse non siano comunque soggette a taluni obblighi «*porque tal interpretación iría en contra de los pilares del Estado de Derecho que, en este caso, tiene su concreción máxima en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que debe actuar como clave de bóveda para el juicio político*».

[77] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: «Fernando Armindo Lugo Méndez, contra la Resolución núm. 878 de fecha 21 de junio de 2012 dictada por la Cámara de Senadores»,* 2012, n. 874, consultabile al seguente link: https://www.pj.gov.py/notas/7154-sala-constitucional-rechazo-accion-promovida-por-fernando-lugo (ult. consultazione: 16.07.2023).

[78] Se è vero che la disciplina costituzionale non razionalizza i tempi della procedura di *impeachment*, può condividersi la tesi di D-E. Balbuena Pérez, *El juicio político* cit., p. 377 in base alla quale dovrebbe rispettarsi il criterio della ragionevolezza anche in assenza di una espressa determinazione della tempistica.

[79] Camera del Senato, *Resolución* n. 878, del 21 giugno 2012.

di accusa il Presidente. In mancanza di una fonte legale che avesse sviluppato la disciplina costituzionale di cui all'articolo 225, infatti, la Camera Alta proceduralizzò la fase di sua competenza attraverso l'adozione di un regolamento, che potrebbe definirsi speciale, in quanto adottato per il caso di specie.

Anche per l'esperienza paraguaiana non è mancata la denuncia di un *golpe de Estado* parlamentarizzato[80], realizzato attraverso l'uso strumentale delle disposizioni costituzionali in materia di destituzione presidenziale. La previsione di un giudizio qualificato come politico, in origine per il fatto di essere demandato all'organo rappresentativo assembleare[81], non ha escluso che la procedura dell'*impeachment* sia stata avviata per effettuare una valutazione dell'operato - *politico*- del Capo di Stato. La fine anticipata del mandato dell'ex Presidente Lugo ha creato un precedente alla base di ulteriori tentativi di destituzione presidenziale. Il riferimento è diretto al *juicio político*, avviato nel 2019 nei confronti dell'allora Presidente paraguaiano Mario Abdo Benítez per *mal desempeño* delle funzioni presidenziali, anche se in questa occasione la richiesta di messa in stato d'accusa non venne approvata in seno alla Camera dei deputati per il mancato raggiungimento della maggioranza richiesta per la sua prosecuzione[82].

6. *Considerazioni finali*

Come è emerso dall'analisi di alcuni elementi di peculiarità della forma di governo peruviana rispetto al prototipo presidenziale, prodotto di una precisa volontà costituente[83], la prassi applicativa del disposto costituzionale ha evidenziato

[80] In tal senso cfr. N. Yussef, *Neogolpismo: el caso* cit., p.17. Secondo altra lettura dottrinale, invece, le vicende narrate sarebbero espressione della categoria della «*ruptura presidencial*»: si tratterebbe di una nozione più ampia rispetto a quella del colpo di Stato, generalmente attuato attraverso modalità illegali e finalizzato al sovvertimento dello *status quo*. La rottura presidenziale si realizza, invece, in un alveo di legalità e mira a realizzare un cambio nella carica presidenziale. Nel *golpe de Estado* si usano mezzi illeciti e si coinvolgono soggetti estranei al circuito istituzionale (ad esempio, l'Esercito); la «*ruptura presidencial*», invece, genera pur sempre una situazione irreversibile ma prodotta da attori istituzionali e attraverso strumenti previsti dallo stesso testo costituzionale. Così in M. Gomis-Balestreri, *Gobernabilidad en Honduras y Paraguay: reforma pública y cooperación internacional en rupturas presidenciales*, in *Papel Político*, 2016, p. 256. Tuttavia, entrambi i casi oggetto di analisi nel presente contributo consentono di precisare che, seppur non si è prodotto un sovvertimento dell'ordine precostituito, l'alterazione degli equilibri istituzionali è stata di tale portata che il *discrimen* non è costituito dal risultato ultimo, quanto dalla procedura seguita per ottenerlo.

[81] Cfr. D-E. Balbuena Pérez, *El juicio político* cit., p. 379 che osserva che «*el hecho de que sea político solo significa que su conocimiento está ve- dado a los órganos jurisdiccionales y que la responsabilidad derivada del mismo únicamente puede ser política*».

[82] Cfr. M. López, *Juicio político en Paraguay* cit., p. 238.

[83] Come sostenuto da P. Planas Silva, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, 1998, Lima, p. 52 gli elementi di specificità della forma di governo peruviana «*no fueron producto de una ley importada, ni*

in alcuni casi un allontanamento dall'originaria funzione di taluni istituti, come quelli inerenti alla destituzione anticipata del Presidente, imputabile al grado di vaghezza delle stesse disposizioni costituzionali. Si può, quindi, concludere che la disciplina dettata dalla Costituzione peruviana del 1993 si presti «ad usi ben diversi a seconda dei mutamenti del contesto politico»[84]. Allo stesso modo, l'applicazione delle previsioni costituzionali paraguaiane sul *juicio político* ha evidenziato un «avanzamento, in via di fatto, delle frontiere costituzionali che delimitano l'area del controllo parlamentare»[85] che, anche in tal caso, può considerarsi il risultato di formule redazionali normative poco precise. Si assiste ad un mutamento della natura del *juicio político* concepito come *extrema ratio* per quei casi in cui non sia possibile salvaguardare l'interesse pubblico generale in altra maniera[86], nonché alla flessibilizzazione dell'ipotesi indicata come *mal desempeño*[87] del mandato presidenziale[88].

In entrambe le esperienze ordinamentali esaminate i risultati emersi dall'analisi condotta sollevano un interrogativo circa il mutamento che essi stanno producendo sulle forme di governo in esame nel loro complesso. A tal fine, non può sottostimarsi che anche se la forma di governo presidenziale è stata arricchita da «tratti parlamentari»[89] nello specifico caso del Paraguay e da una più marcata parlamentarizzazione per il Perù, rimane prevalente quell'elemento identitario dei sistemi presidenziali secondo cui il Capo di Stato è politicamente responsabile nei confronti dei soli elettori. Non resta pertanto che continuare a osservare i successivi sviluppi che in questi ordinamenti produrranno i precedenti analizzati per poter eventualmente segnalare una definitiva mutazione costituzionale di tali sistemi.

---

menos de una ingeniería constitucional, sino de una práctica propia que se fue moldeando, imponiendo y consolidando en el siglo [XIX]».

[84] F. Spagnoli, *Impeachment presidenziale* cit., p. 2076.

[85] J. Paffarini, *L'inchiesta Lava-Jato e l'instabilità governativa in America Latina. Verso una nuova frontiera del controllo parlamentare sui Presidenti?*, in *DPCE Online*, 2019, https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, p. 2937.

[86] Sulla natura del *juicio político* e sulle ipotesi che legittimano l'attivazione di questa procedura si veda E. Fernández Arévalos, *Órganos Constitucionales el Estado*, Asunción, 2003, p. 235; cfr. anche M. D. Ramírez Candia, *Derecho Constitucional paraguayo*, Vol. II, Asunción, 2011, p. 216.

[87] Secondo M. López, *Juicio político* cit., p. 230 un'applicazione estensiva della specifica ipotesi in esame «*invierte la fórmula y se convierte en un privilegio del Congreso, que puede obstaculizar la función de otros actores que no necesariamente violaron una norma ni incurrieron en ilícitos*».

[88] Cfr. D-E. Balbuena Pérez, *El juicio político en la Constitución paraguaya y la destitución del presidente Fernando Lugo*, in *Revista De Derecho Político*, 2013, p. 371.

[89] In M. López, *Juicio político en Paraguay* cit., p. 103, si propone di riformare simili procedure di destituzione prevedendo l'introduzione di meccanismi di partecipazione popolare diretta, come l'iniziativa popolare o il referendum iniziale, al fine di evitare la mera politicizzazione di uno strumento che continua ad assolvere una finalità ben specifica: consentire, in ipotesi eccezionali che attengono all'importanza e centralità della carica presidenziale nel sistema istituzionale, che venga posto fine al mandato.

***

ABSTRACT: The ousting of Peruvian President Pedro Castillo provided an opportunity to develop a study of the main mechanisms of the Peruvian form of government, which presents interesting distinctive features compared to the presidential model. Over the last two decades, moreover, the practice concerning the cases in which the presidential term can be terminated before its natural expiry has shown a change in their nature. A tendency has emerged for Parliament to exploit the constitutional procedures by which it can enforce the political responsibility of the President. In this sense, the events in Paraguay are also emblematic. The application of the institution of impeachment has raised numerous doubts as to the use that has been made of it with respect to its nature as an *extrema ratio*.

KEYWORDS: Peruvian form of government; impeachment in Paraguay; constitutional mutation; hybrid presidential forms of government; parliamentary coup d'état

***

Isabella Maria Lo Presti – Ricercatrice di Diritto pubblico comparato, Università di Palermo (isabellamaria.lopresti@unipa.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Recensione a Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, *La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional* (Aranzadi, 2023)

Luna Mancini

1. *La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional* (Aranzadi, 2023), l'ultimo libro di Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, è un importante riferimento per gli studiosi di questioni costituzionali e, in particolare, per la dottrina dell'interpretazione costituzionale e convenzionale, non solo in Europa.

Sebbene lo studio si concentra sull'attuale fase del processo di integrazione europea, l'aggiornamento delle questioni legate all'interpretazione e all'argomentazione delle diverse fonti del diritto, è un tema di ricerca classico che si basa su domande come: in cosa consiste l'interpretazione? Come si relazionano i testi e le norme durante il processo interpretativo? Come si svolge l'attività di conferimento del significato? La conformità o la non conformità si verificano nei diritti o sono proprietà che solo gli interpreti possono descrivere?

Dato questo legame ineludibile e dialettico tra interpretazione e argomentazione, intese come fasi preliminari all'applicazione delle norme, l'interpretazione conforme – come riconosce lo stesso autore – oltre ad essere un principio e un obbligo, è un meccanismo al servizio del principio di primazia o prevalenza del diritto dell'Unione europea (UE) di fronte a possibili conflitti con le leggi nazionali (p. 14). Si tratta quindi di una delle costruzioni giuridiche più importanti del costituzionalismo moderno, nella misura in cui costituisce uno strumento per estendere la parte dogmatica delle costituzioni e, allo stesso tempo, un metodo di interpretazione dell'intero sistema giuridico, sia che si tratti di fonti interne, internazionali o regionali.

In special riferimento al diritto dell'Unione, Ugartemendia propone una prospettiva costituzionale dell'interpretazione conforme in cui, descrivendone la complessa evoluzione – analizzandone il contenuto, la portata e i limiti – effettua una revisione degli strumenti esistenti nel continente per garantire il primato del diritto dell'UE. A tal fine, studia i meccanismi a disposizione delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri, per declinarne gradualmente gli elementi e delineare come essi costituiscano la base della teoria costituzionale e dell'interpretazione conforme al diritto dell'UE.

La struttura del libro ne facilita la lettura e la comprensione, grazie alle avvertenze e ai riferimenti puntuali e chiari, ad un efficace glossario in ordine cronologico della giurisprudenza citata e ad uno sviluppo ordinato e coerente della materia. La sua impostazione, frutto di un'analisi approfondita, si basa sulla straordinaria capacità dell'autore di riprendere in modo esaustivo le questioni chiave individuate sia dalla dottrina (nella vasta letteratura sull'argomento) sia dalla giurisprudenza. L'attenzione è rivolta soprattutto alle sentenze emesse dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) di Lussemburgo – in quanto organo deputato a interpretare e garantire la corretta applicazione del diritto dell'UE – e dagli organi giurisdizionali nazionali che hanno contribuito alla formazione di parametri giuridici relativi all'oggetto di studio. Senza trascurare le posizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, come parte del dialogo giurisdizionale regionale.

Va notato, tuttavia, che la rilevanza del dialogo giurisprudenziale e dell'interpretazione conforme nello sviluppo di sistemi giuridici comuni non è una questione esclusiva dell'area europea, in particolare per quanto riguarda la tutela dei diritti umani. L'esistenza e il lavoro dei sistemi di protezione di questi diritti a livello universale e regionale ci permettono di osservare come, attualmente, l'intenzione di armonizzare l'interpretazione dei diritti fondamentali nei tribunali nazionali si sia evoluta in un progetto di portata globale, che si sta progressivamente espandendo e istituzionalizzando in tutto il mondo.

Così, l'approccio al tema, insieme all'impalcatura bibliografica e alla profusione di fonti di consultazione, oltre a mostrare la profondità e la serietà della ricerca di Ugartemendia, giustifica la solidità delle sue proposte. In questo modo, e con l'auspicio che il lettore possa trovarlo utile, si riporta di seguito una breve sintesi di alcuni aspetti importanti dell'opera che potrebbero avere un impatto sulle riflessioni giuridiche al di fuori del continente.

2. In primo luogo, va notato che, al fine di aggiornare il significato e la portata dell'interpretazione conforme, Ugartemendia struttura l'analisi di questo libro in due parti. La prima, sviluppata in quattro capitoli, offre un approccio generale al principio dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. La seconda parte, strutturata in altri tre capitoli, si concentra specificamente sull'obbligo degli interpreti costituzionali di interpretare in conformità con la Costituzione nazionale, pur rispettando il principio del primato del diritto dell'Unione a cui sono soggetti gli Stati membri.

A tal fine, Ugartemendia analizza le caratteristiche a cui fa riferimento la giurisprudenza della CGUE in merito all'obbligo degli Stati membri di integrare e, quindi, interpretare il diritto dell'UE in modo conforme. Nel primo capitolo, l'autore sottolinea, in quelli che chiama "preliminari concettuali", che l'interpretazione conforme è un orientamento che si riferisce alla lettura o all'esegesi di una norma o di una legge in accordo con qualcos'altro. In ambito giuridico, quest'altro elemento è solitamente un trattato internazionale o una norma di fonte esterna. E, nello specifico

caso dell'UE, consiste in un meccanismo o attività ermeneutica che obbliga i tribunali nazionali a interpretare e armonizzare il diritto nazionale in conformità con il diritto europeo e comunitario.

Con queste premesse, il secondo capitolo si concentra sull'aggiornamento delle caratteristiche più salienti dell'interpretazione conforme in relazione a: la sua base giuridica, il settore specifico in cui si applica, il suo contenuto, la sua portata e i suoi limiti, nonché altre caratteristiche specifiche del diritto dell'UE (come il "diritto di interpretazione" e l'"aiuto della questione pregiudiziale"). L'obiettivo di tutto ciò consiste nel garantire la coerenza e l'efficacia del quadro giuridico europeo negli Stati membri dell'Unione, attraverso l'armonizzazione della normativa, che a sua volta massimizza il contenuto delle disposizioni da interpretare in modo conforme (p. 45). In questa maniera, Ugartemendia indica con ragione l'interpretazione conforme come un obbligo specifico derivante dai principi di leale cooperazione e riconoscimento reciproco – tra l'Unione e gli Stati membri – e dal primato del diritto dell'Unione sui testi nazionali.

Al di là dell'analisi delle teorie generali dell'interpretazione e dell'argomentazione, l'autore spiega come, in virtù delle caratteristiche delle norme europee che richiedono la loro trasposizione da parte di norme interne per raggiungere la categoria delle norme direttamente applicabili (come le direttive o le decisioni quadro e persino alcuni regolamenti), sia stato necessario sviluppare un ambito più ampio per il contenuto di questo principio-obbligo. Così, oltre a essere un parametro di controllo giudiziario derivante dall'obbligo degli Stati membri dell'UE di attuare il diritto dell'Unione, l'interpretazione conforme diventa anche un meccanismo particolarmente rilevante nei casi in cui i tribunali nazionali devono applicare norme interne che potrebbero essere in conflitto con il diritto stesso dell'UE.

In questi casi, la Corte di Lussemburgo ha stabilito che, piuttosto che annullare o ignorare il diritto dello Stato, i tribunali nazionali dovrebbero, ove possibile, cercare di interpretare le norme interne in modo compatibile con il diritto dell'UE. In questo senso, l'autore affronta abilmente altre tecniche di efficacia normativa che operano come limiti all'interpretazione conforme. Tra queste, fa riferimento al rispetto dei diritti fondamentali, all'*effetto utile* dei trattati e ad altri principi generali del diritto (come il principio della certezza giuridica e della non retroattività) che si applicano negli Stati membri dell'UE. Inoltre, nello stesso capitolo, rileva la grande importanza della questione pregiudiziale che può essere sottoposta da qualsiasi giudice nazionale alla CGUE, in quanto quest'ultima è l'interprete finale "del diritto dell'Unione e della determinazione della validità degli atti delle istituzioni europee" (p. 43).

L'esperta conoscenza giuridica di Ugartemendia si riflette nella rigorosa ed esaustiva rassegna delle decisioni e delle sentenze della CGUE che, da quattro decenni a questa parte, hanno plasmato questo meccanismo. Tra le pietre angolari della giurisprudenza, l'autore mette in luce le sentenze: *Von Colson e Kamann* (1984), *Marleasing* (1990), *Pfeiffer* (2004), *Pupino* (2005), *Domínguez* (2012), *AMS* (2014), *Dansk Industri* (o *Ajos*, 2016), *Poplawski II* (2019), *Fédération bancaire française* y *BT* (2021), per

aggiornare la portata e il contenuto. Così come *Kolpinghuis Nijmen* (1987), *Arcaro* (1996), *Akerberg Fransson* (2013), *Melloni* (2013), *Taricco* (2015), *Poplawski I* (2017), *M.A.S. y M.B.* (o *Taricco II*, 2017), *Comisión/España* o *Humda* (2022), tra i casi recenti, per lo sviluppo dei limiti da lui individuati in questo studio.

L'inevitabile esame dell'integrazione del diritto dell'UE nei sistemi costituzionali è affrontato, a partire dal caso spagnolo, nel terzo capitolo della prima parte del libro. Ugartemendia svolge un'analisi dettagliata di come l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'UE sia articolato e riconosciuto nella legislazione e nella giurisprudenza spagnola. Dopo una esaustiva ricerca per localizzare i regolamenti e le sentenze, svolge un'analisi basata su casi risolti in diverse sezioni della Corte Suprema spagnola, in dialogo con la giurisprudenza della CGUE. Lo studio evidenzia la possibilità di invocare e richiedere la responsabilità patrimoniale dello Stato per i danni causati in violazione del diritto dell'UE, nei casi in cui non sia stato possibile effettuare un'interpretazione conforme della legislazione nazionale.

L'autore passa anche in rassegna le prassi interpretative del Tribunale costituzionale spagnolo e analizza il modo in cui la sua dottrina si relaziona con il diritto internazionale. Concludendo questa prima parte dello studio evidenziando, nel quarto capitolo, altri problemi derivanti da quelle che chiama questioni di "coesistenza tra diverse esigenze interpretative". Visto che la conformità dell'esegesi del diritto nazionale prevede che siano considerati, oltre alla Costituzione e al diritto dell'UE, anche il diritto regionale e internazionale per la protezione dei diritti delle persone. Cosí, al di là di quanto descritto sopra, l'interpretazione conforme ai trattati internazionali sui diritti umani ratificati dagli Stati rappresenta un obbligo che può portare ad altri conflitti giuridici. Ciò implica sfide permanenti per gli operatori nazionali, che hanno la possibilità di sottoporre questioni pregiudiziali alla CGUE per determinare l'interpretazione appropriata o, come ultima risorsa, di affrontarne l'impossibilità di armonizzazione attraverso l'esegesi.

3. Senza dubbio, la prospettiva analitica e critica di Ugartemendia dimostra la profonda conoscenza dei principi, dei concetti e delle complesse relazioni alla base della giurisprudenza esaminata nel corso della sua ricerca. Tuttavia, la sua riflessione sulle realtà costituzionali contemporanee e sui possibili scenari che gli interpreti si trovano ad affrontare, fornisce uno spunto pratico che arricchisce lo studio. In un contesto in cui "i disaccordi e le controversie di rilevanza costituzionale tra le più alte corti europee sembrano essersi moltiplicati negli ultimi cinque anni" (p. 16), la seconda parte del libro, che contiene la tesi centrale della ricerca, si concentra sull'obbligo degli interpreti costituzionali di interpretare in conformità con la Costituzione nazionale e nel rispetto del primato del diritto dell'Unione, al quale sono comunque soggetti.

Le lenti dell'interpretazione conforme consentono di analizzare la concezione della CGUE in merito alle principali questioni relative al principio del primato e dei suoi limiti, sulla base dei conflitti normativi e interpretativi che possono sorgere e che sono sorti. L'autore intende, facendo riferimento a casi specifici, concentrarsi sul ruolo

dei giudici nazionali a livello centrale e periferico e sulle decisioni emesse dai interpreti costituzionali. Di conseguenza, non poteva mancare una parte del lavoro dedicata allo sviluppo di concetti quali l'identità (costituzionale) nazionale e l'identità dell'Unione europea. Il crescente interesse per quest'ultima categoria giuridica – incipiente da parte della dottrina e della giurisprudenza sovranazionale e legata ai valori proclamati nell'articolo 2 del Trattato sull'Unione Europea – risiede nel suo impiego come risposta agli sviluppi nazionali (politici o giudiziari) che cercano di giustificare la non applicazione del diritto dell'UE nei loro Stati membri sulla base di interpretazioni abusive dell'identità nazionale.

Ciò è avvenuto, ad esempio, a seguito delle decisioni emesse negli ultimi anni dalle Corti costituzionali ungherese, polacca e romena, che hanno ricevuto rispostadalla CGUE. In queste sentenze – vincolanti per tutti i tribunali domestici di quei paesi – la lettura *pro unione* della CGUE rappresenta un'eccezione assoluta, che impedisce di giustificare la mancata applicazione del diritto dell'Unione e dichiara espressamente inalienabile l'identità costituzionale dell'UE. In questo senso, sempre nell'ottica della più efficace tutela dei diritti umani, Ugartemendia sottolinea giustamente che non sarà mai possibile interpretare il diritto dell'UE in modo conforme se esistono diritti costituzionali fondamentali che violano altri diritti che fanno parte dell'identità europea, al di là dell'identità costituzionale nazionale di ciascuno degli Stati membri.

Di particolare rilevanza internazionale è anche l'ultima sezione della ricerca, in cui Ugartemendia fa riferimento all'interpretazione conforme *inversa*, in cui è il tribunale regionale a dialogare con il contenuto stabilito dalla Costituzione nazionale nell'interpretazione del diritto dell'Unione. In altre parole, in questo caso è la Corte di Lussemburgo che interpreta o legge il diritto dell'Unione secondo il contenuto della Costituzione dello Stato che ha posto una questione pregiudiziale.

A tal fine, la casistica ripresa da Ugartemendia mostra in modo eccezionalmente chiaro come la CGUE abbia utilizzato le argomentazioni proposte dai tribunali nazionali in sede di rinvio pregiudiziale in relazione a questioni particolarmente controverse o a elementi normativi irrinunciabili per l'identità costituzionale nazionale dello Stato membro. Integrando e favorendo, in questo modo, la visione dei tribunali nazionali come "supremi interpreti e garanti della Costituzione" (p. 171) e rendendo più flessibile il principio del primato dell'Unione attraverso una lettura *pro constitutione*, secondo le parole dell'autore. Ciò dimostra che l'ordinamento giuridico che tutela i diritti più essenziali non è il prodotto di un'unica fonte internazionale, ma si alimenta anche di quelle nazionali.

Sulla stessa linea si sono espressi anche criteri emessi dagli organi giurisdizionali di altri continenti. Ad esempio, la Corte interamericana dei diritti umani (CIDU) ha fatto esplicito riferimento a sentenze di tribunali nazionali nei casi in cui vengono analizzate e messe in discussione decisioni giudiziarie interne di un altro Stato. Per citare un caso, nella sentenza *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012) la Corte Interamericana non si è basata solo sui precedenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo o sulle

conclusioni dei testimoni esperti nel procedimento e su altri rapporti scientifici, ma ha anche preso in considerazione la giurisprudenza interna di alcuni Paesi. In particolare, riprendendo le decisioni della Camera Costituzionale della Corte Suprema di Giustizia del Costa Rica, della Corte Costituzionale della Bolivia, della Corte Suprema di Giustizia della Repubblica Dominicana, della Corte Costituzionale del Perù, della Corte Suprema di Giustizia dell'Argentina, della Corte Costituzionale della Colombia, della Corte Suprema di Giustizia del Messico e della Corte Suprema di Panama. In questo senso, la Corte sovranazionale non si colloca in una sfera estranea alla realtà degli Stati su cui ha giurisdizione, ma piuttosto affronta le proprie sfide nell'osservazione permanente dei progressi compiuti a livello nazionale nei Paesi di sua competenza.

Nonostante il dialogo tra le giurisdizioni offra dei vantaggi nel raggiungimento di punti di convergenza, Ugartemendia chiarisce che "la ricerca di punti di incontro non può essere effettuata al prezzo di sacrificare il primato" (p. 172). E sottolinea che ciò deve essere considerato di fronte a proposte controverse che vengono attualmente avanzate: come è, ad esempio, la possibilità di disporre di una via pregiudiziale inversa, a condizione che la risposta degli organi costituzionali nazionali (o equivalenti) non sia vincolante per la CGUE. In questo senso, il professore propone di "puntare sullo sviluppo di meccanismi di dialogo giudiziario che, in qualche modo, potrebbero portare la CGUE a essere più permeabile rispetto alla giurisprudenza dei supremi interpreti costituzionali" (p. 189).

Pertanto, il principio e l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'UE implica un compromesso da parte dei giudici nazionali, ma anche da parte dei giudici europei, orientato alla ricerca di modalità di lettura armonizzata della disposizione nazionale in esame, senza contravvenire alle disposizioni internazionali in vigore in quell'ambito normativo (tenendo conto anche il *soft law*, come fattore di orientamento). Quest'ultima potrebbe essere riassunta nell'affermazione: le costituzioni o altre disposizioni interne non possono dichiararsi contrarie al diritto dell'UE solo per la possibilità di attribuire loro interpretazioni incompatibili, ma piuttosto per l'incapacità di attribuire loro un'interpretazione conforme al diritto dell'UE.

4. Per tutte le ragioni sopra esposte – per le sue caratteristiche, per gli ampi riferimenti bibliografici e per il suo contenuto – l'opera di Ugartemendia è un testo essenziale per gli studiosi interessati all'interpretazione e all'applicazione del diritto proveniente da fonti diverse. A dimostrazione della qualità della ricerca, del valore giuridico di questo libro e del suo contributo al panorama costituzionale contemporaneo, *La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional* (Aranzadi, 2023) appare già un riferimento necessario per la consultazione e particolarmente utile per l'orientamento.

Infine, come è già stato osservato, nei sistemi universali e regionali di tutela dei diritti umani, le riflessioni sull'interpretazione conforme e il dialogo giurisprudenziale sono all'ordine del giorno. L'interesse comune è legato ai doveri di tutela dei diritti umani degli individui, per cui i progressi dei metodi interpretativi analizzati servono a

guidare le risposte che possono essere adeguate ad altri contesti specifici. Al di là degli operatori giuridici e dei giudici nazionali degli Stati membri, in quanto garanti della conformità, dell'applicazione e dell'efficacia del diritto europeo, sarà una lezione positiva anche per i giuristi e gli operatori giuridici costituzionali di altre parti del mondo.

***

Luna Mancini – Dottoranda in legge presso il Dipartimento di Diritto Costituzionale dell'Università Pompeu Fabra di Barcellona (luna.mancini@upf.edu).

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.